

Derecho Privado

AÑO 1 NÚMERO 3

Reforma del Código Civil II Obligaciones y Responsabilidad

Directores: Gustavo Caramelo - Sebastián Picasso



Ministerio de
Justicia y Derechos Humanos
Presidencia de la Nación

 **Infojus**
SISTEMA ARGENTINO DE
INFORMACIÓN JURÍDICA

AÑO I - NÚMERO 3

Derecho Privado

PRESIDENCIA DE LA NACIÓN

Dra. Cristina Fernández de Kirchner

MINISTERIO DE JUSTICIA Y DERECHOS HUMANOS

Dr. Julio Alak

SECRETARÍA DE JUSTICIA

Dr. Julián Álvarez

SUBSECRETARÍA DE RELACIONES CON EL PODER JUDICIAL

Dr. Franco Picardi

**DIRECCIÓN TÉCNICA DE FORMACIÓN E INFORMÁTICA
JURÍDICO LEGAL**

Dra. María Paula Pontoriero

ISSN 2250-7582

Revista Derecho Privado

Año I - N° 3 - Diciembre 2012

Editorial Ministerio de Justicia y Derechos Humanos de la Nación, Sarmiento 329,
C.P. 1041AFF, C.A.B.A.

Editado por la Dirección Técnica de Formación e Informática Jurídico-Legal.

Directora: María Paula Pontoriero

Directores Editoriales: Gustavo Caramelo - Sebastián Picasso

Correo electrónico: ediciones@infojus.gov.ar

La revista Derecho Privado y sus contenidos son propiedad del Ministerio de Justicia y Derechos Humanos de la Nación.

La legislación, la jurisprudencia y los artículos de doctrina que integran esta publicación se encuentran disponibles en forma libre y gratuita en: www.infojus.gov.ar

El contenido de la revista expresa la opinión de sus autores y no necesariamente la del Ministerio de Justicia y Derechos Humanos de la Nación.

Todos los derechos reservados. Prohibida su venta. Distribución Gratuita. Se permite la reproducción total o parcial de este libro, su almacenamiento en un sistema informático, su transmisión en cualquier forma, o por cualquier medio, electrónico, mecánico, fotocopia u otros métodos, con la previa autorización del Ministerio de Justicia y Derechos Humanos de la Nación.

Gustavo Caramelo - Sebastián Picasso

Directores

Cecilia Kandus - María Eugenia Rodríguez Pería

Luis R. J. Sáenz

Secretarios de Redacción

.....

Consejo Académico

Eduardo Barbier

Alberto Bueres

Carlos Clerc

Javier Cosentino

Pablo Heredia

Carlos Hernández

Marisa Herrera

Claudio Iglesias Darriba

Héctor Iribarne

Aída Kemelmajer de Carlucci

Jorge Kielmanovich

Angela Ester Ledesma

Gonzalo Nazar de la Vega

Julio César Rivera

Claudia Sbdar

Rubén Stiglitz

Eduardo Zannoni

Editorial

El presente número es el segundo que dedicamos al estudio de los principales aspectos del Proyecto de Código Civil y Comercial Unificado que se encuentra actualmente en tratamiento en el Congreso de la Nación. En esta ocasión, el lector encontrará diversos trabajos atinentes a las reformas que el Proyecto propone en materia de obligaciones y responsabilidad civil.

La teoría general de las obligaciones hunde sus raíces en el derecho romano, y constituye un *corpus* cuyos aspectos sustanciales han acusado contadas alteraciones a lo largo de los siglos. No es de extrañar entonces que en este aspecto, el Proyecto conserve lo sustancial del régimen hoy vigente, aunque con una redacción que gana en simpleza y claridad. Aparecen, no obstante, algunas innovaciones dignas de mención, como el hecho de haber introducido una definición de obligación, la incorporación de una norma referida a la actuación de los auxiliares, la desaparición de la categoría de las obligaciones naturales, la expresa consagración del distingo de las obligaciones de medios y de resultado, la regulación de las obligaciones concurrentes, la aparición de la consignación extrajudicial, y las disposiciones referidas a la declaración unilateral de voluntad como fuente de obligaciones.

Pero es en materia de responsabilidad civil donde se advierte toda la importancia de los cambios propuestos. A tono con el sentir mayoritario de la doctrina actual, y con las tendencias jurisprudenciales imperantes, el proyecto toma partido respecto de la intrincada cuestión de las funciones de la responsabilidad, y regula, sucesivamente, la función preventiva, la sancionatoria y la resarcitoria. Aparecen, así, una acción destinada a prevenir la producción, la continuación o el agravamiento de un daño, y la denominada "sanción pecuniaria disuasiva", que tiende a tutelar los derechos de incidencia colectiva. En materia resarcitoria, se unifica la responsabilidad contractual y la extracontractual, que quedan sometidas a una regulación sustancialmente idéntica, aunque subsisten algunas contadas

diferencias que tienden a respetar la distinta estructura de la obligación y del hecho ilícito. Asimismo, se da un puntual tratamiento a cada uno de los presupuestos de la responsabilidad, pudiendo señalarse, entre muchas otras innovaciones, la expresa adopción de un concepto de antijuridicidad y la regulación de las principales causas de justificación, la ampliación del ámbito de la responsabilidad objetiva (mediante la consagración de la responsabilidad objetiva ante el incumplimiento de una obligación de resultado, la incorporación de la categoría de la actividad riesgosa, la objetivación de la responsabilidad de los padres por el hecho de sus hijos, y la aparición de la responsabilidad de los miembros de un grupo riesgoso), la definición de la noción de daño resarcible, y la mayor amplitud con que se diseña la legitimación activa para reclamar la reparación del daño extrapatrimonial. También se contempla una serie de supuestos especiales de responsabilidad, y se diseña un esquema más ágil para las relaciones entre las acciones civil y penal, permitiéndose, en algunos casos, prescindir de la suspensión del proceso civil hasta la conclusión del penal.

Todas estas propuestas merecen ser estudiadas y debatidas a fondo. Esperamos que las páginas que siguen, que reflejan distintas posturas en relación a los textos propuestos, contribuyan a ese propósito y aporten a la discusión pública del proyecto que tiene lugar en estos días.

Una vez más, vaya nuestro agradecimiento a todos los que han contribuido a enriquecer este número con sus valiosos aportes, así como a nuestros lectores por su siempre renovado interés en nuestra publicación.

Los directores



Atilio Alterini

Con Atilio Alterini, recientemente fallecido, se fue uno de los grandes del derecho argentino. En todas las funciones que desempeñó en su larga trayectoria, como juez, profesor, abogado, decano de la Facultad de Derecho de la UBA y presidente del Colegio Público de Abogados de la Capital Federal, Alterini realizó aportes fundamentales. Fue un jurista brillante, un autor de una excepcional lucidez, un maestro de generaciones de abogados y profesores de derecho. Fue, además, un gran impulsor de cambios fundamentales en la legislación argentina. A él —junto con Roberto López Cabana y Gabriel Stiglitz— le debemos el proyecto que dio lugar a la Ley de Defensa del Consumidor, y la reforma de los Códigos Civil y Comercial, que parece estar a punto de convertirse en realidad, habría sido imposible sin su prédica tenaz, que se plasmó en los proyectos de 1987 y 1998; este último, importantísimo antecedente del que actualmente se discute en el Congreso Nacional. Cabe también destacar su defensa de la universidad pública, su valiente denuncia de la ilegitimidad de la deuda externa contraída por la dictadura militar y su pasión por la profesión de abogado, que dignificó practicándola y defendiéndola desde el Colegio. Todos quienes practicamos el derecho somos, de un modo u otro, tributarios de su obra.

Sirvan estas palabras como sentido homenaje a su memoria.

Gustavo Caramelo y Sebastián Picasso

Índice General

Doctrina p. I

El sistema normativo de la Teoría General de las Obligaciones
en el Código Civil proyectado
por JULIÁN EMIL JALIL p. 3

La unificación de la responsabilidad civil en el Proyecto
de Código Civil y Comercial unificado
por SEBASTIÁN PICASSO p. 33

La relación causal en el Proyecto de Código Civil y Comercial
por FÉLIX A. TRIGO REPRESAS p. 89

El daño resarcible en el Proyecto de reforma del Código Civil
por LUIS R. J. SÁENZ p. 143

La responsabilidad profesional y el Proyecto de Código Civil y Comercial de la Nación
por SILVIA Y. TANZI p. 169

Daños al consumidor: reflexiones sobre el Proyecto de Código Civil y Comercial de 2012
por CARLOS A. HERNÁNDEZ y SANDRA A. FRUSTAGLI p. 187

Otros debates p. 217

La violencia de género en la experiencia nacional
por CLAUDIA B. SBDAR y MARIANA DATO p. 219

Fuentes citadas p. 231

Índice temático p. 241

.....
Esta publicación se encuentra disponible en forma libre y gratuita en: www.infojus.gov.ar



Doctrina

El sistema normativo de la Teoría General de las Obligaciones en el Código Civil proyectado

por **JULIÁN EMIL JALIL**⁽¹⁾

I | El concepto de obligación. Análisis de su enunciado normativo

El Proyecto de Código Civil dentro del Título I del Capítulo 1, del Libro Tercero, regula lo concerniente a la Teoría General de las Obligaciones. El art. 724 de ese cuerpo normativo conceptualiza la obligación diciendo que es “una relación jurídica en virtud de la cual el acreedor tiene el derecho a exigir del deudor una prestación destinada a satisfacer un interés lícito y, ante el incumplimiento, a obtener forzosamente la satisfacción de dicho interés”.

.....

(1) Abogado. Secretario de la Cámara de Apelaciones de Pto. Madryn. Doctor en Derecho. Especialista en Derecho Civil (U. de Salamanca - España). Especialista en Derecho de Daños (UBA). Posgraduado en Derecho de los Contratos UBA. Posgraduado en Derecho de la Salud (UBA). Posgraduado en Responsabilidad Civil (UAI). Carrera Docente Completa en la UBA. Profesor del Doctorado en Derecho de la UCES. Profesor Invitado en la Universidad de la Coruña. (España). Profesor de la UAI, de la UNLP, de la UBA, de la UM y de la UNPSJB. Investigador rentado (UM). Director de Proyecto de Investigación sobre “LDC y Daño Moral”. Miembro de la Asociación Iberoamericana de Derecho Privado. Autor y coautor de varias obras jurídicas y de más de 80 artículos de doctrina publicados en revistas de especialidad. Disertante en diversas Jornadas y Congresos Nacionales y Extranjeros.

De dicha definición debemos propiciar las siguientes explicaciones:

1. **Relación jurídica:** este concepto capta el dinamismo propio de la obligación, la cual está dotada de energía jurídica. No consiste en un simple estar (situación) sino en un estar con respecto a otro, bajo la sugestión de alguien, o en la expectativa de la prestación que alguien debe satisfacer.
2. **Exigir del deudor una prestación:** "la prestación que constituye el objeto de la obligación debe ser material y jurídicamente posible, lícita, determinada o determinable, susceptible de valoración económica y debe corresponder a un interés patrimonial o extrapatrimonial del acreedor" (art. 725).
3. **En miras a satisfacer un interés lícito:** como explica Llambías, una cosa es el interés que tiene el acreedor en obtener la prestación y otra completamente distinta es la prestación en sí misma. El interés del acreedor no tiene necesariamente un contenido económico, ya que también puede ser de tipo afectivo, ideal moral, etc. con tal que sea lícito y digno de protección jurídica.⁽²⁾
4. **Obtener la satisfacción de dicho interés ante el incumplimiento:** la satisfacción del interés se logra a través de los medios compulsivos previstos en el art. 730 que a continuación explicaremos. Por nuestra parte, creemos que dicha satisfacción escapa al "concepto" de la obligación, pues representa la consecuencia de las llamadas "obligaciones civiles" quedado excluida de las obligaciones "naturales o morales" a las cuales les resulta inaplicable, aunque estén claramente comprendidas en el concepto de obligación.

2 | El ciclo vital de las obligaciones

2.1 | El nacimiento obligacional: la causa eficiente que le da origen

Así como los seres bióticos de la naturaleza tienen un origen existencial que constituye el comienzo de su ciclo biológico, y un fin que se condice con la muerte natural, las obligaciones en general detentan la misma suerte. Bajo estos parámetros podemos indicar el comienzo de las mismas a

(2) LLAMBIAS, JORGE J.; RAFFO BENEGAS, PATRICIO; SASSOT, RAFAEL., *Manual de Derecho Civil. Obligaciones*, 14ta. ed., Ed. Lexis Nexis. 2006, p. 21.

través de la **causa fuente** que le da origen. Causa fuente que se encuentra regulada en el art. 726 del Proyecto, el cual reza que no hay obligación sin causa, es decir, sin que derive de algún hecho idóneo para producirla, de conformidad con el ordenamiento jurídico. ¿Y cuáles son esos hechos idóneos?, pues **aquellos dotados por el ordenamiento jurídico de virtualidad suficiente para crearlas**. Así por ejemplo:

1. **La función resarcitoria de la responsabilidad civil:** da lugar a la reparación del daño causado derivado de:
 - la violación del deber de no dañar a otro o,
 - el incumplimiento de una obligación (arts. 1716 y 730).
2. **La función preventiva de la responsabilidad civil:** “la acción preventiva procede cuando una acción u omisión antijurídica hace previsible la producción de un daño, su continuación o agravamiento (...)” (art. 1711). “La sentencia que admite la acción preventiva debe disponer, a pedido de parte o de oficio, en forma definitiva o provisoria, **obligaciones de dar, hacer o no hacer**, según corresponda; debe ponderar los criterios de menor restricción posible y de medio más idóneo para asegurar la eficacia en la obtención de la finalidad” (1713).
3. **El enriquecimiento sin causa:** “toda persona que sin una causa lícita se enriquezca a expensas de otro, está obligada, en la medida de su beneficio, a resarcir el detrimento patrimonial del empobrecido. Si el enriquecimiento consiste en la incorporación a su patrimonio de un bien determinado, debe restituirlo si subsiste en su poder al tiempo de la demanda” (art. 1794).
4. **El abuso del derecho:** “el ejercicio regular de un derecho propio o el cumplimiento de una obligación legal no puede constituir como ilícito ningún acto. La ley no ampara el ejercicio abusivo de los derechos. Se considera tal el que contraría los fines del ordenamiento jurídico o el que excede los límites impuestos por la buena fe, la moral y las buenas costumbres. El juez debe ordenar lo necesario para evitar los efectos del ejercicio abusivo o de la situación jurídica abusiva y, si correspondiere, procurar la reposición al estado de hecho anterior y fijar una indemnización” (art. 10).

El art. 500 CC en su redacción actual establece que **“aunque la causa no esté expresada en la obligación, se presume que existe (...)”**, mientras el deudor no pruebe lo contrario. De la lectura del art. 727 del Proyecto, pareciera que dicho cuerpo normativo adopta la tesitura opuesta, pues

éste último precepto dispone que **la existencia de la obligación no se presume, siendo la interpretación y extensión de la misma de carácter restrictivo**. Pero la mencionada contradicción no es tal. El art. 500, cuya fuente puede encontrarse en el Código Civil francés, se refiere a la obligación de una manera equivocada, pues de la interpretación de dicho precepto se desprende que Vélez Sársfield quiso referenciar al instrumento donde consta la obligación, el cual obviamente **debe devenir de una causa, que se presume que existe como tal**. El Proyecto encausa aquel error gramatical y etimológico, al prescribir que la existencia de la obligación no se presume, y claro que ello debe ser así, pues en caso contrario se estaría partiendo de una **ilusión jurídica**. Como explicaba el profesor De Lorenzo en sus clases, el hombre de derecho puede recurrir a las ficciones pero no a las ilusiones. Pues, si bien ambos estados del alma parten de la premisa de considerar verdadero algo que es falso, la diferencia estriba en que en **la ficción lo falso se sabe falso**, mientras que en **la ilusión lo falso se cree verdadero**.

Entonces, la existencia de la obligación, —entendida técnicamente como vínculo jurídico—, **debe ser probada** por quien la alega, pero una vez comprobada su existencia, se presume que ella nace de una fuente legítima, mientras no se acredite lo contrario.

Puede ocurrir que el deudor **reconozca la existencia de la obligación**, tornando innecesaria la prueba de la misma por parte del acreedor. Vale recordar al respecto, que tanto el proyecto de Biliboni, como el de 1936 y el de 1954 —siguiendo las ideas latentes del Código Civil alemán—, objetaron la figura del **reconocimiento de deudas**, y la excluyeron de la regulación de los mencionados cuerpos normativos.

El Proyecto actual, tomando sus antecedentes más recientes y el Código Civil vigente, mantiene el reconocimiento de deudas, y se refiere a ellas estipulando que consisten en "(...) una manifestación de voluntad, expresa o tácita, por la que el deudor admite estar obligado al cumplimiento de una prestación" (art. 733). Es preciso señalar que, "si el acto del reconocimiento agrava la prestación original, o la modifica en perjuicio del deudor, debe estarse al título originario, si no hay una nueva y lícita causa de deber" (art. 735). "El reconocimiento admite dos variables: puede referirse a un título o causa anterior; o puede constituir una promesa autónoma de deuda" (art. 734).

2.2 | La vida obligacional: vicisitudes de la obligación

La obligación puede presentar un **carácter civil** que permite la presentación en juicio a los fines de obtener el cumplimiento de la misma, o bien un **carácter moral o de conciencia**, cuyo efecto principal reposa en que aquello que haya sido entregado en cumplimiento del mencionado deber es **irrepetible** (art. 728). Recordemos que el precepto del Código Civil actual se refiere a las obligaciones naturales (art. 515), cuyo ámbito de aplicabilidad fáctica es más restringido que el que instituye el Proyecto.

El cumplimiento de las obligaciones debe circunscribirse al parámetro de la **buena fe**. El art. 729 establece que “deudor y acreedor deben obrar con cuidado, previsión y según las **exigencias de la buena fe**”. Dicho precepto constituye una aplicación, dentro del ámbito obligacional, del mismo axioma que emerge de la parte general del cuerpo normativo, más precisamente del art. 9 del Proyecto, el cual dispone que “**los derechos deben ser ejercidos de buena fe**”. Al respecto, agrega De Cupis que una consideración adecuada de la buena fe puede ser luminosa para determinar el contenido de la obligación, por cuanto la buena fe puede integrar tal contenido ligando al obligado a una obligación complementaria.⁽³⁾ De esta manera, tal como apunta Díez Picazo la buena fe aparece como causa o fuente de creación de especiales deberes de conducta exigibles en cada caso.⁽⁴⁾ En base a este principio, aunque las partes no lo hayan convenido expresamente, surge a cargo de una de ellas la obligación de velar por la integridad de la persona y de los bienes del acreedor.

Las **obligaciones civiles** producen **efectos determinados por la conducta del deudor y el obrar en consecuencia del acreedor**. Desde esta arista, “la obligación da derecho al **acreedor** a: a) emplear los medios legales para que el deudor le procure aquello a que se ha obligado; b) hacérselo procurar por otro a costa del deudor; c) obtener del deudor las indemnizaciones correspondientes (...)” (art. 730).⁽⁵⁾

(3) DE CUPIS, ADRIANO, *El Daño*, Barcelona, Ed. Bosch, 1975, p. 174.

(4) DIEZ PICAZO, LUIS, en el prólogo del libro de Franz Wiecker, *El principio de la buena fe*, Madrid, Ed. Civitas, 1986. p. 19.

(5) Vale señalar que la norma instituye un máximo en materia de regulación de honorarios, pues si el incumplimiento de la obligación, cualquiera sea su fuente, deriva en litigio judicial o

Con **relación al deudor**, “el cumplimiento exacto de la obligación confiere al deudor el derecho a obtener la liberación de la deuda y rechazar las acciones del acreedor” (art. 731 CC). Asimismo, cumplir por medio de las personas de las que se sirve para la ejecución de la obligación, equiparando el mismo al derivado del propio hecho del obligado (art. 732).

Vale agregar, que el efecto ante el cumplimiento puede devenir asimismo de una **obligación accesoria** impuesta por las partes de común acuerdo, a través de una **cláusula penal** o bien mediante una **estipulación jurisdiccional**, materializada por medio de una **sanción conminatoria** impuesta por el órgano jurisdiccional.

“La **cláusula penal** es aquélla por la cual una persona, para asegurar el cumplimiento de una obligación, se sujeta a una pena o multa en caso de retardar o de no ejecutar la obligación” (art. 790). Ella “puede tener por objeto el pago de una suma de dinero, o cualquiera otra prestación que pueda ser objeto de las obligaciones, bien sea en beneficio del acreedor o de un tercero” (art. 791). Su efecto es sustitutivo de la indemnización ya que “la pena o multa impuesta en la obligación suple la indemnización de los daños cuando el deudor se constituyó en mora; y el acreedor no tiene derecho a otra indemnización, aunque pruebe que la pena no es reparación suficiente” (art. 793).

Con relación a las **sanciones conminatorias**, el Proyecto estipula que “los jueces pueden imponer en beneficio del titular del derecho, condenaciones conminatorias de carácter pecuniario a quienes no cumplen deberes jurídicos impuestos en una resolución judicial. Las condenas se deben graduar en proporción al caudal económico de quien debe satisfacerlas y pueden ser dejadas sin efecto o reajustadas si aquél desiste de su resistencia y justifica total o parcialmente su proceder”. El Poder Ejecutivo incluyó dentro de este precepto, que “la observancia de los mandatos

.....
arbitral, la responsabilidad por el pago de las costas, incluidos los honorarios profesionales, de todo tipo, allí devengados y correspondientes a la primera o única instancia, no debe exceder del 25% del monto de la sentencia, laudo, transacción o instrumento que ponga fin al diferendo. Si las regulaciones de honorarios practicadas conforme a las leyes arancelarias o usos locales, correspondientes a todas las profesiones y especialidades, superan dicho porcentaje, el juez debe proceder a prorratear los montos entre los beneficiarios. Para el cómputo del porcentaje indicado, no se debe tener en cuenta el monto de los honorarios de los profesionales que han representado, patrocinado o asistido a la parte condenada en costas.

judiciales impartidos a las autoridades públicas se rige por las normas propias del derecho administrativo”, excluyendo dicho ámbito de la faz civil (art. 804).

2.3 | La defunción obligacional: extinción del vínculo

2.3.1. El pago

“El pago es el cumplimiento de la prestación que constituye el objeto de la obligación” (art. 865). El estudio de este modo extintivo obligacional ameritaría un análisis particularizado y un desarrollo más extenso, pero debido al carácter general de este trabajo solamente haremos referencia a los principios que circunscriben al objeto del instituto. Desde esta arista, “el objeto del pago debe reunir los requisitos de **identidad, integridad, puntualidad y localización**” (art. 867):

1. **“Identidad:** el acreedor no está obligado a recibir y el deudor no tienen derecho a cumplir una prestación distinta a la debida, cualquiera sea su valor” (art. 868).
2. **“Integridad:** el acreedor no está obligado a recibir pagos parciales, excepto disposición legal o convencional en contrario. Si la obligación es en parte líquida y en parte ilíquida, el deudor puede pagar la parte líquida (...) Si la obligación es de dar una suma de dinero con intereses, el pago sólo es íntegro si incluye el capital más los intereses” (arts. 869 y 870).
3. **Puntualidad:** “el pago debe hacerse: a) si la obligación es de exigibilidad inmediata, en el momento de su nacimiento; b) si hay un plazo determinado, cierto o incierto, el día de su vencimiento; c) si el plazo es tácito, en la fecha que conforme a los usos y a la buena fe, debe cumplirse; d) si el plazo es indeterminado, en el tiempo que fije el juez, a solicitud de cualquiera de las partes, mediante el procedimiento más breve que prevea la ley local (...) El pago anterior al vencimiento del plazo no da derecho a exigir descuentos” (arts. 871 y 872).
4. **Localización:** “el lugar de pago puede ser establecido por acuerdo de las partes, de manera expresa o tácita (...) Si nada se ha indicado, el lugar de pago es el domicilio del deudor al tiempo del nacimiento de la obligación. Si el deudor se muda, el acreedor tiene derecho a exigir el pago en el domicilio actual o en el anterior. Igual opción corresponde al deudor, cuando el lugar de pago sea el domicilio del acreedor” (arts. 873 y 874).

2.3.2. Compensación

“La compensación de las obligaciones tiene lugar cuando dos personas, por derecho propio, reúnen la calidad de acreedor y deudor recíprocamente, cualesquiera que sean las causas de una y otra deuda. Extingue con fuerza de pago las dos deudas, hasta el monto de la menor, desde el tiempo en que ambas obligaciones comenzaron a coexistir en condiciones de ser compensables” (art. 921).⁽⁶⁾ “La compensación puede ser legal,⁽⁷⁾ convencional, facultativa o judicial” (art. 922).⁽⁸⁾ “Una vez opuesta, la compensación legal produce sus efectos a partir del momento en que ambas deudas recíprocas coexisten en condiciones de ser compensadas, aunque el crédito no sea líquido o sea impugnado por el deudor” (art. 924). La compensación puede ser excluida por acuerdo de partes (art. 929).

2.3.3. Confusión

“La obligación se extingue por confusión cuando las calidades de acreedor y de deudor se reúnen en una misma persona y en un mismo patrimonio” (art. 931), quedando la obligación extinguida, “total o parcialmente, en proporción a la parte de la deuda en que se produce la confusión” (art. 932).

.....

(6) Existen obligaciones que no son compensables: “a) las deudas por alimentos; b) las obligaciones de hacer o no hacer; c) la obligación de pagar daños e intereses por no poderse restituir la cosa de que el propietario o poseedor legítimo fue despojado; d) las deudas que el legatario tenga con el causante si los bienes de la herencia son insuficientes para satisfacer las obligaciones y los legados restantes; e) las deudas y créditos entre los particulares y el Estado nacional, provincial o municipal, cuando: i) las deudas de los particulares provienen del remate de bienes pertenecientes a la Nación, provincia o municipio; de rentas fiscales, contribuciones directas o indirectas o de otros pagos que deben efectuarse en las aduanas, como los derechos de almacenaje o depósito; ii) las deudas y créditos pertenecen a distintos ministerios o departamentos; iii) los créditos de los particulares se hallan comprendidos en la consolidación de acreencias contra el Estado dispuesta por ley. f) los créditos y las deudas en el concurso y quiebra, excepto en los alcances en que lo prevé la ley especial; g) la deuda del obligado a restituir un depósito irregular; h) la obligación de pagar una sanción pecuniaria disuasiva” (art. 930).

(7) Para que haya compensación legal se deben dar los siguientes requisitos: “a) ambas partes deben ser deudoras de prestaciones de dar; b) los objetos comprendidos en las prestaciones deben ser homogéneos entre sí; c) los créditos deben ser exigibles y disponibles libremente, sin que resulte afectado el derecho de terceros” (art. 923).

(8) “Cualquiera de las partes tiene derecho a requerir a un juez la declaración de la compensación que se ha producido. La pretensión puede ser deducida simultáneamente con las defensas relativas al crédito de la otra parte o, subsidiariamente, para el caso de que esas defensas no prosperen” (art. 928).

2.3.4. Novación

“La novación es la extinción de una obligación por la creación de otra nueva, destinada a reemplazarla” (art. 933). “La voluntad de novar es requisito esencial de la novación. En caso de duda, se presume que la nueva obligación contraída para cumplir la anterior no causa su extinción” (art. 934).

Existen modificaciones que no importan novación. Así, “la entrega de documentos suscritos por el deudor en pago de la deuda y, en general, cualquier modificación accesoria de la obligación primitiva, no comporta novación” (art. 935). “La novación por cambio de deudor o por cambio del acreedor” requiere el consentimiento del acreedor o deudor respectivamente (arts. 936 y 937). Vale la pena señalar que si el deudor no da su consentimiento nos encontramos con un contrato de cesión de crédito y no con una novación.⁽⁹⁾

2.3.5. Dación en pago

“La obligación se extingue cuando el acreedor voluntariamente acepta en pago una prestación diversa de la adeudada” (art. 942), en estos casos, “(...) el deudor responde por la evicción y los vicios redhibitorios de lo entregado; estos efectos no hacen renacer la obligación primitiva, excepto pacto expreso y sin perjuicio de terceros” (art. 943).

2.3.6. Remisión y renuncia

“Se considera remitida la deuda, excepto prueba en contrario, cuando el acreedor entrega voluntariamente al deudor el documento original en

.....
(9) Asimismo, pueden existir circunstancias de la obligación anterior o de la nueva obligación que no implican técnicamente una novación.

“Circunstancias de la obligación anterior: no hay novación, si la obligación anterior: a) está extinguida, o afectada de nulidad absoluta; cuando se trata de nulidad relativa, la novación vale, si al mismo tiempo se la confirma; b) estaba sujeta a condición suspensiva y, después de la novación, el hecho condicionante fracasa; o a condición resolutoria retroactiva, y el hecho condicionante se cumple; en estos casos, la nueva obligación produce los efectos que, como tal, le corresponden, pero no sustituye a la anterior” (art. 938).

“Circunstancias de la nueva obligación: no hay novación y subsiste la obligación anterior, si la nueva: a) está afectada de nulidad absoluta, o de nulidad relativa y no se la confirma ulteriormente; b) está sujeta a condición suspensiva, y el hecho condicionante fracasa; o a condición resolutoria retroactiva y el hecho condicionante se cumple” (art. 939).

que consta la deuda. Si el documento es un instrumento protocolizado y su testimonio o copia se halla en poder del deudor sin anotación del pago o remisión, y tampoco consta el pago o la remisión en el documento original, el deudor debe probar que el acreedor le entregó el testimonio de la copia como remisión de la deuda” (art. 950). “Las disposiciones sobre la renuncia se aplican a la remisión de la deuda hecha por el acreedor” (art. 951).

“Toda persona puede renunciar a los derechos conferidos por la ley cuando la renuncia no está prohibida y sólo afecta intereses privados (...)”⁽¹⁰⁾ (art. 944). “Si la renuncia se hace por un precio, o a cambio de una ventaja cualquiera, es regida por los principios de los contratos onerosos. La renuncia gratuita de un derecho sólo puede ser hecha por quien tiene capacidad para donar” (art. 945). “La renuncia puede ser retractada mientras no haya sido aceptada (...)” (art. 947), pero una vez que ha sido aceptada “por el beneficiario causa la extinción del derecho” (art. 946). Ella “no está sujeta a formas especiales, aun cuando se refiera a derechos que constan en un instrumento público” (art. 949), pero con relación a su prueba es menester señalar que “la voluntad de renunciar no se presume y la interpretación de los actos que permiten inducirla es restrictiva” (art. 948).

2.3.7. Imposibilidad de cumplimiento

“La imposibilidad sobrevenida, objetiva, absoluta y definitiva de la prestación, producida por caso fortuito o fuerza mayor, extingue la obligación, sin responsabilidad” (art. 955). Esa imposibilidad “tiene efecto extintivo cuando el plazo es esencial, o cuando su duración frustra el interés del acreedor de modo irreversible” (art. 956), pero si ella “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” (art. 955).

3 | El patrimonio del deudor como garantía común de los acreedores

“Los bienes presentes y futuros del deudor constituyen la garantía común de sus acreedores. El acreedor puede exigir la venta judicial de

(10) No se admite la renuncia anticipada de las defensas que puedan hacerse valer en juicio.

los bienes del deudor, pero sólo en la medida necesaria para satisfacer su crédito. Todos los acreedores pueden ejecutar estos bienes en posición igualitaria, excepto que exista una causa legal de preferencia” (art. 743).

“El acreedor que obtuvo el embargo de bienes de su deudor tiene derecho a cobrar su crédito, intereses y costas, con preferencia a otros acreedores. Esta prioridad sólo es oponible a los acreedores quirografarios en los procesos individuales. Si varios acreedores embargan el mismo bien del deudor, el rango entre ellos se determina por la fecha de la traba de la medida. Los embargos posteriores deben afectar únicamente el sobrante que quede después de pagados los créditos que hayan obtenido embargos anteriores” (art. 745).

Determinados bienes se encuentran excluidos de la garantía común. Ellos son: “a) las ropas y muebles de uso indispensable del deudor, de su cónyuge o conviviente, y de sus hijos; b) los instrumentos necesarios para el ejercicio personal de la profesión, arte u oficio del deudor; c) los sepulcros afectados a su destino, excepto que se reclame su precio de venta, la construcción o reparación; d) los bienes afectados a cualquier religión reconocida por el Estado; e) los derechos de usufructo, uso y habitación, así como las servidumbres prediales; f) las indemnizaciones que corresponden al deudor por daño moral y por daño material derivado de lesiones a su integridad psicofísica; g) la indemnización por alimentos que corresponde al cónyuge, al conviviente y a los hijos con derecho alimentario, en caso de homicidio; h) los demás bienes declarados inembargables o excluidos por otras leyes” (art. 744).

4 | Acciones de protección del patrimonio del deudor en su carácter de garantía crediticia

El acreedor posee un abanico de posibilidades jurídicas instituidas para proteger su crédito, entre ellas, la acción directa, la acción subrogatoria, la acción de fraude, la lesión y la acción de simulación.

4.1 | Acción directa

“Acción directa es la que compete al acreedor para percibir lo que un tercero debe a su deudor, hasta el importe del propio crédito. El acreedor la ejerce por derecho propio y en su exclusivo beneficio. Tiene carácter excepcional, es de interpretación restrictiva, y sólo procede en los casos expresamente previstos por la ley” (art. 736). A diferencia de lo que ocurre con la acción subrogatoria que hace ingresar los bienes gestionados en el patrimonio del deudor con beneficio para todos los acreedores, los titulares de la acción directa conservan para sí el pago efectuado por el tercero sometido a esa acción. En el actual Código Civil pueden verse ejemplos de acción directa en los arts. 1645 (locación de obra), 1591, 1992 (locación de cosas), 1926 (contrato de mandato), 2779 y 2780 (en la posesión), 504 (estipulación a favor de tercero), 3110 (acreedor hipotecario para cobrar créditos por alquileres en el inmueble hipotecado), etc.

“El ejercicio de la acción directa por el acreedor requiere el cumplimiento de los siguientes requisitos: a) un crédito exigible del acreedor contra su propio deudor; b) una deuda correlativa exigible del tercero demandado a favor del deudor; c) homogeneidad de ambos créditos entre sí; d) ninguno de los dos créditos debe haber sido objeto de embargo anterior a la promoción de la acción directa; e) citación del deudor a juicio” (art. 737). A los cuales nosotros le agregamos que la deuda debe ser **subsistente**.

Por su parte, “la acción directa produce los siguientes efectos: a) la notificación de la demanda causa el embargo del crédito a favor del demandante; b) el reclamo sólo puede prosperar hasta el monto menor de las dos obligaciones; c) el tercero demandado puede oponer al progreso de la acción todas las defensas que tenga contra su propio acreedor y contra el demandante; d) el monto percibido por el actor ingresa directamente a su patrimonio; e) el deudor se libera frente a su acreedor en la medida en que corresponda en función del pago efectuado por el demandado”(art. 738).

4.2 | Acción subrogatoria

“El acreedor de un crédito cierto, exigible o no, puede ejercer judicialmente los derechos patrimoniales de su deudor, si éste es remiso en hacerlo y esa omisión afecta el cobro de su acreencia” (art. 739). A diferencia de lo

que ocurre con la acción directa el acreedor no goza de preferencia alguna sobre los bienes obtenidos por ese medio. “El deudor debe ser citado para que tome intervención en el juicio respectivo” (art. 740). Quedando “(...) excluidos de la acción subrogatoria: a) los derechos y acciones que, por su naturaleza o por disposición de la ley, solo pueden ser ejercidos por su titular; b) los derechos y acciones sustraídos de la garantía colectiva de los acreedores; c) las meras facultades, excepto que de su ejercicio pueda resultar una mejora en la situación patrimonial del deudor” (art. 741). El deudor puede oponer al progreso de esta acción todas las excepciones y causas de extinción del crédito reclamado, “(...) aún cuando provengan de hechos del deudor posteriores a la demanda, siempre que éstos no sean en fraude de los derechos del acreedor” (art. 742).

4.3 | Acción de fraude

“Todo acreedor puede solicitar la declaración de inoponibilidad de los actos celebrados por su deudor en fraude de sus derechos, y de las renunciaciones al ejercicio de derechos o facultades con los que hubiese podido mejorar o evitado empeorar su estado de fortuna” (art. 338).

“El fraude no puede oponerse a los acreedores del adquirente que de buena fe hayan ejecutado los bienes comprendidos en el acto. La acción del acreedor contra el subadquirente de los derechos obtenidos por el acto impugnado sólo procede si adquirió por título gratuito, o si es cómplice en el fraude; la complicidad se presume si, al momento de contratar, conocía el estado de insolvencia. El subadquirente de mala fe y quien contrató de mala fe con el deudor responden solidariamente por los daños causados al acreedor que ejerció la acción, si los derechos se transmitieron a un adquirente de buena fe y a título oneroso, o de otro modo se perdieron para el acreedor. El que contrató de buena fe y a título gratuito con el deudor, responde en la medida de su enriquecimiento” (art. 340).

4.4 | Lesión

“Puede demandarse la nulidad o la modificación de los actos jurídicos cuando una de las partes explotando la necesidad, debilidad psíquica o inexperiencia de la otra, obtuviera por medio de ellos una ventaja patrimonial evidentemente desproporcionada y sin justificación. Se presume, excepto prueba en contrario, que existe tal explotación en caso de nota-

ble desproporción de las prestaciones. Los cálculos deben hacerse según valores al tiempo del acto y la desproporción debe subsistir en el momento de la demanda. El afectado tiene opción para demandar la nulidad o un reajuste equitativo del convenio, pero la primera de estas acciones se debe transformar en acción de reajuste si éste es ofrecido por el demandado al contestar la demanda. Sólo el lesionado o sus herederos pueden ejercer la acción” (art. 332).

4.5 | Acción de simulación

“La simulación tiene lugar cuando se encubre el carácter jurídico de un acto bajo la apariencia de otro, o cuando el acto contiene cláusulas que no son sinceras, o fechas que no son verdaderas, o cuando por él se constituyen o transmiten derechos a personas interpuestas, que no son aquellas para quienes en realidad se constituyen o transmiten” (art. 333). “La simulación no puede oponerse a los acreedores del adquirente simulado que de buena fe hayan ejecutado los bienes comprendidos en el acto. La acción del acreedor contra el subadquirente de los derechos obtenidos por el acto impugnado sólo procede si adquirió por título gratuito, o si es cómplice en la simulación. El subadquirente de mala fe y quien contrató de mala fe con el deudor responden solidariamente por los daños causados al acreedor que ejerció la acción, si los derechos se transmitieron a un adquirente de buena fe y a título oneroso, o de otro modo se perdieron para el acreedor. El que contrató de buena fe y a título gratuito con el deudor, responde en la medida de su enriquecimiento” (art. 337).

5 | Clasificación de las obligaciones

5.1 | En función del objeto

5.1.1. Por la naturaleza del vínculo

5.1.1.1. Obligaciones de dar

- a. **Obligaciones de dar cosas ciertas:** “el deudor de una cosa cierta está obligado a conservarla en el mismo estado en que se encontraba cuando contrajo la obligación, y entregarla con sus accesorios, aunque hayan sido momentáneamente separados de ella” (art. 746). “Cualquiera de las partes tiene derecho a requerir la inspección de la cosa en el acto de su entrega. La recepción de

la cosa por el acreedor hace presumir la inexistencia de vicios aparentes y la calidad adecuada de la cosa (...)" (art. 747). "Cuando se entrega una cosa mueble bajo cubierta y sin inspeccionar al tiempo de la tradición, el acreedor tiene un plazo de caducidad de TRES (3) días desde la recepción para reclamar por defectos de cantidad, calidad o vicios aparentes" (art. 748).

- b. **Obligaciones de dar cosa cierta para constituir derechos reales:** el art. 750 del proyecto en concordancia con el art. 577 CC estipula que el acreedor no adquiere ningún derecho real sobre la cosa antes de la tradición, pues el dominio sobre las cosas sigue manteniendo el sistema romano que requiere además del justo título la entrega de la cosa (ver art. 1892 del Proyecto).

Resulta necesario explicar este supuesto desde el análisis de las mejoras desarrolladas en la cosa, los frutos que de ella se perciben, quién soporta los riesgos, y las vicisitudes propias de la existencia de varios acreedores.

Las mejoras: constituyen el aumento del valor intrínseco de la cosa. Existen dos tipos de mejoras: las que provienen del hecho del hombre, que son denominadas **mejoras artificiales** y se clasifican en necesarias, útiles y de mero lujo, recreo o suntuarias (art. 751), y las que derivan de la **naturaleza**, que se llaman **mejoras naturales** (art. 752).

En cuanto a sus efectos, "(...) la mejora natural autoriza al deudor a exigir un mayor valor. Si el acreedor no lo acepta, la obligación queda extinguida, sin responsabilidad para ninguna de las partes" (art. 752), mientras que en las mejoras artificiales "el deudor está obligado a realizar las mejoras necesarias, sin derecho a percibir su valor. No tiene derecho a reclamar indemnización por las mejoras útiles ni por las de mero lujo, recreo o suntuarias, pero puede retirarlas en tanto no deterioren la cosa" (art. 753).

Con relación a los frutos: de la misma forma que lo establecía el art. 583 CC, "hasta el día de la tradición, los frutos percibidos le pertenecen al deudor, a partir de esa fecha, los frutos devengados y los no percibidos le corresponden al acreedor" (art. 754).

Riesgos de la cosa: el art. 755 estipula que "el propietario soporta los riesgos de la cosa (...)". De esta manera, se mantiene el principio del *res perit domino* que reconoce en cabeza del propietario los riesgos de la pérdida de la cosa.

Concurrencia de varios acreedores: "si varios acreedores reclaman la misma **cosa inmueble** prometida por el deudor, son todos de buena fe y a tí-

tulo oneroso, tiene mejor derecho: a) el que tiene emplazamiento registral y tradición; b) el que ha recibido la tradición; c) el que tiene emplazamiento registral precedente; d) en los demás supuestos, el que tiene título de fecha cierta anterior" (art. 756).

"Si varios acreedores reclaman la misma **cosa mueble** prometida por el deudor, son todos de buena fe y a título oneroso, tiene mejor derecho: a) el que tiene emplazamiento registral precedente, si se trata de bienes muebles registrables; b) el que ha recibido la tradición, si fuese no registrable; c) en los demás supuestos, el que tiene título de fecha cierta anterior" (art. 757).

Ahora bien, "el acreedor de buena fe que resulta frustrado en su derecho, conserva su acción contra el deudor para reclamar los daños y perjuicios sufridos" (art. 758).

c. **Obligaciones de dar cosas ciertas para restituir:** "en la obligación de dar para restituir, el deudor debe entregar la cosa al acreedor, quien por su parte puede exigirla. Si quien debe restituir se obligó a entregar la cosa a más de un acreedor, el deudor debe entregarla al dueño, previa citación fehaciente a los otros que la hayan pretendido" (art. 759).

"Con relación a **terceros**, cuando la obligación de dar cosas ciertas tiene por fin restituirlas a su dueño, si la cosa es **mueble no registrable** y el deudor hace, a título oneroso, tradición de ella a otro por transferencia o constitución de prenda, el acreedor no tiene derecho contra los poseedores de buena fe, sino solamente cuando la cosa le fue robada o se ha perdido. En todos los casos lo tiene contra los poseedores de mala fe" (art. 760). "Si la cosa es **inmueble o mueble registrable**, el acreedor tiene acción real contra terceros que sobre ella aparentemente adquirieron derechos reales, o que la tengan en su posesión por cualquier contrato hecho con el deudor" (art. 761).

Si la obligación de dar recae sobre cosas determinadas sólo por su especie y cantidad, constituye una **obligación de género**. "(...) Las cosas debidas en una obligación de género deben ser **individualizadas**. La **elección corresponde al deudor**, excepto que lo contrario resulte de la convención de las partes. La elección debe recaer sobre cosa de calidad media, y puede ser hecha mediante manifestación de voluntad expresa o tácita" (art. 762).

d. **Obligaciones de dar dinero:** "la obligación es de dar dinero si el deudor debe cierta cantidad de moneda, determinada o determinable, al momento de

constitución de la obligación” (art. 765). En la redacción original del Proyecto, al igual que en el art. 617 del Código Civil vigente, se establecía que si en el acto por el que se ha constituido la obligación, se estipuló dar moneda que no sea de curso legal en la República, la obligación debe considerarse como de **dar sumas de dinero**. Ese precepto, fue modificado por el Poder Ejecutivo, y remplazado por la nueva redacción del art. 765 que estipula que en esos casos “(...) la obligación debe considerarse como de **dar cantidades de cosas y el deudor podrá liberarse dando el equivalente en moneda de curso legal**”.

“El deudor debe entregar la cantidad correspondiente de la especie designada” (art. 766). El texto original agregaba: “(...) tanto si la moneda tiene curso legal en la República como si no lo tiene (...)”, pero ello ha sido suprimido de la redacción actual.

Con relación a los **intereses** que emergen de las obligaciones dinerarias, el Proyecto reconoce diversos **tipos de intereses**:

1. **“Intereses compensatorios**: la obligación puede llevar intereses y son válidos los que se han convenido entre el deudor y el acreedor, como también la tasa fijada para su liquidación. Si no fue acordada por las partes, ni por las leyes, ni resulta de los usos, la tasa de interés compensatorio puede ser fijada por los jueces” (art. 767).
2. **Intereses moratorios**: el acreedor no es un inversor financiero que puede elegir entre prestar su dinero a un banco o prestárselo a su deudor. Es una víctima del incumplimiento de este último, ha sido privado por éste de la capacidad de elegir el destino de los fondos que no ha recibido y debe ser resarcido en la exacta proporción del perjuicio sufrido. Este perjuicio no se mide subjetivamente, sino de acuerdo con parámetros generales. Tales parámetros dependen de las leyes del mercado, y se expresan a través de la tasa de interés. Por ello, “a partir de su mora el deudor debe los intereses correspondientes” (art. 768). “(...) La tasa se determina: a) por lo que acuerden las partes; b) por lo que dispongan las leyes especiales; c) en subsidio, por tasas que se fijen según las reglamentaciones del Banco Central”.
3. **“Intereses punitivos**: los intereses punitivos convencionales se rigen por las normas que regulan la cláusula penal” (art. 769).

Con relación al **anatocismo**, siguiendo la percepción teleológica de la ley 23.928, que modificó el art. 623 CC, el Proyecto en el art. 770 establece que: “**no se deben intereses de los intereses**, excepto que: a) una cláusula expresa autorice la acumulación de los intereses al capital con una periodicidad no inferior a SEIS (6) meses; b) la obligación se demande

judicialmente; en este caso, la acumulación opera desde: la fecha de la notificación de la demanda; c) la obligación se liquide judicialmente; en este caso, la capitalización se produce desde que el juez manda pagar la suma resultante y el deudor es moroso en hacerlo; d) otras disposiciones legales prevean la acumulación”.

Los jueces tienen la facultad de **morigerar los intereses** fijados por la norma atacada, a fin de encuadrar la relación jurídica individual dentro del contexto de un determinado proceso. Dicha facultad ha sido reconocida expresamente en el Proyecto al disponer que: **“los jueces pueden reducir los intereses cuando la tasa fijada o el resultado que provoque la capitalización de intereses excede, sin justificación y desproporcionadamente, el costo medio del dinero para deudores y operaciones similares en el lugar donde se contrajo la obligación.** Los intereses pagados en exceso se imputan al capital y, una vez extinguido éste, pueden ser repetidos” (art. 771).

Con relación a las **obligaciones de valor**, “si la deuda consiste en cierto valor, el monto resultante debe referirse al valor real al momento que corresponda tomar en cuenta para la evaluación de la deuda. Puede ser expresada en una moneda sin curso legal que sea usada habitualmente en el tráfico. Una vez que el valor es cuantificado en dinero se aplican las disposiciones (...)” relativas a las obligaciones de dar suma de dinero (art. 772).

5.1.1.2. Obligaciones de hacer y de no hacer

Las obligaciones **de hacer**, constituyen la ejecución de un hecho, siendo definidas como aquellas cuyo objeto consiste en la prestación de un servicio o en la realización de un hecho, en el tiempo, lugar y modo acordados por las partes (art. 773), o de conformidad con la índole de la obligación (art. 775). **Consisten en un hecho positivo, mientras que la obligación de no hacer es aquélla que tiene por objeto una abstención del deudor o tolerar una actividad ajena, es decir, representan un hecho negativo o de abstención.**

En las obligaciones de hacer si el deudor no ejecuta la prestación en el tiempo y modo convenido “(...) la prestación se tiene por incumplida, y el acreedor puede exigir la destrucción de lo mal hecho, siempre que tal exigencia no sea abusiva” (art. 775). Por su parte, ese incumplimiento imputa-

ble de la prestación le da derecho al acreedor a: a) exigir el cumplimiento específico; b) hacerlo cumplir por terceros a costa del deudor; c) reclamar los daños y perjuicios.

En el caso de las obligaciones de **no hacer**, como estas constituyen una abstención, en caso de que el deudor lleve adelante el hecho, el acreedor puede reclamar la destrucción física de lo hecho, y los daños y perjuicios (art. 778).

La prestación del servicio en las obligaciones de hacer puede representar una obligación de medios que debe ser ejercitada con la diligencia apropiada, independientemente del éxito, como aquellas cláusulas que comprometen a los buenos oficios, o a aplicar los mejores esfuerzos o aquellas en las que el acreedor procura cierto resultado concreto del deudor, con independencia de su eficacia. O bien puede representar una obligación determinada a través de la cual el acreedor procura el resultado eficaz prometido, como la cláusula llave en mano o producto en mano (art. 774).

Históricamente, la doctrina ha debatido la diferencia entre las obligaciones de hacer y las obligaciones de dar, ya que ambas consisten en la ejecución de un hecho positivo, incluso puede decirse que toda obligación de dar implica asimismo una obligación de hacer. El Proyecto contribuye a diferenciarlas, ya que estipula que: "(...) si el resultado de la actividad del deudor consiste en una cosa, para su entrega se aplican las reglas de las obligaciones de dar cosas ciertas para constituir derechos reales" (art. 774).

En las obligaciones de hacer, "la prestación puede ser ejecutada por persona distinta del deudor, a no ser que de la convención, de la naturaleza de la obligación o de las circunstancias resulte que éste fue elegido por sus cualidades para realizarla personalmente (...)" (art. 776). Es lo que se conoce como obligación *insititu persone*, locución latina que significa en "atención a la persona"; hace referencia a aquellos actos o contratos que se celebran en especial consideración de la persona con quien se contrae la obligación. Como afirman Josserand y Messineo, es aquel para cuya concertación se ha tenido especialmente en cuenta, y como requisito esencial del mismo, la persona del otro contratante, ya sea por su determinada calidad, profesión, arte u oficio, o bien por su solvencia o responsabilidad económica.⁽¹¹⁾

(11) JOSSERAND, LOIS. *Derecho Civil, Teoría General de las obligaciones*, Ed. Bosch y Cia., Bs. As., Tomo II, Vol I, p. 191; MESSINEO, FRANCESCO, *Doctrina General del Contrato*, trad. de R. O.

5.1.2. Por la naturaleza del vínculo

5.1.2.1. Obligaciones alternativas

“La obligación alternativa tiene por objeto una prestación entre varias que son independientes y distintas entre sí. El deudor está obligado a cumplir una sola de ellas” (art. 779). “Excepto estipulación en contrario, **la facultad de elegir corresponde al deudor (...)**”. Esto es lo que se conoce como **obligación alternativa regular**,⁽¹²⁾ mientras que aquella en donde la facultad de elección corresponde al acreedor se denomina **obligación alternativa irregular**.⁽¹³⁾ “Las opciones conferidas al deudor y al acreedor en los dos

Fontanarrosa., S. Sentis Melendo y M. Volterra, Bs. As., Ediciones Jurídicas Europa-América. Tomo I, p. 59.

(12) En estos casos, donde la elección corresponde al deudor y la alternativa se da entre dos prestaciones, “(...) se aplican las siguientes reglas: a) si una de las prestaciones resulta imposible por causas ajenas a la responsabilidad de las partes, o atribuibles a la responsabilidad del deudor, la obligación se concentra en la restante; si la imposibilidad proviene de causas atribuibles a la responsabilidad del acreedor, el deudor tiene derecho a optar entre dar por cumplida su obligación; o cumplir la prestación que todavía es posible y reclamar los daños y perjuicios emergentes de la mayor onerosidad que le cause el pago realizado, con relación al que resultó imposible; b) si todas las prestaciones resultan imposibles, y la imposibilidad es sucesiva, la obligación se concentra en esta última, excepto si la imposibilidad de alguna de ellas obedece a causas que comprometen la responsabilidad del acreedor; en este caso, el deudor tiene derecho a elegir con cuál queda liberado; c) si todas las prestaciones resultan imposibles por causas atribuibles a la responsabilidad del deudor, y la imposibilidad es simultánea, se libera entregando el valor de cualquiera de ella; si lo son por causas atribuibles a la responsabilidad del acreedor, el deudor tiene derecho a dar por cumplida su obligación con una y reclamar los daños y perjuicios emergentes de la mayor onerosidad que le ocasione el pago realizado, con relación al que resultó imposible; d) si todas las prestaciones resultan imposibles por causas ajenas a la responsabilidad de las partes, la obligación se extingue” (art. 781).

(13) En estos casos, “(...) se aplican las siguientes reglas: a) si una de las prestaciones resulta imposible por causas ajenas a la responsabilidad de las partes, o atribuibles a la responsabilidad del acreedor, la obligación se concentra en la restante; si la imposibilidad proviene de causas atribuibles a la responsabilidad del deudor, el acreedor tiene derecho a optar entre reclamar la prestación que es posible, o el valor de la que resulta imposible; b) si todas las prestaciones resultan imposibles y la imposibilidad es sucesiva, la obligación se concentra en la última, excepto que la imposibilidad de la primera obedezca a causas que comprometan la responsabilidad del deudor; en este caso el acreedor tiene derecho a reclamar el valor de cualquiera de las prestaciones; c) si todas las prestaciones resultan imposibles por causas atribuibles a la responsabilidad del acreedor, y la imposibilidad es simultánea, el acreedor tiene derecho a elegir con cuál de ellas queda satisfecho, y debe al deudor los daños y perjuicios emergentes de la mayor onerosidad que le reporte el pago realizado; si lo son por causas atribuibles a la responsabilidad del deudor, el acreedor tiene derecho a elegir con el valor de cuál de ellas queda satisfecho; d) si todas las prestaciones resultan imposibles por causas ajenas a la responsabilidad de las partes, la obligación se extingue” (art. 782).

artículos anteriores también pueden ser ejercidas, a favor de aquéllos, por un tercero a quien le haya sido encargada la elección” (art. 783).

Cuando la opción corresponde a varias personas, ella requiere unanimidad. Si la parte a quien corresponde la elección no se pronuncia oportunamente, la facultad de opción pasa a la otra. Si esa facultad se ha deferido a un tercero y éste no opta en el plazo fijado, corresponde al deudor designar el objeto del pago.

“En las **obligaciones periódicas**, la elección realizada una vez no implica renuncia a la facultad de optar en lo sucesivo. La elección es irrevocable desde que se la comunica a la otra parte o desde que el deudor ejecuta alguna de las prestaciones, aunque sea parcialmente. Una vez realizada, la prestación escogida se considera única desde su origen, y se aplican las reglas de las obligaciones de dar, de hacer o de no hacer, según corresponda” (art. 780).

5.1.2.2. Obligaciones facultativas

“La obligación facultativa tiene una prestación principal y otra accesoria. El acreedor solo puede exigir la principal, pero el deudor puede liberarse cumpliendo la accesoria. El deudor dispone hasta el momento del pago para ejercitar la facultad de optar” (art. 786). “En caso de duda respecto a si la obligación es alternativa o facultativa, se la tiene por alternativa” (art. 788). “La obligación facultativa se extingue si la prestación principal resulta imposible, sin perjuicio de la responsabilidad que pueda corresponder” (art. 787).

5.1.3. Por la posibilidad de escindir la prestación

5.1.3.1. Obligación divisible

“Obligación divisible es la que tiene por objeto prestaciones susceptibles de cumplimiento parcial” (art. 805). “La prestación jurídicamente divisible exige la concurrencia de los siguientes requisitos: a) ser materialmente fraccionable, de modo que cada una de sus partes tenga la misma calidad del todo; b) no quedar afectado significativamente el valor del objeto, ni ser antieconómico su uso y goce, por efecto de la división” (art. 806). Las obligaciones divisibles implican la existencia de más de un deudor u acreedor, pues si sólo hay un deudor y un acreedor, la prestación debe ser cumplida por entero, aunque su objeto sea divisible (art. 807).

“Si la obligación divisible tiene más de un acreedor o más de un deudor, se debe fraccionar en tantos créditos o deudas iguales, como acreedores o deudores haya, siempre que el título constitutivo no determine proporciones distintas. Cada una de las partes equivale a una prestación diversa e independiente. Los acreedores tienen derecho a su cuota y los deudores no responden por la insolvencia de los demás” (art. 808).

5.1.3.2. Obligaciones indivisibles

“Son indivisibles las obligaciones no susceptibles de cumplimiento parcial” (art. 813). “Hay indivisibilidad: a) si la prestación no puede ser materialmente dividida; b) si la indivisibilidad es convenida; en caso de duda sobre si se convino que la obligación sea indivisible o solidaria, se considera solidaria; c) si lo dispone la ley (art. 814).

A modo de ejemplo, el Proyecto da supuestos de prestaciones indivisibles, entre las cuales señala: “(...) a) las de dar una cosa cierta; b) de hacer, excepto si han sido convenidas por unidad de medida y el deudor tiene derecho a la liberación parcial; c) de no hacer; d) accesorias, si la principal es indivisible”.

En estos casos, “cada uno de los acreedores tiene derecho de exigir la totalidad del pago a cualquiera de los codeudores, o a todos ellos, simultánea o sucesivamente” y “cualquiera de los codeudores tiene derecho a pagar la totalidad de la deuda a cualquiera de los acreedores” (arts. 816 y 817). Vale señalar que “la mora de uno de los deudores o de uno de los acreedores, y los factores de atribución de responsabilidad de uno u otro, no perjudican a los demás” (art. 819), y “si uno de los deudores paga la totalidad de la deuda, o repara la totalidad de los daños, o realiza gastos en interés común, tiene derecho a reclamar a los demás la contribución del valor de lo que ha invertido en interés de ellos (...)” (art. 820). Por su parte, “la prescripción extintiva cumplida es invocable por cualquiera de los deudores contra cualquiera de los acreedores” (art. 822).

5.1.4. Por la relevancia de la prestación

5.1.4.1. Obligaciones principales

“Obligaciones principales son aquéllas cuya existencia, régimen jurídico, eficacia y desarrollo funcional son autónomos e independientes de cualquier otro vínculo obligacional (...)” (art. 856).

5.1.4.2. Obligaciones accesorias

"(...) Los derechos y obligaciones son accesorios a una obligación principal cuando dependen de ella en cualquiera de los aspectos precedentemente indicados, o cuando resultan esenciales para satisfacer el interés del acreedor" (art. 856). "La extinción, nulidad o ineficacia del crédito principal, extinguen los derechos y obligaciones accesorios, excepto disposición legal o convencional en contrario" (art. 857).

5.2 | En función del sujeto

5.2.1. Por la naturaleza del vínculo obligacional

5.2.1.1. Obligaciones simplemente mancomunadas

"La obligación simplemente mancomunada es aquélla en la que el crédito o la deuda se fracciona en tantas relaciones particulares independientes entre sí como acreedores o deudores haya. Las cuotas respectivas se consideran deudas o créditos distintos los unos de los otros" (art. 825), y se rigen por las normas de las obligaciones divisible o indivisible, según el caso (art. 826).

5.2.1.2. Obligaciones solidarias

Como explica Pothier, la obligación es solidaria cuando cada uno se obliga por el total, de manera, empero, que el pago por uno de ellos se encargue a todos los otros. Aduna el autor que la solidaridad por parte de los deudores consiste en que la obligación se responde por el total, de una manera tan completa como si cada uno de ellos fuera el único deudor.⁽¹⁴⁾

El maestro Larenz enseña que cada uno de esos créditos y cada relación obligatoria en particular puede desarrollarse hasta cierto grado con independencia de las demás. Pero todas esas singulares relaciones obligatorias permanecen unidas entre sí a través de la unidad de fin de la prestación. La relación obligatoria que comprende a todos los partícipes se nos presenta como una relación obligatoria de orden superior, que encierra en sí una pluralidad de relaciones obligatorias singulares (de orden inferior).⁽¹⁵⁾

(14) POTHIER, ROBERT J., *Tratado de las Obligaciones*, trad. de Guillermo Cabanellas de Torres, 2da. ed., Bs. As., Ed. Heliasta, 2007, p. 138.

(15) LARENZ, KARL, *Derecho de Obligaciones*, Madrid, Editorial Revista de Derecho Privado, 1958, tomo I, p. 504.

Tal como expresa Pizarro, la nota particularizante de este tipo de obligaciones anida en la estructura que asume el elemento vínculo jurídico, que hace surgir una suerte de frente común de acreedores y deudores. Conforme a ello, cada uno de los acreedores está legitimado para exigir el cobro y para realizar cualquiera de los actos de conservación y ejecución del crédito, de la misma forma en que lo haría cualquier acreedor único y sin otra incidencia que las que deriven en el plano de las relaciones internas; inversamente, cada deudor responde por la totalidad de la deuda como si fuera un deudor único, sin perjuicio de las acciones recursorias o de regreso que pudieren corresponderle contra los demás codeudores.⁽¹⁶⁾

En síntesis, la pluralidad de sujetos y de vínculos,⁽¹⁷⁾ la unidad de objeto y la unidad de causa fuente se erigen como caracteres propios de las obligaciones solidarias.⁽¹⁸⁾

El art. 827 del Proyecto reza que: “hay solidaridad en las obligaciones con pluralidad de sujetos y originadas en una causa única cuando, en razón

.....

(16) PIZARRO, RAMÓN, en Alberto J Bueres (dir.), Elena I. Highton (coord.), *Código Civil y normas complementarias. Análisis doctrinario y jurisprudencial*, Bs. As., Ed. Hammurabi, 1998, Tomo 2 A, p. 658.

(17) Debemos destacar que esa pluralidad de vínculos es concentrada o coligada, ya que los vínculos no subsisten separados o aislados ni son independientes entre sí, como sí ocurre en las obligaciones simplemente mancomunadas. La pluralidad de vínculos produce importantes consecuencias en las obligaciones solidarias:

- Una obligación puede ser pura y simple para un acreedor o deudor y condicional o a plazo para otro (art. 702 CC). En este caso, el acreedor sólo podrá reclamar el pago al primero, debiendo aguardar alcumplimiento de la modalidad (plazo o condición) para poder reclamar el pago al último.
- La nulidad del vínculo ocasionada por la incapacidad de un acreedor o deudor no afecta la validez de la obligación con respecto a los otros integrantes del respectivo grupo o violencia, el acto jurídico obrado por él es anulable, pero dicha nulidad es ajena a la obligación respecto de los otros deudores que no sufrieron vicio alguno.
- La renuncia parcial a la solidaridad efectuada por el acreedor en provecho de uno de los codeudores no afecta el carácter solidario de la obligación respecto de los otros (art. 704 CC).
- Existe también independencia de las defensas que pueden hacer valer los distintos obligados. Así lo dispone el art. 715 CC. Cada uno de los deudores puede oponer a la acción del acreedor todas las excepciones que sean comunes a todos los codeudores.

Puede oponer también las que le sean personales, pero no las que lo sean a los demás deudores. Calvo Costa, Carlos A., “Obligaciones solidarias y obligaciones concurrentes: Similitudes y diferencias”, en *Revista Jurídica La Ley*, 31/03/2010

(18) MAZZIA, MARIA DE LAS M., “Defensa de prescripción. Litisconsorcio facultativo y obligación solidaria”. en *Revista Jurídica La Ley*, 15/12/2011.

del título constitutivo o de la ley, su cumplimiento total puede exigirse a cualquiera de los deudores, por cualquiera de los acreedores". A lo que vale agregar que dicha "(...) solidaridad no se presume y debe surgir inequívocamente de la ley (...)" (art. 828).

El efecto primordial de estas obligaciones es que "el acreedor tiene derecho a requerir el pago a uno, a varios o a todos los codeudores, simultánea o sucesivamente" y "cualquiera de los deudores solidarios tiene derecho a pagar la totalidad de la deuda (...)" (arts. 833 y 834). "El deudor que efectúa el pago puede repetirlo de los demás codeudores según la participación que cada uno tiene en la deuda. La acción de regreso no procede en caso de haberse remitido gratuitamente la deuda" (art. 840).

De esta clase de obligaciones se desprenden los siguientes efectos:

1. **Con relación a la incapacidad:** "la incapacidad y la capacidad restringida de alguno de los acreedores o deudores solidarios no perjudica ni beneficia la situación de los demás; tampoco la existencia de modalidades a su respecto" (art. 830).
2. **Con relación a las defensas:** "cada uno de los deudores puede oponer al acreedor las defensas comunes a todos ellos (...)" (art. 831).
3. **Con relación a la cosa juzgada:** "la sentencia dictada contra uno de los codeudores no es oponible a los demás, pero éstos pueden invocarla cuando no se funda en circunstancias personales del codeudor demandado. El deudor no puede oponer a los demás coacreedores la sentencia obtenida contra uno de ellos; pero los coacreedores pueden oponerla al deudor, sin perjuicio de las excepciones personales que éste tenga frente a cada uno de ellos" (art. 832).
4. **Con relación a la mora:** "la mora de uno de los deudores solidarios perjudica a los demás. Si el cumplimiento se hace imposible por causas imputables a un codeudor, los demás responden por el equivalente de la prestación debida y la indemnización de daños y perjuicios. Las consecuencias propias del incumplimiento doloso de uno de los deudores no son soportadas por los otros" (art. 838).
5. **Con relación a la insolvencia de los demás deudores:** "la cuota correspondiente a los codeudores insolventes es cubierta por todos los obligados" (art. 842).
6. **Con relación a la muerte de un deudor:** "si muere uno de los deudores solidarios y deja varios herederos, la deuda ingresa en la masa indivisa y cualquiera de los acreedores puede oponerse a que los bienes se entreguen a los herederos o legatarios sin haber sido previamente pagado. Después de la partición,

cada heredero está obligado a pagar según la cuota que le corresponde en el haber hereditario" (art. 843).

5.2.1.3. Obligaciones concurrentes

Este tipo de obligaciones ha cautivado la opinión divergente de la doctrina, que se ha ocupado de ellas con gran intensidad.⁽¹⁹⁾ Se caracterizan por la existencia de un solo acreedor, un mismo objeto, pero distintas causas con relación a cada uno de los deudores.⁽²⁰⁾ De esta manera, cuando la responsabilidad reconoce distintas causas para todos los codemandados, las que generan diversos deudores que deben reparar a un único acreedor mediante el cumplimiento de la misma prestación, es decir, concurren en el mismo objeto, se trata de un caso de obligaciones *in solidum*.⁽²¹⁾

Si bien en la obligación concurrente no existen relaciones internas de contribución entre los codeudores y quien pague la deuda, tendría que soportar el peso de ella si fue el causante directo, queda en pie una eventual responsabilidad compartida que puede ser alegada por cualquiera de los deudores, a fin de que el monto de la indemnización sea cubierto por todos los deudores concurrentes en la medida en que cada cual contribuyó

(19) Ver, entre otros, los trabajos de: ANDORNO, L., "La responsabilidad civil y la obligación *in solidum*", en JA, 1972-Doctrina, p. 439; BUSNELLI, F., *L'obbligazione soggettivamente complessa*, Milano, Giuffrè editore, 1974; CALVO COSTA, C., op. cit., p. 1111. CHABAS, F., *L'influence de la pluralité de causes sur le Droit a réparation*, Paris, Librairie Générale de Droit et de Jurisprudence, 1967; CHAUSOVSKY, G., "Obligaciones concurrentes: su regulación en el Proyecto de Código Civil de 1998", en *Obligaciones y contratos en los albores del siglo XXI*, homenaje al Profesor Doctor Roberto M. López Cabana, Abeledo Perrot, 2001; DE ACUTIS, M., "La solidarietà nella responsabilità civile", en Riv. Dir. Civ., 1975, p. 531. DESCALZI, J., "Obligaciones concurrentes o *in solidum*", en DJ, 2003-1, p. 431; MIGNOT, D., *Les obligations solidaires et les obligations in solidum en Droit privé français*, Paris, Dalloz, 2002; MOIA, A., "Los acuerdos transaccionales en la cuantificación de la indemnización por daños. Su funcionamiento en las obligaciones concurrentes. A propósito de un fallo docente", en RCyS, 2010-65; MOISSET DE ESPANES, L., "Reformas en materia de solidaridad", en JA, 1969-73; MONTES, C., *Mancomunidad o solidaridad en la responsabilidad plural por acto ilícito*, Barcelona, Bosch, 1985, p. 40; MORO, E., "Responsabilidad objetiva. Obligaciones *in solidum*. Transacción entre el comitente y el damnificado-accionante: ¿liberación del co-deudor concurrente?", en LLLitoral, 2010-833; MULLER, E. y DELLAMONICA, "Perfiles actuales de las obligaciones *in solidum*", en Zeus, enero/abril 2003, t. 91; TALE, C., *Obligaciones solidarias: cuestiones controvertidas y soluciones*, 1994

(20) CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA NACIÓN, "Fabro, Víctor y otra c/ Provincia de Río Negro y otros", 09/11/2000.

(21) SUPREMA CORTE DE JUSTICIA DE LA PROVINCIA DE BUENOS AIRES, "Gómez, Eugenio y otros c/ Villalba, Raúl y otros ", C 63.968, 15/06/1999, LLBA 1999 LLBA 1999, 792. (Del voto de la mayoría).

a causar el daño, máxime cuando se han determinado las proporciones de responsabilidad de cada parte.⁽²²⁾

En estos supuestos de deudas concurrentes o *in solidum*, contrariamente a la hipótesis de solidaridad donde está en juego una sola relación creditoria, se establecen varias relaciones, conjugadas entre sí por tener el mismo objeto,⁽²³⁾ y existen a favor del mismo acreedor, de modo que cada uno de los obligados concurrentes responde por la totalidad de la deuda, la cual una vez satisfecha deja sin causa a las obligaciones concurrentes vinculadas.⁽²⁴⁾

Entonces, esta categoría difiere de la solidaridad perfecta, en tanto que:

1. mientras la obligación solidaria es una sola con pluralidad de vínculos, las concurrentes son varias;
2. la obligación solidaria nace por voluntad de las partes o disposición de la ley, en tanto las obligaciones concurrentes se originan con independencia de cualquier disposición legal o de la voluntad de las partes;
3. en la obligación solidaria existen relaciones internas entre los deudores regidas por el principio de contribución, y propagación de efectos, mientras que en las concurrentes tales principios resultan inaplicables;
4. la prescripción y la interrupción de su curso tienen efecto expansivo en la obligación solidaria, lo que no acontece en las obligaciones concurrentes;
5. lo mismo cabe postular de la culpa y la mora, cuyos efectos expansivos son propios de la obligación solidaria y ajenos al supuesto de las obligaciones concurrentes, etc.⁽²⁵⁾

(22) CÁMARA NACIONAL DE APELACIONES EN LO CIVIL, Sala K, "Sanatorio Otamendi y Miroli S.A. c/ Ruiz Moreno, Jezabel", 26/10/2010;. CÁMARA NACIONAL DE APELACIONES EN LO CIVIL, Sala D, "M., S. M. c/ Lecumberri, Luis E.", 07/06/2005.

(23) CÁMARA NACIONAL DE APELACIONES EN LO CIVIL, Sala A, "Banco Comercial del Norte, S. A. c/ Kahan, José S.", 07/04/1988.

(24) CÁMARA NACIONAL DE APELACIONES EN LO CIVIL, Sala A, "Pizzuto, Laura c/ Sanatorio Santa Isabel y otro", 11/08/2006, LA LEY 31/10/2006 31/10/2006 LA LEY 31/10/2006, 4 31/10/2006 LA LEY 2006-F LA LEY 2006-F, 323.

(25) PREVOT, JUAN M., "Obligaciones 'In solidum'", en *LLLitoral*, 13/10/2011. Desde esta perspectiva, se advierte que las responsabilidades concurrentes no excusan total ni parcialmente las que autónomamente consideradas les corresponden a cada uno de los sujetos intervinientes, sin perjuicio de que ulteriormente puedan ejercerse las acciones

El art. 850 del Proyecto las define señalando que "(...) son aquéllas en las que varios deudores deben el mismo objeto en razón de causas diferentes", siendo sus efectos los siguientes: "a) el acreedor tiene derecho a requerir el pago a uno, a varios o a todos los codeudores, simultánea o sucesivamente; b) el pago realizado por uno de los deudores extingue la obligación de los otros obligados concurrentes; c) la dación en pago, la transacción, la novación y la compensación realizadas con uno de los deudores concurrentes, en tanto satisfagan íntegramente el interés del acreedor, extinguen la obligación de los otros obligados concurrentes o, en su caso, la extinguen parcialmente en la medida de lo satisfecho; d) la confusión entre el acreedor y uno de los deudores concurrentes y la renuncia al crédito a favor de uno de los deudores no extingue la deuda de los otros obligados concurrentes; e) la prescripción cumplida y la interrupción y suspensión de su curso no producen efectos expansivos respecto de los otros obligados concurrentes; f) la mora de uno de los deudores no produce efectos expansivos con respecto a los otros codeudores; g) la sentencia pasada en autoridad de cosa juzgada dictada contra uno de los codeudores no es oponible a los demás, pero éstos pueden invocarla cuando no se funda en circunstancias personales del codeudor demandado; h) la acción de contribución del deudor que paga la deuda contra los otros obligados concurrentes se rige por las relaciones causales que originan la concurrencia" (ello de conformidad con lo normado por el art. 851 del Proyecto).

Vale agregar, que en el Proyecto explícitamente se establece que "las normas relativas a las obligaciones solidarias son subsidiariamente aplicables a las obligaciones concurrentes" (ver art. 852), en la medida que no contradigan las características reseñadas con antelación.

.....

de regreso destinadas a obtener la contribución en la deuda solventada. CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA NACIÓN, "Ahumada, Lía Isabel c/ Provincia de Buenos Aires y otros", 25/09/2001, (por mayoría, a la que no adhieren los Doctores Nazareno, Belluscio, Petracchi y Boggiano) Si bien es cierto que el Código Civil, a partir de la reforma introducida por la ley 17.711, había establecido expresamente el régimen de la solidaridad entre los partícipes de un cuasidelito (arts. 1109 y 1081), no lo es menos que las obligaciones del causante de un daño y del responsable indirecto, no son solidarias sino de las que en doctrina se llaman *in solidum* o, más propiamente, concurrentes, consistiendo en aquellas que tienen un mismo acreedor e identidad de objeto, aunque diversidad de causa y deudor. SUPREMA CORTE DE JUSTICIA DE LA PROVINCIA DE BUENOS AIRES, "Rodríguez, José M. c/ Lysycky, Sergio N.", 05/12/1995. Al respecto, dicho organismo en otro precedente consideró que las obligaciones *in solidum*, se caracterizan porque varias personas adeudan al acreedor la misma prestación sin ocupar la posición de deudores solidarios, esto es, tienen un mismo objeto aunque diversidad de causa y de deudor. SUPREMA CORTE DE JUSTICIA DE LA PROVINCIA DE BUENOS AIRES, "Gómez, Eugenio y otros c/ Villalba, Raúl y otros", C 63.968, 15/06/1999.

.....

5.2.2. Por la cantidad de sujetos obligados al pago

5.2.2.1. Obligaciones disyuntivas

Obligaciones disyuntivas son aquéllas en las cuales "(...) la obligación debe ser cumplida por uno de varios sujetos. Excepto estipulación en contrario, el acreedor elige cuál de ellos debe realizar el pago. Mientras el acreedor no demande a uno de los sujetos, cualquiera de ellos tiene derecho de pagar. El que paga no tiene derecho de exigir contribución o reembolso de los otros sujetos obligados" (art. 853). "(...) La demanda de uno de los acreedores al deudor no extingue el derecho de éste a pagar a cualquiera de ellos. El que recibe el pago no está obligado a participarlo con los demás". En estos casos, se rigen "(...) subsidiariamente, las reglas de las obligaciones simplemente mancomunadas" (art. 854 y 855).

5.2.2.2. Obligaciones conjuntas

En estos casos. la obligación debe ser cumplida por todos los deudores. Este tipo de obligaciones se rige por las normas de las obligaciones simples, concurrentes, o solidarias según sea el caso.

La unificación de la responsabilidad civil en el Proyecto de Código Civil y Comercial unificado

por **SEBASTIÁN PICASSO**⁽¹⁾

I | Introducción

Cumpliendo un anhelo largamente acariciado por la doctrina nacional, y que había sido ya consagrado por los cuatro proyectos de reforma del Código Civil elaborados desde 1987, el Proyecto de Código Civil y Comercial Unificado (en adelante, el Proyecto) que en estos momentos se encuentra en pleno tratamiento legislativo propone unificar las órbitas contractual y extracontractual de responsabilidad. Aun cuando, como se verá, no se trata en realidad de una unificación total —pues subsisten ciertas particularidades propias de la responsabilidad derivada del incumplimiento de las obligaciones—, lo cierto es que, de aprobarse el Proyecto, la Argentina contaría con una legislación de avanzada en esta materia, dado que son muy contados los ordenamientos jurídicos pertenecientes a la tradición romano-germánica que hayan avanzado a un grado tal de unificación de las dos esferas.⁽²⁾

.....

(1) Doctor en Derecho. Juez de la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil. Profesor adjunto regular de Derecho Civil I en la Facultad de Derecho de la UBA. Dicta regularmente cursos y conferencias en diversas universidades de la Argentina y el extranjero. Autor de numerosas publicaciones en revistas y libros especializados.

(2) El Código Civil alemán sentó disposiciones generales estableciendo principios comunes a ambas clases de responsabilidad (arts. 249 y ss.), aun cuando contiene luego reglas particulares para la responsabilidad contractual (arts. 276 y ss.) y la extracontractual (arts. 823 y ss.). También el Código suizo de las obligaciones dispone, en su art. 99-3, que las reglas relativas a la responsabilidad derivada de actos ilícitos se aplican por analogía a los efectos de la culpa

Para comprender acabadamente las reformas que el Proyecto contiene en esta materia, es preciso, previamente, trazar un breve panorama de la evolución del pensamiento jurídico sobre esta cuestión, y reseñar de qué modo ella se encuentra regulada en el Código Civil vigente.

Antes de encarar esa tarea, consideramos necesario señalar que, en lo que hace al tema en tratamiento, nos comprenden las generales de la ley, pues hemos tenido el honor de integrar, junto a los Dres. Graciela Messina, Adela Seguí, Silvia Tanzi, Jorge M. Galdós y Fernando Sagarna, el equipo de trabajo que colaboró con la Comisión de Reformas en la redacción de los artículos referidos a la responsabilidad civil.

2 | De la dualidad a la unidad

Siguiendo al modelo francés, la mayoría de los códigos civiles enmarcados en la tradición continental europea contiene, al menos, dos grupos distintos de normas destinadas a regular la obligación de reparar daños.⁽³⁾

contractual, al igual que el Código Civil de Cuba (art. 294) y la ley yugoslava sobre las obligaciones de 1978. En el caso de Checoslovaquia, el Código Civil de 1964 eliminó prácticamente toda diferencia entre ambas esferas de responsabilidad, sometiéndolas a las mismas reglas. El mismo derrotero siguieron el Código de las Obligaciones Civiles y Comerciales de Senegal de 1963, y el Código polaco de 1964. Más recientemente, el Código Civil de los Países Bajos, en vigor desde 1992, sienta reglas comunes a ambos tipos de responsabilidad en sus arts. 95 a 110, aun cuando subsisten algunas normas referidas exclusivamente a “los efectos del incumplimiento de la obligación” (arts. 74 a 95) y al “acto ilícito” (arts. 162 a 197). Por su parte, el Código Civil de Québec de 1994 ha consagrado un capítulo único a la regulación de la “Responsabilidad civil” (arts. 1457 a 1481). Finalmente, el reciente proyecto de reforma del Código Civil francés en materia de derecho de las obligaciones y de la prescripción, elaborado por la denominada “comisión Catala”, y sometido a la consideración del Ministerio de Justicia de ese país con fecha 22/09/2005, contiene disposiciones comunes a ambas clases de responsabilidad (arts. 1343 a 1351-1), en materia de daño reparable, nexos causal y causas de exoneración, para luego sentar reglas propias a la responsabilidad extracontractual (arts. 1352 a 1362) y a la contractual (arts. 1363 a 1366).

(3) Como lo señalamos en el texto, la mayoría de los códigos que siguen el sistema romano-germánico refleja esa distinción. Así, en el caso del *Code Napoléon* encontramos, por una parte, el Título III del Libro Tercero (arts. 1101 y ss.), que trata acerca “De los contratos o de las obligaciones convencionales en general”; en ese marco, la Sección IV está específicamente consagrada a “los daños e intereses resultantes de la inexecución de la obligación” (arts. 1146 a 1155). Por otra parte, el Título IV, denominado “De los compromisos que se forman sin convención”, dedica diversos artículos a tratar acerca de los cuasicontratos (Capítulo I, arts. 1371 a 1381), y los delitos y cuasidelitos (Capítulo II, arts. 1382 a 1386). Más allá de este caso, y entre muchos otros, pueden citarse el Código Civil belga —calcado del francés—; el italiano (arts. 1218 y ss. para el incumplimiento de las obligaciones, y 2043 y ss. para los “he-

Ese es también el caso del Código Civil argentino: las normas relativas a la responsabilidad por incumplimiento obligacional se encuentran insertas en los Títulos I y III de la Primera Parte de la Sección Primera del Libro Segundo (arts. 505 a 514, 519 a 522 y concordantes), mientras que los hechos ilícitos hallan su regulación en el Título VIII de la Sección Segunda del Libro Segundo, dedicado a los “actos ilícitos” (arts. 1066 y ss.), además de en algunos otros artículos (901 a 909) insertos en el Título I de la Sección Segunda del Libro Segundo, que trata acerca de los hechos jurídicos.⁽⁴⁾

chos ilícitos”), el alemán (arts. 276 y ss. para la responsabilidad contractual, y 823 y ss. para los delitos y cuasidelitos); el brasileño (arts. 186 a 188 para los actos ilícitos, y 389 y ss. para la responsabilidad obligacional); el venezolano (arts. 1264 a 1277 para el incumplimiento de las obligaciones y 1185 a 1196 para los “hechos ilícitos”); el colombiano (arts. 1604 y ss. para la responsabilidad contractual, y 2341 y ss. para “los delitos y las culpas”); el paraguay (arts. 1833 a 1871 para los actos ilícitos, y 450 a 453 para la responsabilidad contractual); el chileno (arts. 1547 y ss. para el incumplimiento contractual, y 2314 y ss. para los delitos y cuasidelitos) y el uruguayo (arts. 1319 a 1332 para la responsabilidad aquiliana y 1341 a 1348 para la contractual), entre otros. El Código Civil español, en cambio, parece dividir a la responsabilidad civil en tres sectores distintos: contractual (arts. 1088 y ss.), extracontractual (art. 1902 y ss.) y delictual o derivada de delito penal (arts. 1092, CC y 19 a 22 y 111 del CP). No obstante ello, la aparente distinción entre las dos últimas especies de responsabilidad civil ha sido puesta en duda (Ver al respecto YZQUIERDO TOLSADA, MARIANO, *Responsabilidad civil contractual y extracontractual*, Madrid, Reus, 1993, T. I, p. 51 y ss.). También en el *common law* rige esta distinción. En ese sentido, señala James que debe distinguirse al acto ilícito civil (entendido como aquel que da lugar a responsabilidad extracontractual) del incumplimiento del contrato. Éste, en palabras del autor citado, “(..)también es un acto ilícito de naturaleza civil, pero es diferente de los actos ilícitos que estamos estudiando en este capítulo. La responsabilidad contractual se deriva de unos derechos y obligaciones impuestos por las propias partes, por lo que sólo estas partes del contrato pueden ser, en principio, responsables. La responsabilidad por actos ilícitos civiles es general, ya que cualquier persona es responsable de los daños causados a otra sin que exista un vínculo particular entre ellas. La obligación de no cometer actos ilícitos civiles está impuesta, pues, por el derecho general del país, y vincula a todas las personas” (JAMES, PHILIP, *Introducción al derecho inglés*, trad. de Jesús Torres García, Bogotá, Temis 1996, p. 299, — la traducción, en este como en los demás casos en los que en este artículo no se aclare lo contrario, es nuestra—). Jones, por su parte, alerta acerca de lo dificultoso de distinguir entre *tort* y contrato, y afirma que tal vez el criterio más útil pasa por la finalidad que en ambos casos trata de obtenerse con la indemnización. Desde este punto de vista, mientras que la responsabilidad extracontractual protege el *statu quo* (el actor debe ser puesto en la situación que habría tenido si el ilícito no se hubiera cometido), en el contrato el demandado es responsable por no haber mejorado la posición del actor, al no haberle procurado el beneficio prometido (JONES, MICHAEL A., *Torts*, Blackstone Press Limited, Londres, 1993, p. 3).

(4) Desde luego, se trata de una división presentada a grandes trazos, que admite precisiones y distinciones aún dentro de cada una de esas esferas. Así, v.g., los daños y perjuicios causados como consecuencia del incumplimiento de una obligación de dar sumas de dinero se rigen por un régimen especial, según el cual el deudor incumplidor debe, en principio, intereses (art. 622). De allí que Boffi Boggero considera —en una posición singular— que el código argentino no consagra dos, sino cuatro sistemas distintos de responsabilidad, a saber: a) por incumplimiento de un acto voluntario lícito (o “decisión privada lícita”) que no

Asimismo, el Código de Vélez Sársfield, inspirado en la obra de Aubry y Rau,⁽⁵⁾ contiene una norma expresa —única en el derecho comparado—⁽⁶⁾ que importa una verdadera barrera entre ambos órdenes de responsabilidad, y establece con claridad en qué supuesto es dable la “opción” entre uno y otro. Se trata del art. 1107, inserto al principio del Título IX de la Sección Segunda del Libro Segundo, principiando la regulación de los “hechos ilícitos que no son delitos”, y a cuyo tenor: “Los hechos o las omisiones en el cumplimiento de las obligaciones convencionales, no están comprendidos en los artículos de este título, si no degeneran en delitos del derecho criminal”.⁽⁷⁾

.....

tiene por objeto dar sumas de dinero (arts. 505 a 514 y 519 a 522); b) por incumplimiento de un acto voluntario lícito “cuyo objeto lo constituye una suma de dinero” (art. 622); c) por comisión de un delito civil (arts. 1072 a 1095), y d) por comisión de un cuasidelito (art. 1109 y ss.) (BOFFI BOGGERO, LUIS M., *Estudios jurídicos, Primera Serie*, Bs As, Cooperadora del Centro de Derecho y Ciencias Sociales, 1960, p. 79; ídem, voz “Responsabilidad” en *Enciclopedia Jurídica Omeba*, t. XXIV, p. 831).

(5) AUBRY, CHARLES - RAU, CHARLES, *Cours de droit civil français, Paris*, 1856, t. III, p. 54.

(6) Ver LÓPEZ CABANA, ROBERTO M., “El contrato de transporte terrestre sometido al régimen de la responsabilidad extracontractual. Trastornos que causa la subsistencia de una norma arcaica”, en *LL*, 1991-B-300.

(7) Para un análisis integral de esta norma, ver. nuestro comentario al artículo en cuestión en BUERES, ALBERTO J. (dir.) y HIGHTON, ELENA I. (coord.), *Código Civil y normas complementarias. Análisis doctrinario y jurisprudencial*, Bs. As., Hammurabi, 1999, t. 3A. Bástenos aquí simplemente con apuntar que, pese a la ubicación del artículo —en el título dedicado a tratar acerca de “los hechos ilícitos que no son delitos”—, calificada doctrina entiende que sus disposiciones resultan aplicables también en materia delictual, es decir, que los hechos o las omisiones en el cumplimiento de las obligaciones convencionales tampoco están comprendidos en los artículos del Título VIII del código, salvo que constituyan, al mismo tiempo, un delito criminal (CAZEAX, PEDRO N. y TRIGO REPRESAS, FÉLIX A., *Derecho de las obligaciones, Platense*, La Plata, 1970, t. III, p. 39/40; ALTERINI, ATILIO A., *Responsabilidad civil. Límites de la reparación civil*, Bs. As., Abeledo-Perrot, 1992, p. 56, nota 81; KEMELMAJER DE CARLUCCI, AÍDA, comentario al artículo 1107 en Augusto Belluscio (dir.) y Eduardo Zannoni (coord.), *Código civil y leyes complementarias. Comentado, anotado y concordado*, Bs.As. Astrea, 1984, t. V, p. 334). Contra, considerando que el artículo se refiere sólo a los cuasidelitos, por lo que un incumplimiento contractual que al mismo tiempo configure un delito civil daría opción al acreedor para optar por una u otra vía: LLAMBIAS, JORGE J., *comentario al artículo 1107 en Código Civil anotado*, Bs.As. Abeledo-Perrot, 1979, t. II-B, p. 418; BORDA, GUILLERMO A., *Tratado de derecho civil argentino. Obligaciones*, Bs.As, Abeledo-Perrot, 1976, t. II, p. 92; SEGOVIA, LISANDRO, *El Código Civil de la República Argentina. Su explicación y crítica bajo la forma de notas*, Bs. As., 1881, t. I, p. 302, nota 2; LLERENA, BALDOMERO, *Concordancias y comentarios del Código Civil argentino*, Bs.As., La Facultad, 1931, t. II, p. 450; BUSTAMANTE ALSINA, JORGE, *Teoría general de la responsabilidad civil*, Bs. As., Abeledo-Perrot, 1989, p. 78; VÁZQUEZ FERREYRA, ROBERTO A., *Responsabilidad por daños*, Bs. As., Depalma, 1993, p. 61; XII Jornadas Nacionales de Derecho Civil, San Carlos de Bariloche, 1989, despacho de la Comisión n° 2, en *Congresos y Jornadas Nacionales de Derecho Civil*, Bs. As., La Ley, 2005, p. 96).

De este modo, el Código Civil vigente encara separadamente la regulación de la obligación de reparar según que ella tenga por causa el incumplimiento de una obligación o la violación del deber general de no dañar. Esta sistemática tiene, por otra parte, raíces históricas profundas, y se evidencia en la tradicional clasificación de las fuentes de las obligaciones, que se estructuró en un primer momento en torno a la distinción entre *contractus*, por un lado, y *maeficia* o *delicta*, por el otro, para luego —con la compilación justiniana— incorporar también a los cuasicontratos y los cuasidelitos y, un poco más tarde, a la ley.⁽⁸⁾

La existencia de esta regulación dual puede dar lugar —y de hecho lo ha dado— a dos formas distintas de interpretar las relaciones recíprocas entre ambas “responsabilidades”. El tema fue objeto de una larga disputa doctrinal que enfrentó —desde fines del siglo XIX y durante la mayor parte del siglo XX— a “dualistas” y “monistas”. Para los primeros existe una diferencia de naturaleza entre la responsabilidad contractual y la extracontractual, lo que justifica la diversa regulación de una y otra esfera que de hecho consagra la mayoría de los códigos. Los “monistas”, en cambio, consideran que la responsabilidad civil es, en sustancia, un fenómeno unitario, más allá de la existencia de puntuales diferencias que la ley pueda establecer entre ambos campos, que califican de contingentes, y cuya supresión propugnan. Como es sabido, fue esta última —aunque no en sus versiones extremas— la tendencia que terminó por imponerse. Hoy en día, la doctrina ampliamente mayoritaria afirma el carácter unitario de la responsabilidad civil, y la jurisprudencia, e incluso la legislación, se han ido orientando en el mismo sentido.

(8) Ver BUERES, ALBERTO J. y MAYO, JORGE A., comentario al art. 499 en Bueres, Alberto J (dir.); Highton, Elena I. (coord.), *Código Civil y normas complementarias. Análisis doctrinario y jurisprudencial*, Bs. As., Hammurabi, 1999, t. 2A, p. 16. Por su parte, apunta Alterini que la distinción entre ambos órdenes de responsabilidad proviene del derecho romano: la responsabilidad era contractual en la Ley de las XII Tablas, y extracontractual en la *Lex Aquilia*, lo que generó que se las estudiara y legislara separadamente, como ocurre en las Institutas y el Digesto. Posteriormente, esa distinción habría pasado al antiguo derecho francés, para plasmarse a la postre en el *Code Napoléon* (ALTERINI, ATILIO A., “Contornos actuales de la responsabilidad civil”, apéndice a su obra *Responsabilidad civil...*, op. cit., p. 360). Para un estudio exhaustivo de la cuestión, ver LÉVY, JEAN P. y CASTALDO, ANDRÉ, *Histoire du droit civil*, París, Dalloz, 2002, p. 649 y ss. Sobre las fuentes romanas y el sistema de los códigos francés y argentino, ver GOROSTIAGA, NORBERTO, *El Código Civil y su reforma ante el derecho civil comparado*, Bs. As., Facultad de Derecho y Ciencias Sociales de la UBA., 1941, t. II, 1ra. parte, p. 12 y ss.

Como hemos tenido oportunidad de señalar anteriormente,⁽⁹⁾ a primera vista la diferencia entre ambos campos de la responsabilidad civil parecería ser algo casi intuitivo: en un caso (responsabilidad contractual) la obligación de reparar el daño surge como consecuencia de la trasgresión de un vínculo preexistente, cuyos alcances están más o menos definidos, y que vincula a cada una de las partes —determinadas de antemano, o, a lo sumo, determinables— con la otra. En el otro supuesto, en cambio, existe una violación del deber general de no dañar a otro, impuesto por la ley a cualquier persona, y es recién luego de dicha violación que las partes quedarán ligadas entre ellas por un vínculo más específico, constituido por la obligación de reparar. Es decir que, mientras que en el caso de la responsabilidad contractual las partes han recortado previamente su conducta mediante la asunción de obligaciones, en la extracontractual, por el contrario, ellas se conocen a través del hecho dañoso, si se nos permite utilizar la gráfica expresión de Yzquierdo Tolsada.⁽¹⁰⁾ Podría entonces pensarse que la responsabilidad resultante del incumplimiento es, en el campo contractual, sólo un efecto de la obligación, mientras que en la extracontractual se trata de una obligación surgida *ex novo* como consecuencia de la comisión del hecho ilícito.⁽¹¹⁾

Esta aparente diferencia entre las dos situaciones ha sido tradicionalmente el punto de partida de los partidarios de la “dualidad” de responsabilidades, mientras que los corifeos de la “unidad” apuntan, en cambio, a relativizar —cuando no a diluir— esa supuesta diferencia es-

(9) PICASSO, SEBASTIÁN, comentario al art. 1107 del Código Civil en Alberto Bueres. (dir.) Elena Highton (coord.), *Código Civil y normas complementarias. Análisis doctrinario y jurisprudencial*, Bs.As., Hammurabi, 1999, t.3A..

(10) YZQUIERDO TOLSADA, MARIANO, *Responsabilidad civil contractual y extracontractual*, Madrid, Reus, 1993, t. I, p. 81.

(11) BUSTAMANTE ALSINA, JORGE *Teoría General de la Responsabilidad civil*, Bs.As., Abeledo-Perrot, 1989. En ese sentido, Alterini señala que “(...) a través del acto lícito se crean obligaciones, y sólo su incumplimiento da lugar a sanción; en lo ‘extracontractual’ la fuente de la obligación es un hecho ilícito”, agregando que “de allí que en lo ‘contractual’ las obligaciones engendradas dan lugar primero al efecto normal de posibilitar al acreedor el reclamo de cumplimiento (art. 505 incs. 1º y 2º del Cód. Civil), y sólo ante la mora o la inejecución de la prestación debida, generan responsabilidad por incumplimiento (arts. 508 y 505 inc. 3º); y que en lo ‘extracontractual’ ésta se causa en su origen mismo” (ALTERINI, ATILIO A., *Responsabilidad civil. Límites de la reparación civil*, Bs.As. Abeledo-Perrot, 1992, p. 56). Para Breccia, se trata del “único fundamento conceptual posible” de la distinción entre ambas esferas (BRECCIA, UMBERTO, *Le obbligazioni*, Milán Giuffrè, 1991, p. 665).

tructural. Sin embargo, la polémica discurrió por carriles diferentes según las épocas.

En efecto, mientras la responsabilidad civil se concibió como basada fundamentalmente en la culpa, y teñida por ello mismo por una fuerte idea (moralizante) de castigo del dañador,⁽¹²⁾ la discusión se centró, particularmente, en establecer si la culpa es un concepto unitario —lo que, a su vez, justificaba hablar de una sola responsabilidad—, o bien si era posible manejar la idea de una culpa dual, distinta para cada una de las esferas, lo que llevaba a afirmar la diversidad de las dos responsabilidades.⁽¹³⁾ Con el cambio de eje del sistema, de la culpa al daño, y el tránsito de la finalidad de castigar al ofensor a la de resarcir a la víctima de todo daño injustamen-

(12) "El derecho civil de los modernos —afirma Villey— fue reestructurado como una prolongación de la moral" (VILLEY, MICHEL, "Esquisse historique sur le mot responsable", en *Archives de Philosophie du droit*, n° 22 (*La responsabilité*), París, Sirey 1977, p. 55). Es que los ejes de la codificación decimonónica (inspirada, añadimos nosotros, en autores de fuertes convicciones religiosas, como lo fueron entre otros Donneau, Domat y Pothier) reconocen un origen claramente iusnaturalista: el derecho de los contratos se funda en el respeto de la palabra empeñada, y el de la responsabilidad civil, en aquel otro según el cual deben repararse los daños causados por la propia culpa (VILLEY, op.cit.).

(13) Sostuvieron esta última tesis, entre otros: AUBRY, CHARLES; RAU, CHARLES, *Cours de droit civil français*, París, 1856, t. IV, p. 100, nota 25; Lyon-Caen, Charles, nota en Sirey, 1885-1-129; LABBÉ, JOSEPH. E., en *Journal du Palais*, 1885.jurisp. étrangère, p. 33 y ss. ; SAUZET, MARC, en *Revue critique de droit international privé*, jurisp. belge, 1883, p. 616 ; FROMAGEOT, HENRI, *De la faute comme source de la responsabilité en droit privé*, París, 1891, p. 16/20 ; BAUDRY-LACANTINERIE, GABRIEL; BARDE, LOUIS, *Traité théorique et pratique de droit civil. Des obligations*, Sirey, París, 1905, t.I, p. 401; SAVATIER, RENÉ, *Traité de la responsabilité civile en droit français*, Librairie Générale de Droit et Jurisprudente, París, 1951, t. I, p. 139/140. En la doctrina italiana esta fue también la visión predominante durante las primeras décadas del siglo (Ver VISINTINI, GIOVANNA, *Tratado de la responsabilidad civil*, trad.de Aída Kemelmajer de Carlucci, Bs. As. Astrea, 1999, t. I, p. 30 y ss.). En el Uruguay, comulgó con esas ideas AMÉZAGA, JUAN J., *Culpa aquiliana. Lecciones del curso de Derecho Civil*, Escuela Nacional de Artes y Oficios, Montevideo, 1914, p. 49. En nuestro país, tal vez quien con mayor energía ha defendido la tesis dualista ha sido Borda, quien afirmaba que "la teoría de la unidad de la culpa es inexacta en sus puntos de partida y débil en su desarrollo". Para el prestigioso tratadista, la violación del contrato no tiene la misma importancia que la trasgresión de la ley: la responsabilidad contractual defiende un interés público; la extracontractual, uno meramente particular. Borda cree también que la apreciación y la prueba de la culpa funcionan de diversa manera en ambas esferas, y que, incluso de *lege ferenda*, es correcto mantener una distinta extensión del resarcimiento según la naturaleza (contractual o extracontractual) de la responsabilidad, pues en el segundo caso la violación reviste, a su juicio, mayor gravedad. Finalmente, considera que la cuestión de la unidad o dualidad de la culpa —y, consiguientemente, de la responsabilidad— está fuera de discusión en nuestro derecho positivo, que ha regulado de manera separada la culpa contractual y la aquiliana, considerando a la primera de ellas como elemento del incumplimiento imputable y a la segunda como fuente de las obligaciones (BORDA, GUILLERMO A., *Tratado de derecho civil argentino. Obligaciones*, op. cit, pp. 98/100, nos. 90 y 91).

te sufrido, la discusión habría de tomar un cariz enteramente distinto, e inclinarse definitivamente a favor de la unidad. Es ahora la identidad de objetivos (resarcir a la víctima) y de estructura (necesidad de que concurren los mismos presupuestos en los dos casos) la que justifica la afirmación de la unidad del fenómeno resarcitorio, y alimenta iniciativas tendientes a lograr la total unificación de regímenes.

Un punto de inflexión en la tendencia que condujo del “dualismo” al “monismo” se produjo en 1911, cuando la Corte de Casación francesa afirmó la existencia de lo que hoy llamaríamos una “obligación de seguridad” en el contrato de transporte.⁽¹⁴⁾ Desde ese momento, la jurisprudencia francesa —seguida luego por la argentina— comenzó a “descubrir” la existencia de obligaciones tácitas de seguridad en infinidad de contratos: los juegos de feria, los picaderos para la práctica de equitación, las aerosillas, la hotelería, los restaurantes y bares, los establecimientos termales, los cines, la locación inmobiliaria, los organizadores de encuentros deportivos, las colonias de vacaciones, los establecimientos educativos, los médicos, quienes comercializan productos elaborados, etc.⁽¹⁵⁾

La creación pretoriana de la obligación de seguridad se justificaba por el ánimo de los tribunales de favorecer la situación de las víctimas de daños, en una época en la que los efectos de la Revolución Industrial se hacían sentir con toda su fuerza y provocaban perjuicios en gran escala (ferrocarriles, accidentes de trabajo, accidentes de la circulación, etc.). A principios del siglo XX, no se encontraba aún suficientemente desarrollada la responsabilidad extracontractual objetiva por el hecho de las cosas, razón por la cual la víctima de un daño extracontractual tenía —en principio— que probar la culpa del responsable. El régimen contractual era más favorable, porque en ese terreno se afirmaba que bastaba con la prueba del incumplimiento para que se presumiera la culpa del deudor. De allí que se haya echado mano a la obligación de seguridad como una forma de “contractualizar” una situación (los daños a la persona del pasajero) que, hasta ese entonces, se consideraba regida por la responsabilidad aquiliana. Con

(14) Corte de Casación, Sala Civil, 21/11/1911, *Sirey*, 1912-1-73, con nota de Charles Lyon-Caen.

(15) Para un examen detallado de la evolución que se presenta en forma sintética en los párrafos siguientes. Ver PICASSO, SEBASTIÁN, *La singularidad de la responsabilidad contractual*, Bs. As., Abeledo-Perrot, 2011, p. 35 y ss.

el surgimiento del distingo entre obligaciones de medios y de resultado (hacia 1925), la doctrina y la jurisprudencia comenzaron a sostener que la obligación de seguridad tenía —salvo en casos excepcionales— el carácter de un deber de resultado.

Con la obligación de seguridad se incorporaron al contrato deberes de protección de la persona del contratante, y con ello se amplió el ámbito de intereses protegidos contractualmente: ya no sólo lo era el interés de prestación (patrimonial) del acreedor, sino también el que este último tiene sobre su integridad física. De ese modo, la responsabilidad extracontractual dejó de ser la sede exclusiva de tutela de los derechos absolutos (derechos reales, derechos personalísimos) y se produjo una suerte de “competencia” entre ambos tipos de responsabilidad, que ahora compartían los mismos objetivos.

Esa evolución fomentó un giro doctrinal hacia posiciones “monistas”. La doctrina contemporánea concluye que, como lo afirmaba Brun, “científicamente, no hay dos responsabilidades, sino dos regímenes de responsabilidad”.⁽¹⁶⁾ Lejos de traducir una diversidad de naturaleza, las diferencias de regulación entre la esfera contractual y la aquiliana manifiestan a lo sumo matices distintos, que varían de un derecho positivo al otro⁽¹⁷⁾ y pueden por ello mismo calificarse de contingentes. El principio es entonces el de la unidad de la responsabilidad civil.⁽¹⁸⁾ Como en nuestro ámbito lo señala Bueres: “los pre-

(16) BRUN, ANDRÉ, *Rapports et domaine des responsabilités contractuelle et délictuelle*, Paris, Sirey, 1931, p. 382.

(17) Al respecto, Viney pone de resalto que existen profundas divergencias en el tratamiento que cada derecho positivo hace de las diferencias entre los dos regímenes y las fronteras entre uno y otro, como así también de la posibilidad de elegir entre ellos. De ello parecería desprenderse que dichas diferencias no son ontológicas sino sólo de reglamentación (VINEY, GENEVIÈVE, “Introduction à la responsabilité”, en Jacques Ghestin (dir.), *Traité de droit civil*, Librairie Générale de Droit et Jurisprudence, Paris, 1995, pp. 423/424).

(18) En ese orden de ideas, señala Viney que el concepto de responsabilidad es básicamente el mismo para los dos órdenes, desde que en ambos hay un deber violado (emanado del contrato en un caso y de la ley en el otro) que obliga a reparar el daño, por lo que tanto la responsabilidad contractual como la aquiliana se refieren a la vez a las fuentes y a los efectos de las obligaciones. No existen entonces diferencias de naturaleza entre ambas esferas (VINEY, GENEVIÈVE, *Introduction...*, op. cit., p. 278). En el derecho francés, este modo de ver fue forjado tempranamente: MEIGNÉ, MAURICE, “Responsabilité et contrat, essai d’une délimitation des domaines des responsabilités contractuelle et délictuelle”, tesis, Lille, 1924; MAZEAUD, HENRI, “Responsabilité délictuelle et responsabilité contractuelle”, *Revue Trimestrielle de Droit Civil*, 1929-550; ESMEIN, PAUL, “Le fondement de la responsabilité contractuelle rapprochée de la responsabilité délictuelle”,

supuestos del deber de reparar son comunes en las dos órbitas señaladas (acción, antijuridicidad, daño, relación causal y criterio legal de imputación) (...) las diferencias existentes de *lege lata* entre las obligaciones contractuales y las derivadas de las normas que rigen la convivencia social, son contingentes y circunstanciales como para que quepa entender que estamos frente a una pluralidad de sistemas".⁽¹⁹⁾ La generalidad de la doctrina nacional es conteste sobre el punto.⁽²⁰⁾

Revue trimestrielle de droit civil, 1933-627. Los Mazeaud ilustran la doctrina al afirmar: "no hay una diferencia fundamental entre los dos órdenes de responsabilidad. Existen diferencias accesorias" (MAZEAUD, HENRI; MAZEAUD, LÉON y TUNC, ANDRÉ, *Traité théorique et pratique de la responsabilité civile délictuelle et contractuelle*, Sirey, Paris, 1934, t.I, p. 100). También Lalou, en su clásico tratado, señalaba que resulta imposible estudiar separadamente las dos órbitas de responsabilidad (LALOU, HENRI, *Traité pratique de la responsabilité civile*, Paris, Dalloz, 1949, p. 3). Más contemporáneamente: MAZEAUD, HENRI; MAZEAUD, LÉON; MAZEAUD, JEAN; CHABAS, FRANÇOIS, *Leçons de droit civil. Obligations*, Montchrestien, Paris, 1993, t. II, primer volumen, p. 369; Carbonnier, Jean, *Droit civil. Les obligations*, Presses Universitaires de France, Paris, 1991, p. 510 y ss.; LARROUMET, CHRISTIAN, *Droit Civil*, Economica, Paris, 1998, t. III, pp. 589/590. Otros autores, sin embargo, continúan sosteniendo tesis más cercanas al "dualismo": STARCK, BORIS; ROLAND, HENRI; BOYER, LAURENT, *Droit civil. Les obligations*, Litec, Paris, 1996, t. 2, p. 706; FLOUR, JACQUES; AUBERT, JEAN L.; SAVAUX, ÉRIC, *Les obligations*, Paris, Armand Colin, 2002, t. 3, p. 108; TERRÉ, FRANÇOIS; SIMLER, PHILIPPE Y LEQUETTE, YVES, *Droit civil. Les obligations*, Paris, Dalloz, 2002, p. 539. Hay también una corriente relativamente reciente en la doctrina gala que denuncia la corrección de hablar de "responsabilidad contractual", predicando el retorno a un "dualismo" extremo: RÉMY, PHILIPPE, "La 'responsabilité contractuelle': histoire d'un faux concept", *Revue trimestrielle de droit civil*, 1997-323; TALLON, DENIS, "Pourquoi parler de faute contractuelle?", en *Ecrits en l'honneur de G. Cornu*, Presses Universitaires de France, Paris, 1995, p. 432; "L'inexécution du contrat: pour une autre présentation", *Revue Trimestrielle de Droit Civil*, 1994-223; le TOURNEAU, PHILIPPE - CADIEU, LOÏC, *Droit de la responsabilité*, Paris, Dalloz, 1996, p. 70; FAURE ABBAD, MARIANNE, *Le fait générateur de la responsabilité contractuelle*, Librairie Générale de Droit et Jurisprudence, Poitiers, 2003, p. 150 y ss.; BELLISSENT, JEAN, *Contribution à l'analyse de la distinction des obligations de moyens et des obligations de résultat*, Librairie Générale de Droit et Jurisprudence, Paris, 2001, p. 323 y ss.; COÉFFARD, PAUL, *Garantie de vices cachés et "responsabilité contractuelle de droit commun"*, Librairie Générale de Droit et Jurisprudence, Poitiers, 2005, p. 91; ROUVIÈRE, FRÉDÉRIC, *Le contenu du contrat: essai sur la notion d'inexécution*, Presses Universitaires d'Aix-Marseille, Aix-En Provence, 2005, p. 38 y ss.

(19) BUERES, ALBERTO J., *El acto ilícito*, Bs. As., Hammurabi, 1986, p. 66.

(20) Entre muchos otros: ALTERINI, Atilio A., "Contornos actuales de la responsabilidad civil", *Responsabilidad civil. Límites de la reparación civil*, Abeledo-Perrot, Bs. As., 1992, p. 360; ALTERINI, Atilio A.; LÓPEZ CABANA, ROBERTO M., *Temas de responsabilidad civil*, Ciudad Argentina, Bs. As., 1995, p. 13; BREBBIA, ROBERTO H., *Responsabilidad precontractual*, Bs. As., La Rocca, 1987, p. 34 y ss.; CAZEAUX, PEDRO N.; TRIGO REPRESAS, FÉLIX A., *Derecho de las obligaciones*, La Plata, 1970, t.III, p. 3.; TRIGO REPRESAS, FÉLIX A., "Unificación de la responsabilidad por daños", en *Derecho de daños, obra en homenaje a Jorge Mosset Iturraspe*, Bs. As., La Rocca, 1989; BUSTAMANTE ALSINA, JORGE, *Teoría general de la responsabilidad civil*, Bs.As., Abeledo-Perrot, 1989, p. 71 y ss.; TRIGO REPRESAS, FÉLIX A.; LÓPEZ MESA, MARCELO J., *Tratado de la responsabilidad civil*, Bs. As., La Ley, 2004, t. II, p. 10 y ss.; ZAVALA DE GONZÁLEZ, MATILDE, *Resarcimiento de daños*, Bs.As.Hammurabi, 1999, t. 4, p. 92 y ss.; LORENZETTI, RICARDO L., *Responsabilidad civil de los*

Más allá de estas opiniones, existe en nuestro país amplio consenso doctrinal en el sentido de propiciar una reforma del Código Civil que unifique los dos subsistemas de responsabilidad,⁽²¹⁾ y de hecho —como ya se señaló— la totalidad de los proyectos de reforma elaborados en las últimas dos décadas así lo ha propuesto.⁽²²⁾ Esta corriente ya ha tenido incluso manifestaciones concretas —aunque puntuales— en el derecho positivo argentino. Así, resulta indiferente la índole contractual o extracontractual de la responsabilidad en materia de riesgo minero (art. 58 del Código de Minería), y de daños derivados del uso pacífico de la energía nuclear (Convención de Viena de 1963, aprobada por ley 17.048, art. IV). Por su parte, el art. 1117 del CC (texto según la ley 24.830) responsabiliza a los propietarios de establecimientos educativos por los daños causados o sufridos por sus alumnos menores cuando se hallen bajo el control de la autoridad educativa, sin distinguir entre la responsabilidad contractual (daños sufridos por los menores, lo que involucra la obligación de seguridad a cargo del establecimiento) y la extracontractual (daños causados por los menores a terceros).⁽²³⁾

.....

médicos, Santa Fe, Rubiznal-Culzoni 1997, t. I, p. 368; MORELLO, AUGUSTO M.; GALDÓS, JORGE M., *Indemnización del daño contractual*, Bs. As., Lexis-Nexis, 2003, p. 82; PIZARRO, RAMÓN D. Y VALLESPINOS, CARLOS G., *Obligaciones*, Bs. As., Hammurabi, 1999, t. 2, p. 472. En consonancia con estos postulados, recogieron la tesis de la unidad del fenómeno resarcitorio y propugnaron la unificación de ambos regímenes de responsabilidad, entre otros, los siguientes eventos científicos: V Jornadas Nacionales de Derecho Civil, Rosario, 1971; I Jornadas Australes de Profesores de Derecho, Comodoro Rivadavia, 1980; II Jornadas Bonaerenses de Derecho Civil, Comercial y Procesal, Junín, 1986; III Jornadas Sanjuaninas de Derecho Civil, San Juan, 1986; Jornadas Nacionales sobre Unificación de las Obligaciones Civiles y Comerciales, 1986; XI Jornadas Nacionales de Derecho Civil, Buenos Aires, 1987; XII Jornadas Nacionales de Derecho Civil, San Carlos de Bariloche, 1989; III Jornadas de Derecho Civil y Comercial de la Provincia de La Pampa, 1991.

(21) "Prácticamente toda la doctrina argentina contemporánea se ha expresado por la conveniencia de uniformar los sistemas de responsabilidad civil" (CASIELLO, JUAN J., "Sobre la unificación de los regímenes de responsabilidad civil", en *Revista La Ley*, 1989-B-911).

(22) Sobre el tema, puede consultarse nuestro trabajo "La responsabilidad civil en los proyectos de reforma del Código Civil Argentino, con especial referencia al Proyecto de Unificación Civil y Comercial de 1998", en *Sequiscentenario del Código Civil de Andrés Bello. Pasado, presente y futuro de la codificación*, Santiago de Chile, Lexis-Nexis, 2005, t. II, p. 1119 y ss.

(23) Ver KEMELMAJER DE CARLUCCI, AIDA, "La responsabilidad civil de los establecimientos educativos en Argentina después de la reforma de 1007", *La Ley*, 1998-B-1057. *Contra* considerando que la norma se aplica únicamente a los casos de responsabilidad extracontractual; SAMBRIZZI, EDUARDO A., "Naturaleza jurídica de la responsabilidad en el supuesto contemplado por el artículo 1117 del Código Civil", *La Ley*, 2005-F-209.

Pero seguramente el ejemplo más importante de unificación parcial de la responsabilidad civil está constituido, en nuestro derecho, por la Ley de Defensa del Consumidor (24.240): dado que el eje de ese estatuto no pasa por el contrato sino por la relación de consumo (art. 42, CN), entendida como el vínculo que se establece entre el consumidor o usuario y el proveedor de bienes o servicios para su consumo final (arts. 1, 2 y 3, ley citada), es claro que la obligación de seguridad que esa norma consagra en su art. 5 a cargo del proveedor rige incluso en casos en que no existe contrato, bastando con la existencia de un mero contacto social entre consumidor y empresario.⁽²⁴⁾ A su vez, el art. 40 de la ley 24.240 responsabiliza a todos los integrantes de la cadena de producción y comercialización de un producto o servicio riesgoso, sin distinguir tampoco entre responsabilidad contractual y extracontractual, y englobando en sus disposiciones —entre otros— tanto al fabricante como al vendedor directo de la cosa o servicio.⁽²⁵⁾

Es indiscutible, entonces, que el “monismo” ha terminado por imponerse. A punto tal que los textos legales que consagran diferencias de regulación entre la responsabilidad contractual y la aquiliana vienen siendo objeto de una interpretación “unificadora”, que ha ido borrando de hecho las distinciones contempladas por la ley⁽²⁶⁾. Para comprender cabalmente este punto es preciso constatar una paradoja que intentamos exponer brevemente a continuación.

El siglo XX enfrentó la responsabilidad civil a un doble fenómeno, cuyas consecuencias se hacen sentir con mucha fuerza en la actualidad. Por una parte, se produjo una notable expansión del ámbito obligacional (la lla-

(24) Tan es así, que la Corte Suprema de Justicia de la Nación ha declarado el carácter de consumidor —respecto de las entidades organizadoras del encuentro deportivo— del conductor de un remis que sufrió daños como consecuencia de un objeto arrojado desde el interior de un estadio en cuyas inmediaciones se encontraba esperando unos pasajeros, sin intención de ingresar en él (CSJN, 06/03/2007, “Mosca, Hugo A. c/. Provincia de Buenos Aires y otros”, *La Ley*, 2007-B-261; ídem, 2007-B-363, con nota de Atilio A. Alterini; ídem, 2007-B-637, con nota de Guillermo E. Falco; ídem, 2007-C-122, con nota de Lidia M. R. Garrido Cordobera; ídem, 2007-C-302, con nota de Marcelo Hersalis y Norberto Outerelo; RCyS, 2007-III-19, con nota de Atilio A. Alterini; ídem, 2007-V-31, con nota de Ramón D. Pizarro; DJ, 2007-1-690).

(25) Ver PICASSO, SEBASTIÁN, “La culpa de la víctima en las relaciones de consumo. Precisiones de la Corte Suprema”, *La Ley*, 02/06/2008.

(26) Ver. PICASSO, SEBASTIÁN, *La singularidad de la responsabilidad contractual*, op. cit. *pássim*.

mada "inflación contractual" o "hipertrofia del contrato"), mediante la creación pretoriana de verdaderas obligaciones (de seguridad, de información, etc.) que vinieron a instalarse en un terreno que era antaño de competencia exclusiva de la responsabilidad delictual.⁽²⁷⁾ La "contractualización" de estas situaciones derivó, lógicamente, en un ensanchamiento de la responsabilidad contractual, tanto cuantitativo (por la incorporación de nuevas hipótesis fácticas dentro de su ámbito) como cualitativo. Desde este último punto de vista, la responsabilidad contractual debió dotarse de nuevas herramientas que le permitieran hacer frente a esa flamante función resarcitoria que acababa de asumir, y que la homologaba con la delictual al convertirla, también a ella, en un instrumento para resarcir a la víctima de un daño injusto.

Es aquí donde aparece la segunda faceta del fenómeno que describimos, que consiste, precisamente, en la relectura de la responsabilidad contractual en clave aquiliana. En efecto, a fin de cumplir con su nuevo cometido resarcitorio, la responsabilidad obligacional irá alejándose cada vez más de ciertos mecanismos que le eran propios, para "importar" soluciones y principios que hasta entonces eran privativos de la esfera extracontractual.⁽²⁸⁾ El principio del efecto relativo entra en crisis; el cumplimiento forzado se diluye en la responsabilidad; surgen "clones"⁽²⁹⁾ de la responsabilidad aquiliana en sede contractual, como la "responsabilidad contractual por hecho ajeno" y "por el hecho de las cosas". La paradoja se consume: como le sucedió a Roma con Grecia, la responsabilidad contractual amplía su ámbito, pero al precio de ser absorbida por la delictual, cuyos principios y mecanismos serán trasvasados a aquella sede por vía interpretativa.⁽³⁰⁾

(27) Ver BELLISSANT, JEAN *Contribution à l'analyse de la distinction des obligations de moyens et des obligations de résultat*, p. 339 y ss. En ese sentido dice Lorenzetti que se advierte un ensanchamiento del contenido obligacional del contrato, pues al lado de las obligaciones nucleares aparecen deberes colaterales (deberes secundarios de conducta), garantías contractuales y cargas (LORENZETTI, RICARDO L., "Problemas actuales de la teoría contractual", *Revista crítica de derecho privado*, Montevideo, Ed. Carlos Álvarez, 2005, n°2, pp. 117/118).

(28) Ver ROUMÈRE, FRÉDÉRIC, *Le contenu du contrat: essai sur la notion d'inexécution*, Presses Universitaires d'Aix-Marseille, Aix-En Provence, 2005, pp. 309/310.

(29) El giro pertenece a SAVAUX, ERIC, "La fin de la responsabilité contractuelle?", *Revue Trimestrielle de Droit Civil*, 1999-13.

(30) Sobre el punto ver BELLISSANT, JEAN, *Contribution à l'analyse de la distinction des obligations de moyens et des obligations de résultat*, p. 262 y ss., quien habla de la "transferencia al orden contractual de los esquemas delictuales de responsabilidad civil". En el mismo

De ese modo, la unificación de los efectos de ambos regímenes fue operada por la doctrina y la jurisprudencia tomando como la base —en general— el modelo aquiliano. Al cabo de este proceso, puede afirmarse que, pese a las numerosas diferencias que parecerían surgir del articulado del Código Civil vigente, muchas de ellas son —en palabras de Bueres—⁽³¹⁾ especiosas o falsas. Subsisten, con todo, algunas distinciones irreductibles, aunque de muy diversa relevancia práctica.

3 | Las principales diferencias entre las dos órbitas en el Código vigente

Expondremos a continuación lo que consideramos las principales diferencias que subsisten entre los sistemas contractual y extracontractual en el Código Civil aún vigente.

3.1 | Fundamento de la responsabilidad

Mientras que el deber general de no dañar liga entre sí a todas las personas, la obligación es un vínculo específico que constriñe a uno o algunos sujetos a cumplir cierta conducta en relación a otro u otros, en todos los casos determinados o determinables. En este último tipo de deberes calificados, la responsabilidad no deriva entonces de la calidad de dañador, sino de la de deudor de la obligación. Asimismo, contrariamente a lo que acontece en la esfera extracontractual, donde el factor de atribución viene ligado a las circunstancias en que el daño fue producido (por el hecho del hombre —con o sin intención de dañar—, con cosas, por el riesgo o vicio de la cosa, por el hecho de un dependiente, etc.); en el ámbito contractual, aquél depende simplemente del alcance de lo debido en cada caso por el *solvens*. Con razón se ha dicho, entonces, que el incumplimiento

.....
sentido: RÉMY, PHILIPPE, “La ‘responsabilité contractuelle’: histoire d’un faux concept”, *Revue trimestrielle de droit civil*, 1997-323, p. 346; JOURDAIN, PATRICE, “Réflexion sur la notion de responsabilité contractuelle”, en *Les métamorphoses de la responsabilité. Sixièmes journées René Savatier*, París, Presses Universitaires de France, París, 1997, p. 73.

.....
(31) BUERES ALBERTO, *El acto ilícito*, op. cit., p. 66.

es el verdadero fundamento de la responsabilidad del deudor:⁽³²⁾ si ha de ponerse a cargo de éste el deber de reparar el daño causado por la inejecución, es precisamente porque debía y no ha cumplido, independientemente de toda otra consideración.

Desde luego, ello no quiere decir que no sea necesario que exista un factor de atribución para que nazca el deber de reparar en cabeza del *solvens*. Pero, a diferencia de lo que sucede en la esfera aquiliana — donde el criterio legal de imputación se relaciona con la forma en que se configura el hecho dañoso—, en el campo contractual aquél depende del alcance del deber de conducta asumido por el obligado (sólo conducta diligente, o un resultado concreto), y no de la forma en que, de hecho, se incumple.⁽³³⁾ Por eso dice Castronovo que, en la responsabilidad contractual, la culpa, lejos de ser un criterio de imputación de responsabilidad, integra *per se* el incumplimiento que, en cuanto tal, es el fundamento único y unitario de tal tipo de responsabilidad.⁽³⁴⁾ No sucede lo mismo en la esfera aquiliana, donde “lo debido” es, en todos los casos, no dañar, y son las circunstancias que rodean al hecho dañoso (intervención o no de cosas, características de éstas, existencia o no de una relación de dependencia, etc.) las que determinan el factor de atribución aplicable.⁽³⁵⁾

3.2 | Configuración de la antijuridicidad

Precisamente a causa de la diversa estructura del hecho ilícito y el incumplimiento obligacional, que acaba de reseñarse, la antijuridicidad adquiere en cada uno de esos casos un perfil distinto. En principio, el ilícito civil

(32) JORDANO FRAGA, FRANCISCO, *La responsabilidad contractual*, Madrid, 1987, p. 227; BUERES, ALBERTO J., “El fundamento de la responsabilidad contractual”, en *RCyS*, 2012-IV, Tapa.

(33) Ver Rouvière, quien señala la incorrección de exigir la prueba de una culpa del deudor distinta del simple incumplimiento para que proceda su responsabilidad, y subraya que la búsqueda de la *causa* que ha generado la inejecución en nada se relaciona con el concepto de incumplimiento en sí mismo (ROUVIÈRE, FRÉDÉRIC *Le contenu du contrat : essai sur la notion d'inexécution*, Presses Universitaires d'Aix-Marseille - P.U.A.M. p. 70).

(34) CASTRONOVO, CARLO, *La nuova responsabilità civile*, Milán, Giuffrè, 1997, p. 183.

(35) Para un desarrollo más extenso de esta idea, Ver PICASSO, SEBASTIÁN, “La culpa en la responsabilidad contractual. Ausencia de culpa e imposibilidad sobrevenida de la prestación”, *Revista de derecho de daños*, 2009-1-125; “La singularidad de la responsabilidad contractual”, *op. cit.*, p. 164 y ss.

es atípico, pues para su configuración basta con la infracción del deber general de no dañar. Sin embargo, en materia contractual existirá una ilicitud específica, necesariamente típica, en la medida en que mediará la infracción de una obligación preexistente, que ligaba al deudor a cumplir un plan prestacional determinado a favor del acreedor.

3.3 | Distinción entre el valor de la prestación y la reparación de los daños propiamente dichos

En los casos de incumplimiento absoluto (imposibilidad sobrevenida de la prestación imputable al deudor, o incumplimiento definitivo), pueden teóricamente postularse dos soluciones: conceder al acreedor el derecho a obtener el valor de la prestación (la *aestimatio rei*,⁽³⁶⁾ o equivalente pecuniario) como algo previo de la indemnización de los ulteriores o adicionales daños y perjuicios (teoría que Eugenio Llamas Pombo denomina de la “autonomía del cumplimiento por equivalente”), o bien, por el contrario, resolver la cuestión con una sola indemnización de daños y perjuicios, que comprendería tanto el equivalente pecuniario (valor de la prestación) como el resto de los daños sufridos por el acreedor (el *id quod interest*). En esta segunda concepción —que Llamas Pombo denomina del “concepto integral de indemnización”—, la no-prestación constituye un daño en sí mismo, que es reparado conjuntamente con los “mayores daños” mediante el otorgamiento de una suma única, que tiene carácter íntegramente resarcitorio.⁽³⁷⁾

La opción por una u otra corriente dista de ser meramente teórica, pues hay varios problemas concretos cuya solución parece depender de la relación que exista entre la obligación original y la de pagar daños y perjuicios.⁽³⁸⁾ Por lo demás, cabe apuntar que una corriente de opinión difundida

(36) Si bien muchas veces ambos términos se emplean como sinónimos, en el texto damos a la locución *aestimatio rei* el sentido de designar el equivalente dinerario de la prestación debida, mientras que reservamos el giro *id quod interest* para hacer alusión a los mayores daños causados por el incumplimiento. Tal era, según Llamas Pombo, el significado de esas expresiones en el derecho romano clásico (LLAMAS POMBO, EUGENIO, *Cumplimiento por equivalente y resarcimiento del daño al acreedor*, Madrid, Trivium, 1999, pp. 64/66 y 109 y ss.)

(37) LLAMAS POMBO, op. cit., p. 20.

(38) Sobre el punto, señala Jourdain que la tesis de la continuidad de la obligación originaria tendría asidero en ciertas soluciones adoptadas por la jurisprudencia francesa, como ocurre

en nuestros días en la doctrina francesa denuncia la supuesta falsedad del concepto de "responsabilidad contractual", sosteniendo que, en puridad, lo que así se denomina no es sino un cumplimiento forzado de la obligación, que tiene, por ello mismo, naturaleza de pago, y no de reparación de daños.⁽³⁹⁾ En otras palabras, desde esta perspectiva todo sería *aestimatio rei* (contravalor pecuniario de la prestación). Por el contrario, quienes defienden la existencia de una verdadera responsabilidad contractual consideran que, como lo dice Larroumet, "la ejecución por equivalente no es más que la responsabilidad contractual",⁽⁴⁰⁾ con lo cual se incurre en el mismo reduccionismo, aunque invirtiendo los términos: todo es *id quod interest*. Nos parece que la distinción entre uno y otro concepto es fundamental para echar cierta luz en esta disputa, que viene dividiendo aguas en el pensamiento jurídico galo.

.....

con el mantenimiento de las garantías de la obligación inicial para garantizar los daños y perjuicios contractuales; el punto de partida de la prescripción el día de la exigibilidad de la obligación contractual (y no el de la manifestación del daño), y la aplicación a la responsabilidad contractual de la ley en vigor al tiempo del contrato, en vez de la que rige en el momento en que se produce el daño (JOURDAIN, PATRICE, "Réflexion sur la notion de responsabilité contractuelle", en *Les métamorphoses de la responsabilité. Sixièmes journées René Savatier*, Paris, Presses Universitaires de France, 1997, p. 68/69). Ver asimismo PANTALEÓN PRIETO, FERNANDO, "El sistema de responsabilidad contractual (materiales para un debate)", *Anuario de Derecho Civil*, Madrid, julio/septiembre de 1991, t. XLIV, fascículo III, p. 1055.

(39) RÉMY, PHILIPPE, "La 'responsabilité contractuelle': histoire d'un faux concept", op. cit.; TALLON, DENIS, "Pourquoi parler de faute contractuelle?", en *Ecrits en l'honneur de G. Cornu*, Presses Universitaires de France, Paris, 1995, p. 432; Tallon, Denis, "L'inexécution du contrat: pour une autre présentation", *Revue Trimestrielle de Droit Civil*, 1994-223; le Tourneau - Cadiet, *Droit de la responsabilité*, op. cit., p. 70; FAURE ABBAD, MARIANNE, *Le fait générateur de la responsabilité contractuelle*, Librairie Générale de Droit et Jurisprudence, Poitiers, 2003, p. 150 y ss.; BELLISSENT, JEAN, *Contribution à l'analyse de la distinction des obligations de moyens et des obligations de résultat*, Librairie Générale de Droit et Jurisprudence, Paris, 2001, p. 323 y ss.; COEFFARD, PAUL, *Garantie de vices cachés et "responsabilité contractuelle de droit commun"*, Librairie Générale de Droit et Jurisprudence, Poitiers, 2005, p. 91; ROUVIÈRE, F. *Le contenu du contrat: essai sur la notion d'inexécution*, op. cit., p. 38 y ss.

(40) LARROUMET, CHRISTIAN, "Pour la responsabilité contractuelle", en *Le droit privé français à la fin du XX e siècle, obra en homenaje a Pierre Catala*, Paris, Litec, 2001, p. 11. En el mismo sentido: MAZEAUD CHABAS, *Obligations*, op. cit., p. 351; VINEY, GENEVIÈVE, "Exécution de l'obligation, faculté de remplacement et réparation en nature en droit français", en Fontaine, Marcel - Viney, Geneviève (dirs.), *Les sanctions de l'inexécution des obligations contractuelles. Études de droit comparé*, Bruylant — Librairie Générale de Droit et Jurisprudence, Bruselas-Paris, 2001, p. 169; JOURDAIN, "Réflexion sur la notion de responsabilité contractuelle", op. cit., p. 68/69; PINNA, ANDREA, *La mesure du préjudice contractuel*, Librairie Générale de Droit et Jurisprudence, Paris, 2007, p. 41; RÉMY-CORLAY, PAULINE, "Exécution et réparation: deux concepts?", *Révue des Contrats*, febrero de 2005, pp. 25/26.

La controversia reconoce su origen en los textos romanos. La *perpetuatio obligationis* consistía, en el derecho clásico, en una ficción, en cuya virtud se consideraba que la cosa que debía darse, y que había perecido por culpa del deudor, seguía existiendo, lo que permitía condenar al obligado por el importe del valor de la cosa.⁽⁴¹⁾ Es ese el sentido que cabe dar al texto de Paulo: “*culpa debitoris perpetuat obligationem*”.⁽⁴²⁾ La confusión se habría suscitado a partir de épocas posteriores, cuando se habría abandonado esta fórmula, haciendo incluir en el *id quod interest* tanto el precio de la cosa como el valor de los mayores daños derivados del incumplimiento.⁽⁴³⁾ Esa dualidad habría atravesado el derecho intermedio, hasta llegar a la obra de Pothier. El jurista de Orléans, por su parte, consagró claramente la idea de la *perpetuatio obligationis*, pues —sentando un criterio que sería retomado por nuestro Código— afirma que si la cosa se pierde por el hecho o culpa del deudor, la deuda no se extingue, sino que se convierte en la obligación de pagar el precio de la cosa.⁽⁴⁴⁾

La doctrina nacional se hace eco de esa polémica, y no existe en ella unanimidad de criterios.⁽⁴⁵⁾

(41) LLAMAS POMBO, op. cit., pp. 119/121.

(42) Digesto, 45, 1, 91, 3.

(43) Ver, BUSTAMANTE SALAZAR, LUIS, “La autonomía del equivalente pecuniario o su integración dentro de la indemnización de daños y perjuicios en el anteproyecto de código europeo de los contratos y en el código civil chileno”, en *Sequiscentenario del Código Civil de Andrés Bello. Pasado, presente y futuro de la codificación*, Santiago de Chile, Lexis-Nexis, 2005, t. I, pp. 725.

(44) Para un análisis en profundidad del tema en la obra de Pothier, Ver Llamas Pombo, op. cit., pp. 137/143.

(45) Por la “autonomía del cumplimiento por equivalente” se pronuncian MAYO, JORGE A., comentario al art. 519 en Augusto Belluscio (dir.) y Eduardo Zannoni (coord.), *Código Civil y leyes complementarias, comentado, anotado y concordado*, Bs. As., Astrea, 1993, t. 2, p. 719; MAYO, JORGE A., “Reparación de los daños: el ‘id quod interest’”, LL, 1989-D-549; PREVOT, JUAN M. y CHAIA, RUBÉN A., *La obligación de seguridad*, Bs. As., Hammurabi, 2005, p. 40 y ss.; BUERES, ALBERTO J., “Culpa y riesgo. Sus ámbitos”, en *Revista de Derecho de Daños, “Creación de riesgo I”*, Santa Fe, Rubinzal-Culzoni, 2006, p. 45; MORELLO; GALDÓS, *Indemnización del daño contractual*, op. cit., p. 308. Contrariamente, se manifiestan partidarios de la tesis que hemos denominado del “concepto integral de indemnización”: IBÁÑEZ, CARLOS M. *Resolución por incumplimiento*, Bs. As., Astrea, 2006, p. 170; LLAMBÍAS, *Obligaciones*, op.cit., t. I, p. 110; CAZEUX -TRIGO REPRESAS, *Derecho de las obligaciones*, op.cit., t. I, p. 137; SALVAT - GALLI, *Obligaciones*, op. cit., t. I, p. 92; LAFAILLE, HÉCTOR, *Tratado de las obligaciones*, Bs.As.,Ediar, 1947, t. I, p. 156; BUSSO, EDUARDO B., *Código civil anotado*, Bs. As., Ediar, 1949, T. III, p. 217; REZZÓNICO, LUIS M., *Estudio de las obligaciones en nuestro derecho civil*, Depalma, 1966, T. I, p. 124.

Por nuestra parte, nos inclinamos decididamente por la teoría de la “autonomía del cumplimiento por equivalente”. Creemos, en efecto, que la *perpetuatio obligationis* sólo existe respecto de la *aestimatio rei*: en tanto no medie imposibilidad absoluta y objetiva, la obligación originaria subsistirá, aunque modada de objeto (pues éste “se convierte” —en los términos del art. 889 CC— en la entrega de una suma de dinero equivalente a la prestación debida). En cambio, la obligación de resarcir los mayores daños que pueda haber sufrido el acreedor (el *id quod interest*) no es ya la misma que se incumplió, sino un vínculo nuevo, surgido precisamente a partir de la producción de los perjuicios, cuyo objeto (resarcir esos mayores daños) no coincide con el de aquella obligación original.⁽⁴⁶⁾

Tal vez el mejor fundamento que pueda proporcionarse para sostener esta tesis sea la lúcida afirmación de Llamas Pombo: adoptar la postura contraria (del “concepto integral de indemnización”) llevaría a discriminar dos tipos de acreedores frustrados: aquellos cuya prestación no ha devenido imposible y pueden, por consiguiente, exigir el cumplimiento forzoso sin necesidad de demostrar más que el incumplimiento, y aquellos otros que, ante la imposibilidad de la prestación originaria, ven transformada la obligación en otra de indemnizar daños y perjuicios, para cuyo éxito deben demostrar, al menos, la existencia de daños, y su relación causal con el incumplimiento. No hay razón alguna que justifique el mayor rigor que se exige a estos últimos, cuando el equivalente de la prestación queda difuminado en la indemnización de daños y perjuicios.⁽⁴⁷⁾

Adicionalmente, la *aestimatio rei*, el valor de la prestación en sí mismo, no constituye un daño: “Es daño lo que tal prestación representaba dentro del patrimonio, expectativas e intereses del acreedor. Pero no su valor aisladamente considerado”.⁽⁴⁸⁾ Se nos ocurre el ejemplo de un contrato de permuta en el que la prestación a cargo de una de las partes se ha vuelto imposible por su culpa. El otro contratante, que aún no ha entregado la

(46) BUERES, ALBERTO “Culpa y riesgo”, op cit., p. 45; YZQUIERDO TOLSADA, *Responsabilidad civil y contractual y extracontractual*, op.cit., p. 144. Hemos expuesto *in extenso* estas ideas en *La singularidad de la responsabilidad contractual*, op.cit., p. 176 y ss., y en “La culpa en la responsabilidad contractual. Ausencia de culpa e imposibilidad sobrevenida de la prestación”, *Revista de Derecho de daños*, 2009-1-125.

(47) LLAMAS POMBO, op. cit., p. 62.

(48) LLAMAS POMBO, op.cit., p. 279.

cosa de su propiedad (y puede, por lo tanto, mantenerla en su poder por la vía de la *exceptio non adimpleti contractus*), pretende sin embargo que se le entregue el valor de la prestación devenida imposible. Es claro que, en ese caso, no se reclama el resarcimiento de un daño, pues al mantener en su patrimonio la cosa que debía entregar (y cuyo valor coincide sustancialmente con la prometida por su cocontratante), el acreedor insatisfecho no experimenta una disminución patrimonial que pueda dar sustento a tal pretensión (aunque sí pueda, eventualmente, sufrir otros daños propiamente dichos, tales como el lucro cesante, la pérdida de *chance*, o el daño moral, que forman parte del *id quod interest* y pueden dar lugar a un reclamo resarcitorio). Sin embargo, es indudable que tendrá derecho a obtener la *aestimatio rei* por la vía de una acción de cumplimiento.⁽⁴⁹⁾

La cuestión adquiere mayor claridad cuando se la conecta con los distintos “remedios” —o sanciones— que el ordenamiento confiere al acreedor frente a la inexecución de su deudor. En principio, el incumplimiento (en cualquiera de sus modalidades: incumplimiento absoluto; cumplimiento parcial; cumplimiento tardío [mora], o cumplimiento inexacto) da derecho al acreedor a obtener la ejecución forzada (art. 505, incs. 1 y 2, Código de Vélez Sársfield),⁽⁵⁰⁾ a cuyo efecto le basta con acreditar la existencia del título y alegar el incumplimiento, incurriendo al deudor la prueba del pago.⁽⁵¹⁾ No es necesario aquí demostrar la existencia de daño de ningún tipo.⁽⁵²⁾

(49) Incluso en el caso de que nuestro hipotético acreedor hubiera ya cumplido con su prestación, pueden imaginarse supuestos en los que el daño que experimenta (por la falta de obtención de la prestación que ha devenido imposible) sea menor al valor de la prestación misma. Ver PANTALEÓN PRIETO, “El sistema de responsabilidad contractual”, op.cit., p. 1052; menciona lo siguiente : acreedor que se propone destruir la cosa debida; acreedor que, a su vez, debe la cosa a un tercero, a quien ya se ha transmitido el riesgo; acreedor de restitución, no propietario de la cosa a restituir, etc. En tales casos, la postura del “concepto integral de indemnización” conduciría a que el deudor sólo esté obligado a entregar ese menor valor que constituye la medida del perjuicio realmente sufrido por el acreedor.

(50) Desde luego, también permite optar por la resolución (art. 1204, CC), en la medida en que se den los requisitos propios de este “remedio”.

(51) LLAMAS POMBO, op. cit., p. 286.

(52) Sobre el punto, dicen STARCK, B.-ROLAND, H.-BOYER, L.: “Si el acreedor que se encuentra con el incumplimiento decide utilizar las vías de ejecución directa, nadie ha sostenido jamás que deba, previamente, establecer la culpa del deudor. Le basta con establecer la obligación y su incumplimiento” (STARCK, B.-ROLAND, H.-BOYER, L., *Droit civil. Les obligations*, op. cit., T. 2, p. 584). Ver también LLAMAS POMBO, op.cit., p. 227; PANTALEÓN PRIETO, “El sistema de responsabilidad contractual”, op. cit., p. 1046.

Desde luego, a esta pretensión de cumplimiento podrá adicionársele el reclamo de resarcimiento de los mayores daños sufridos por el acreedor (arts. 506, 508, 509, 511, 519 a 522 y concs., CC), para lo cual deberá este último acreditar la existencia de todos los presupuestos de la responsabilidad civil, incluidos el daño y el factor de atribución.

Cuando, por el contrario, el cumplimiento de la obligación se ha vuelto imposible, aquélla se extingue, siempre que la imposibilidad no resulte atribuible a la culpa del deudor (art. 888 CC). Si, en cambio, media culpa, o el obligado ha asumido el caso fortuito, o se encuentra en mora, el art. 889 dice que: “*la obligación primitiva, sea de dar o de hacer, se convierte en la de pagar daños e intereses*”. Queda claro entonces que en este último supuesto la obligación no se extingue, sino que muta de objeto: se deberán pagar “daños e intereses”. Ahora bien, ¿qué sentido debe dársele a ese término?; ¿Se refiere, propiamente, a una indemnización de daños (el *id quod interest*), o al equivalente dinerario de la prestación (la *aestimatio rei*)? Si se concluyera en el primer sentido (adoptándose entonces la teoría del “concepto integral de indemnización”), nos encontraríamos con la ya mencionada paradoja de que el acreedor, quien para obtener el cumplimiento forzado de la obligación (mientras éste era aún posible) estaba relevado de la prueba del daño, pasaría automáticamente a tener que demostrar este perjuicio para obtener aquellos “daños e intereses” —aunque ellos consistieran sólo en el valor de la prestación incumplida—, por la sola circunstancia (contingente) de que existe ahora imposibilidad sobrevenida.

Sin embargo, creemos que un examen integral de las disposiciones del Código permite extraer una conclusión distinta. Es cierto que en el art. 889 —al igual que en el art. 505, inc. 3, y el art. 628, que regula los efectos de la imposibilidad imputable en las obligaciones de hacer— parece englobar bajo la genérica denominación de “daños e intereses” a todas las consecuencias de la imposibilidad, lo que podría llevar a concluir que el equivalente dinerario de la prestación debida no es, en el sistema argentino, sino un componente de los daños y perjuicios contractuales (y tendría, entonces, carácter reparatorio). Pero la conclusión cambia cuando el art. 889 es puesto en contacto con el art. 579, a cuyo tenor: “Si la cosa se pierde por culpa del deudor, éste será responsable al acreedor por su equivalente y por los perjuicios e intereses”. Aquí es prístina la distinción que hace el Código entre, por un lado, el equivalente dinerario de la pres-

tación (la *aestimatio rei*) y los mayores daños que experimenta el acreedor al margen de aquél (el *id quod interest*). Esta tesisura se ve confirmada por otras disposiciones del mismo cuerpo normativo,⁽⁵³⁾ como sucede con el art. 581, según el cual: “*Si la cosa se deteriorare por culpa del deudor, el acreedor tendrá derecho de exigir una cosa equivalente con indemnización de los perjuicios e intereses, o de recibir la cosa en el estado en que se hallare, con indemnización de los perjuicios e intereses*”. A su turno, el art. 641, en materia de obligaciones alternativas, permite al acreedor optar por reclamar la cosa que ha quedado, o el valor de la que se ha perdido por culpa del deudor, o bien, si ambas se han perdido por culpa del *solvens*, reclamar el valor de una u otra. El art. 648 sienta, por su parte, una solución similar (posibilidad del acreedor de pedir el valor de la cosa que ha perecido por culpa del deudor) en las obligaciones facultativas.

En resumidas cuentas, no cabe duda de que el Código Civil vigente distingue claramente la *aestimatio rei* del *id quod interest*, y que, en caso de imposibilidad sobrevenida de la prestación imputable al deudor, el acreedor tendrá derecho a obtener el equivalente dinerario de ella, sin necesidad de probar haber sufrido perjuicio; es en esta clave que debe leerse la expresión daños e intereses del art. 889. Desde luego, el *accipiens* podrá también adicionar a esta pretensión un reclamo indemnizatorio, con sustento en los arts. 506, 508, 511 y concs. del citado Código, pero en tal caso deberá también demostrar el perjuicio que le ha ocasionado la falta de cumplimiento, pues es éste (el daño) el presupuesto de aplicación de las normas mencionadas.

El hecho de que nos hallemos ante obligaciones diferentes (la original, que se perpetúa por medio de la *aestimatio rei*, y la de reparar —esto es, la de pagar el *id quod interest*—, que surge a partir del incumplimiento dañoso) no conduce necesariamente, sin embargo, a sostener que las garantías de la obligación originaria aseguran sólo el pago de la *aestimatio*

(53) Al respecto, sostiene Mayo que la distinción entre *id quod interest* y *aestimatio rei*, si bien no surge en forma expresa del art. 889 del Código Civil, tampoco es negada por él, y resulta, en cambio, corroborada por otras disposiciones de ese cuerpo normativo, como los arts. 581, 585, 1420, 1421, 2118, 2119 y concordantes (MAYO, JORGE, “Reparación de los daños: el ‘id quod interest’”, op.cit). Bueres, a su turno, advierte que hay preceptos que afirman la *aestimatio rei* y otros que parecen esfumarla, pero que el problema debe enfocarse con una visión integradora y no positivista. La obligación, dice, es un concepto jurídico-normativo de índole funcional, más allá de que las normas contemplen en su dicción textual algunas facetas del instituto, que no pueden elevarse con simpleza a la categoría de conceptos (BUERES, ALBERTO, “Culpa y riesgo. Sus ámbitos”, op. cit., p. 44).

rei y no de los mayores daños que sufra el acreedor, o que el plazo de prescripción debe contarse de manera distinta para ambas pretensiones. Por el contrario, como bien lo subraya Llamas Pombo —siguiendo en esto a Pantaleón Prieto—,⁽⁵⁴⁾ el mantenimiento de las garantías también respecto de la obligación de indemnizar se funda en el hecho de que ésta surge del incumplimiento de las obligaciones asumidas por el deudor, que tienen su fuente, precisamente, en el contrato donde dichas garantías han sido establecidas.⁽⁵⁵⁾ En cuanto a la prescripción, es claro que la acción para reclamar el equivalente dinerario sólo puede ejercerse a partir del momento en que tuvo lugar la imposibilidad imputable al deudor (que es, por lo tanto, el *dies a quo* para el cómputo del plazo de prescripción). La dirigida a obtener el resarcimiento de los mayores daños sufridos comenzará a prescribir ese mismo día, o bien con posterioridad, dependiendo del momento de la efectiva producción de los perjuicios.⁽⁵⁶⁾

El examen que hemos encarado en este apartado permite constatar que en el campo obligacional pueden coexistir el cumplimiento forzado por equivalente dinerario (la *aestimatio rei*) y la indemnización de los daños que el incumplimiento causó al acreedor (el *id quod interest*). En puridad, sólo este último aspecto puede propiamente denominarse “responsabilidad contractual”.⁽⁵⁷⁾ La frecuente confusión de uno y otro fenómeno, como consecuencia de un análisis del incumplimiento contractual centrado exclusivamente en una perspectiva resarcitoria (sin duda resultante de una indebida transposición al ámbito contractual de criterios propios de la

.....

(54) Por lo demás, Pantaleón adscribe a la tesis contraria, pues afirma que el pago de la *aestimatio rei* no es un cumplimiento por equivalente de la obligación originaria, sino cumplimiento de la obligación de resarcir los daños causados al acreedor, nacida *ex novo* del supuesto de hecho de la responsabilidad contractual (“El sistema de responsabilidad contractual”, cit., p. 1021).

(55) LLAMAS POMBO, op.cit., pp. 94/95. En el mismo sentido, dice YZQUIERDO TOLSADA que “(...)los perjuicios que se han de indemnizar son consecuencia de la falta de cumplimiento, y las garantías primitivas si algo hacían era asegurar al acreedor frente a las eventualidades que su derecho subjetivo pudiera sufrir”, op.cit., t. I, .p 145).

(56) YZQUIERDO TOLSADA, op. cit., t. I, .p 145; PANTALEÓN PRIETO, “El sistema de responsabilidad contractual”, op.cit., p. 1047.

(57) Ver LLAMAS POMBO, op. cit. p 192 “(...)el ‘valor objetivo’ no es propiamente ‘daño’, el crédito para obtenerlo no es de carácter verdaderamente resarcitorio, sino que va dirigido a la prestación misma o a su transformación pecuniaria”.

responsabilidad aquiliana), lleva muchas veces a soluciones erróneas,⁽⁵⁸⁾ e incluso a estériles disputas doctrinales, como las que hemos relevado en la doctrina francesa contemporánea.

3.4 | Edad a la que se adquiere el discernimiento

El discernimiento se adquiere a los catorce años para los actos lícitos, y a los diez para los ilícitos (arts. 921 y 127, Primera Parte, Código Civil).

Se ha dicho que estos distinguos “resultan diluidos no bien se acepta que toda vez que el discernimiento implica una facultad elemental de valoración, es obvio que esa facultad no se tiene invariablemente para cualquier acto, de lo cual se sigue que los límites precisos trazados por la ley pueden tener zonas de coincidencia”.⁽⁵⁹⁾ Sin embargo, siendo nuestro sistema “rígido” en cuanto a la determinación de la edad en que se adquiere discernimiento para cada clase de actos, esas “zonas de coincidencia”, que tal vez podrían presentarse en los hechos, son ignoradas por el cartabón legal, que se inclina en cambio por un binario “a todo o nada”, según que se tenga o no la edad requerida para los actos lícitos o ilícitos.

La diferencia es, pues, real, aunque reviste escasa importancia. La edad de diez años tendrá relevancia en materia de hechos ilícitos, pues antes de alcanzarla el menor no responderá personalmente por culpa,⁽⁶⁰⁾ y sólo lo harán —en su caso— sus padres (arts. 1114 a 1116), cuya responsabili-

(58) Entre ellas, una no menor, que lúcidamente apunta Llamas Pombo: si se piensa que la *aestimatio rei* forma parte de la indemnización de daños y perjuicios, el acreedor podría pedirla aún en los supuestos de resolución contractual por incumplimiento, con lo que obtendría, al mismo tiempo, los beneficios esperados del contrato (el interés positivo) y los daños y perjuicios derivados de la resolución (que vienen a resarcir la lesión de su interés negativo), sin que, por su parte, esté obligado a cumplir con las obligaciones a su cargo, que han quedado extinguidas como consecuencia de la resolución (LLAMAS POMBO, op.cit., p. 259). Ver PICASSO, SEBASTIÁN, “La distinción entre la ejecución forzada por equivalente dinerario y la responsabilidad por los daños sufridos por el acreedor: apuntes para un debate necesario”, en Carlos Soto Coaguila, (coord.), *Teoría general del contrato. Homenaje al Profesor Doctor Ricardo L. Lorenzetti*, Bs. As., La Ley, 2012, T. II, p. 1403.

(59) ALTERINI, ATILIO A. - LÓPEZ CABANA, ROBERTO M., “Responsabilidad contractual y extracontractual: de la diversidad a la unidad”, *La Ley*, 1989-C-1186.

(60) Sin embargo, podría ser responsable en virtud de algún factor objetivo, como la equidad (art. 907, Código Civil), o el riesgo creado (art. 1113, segundo párrafo, segundo supuestos, Código citado), aún cuando esta segunda posibilidad es discutida en la doctrina (Ver PIZARRO, RAMÓN D., *Responsabilidad civil por riesgo creado y de empresa*, Bs. As., La Ley, 2006, t. II, p. 151 y ss., § 97).

dad será, en ese caso, directa y no refleja.⁽⁶¹⁾ Cumplidos los diez años, el incapaz responderá personalmente por los daños que cause por su culpa, pudiendo esta responsabilidad concurrir con la (ahora, indirecta) de sus progenitores, en los términos de los artículos recién mencionados.

En cambio, la edad de catorce años referida al discernimiento para los actos lícitos carece de la misma trascendencia, pues la plena capacidad civil se adquiere a los dieciocho años (arts. 126 y 128, CC), y, antes de esa edad, recién a partir de los dieciséis años pueden celebrarse ciertos actos de relevancia (arts. 128, CC, y 32, ley 20.744). De poco sirve entonces que la ley declare dotado de discernimiento al menor adulto, pues al carecer de capacidad de hecho para celebrar la mayoría de los actos, cualquiera de los que otorgue será en principio nulo (art. 1041, CC), no produciendo obligación alguna susceptible de ser incumplida por el menor en cuestión.

En definitiva, sólo en la esfera aquiliana tiene importancia real la edad a la que se adquiere el discernimiento, razón por la cual la distinta regulación que sobre el punto trae el Código Civil, no constituye una diferencia significativa entre ambos regímenes.

3.5 | Pluralidad de deudores

La solidaridad es la regla en el ámbito extracontractual (arts. 1081 y 1109, CC), mientras que, en lo contractual, rige en principio la simple mancomunidad (art. 701, CC).

La distinción, si bien real, es hasta cierto punto atenuada por el hecho de que, en la práctica, la solidaridad suele pactarse también en los contratos civiles con pluralidad de deudores. Por otra parte, en todas aquellas obligaciones cuyo objeto es indivisible, rigen los arts. 679 y ss. del CC, con efectos muy similares a los de las obligaciones solidarias. Finalmente, los supuestos más comunes de pluralidad de responsables involucran en general a contratantes y terceros, surgiendo respecto de la víctima obligaciones

(61) Ver BUSTAMANTE ALSINA, op.cit., p. 314. Prefiere hablar en esos casos de responsabilidad "personal" de los padres, aunque sigue manteniendo el calificativo de "indirecta". Para nosotros es claro que, en el supuesto en examen, no se trata de hacer repercutir en el patrimonio de los padres la responsabilidad que podría corresponderle a otro (el menor), como sí sucede en la responsabilidad indirecta (que consideramos sinónimo de "refleja"). Si el menor no responde personalmente, entonces su hecho es, para decirlo en palabras caras a la doctrina francesa, un simple *fait causal*, del que responden directamente los progenitores.

correales, concurrentes o *in solidum*, coincidentes en su objeto (pago de la indemnización) pero independientes las unas de las otras.⁽⁶²⁾

Todo ello hace que la distinta regulación legal —que ha sido tachada a justo título de contraria a la realidad de los negocios—⁽⁶³⁾ no revista en la práctica extrema relevancia.

3.6 | Ley aplicable a los casos con elementos internacionales

Desde el punto de vista del derecho internacional privado, la ley aplicable puede diferir según el caso se encuadre en una u otra órbita. En principio, los contratos con elementos internacionales se rigen por la ley pactada por las partes o, en su defecto, por la del país en que se realizará la prestación más característica,⁽⁶⁴⁾ aunque el Código Civil argentino, en una regulación ciertamente caótica, se inclina, según los casos, por la *lex loci celebrationis*, o la *lex loci executionis* (arts. 1205 a 1216). En materia delictual, en cambio, la regla es la aplicación de la ley del lugar del hecho.⁽⁶⁵⁾ Cabe añadir que similares criterios rigen la *competencia internacional*, que se determina en un caso por el lugar de cumplimiento del contrato (art. 1216, CC; art. 5 inc. 1, Convención de Bruselas de 1968) y, en el otro, por el de comisión del hecho ilícito (art. 5, inc. 3 de la citada Convención de Bruselas).⁽⁶⁶⁾

La cuestión dista de ser baladí, como lo ilustra un precedente francés. En el curso de una excursión por un río en Camboya, organizada por una agencia de viajes contratada en Francia, la piragua en la que viajaban los pasajeros se hundió, y cuatro de ellos se ahogaron. Los sobrevivientes y los deudos de los fallecidos demandaron a la agencia de viajes ante un tribunal francés, reclamando daños y perjuicios. Los jueces de mérito hicieron lugar a la demanda de los sobrevivientes (contratantes), por aplicación

(62) PIZARRO-VALLESPINOS, *Obligaciones*, op.cit., t.I, p. 606; MOISSET DE ESPANÉS, op. cit., t.2, pp. 76/77.

(63) BORDA, GUILLERMO, *Obligaciones*, op.cit., t. I, pp.. 474/475.

(64) GOLDSCHMIDT, WERNER, *Suma del derecho internacional privado*, Bs.As., Abeledo-Perrot, 1961, pp. 190/191.

(65) GOLDSCHMIDT, WERNER, op. cit., pp.. 188/189.

(66) WEINBERG DE ROCA, INÉS M., *Competencia internacional y ejecución de sentencias extranjeras*, Bs. As., Astrea, 1994, pp. 28/29.

de la ley francesa (ley del contrato); en cambio, rechazaron la pretensión de los deudos, pues siendo en su caso la responsabilidad de índole extracontractual, resultaba aplicable la ley camboyana, que no otorga reparación en tales casos. El fallo fue recurrido ante la Corte de Casación, con fundamento en una antigua jurisprudencia de ese tribunal que suponía la existencia, en el contrato de transporte, de una estipulación tácita de los contratantes fallecidos a favor de sus familiares cercanos;⁽⁶⁷⁾ de esa forma, se afirmaba en el recurso, éstos debían también ser considerados contratantes, y resarcidos en virtud de la ley francesa. Cambiando su jurisprudencia, la Corte de Casación rechazó la demanda: la Cámara de Apelaciones “ha decidido con exactitud que (los deudos) no podían ser beneficiarios de una estipulación a favor de terceros implícita en el contrato de viaje, de suerte que estaba excluido que su acción estuviera fundada en la responsabilidad contractual de la agencia de viajes”.⁽⁶⁸⁾

El ejemplo que acabamos de proporcionar muestra a las claras la importancia que todavía reviste en el derecho internacional privado la determinación de la naturaleza de la responsabilidad en juego, y las diferencias, a veces determinantes, que se siguen de su encuadre en una u otra esfera.⁽⁶⁹⁾

3.7 | Consecuencias resarcibles

La extensión del resarcimiento es —en teoría— más extensa en la esfera extracontractual, donde el Código Civil vigente pone a cargo del responsable,

(67) Ficción pretoriana cuya finalidad era la de beneficiar a los deudos del muerto incluyéndolos como acreedores de la obligación de seguridad de resultado que asume el transportador, la estipulación tácita a favor de terceros fue consagrada por la Corte de Casación francesa en 1932 (Corte de Casación, 06/12/1932, *Sirey*, 1934-181, con nota de de Paul Esmein; ídem, 24/5/1933, *Dalloz*, 1933-I-137, con nota de Louis Josserand), y fue más tarde empleada en otros ámbitos, como en el caso de la transfusión de sangre contaminada, reputándose que el transfundido había estipulado en beneficio de sus parientes cercanos la obligación del hospital de suministrar sangre exenta de vicios (Corte de Casación, Segunda Sala Civil, 17/12/1954, *Dalloz*, 1955-269, con nota de René Rodière; JCP, 1955-II-8490 y 8490 “bis”, con nota de René Savatier).

(68) Corte de Casación, primera Sala civil, 28/10/2003, “Pays-Fourvel et autres vs. AXA courtage et autres”, *Dalloz*, 2004-233, con nota de Philippe Delebecque; *Revue Trimestrielle de Droit Civil*, 2004-96, con nota de Patrice Jourdain.

(69) Con razón afirma Larroumet que, incluso si mediara una unificación legal de ambos regímenes, seguiría siendo necesario calificar la responsabilidad para determinar cuál es el derecho aplicable (LARROUMET, CHRISTIAN, “*Pour la responsabilité contractuelle*”, en *Le droit privé français à la fin du XX e siècle, obra en homenaje a Pierre Catala*, Paris, Litec, 2001, p. 16).

en principio, las consecuencias inmediatas y mediatas del ilícito (arts. 903 y 904, CC, y llega hasta el punto de declarar imputables también las casuales, si el autor del daño las hubiera tenido en miras (art. 905, CC).

En materia contractual, en cambio, el art. 520 hace responsable al deudor por las consecuencias “inmediatas y necesarias” del incumplimiento. Diversas interpretaciones se tejieron en torno a esa expresión, pero es claro que, en su sentido original, ella hacía referencia al “daño intrínseco”, esto es, al que recae sobre la prestación misma, excluyendo el que se produce como consecuencia de la lesión de bienes distintos. En esta inteligencia, el deudor incumplidor respondería sólo por el valor de la prestación —y eventualmente, por el mayor valor que hubieran adquirido los bienes no entregados—, y no por los restantes daños derivados de la inejecución. Esa interpretación es, sin lugar a dudas, la que corresponde a la fuente de la norma, que se encuentra en la obra de Pothier (expresamente citado por Vélez Sársfield en la nota al art. 521) y el art. 1016 del proyecto de Florencio García Goyena. La idea original del Código se centra, entonces, en que —salvo que medie dolo de su parte— el deudor debe responder únicamente por aquellas consecuencias del incumplimiento que fueron expresamente previstas o resultaban previsibles para las partes al tiempo del contrato. De acuerdo al autor de Orléans, recién mencionado, debía considerarse que ellas estaban constituidas, en principio, por el daño intrínseco⁽⁷⁰⁾. Es asimismo indudable que, en el pensamiento de García Goyena, la expresión “consecuencia inmediata y necesaria”, que aparece en nuestro art. 520, se refiere a los daños intrínsecos.⁽⁷¹⁾ Por lo demás, fue

(70) POTHIER, ROBERT J., *Traité des obligations*, en *Oeuvres de Pothier*, imprenta de P. Didot, Paris, 1821, t. I, p. 181 y ss.

(71) PANTALEÓN PRIETO, FERNANDO, “El sistema de responsabilidad contractual (materiales para un debate)”, *Anuario de Derecho Civil*, Madrid, T. XLIV, Julio-Septiembre 1991 fascículo III, p. 1089. Al respecto, dice con acierto Lorenzetti: “En la legislación argentina, la norma de resarcibilidad de las consecuencias inmediatas y necesarias está emparentada con esta antigua regla [se refiere a la previsibilidad al tiempo de contratar], ya que Vélez Sarfield la funda en Pothier citado en la nota del art. 521; al mismo tiempo, se prevé una sanción para el contratante que no cumple dolosamente, impidiéndole invocar el límite y condenándolo a resarcir *in integrum*” (LORENZETTI, RICARDO L., “Resarcimiento del daño contractual: confianza, información, previsibilidad”, *JA*, 25/4/2001, p. 58). Por su parte, advierte Compagnucci de Caso que los antecedentes históricos y las fuentes de la norma (García Goyena, el art. 1150 del Código Civil francés, y la obra de Pothier) avalan la interpretación según la cual el deudor incumplidor debería resarcir, en principio, el daño intrínseco (COMPAGNUCCI DE CASO, RUBÉN H., comentario a los arts. 520 y 521 en Alberto Bueres (dir.); Elena Highton (coord.), *Código Civil y leyes complementarias. Análisis doctrinario y jurisprudencial*, Bs. As., Hammurabi, 1998, t. 2A, pp. 224 /227).

ésa la interpretación que dio a los textos la doctrina clásica argentina.⁽⁷²⁾

Sin embargo, a medida que fue ganando terreno la idea de la unidad del fenómeno resarcitorio, esta concepción fue paulatinamente abandonada, para ser reemplazada por la de la causalidad adecuada.⁽⁷³⁾ Así, la expresión “consecuencia inmediata y necesaria” empleada por el mencionado art. 520 fue puesta en relación con el art. 901 del mismo cuerpo normativo —emplazada en sede extracontractual—, que define a las consecuencias inmediatas como las “que acostumbran suceder, según el curso natural y ordinario de las cosas”.⁽⁷⁴⁾ La referencia al carácter “necesario” de la consecuencia, también contenida en el art. 520, fue por su parte dejada de lado, a punto tal que hoy en día la norma se lee como si dijera, simplemente, “consecuencias inmediatas”.⁽⁷⁵⁾ Finalmente, la re-

(72) LLERENA, BALDOMERO, *Concordancias y comentarios del Código Civil argentino*, La Facultad, Buenos Aires, 1931, T. II, pp. 444/447; MACHADO, JOSÉ O., *Exposición y comentario del Código Civil Argentino*, Bs.As., Editorial Científica y Literaria Argentina, 1922, T. II, p. 162 y 194/195; SALVAT, RAYMUNDO M., *Tratado de derecho civil argentino. Obligaciones en general*, 6ed., actualizada por Enrique Galli, Bs. As. Tipográfica Editora Argentina, 1952, T. I, p. 203; LLAMBIAS, JORGE J., *Tratado de derecho civil. Obligaciones*, Bs. As. Perrot, Buenos, 1967, T. I, pp. 354/355; ACUÑA ANZORENA, ARTURO, “La previsibilidad como límite de la obligación de resarcimiento en la responsabilidad extracontractual”, *Revista del Colegio de Abogados de La Plata*, año I, n° 1, p. 20; IMAZ, ESTEBAN, “El problema de la reparación del daño moral proveniente del incumplimiento de las obligaciones y de los hechos ilícitos en el Código Civil argentino”, *Revista de la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales*, Bs. As., 1932, T. X, p. 424. Como lo señalamos en el texto, esta tesis fue perdiendo adeptos con el correr del tiempo, aunque siguió siendo sostenida hasta épocas recientes por juristas de la talla de Jorge Bustamante Alsina .

(73) “El sistema argentino se orientó gradualmente hacia una responsabilidad basada en la ‘causalidad’ y no en la ‘previsibilidad’. Esta idea se acentuó con el avance de las posiciones que mayoritariamente sostuvieron la unificación de los ámbitos de responsabilidad contractual y extracontractual” (LORENZETTI, RICARDO “Resarcimiento del daño contractual: confianza, información, previsibilidad”, op.cit., p. 56).

(74) ZAVALA DE GONZÁLEZ, *Resarcimiento de daños*, op. cit., t. 4, p. 265; MORELLO-GALDÓS, *Indemnización del daño contractual*, op. cit., p. 452 y ss.; MOSSET ITURRASPE, JORGE - PIEDECASAS, MIGUEL A., *Responsabilidad contractual*, Santa Fe Rubinzal-Culzoni, 2007, p. 342 y ss.; TRIGO REPRESAS, FÉLIX A., “Extensión de la responsabilidad por incumplimiento contractual”, *Revista de Derecho Privado y Comunitario*, n° 17 (*Responsabilidad contractual*), Santa Fe, Rubinzal-Culzoni, 1998, p. 15 y ss.

(75) Lo que se logra diciendo, v.g., que la consecuencia necesaria es la que no sucede libre y espontáneamente, sino que ha sido determinada por el incumplimiento (ORGAZ, ALFREDO, “Acerca de las ‘consecuencias necesarias’ en la responsabilidad contractual y extracontractual”, *Revista jurídica de Córdoba*, año I, n° 3, p. 465). Con lo cual, en puridad, no se añade nada, pues, si no existiera incumplimiento, carecería de sentido preguntarse por sus consecuencias.

forma introducida al art. 521 por la ley 17.711 terminó de asentar ese giro interpretativo en favor de la causalidad adecuada (y de su lectura unitaria en ambas esferas), al disponer que el deudor malicioso debe indemnizar también las consecuencias mediatas, con lo que se produce una nueva referencia a la clasificación que en materia extracontractual trae el art. 901.

Aun así sigue existiendo, en teoría, una distinción en la extensión del resarcimiento según el campo de la responsabilidad de que se trate, pues a diferencia de lo que ocurre en sede extracontractual, el incumplimiento meramente culposo —o que hace responsable al deudor sobre la base de un factor de atribución objetivo—⁽⁷⁶⁾ excluiría la reparación de las consecuencias mediatas. Con todo, la doctrina se ha esforzado por diluir lo máximo posible esa supuesta diferencia, afirmando que “el art. 520 del Cód. Civil (...) abarca la totalidad de los [daños] conocidos o cognoscibles, por integrar la trama contractual sea por inclusión expresa, o como derivación del imperativo de buena fe-probidad del art. 1198”,⁽⁷⁷⁾ o sosteniendo que dentro de la noción de “consecuencia inmediata” debe incluirse todo efecto que, aún

.....

Adoptando el criterio de Orgaz, dice Zavala de González que la consecuencia es en ese caso “forzada” por la inejecución, aunque no sea “forzosa” en general, sino sólo probable (ZAVALA DE GONZÁLEZ, *Resarcimiento de daños*, op. cit., t. 4, p. 266). En una postura cercana, afirma Alterini que el adjetivo “necesarias” no puede aislarse del adjetivo “inmediatas” que lo antecede, razón por la cual serán consecuencias inmediatas y necesarias las que derivan del hecho del incumplimiento en sí mismo, o por la conexión con otro hecho que invariablemente la acompaña (ALTERINI, *Responsabilidad civil*, op. cit., p. 265). Por esta vía, también la expresión “necesaria” termina coloreándose de causalidad adecuada.

(76) Aunque la doctrina no es conteste en este punto, pues hay quienes piensan que en la responsabilidad contractual objetiva no regiría la limitación del art. 520 del Código Civil (ZAVALA DE GONZÁLEZ, *Resarcimiento de daños*, op. cit., t. 4, p. 272; AGOGLIA, MARÍA M.; BORAGINA, JUAN C. y MEZA, JORGE A., *Responsabilidad por incumplimiento contractual*, Bs.As., Hammurabi, 1993, p. 305 y ss.). No compartimos este modo de razonar, pues la norma en cuestión se refiere a la “falta de cumplimiento de la obligación” en general —sin hacer ninguna referencia a la clase de incumplimiento de que se trate, o a la naturaleza de la obligación vulnerada— y se encuentra emplazada dentro del Título III de la Sección II del Libro II del Código, que regula “los daños e intereses en las obligaciones que no tienen por objeto sumas de dinero”, sin formular tampoco distingo alguno. El adagio *ubi lex non distinguit nec nos distinguere debemus* es entonces de estricta aplicación al caso, debiendo recalcar, adicionalmente, que el art. 521, al sancionar al deudor malicioso, agravando su situación, puede perfectamente aplicarse al incumplimiento de las obligaciones de fines, en la medida en que se demuestre que —más allá de la falta de obtención del resultado— concurrió, en el caso, esa especial actitud subjetiva.

(77) ALTERINI y LÓPEZ CABANA, “Responsabilidad contractual y extracontractual: de la diversidad a la unidad”, op. cit.

derivando del enlace del incumplimiento con un hecho distinto, acompaña invariablemente a dicha inejecución.⁽⁷⁸⁾

En cualquier caso, la diferencia, real en los textos, es prácticamente ignorada en los hechos. La práctica demuestra que, al menos cuando existen lesiones físicas, los jueces condenan al resarcimiento de los daños que se encuentran en relación causal adecuada con el incumplimiento, sin verificar si se trata de consecuencias mediatas o inmediatas. También es habitual en nuestros tribunales condenar al deudor no malicioso al resarcimiento del lucro cesante derivado del incumplimiento⁽⁷⁹⁾ —que constituye muchas veces una consecuencia mediata—, e incluso de la pérdida de *chance*,⁽⁸⁰⁾ que, sin embargo, reviste siempre ese carácter.⁽⁸¹⁾

Por nuestra parte, saludamos —en general— la actual lectura de los arts. 520 y 521 en términos de causalidad adecuada, aunque creemos —con Lorenzetti— que excepcionalmente será preciso retornar al criterio de la previsibilidad al tiempo de contratar (lo que no implicaría, en definitiva, sino un regreso a las fuentes del art. 520 CC) cuando se esté en presencia de un contrato celebrado paritariamente, y no medie dolo del deudor.⁽⁸²⁾

(78) BUERES, ALBERTO J., su voto *in re* "Civit, Juan c/ Progress S.A. y otro", CNCiv., en pleno, 22/02/1990, LL, 1990-B-474.

(79) Para mencionar sólo algunos ejemplos: CNCom., Sala E, 10/06/2005, "Núñez, Asunción c/ Línea Expreso Liniers SA", DJ, 24/05/2006, p. 300 (reparación del lucro cesante al pasajero de un colectivo, lesionado durante el transporte); ídem, Sala B, 21/06/2005, "Provesur S.A. c/ Peñaflores S.A., LL Online (lucro cesante por resolución intempestiva de un contrato de distribución)"; Cám. Civ., Com., Fam. y Trab. Marcos Juárez, 27/08/1998, "Sombra, Delia N. c/ Club de Leones", LLC, 2000-198 (lucro cesante por retención de un inmueble debido como precio de un contrato de rifa).

(80) CNCiv., Sala G, 10/05/1989, "Gallegos, Osvaldo D. c/ Guaglianone, Héctor A. y otros", LL, 1990-E-339, con nota de Luis Moisset de Espanés (pérdida de *chance* por la falta de oportuna transferencia del autor vendido); ídem, Sala E, 21/09/2004, "Tórtora, Graciela Elvira c/ Promofilm S.A.", *El Dial*, 04/10/2004 (pérdida de *chance* de obtener un premio de haber continuado participando en un concurso televisivo); ídem, Sala A, 05/05/2005, "R., E. c/ E., J. C. y otro", LL, 1/9/2005, p. 1 (pérdida de *chance* de ganar un proceso ante la negligencia del letrado); CNCom., Sala E, 21/09/2007, "Lagorio, José A. c/ Banco Galicia y Buenos Aires S.A.", *El Dial*, 26/11/07 (pérdida de *chance* ante la cancelación injustificada de una tarjeta de crédito).

(81) BUSTAMANTE ALSINA, JORGE, "La pérdida de chance es una consecuencia mediata, previsible y por lo tanto solamente resarcible en caso de incumplimiento malicioso", *La Ley*, 1993-D-207.

(82) LORENZETTI, *op.cit.*, p. 61.

3.8 | Efectos del caso fortuito

Es evidente que el caso fortuito exime, en principio, de responsabilidad, ya sea que nos emplacemos en el terreno de la responsabilidad contractual o en el de la aquiliana. Sin embargo, esa exoneración adquiere en ambos supuestos matices diferenciados.

En efecto, en la responsabilidad extracontractual el caso fortuito fractura el nexo causal entre el hecho del agente y el daño, y desplaza la autoría hacia ese evento imprevisible o irresistible. Sin embargo, el *casus* no elimina el deber general de no dañar: el sindicado como responsable sigue estando obligado a no causar perjuicio a los demás, solo que en el caso en cuestión la causa del daño no será un hecho suyo (o de alguien por quien deba responder, o de una cosa de la que es dueño o guardián), sino un evento exterior, inevitable o irresistible.

En materia obligacional, en cambio, más que de una cuestión de autoría (pues en esa materia, según ya lo hemos señalado, el análisis no debe partir del “hecho” que daña, sino del incumplimiento, que es un concepto distinto) se trata de evaluar la incidencia que el *casus* tiene en la posibilidad de cumplir la obligación. Es que, cabe repetirlo una vez más, el incumplimiento es el fundamento de la responsabilidad contractual: en la medida en que exista una obligación incumplida, el deudor será responsable de los daños que el acreedor haya experimentado. Por eso, en este terreno el caso fortuito exime en la medida en que provoca una imposibilidad de cumplimiento de la obligación, que tiene, además, los caracteres de objetiva y absoluta. En tal caso, la imposibilidad de cumplimiento extingue la obligación (art. 888, CC), y es por ese motivo —más que por una cuestión de autoría— que el deudor se exonera: al no existir obligación incumplida, tampoco hay responsabilidad del *solvens*.⁽⁸³⁾ Como lo señala correctamente Mayo: “mientras no ocurra la referida imposibilidad, carece de relevancia que el evento tenga las características del caso fortuito”.⁽⁸⁴⁾

(83) OSTI, GIUSEPPE, “*Revisione critica della teoria sulla impossibilità della prestazione*”, en *Rivista di Diritto Civile*, 1918, p. 220; BUERES, ALBERTO “El incumplimiento de la obligación”, op.cit., p. 108; JORDANO FRAGA, FRANCISCO, “Obligaciones de medios y de resultado”, *Anuario de Derecho Civil*, Madrid, enero-marzo 1991, T. XLIV, fascículo I, p. 28; PIZARRO -VALLESPINOS, *Obligaciones*, op.cit., t. 3, p. 312.

(84) MAYO, JORGE A., “La imposibilidad de cumplimiento”, en *Revista de Derecho Privado y Comunitario*, n° 17, *Responsabilidad contractual*, Santa Fe, Rubinzal-Culzoni, 1998, p. 44.

3.9 | Plazos de prescripción liberatoria

Suele señalarse como una de las distinciones más significativas entre las dos órbitas, la relativa a los plazos de prescripción liberatoria. Mientras que, en los supuestos de responsabilidad aquiliana, la acción para reclamar el resarcimiento prescribe a los dos años (art. 4037, CC), en la esfera contractual se aplica el término genérico de diez años (art. 4023), salvo excepciones.

La diversidad de tratamiento entre los dos subsistemas de responsabilidad es aquí muy marcada, y genera serias disfunciones. Entre otros ejemplos, puede proporcionarse el relativo a la prescripción de la acción dirigida a obtener el resarcimiento de los daños y perjuicios sufridos como consecuencia de una mala *praxis* en un hospital público. La doctrina civilista, en forma prácticamente unánime, así como también una nutrida línea jurisprudencial, enmarcan esos casos en la esfera contractual, y aplican, en consecuencia, el plazo decenal previsto por el art. 4023 CC.⁽⁸⁵⁾ Sin embargo, algunos tribunales, desde una visión de tinte claramente iuspublicista, sostienen la tesis de la responsabilidad aquiliana del Estado en estos casos, y propugnan la aplicación del plazo bianual del art. 4023 CC.⁽⁸⁶⁾ Como se puede ver, según

(85) BUERES, ALBERTO J., *Responsabilidad civil de los médicos*, Bs. As. Hammurabi, 2006, pp. 73/74; ACUÑA ANZORENA, ARTURO, "Naturaleza jurídica de la responsabilidad médica y término de prescripción de la acción resarcitoria", JA, 74-525; BUSTAMANTE ALSINA, JORGE, "Responsabilidad civil de los médicos en el ejercicio de su profesión", LL, 1976-C-63; LORENZETTI, RICARDO L., "Responsabilidad civil del médico y establecimientos asistenciales", en *Derecho de daños*, Bs. As., La Rocca, 1989, p. 531 y ss.; GALDÓS, JORGE M., "Mala *praxis* médica y responsabilidad del Estado por el funcionamiento del hospital público", RCyS, 2004-505; CALVO COSTA, CARLOS A., *Daños ocasionados por la prestación médico-asistencial*, Bs. As., Hammurabi, 2007, p. 71 y ss.; CNCiv., Sala G, 07/04/1983, "G. C. de M., L. c/ Municipalidad de la Capital"; ídem, Sala D, 07/09/1984, "Astesiano, Alberto M. c./Policlínica Bancaria 9 de julio, LL 1985-C-638 (36.846-S), ED 112-394; Cám. Apel. Cont. Adm. Trib. CABA, en pleno, 28/12/2010, "Meza, Lorena c/ Salomone, Sandra y otros", LL, 2011-C, 307 con nota de Roberto A. Meneghini; Cám. Civ. Com. Fed., Sala II, 2/7/1996, "Méndez, Fernando Gabriel c/Jager Emilio y otros s/responsabilidad médica", ídem, Sala I, 22/02/1994, "Imperiale de Imperiale Emerlinda Rosa c/Instituto Nacional de Servicios Sociales para Jubilados y Pensionados y otros s/ Responsabilidad médica"; ídem, Sala III, 09/03/1994, "Moreno Fernandez Martín Dardo c/ Obra Social de Estaciones de Servicio, Garages y Playas y otro c/cumplimiento de prestación de obra social"; ídem, Sala III, 03/11/1998, Zywow, Malvina F. c/ Hospital de Pediatría SAMIC, LL 2000-B-825 (42.431-S), JA 1999-II-617; Cám. Apel. Civ. Com. Posadas, sala II, 06/11/1997, C., P. c/ Hospital Público de Autogestión, LLLitoral 1998-1-239; Cám. Apel. Civ. Com. Rosario, sala I, 23/02/2001, M., M. L. c. Municipalidad de Rosario, LLLitoral 2002-1395.

(86) SCBA, 19/02/2002, "Sánchez, Simón A. y otro c/ Alcacer, Bernabé E. y otro", Ac. 72.067; ídem, 13/8/2003, "Castillo, Ramón O. c/ Echaburu, C. Paz", LLBA 2003-1352, RCyS 2004-VIII-32, con nota de Jorge M. Galdós.

el criterio que se aplique, el paciente damnificado contará con dos o diez años para articular la acción resarcitoria, lo que carece de justificación razonable y atenta seriamente contra la seguridad jurídica.

Sin perjuicio de ello, cabe poner de resalto que, en la medida en que medie relación de consumo (arts. 1 a 3, ley 24.240), será aplicable el plazo de prescripción trienal contemplado en el art. 50 de la mencionada ley, salvo que pueda recurrirse, en el caso, a otra norma que prevea un término más favorable para el consumidor. De ese modo, se produce una virtual unificación en 3 años del plazo de prescripción liberatoria en diversos supuestos, entre los que se emplaza (por citar sólo un caso que, en la práctica, dio lugar a más de un problema lo que respecta a su encuadre contractual o aquiliano) el de los accidentes acaecidos en ocasión del transporte terrestre (terreno en el cual el art. 855 del Código de Comercio prevé el escueto término de un año).⁽⁸⁷⁾

3.10 | Intervención de terceros en el incumplimiento obligacional

La doctrina argentina mayoritaria estima que, cuando el incumplimiento no es materializado por el deudor personalmente, sino por un tercero que éste pone a cumplir en su lugar, nos encontraríamos ante la denominada "responsabilidad contractual por hecho ajeno". En estos casos, sería necesario elaborar un régimen particular, calcado sobre el de la responsabilidad del principal por el hecho del dependiente en la esfera aquiliana.⁽⁸⁸⁾ Como en Francia lo afirma Viney, la presencia de un tercero que se

(87) CNCiv., en pleno, 12/03/2012, "Sáez González, Julia del Carmen c/ Astrada, Armando Valentín y otros", LL, 2012-B, 565. *Contra*, considerando que, para que resulte aplicable el plazo previsto por el art. 50 de la ley 24.240, no es suficiente que exista una relación de consumo, sino que es preciso también que sea precisamente una cuestión vinculada a la aplicación del derecho del consumo la que genere el litigio: VÁZQUEZ FERREYRA, ROBERTO A., comentario al art. 50 en Sebastián Picasso- Roberto Vázquez Ferreyra, (dirs.), *Ley de defensa del consumidor comentada y anotada*, Bs. As., La Ley, 2009, T. I, pp. 579/580.

(88) Entre otros: ACUÑA ANZORENA, ARTURO, "Responsabilidad contractual por el hecho de otro", JA, t. 53, sección doctrina, p. 1; BUERES *Responsabilidad civil de los médicos*, op.cit., p. 441 y ss.; ZAVALA DE GONZÁLEZ, *Resarcimiento de daños*, op. cit., T. 4, p. 641; PIZARRO, *Responsabilidad civil por riesgo creado y de empresa*, op. cit., T. III, p. 37 y ss.; AGOGLIA-BORAGINA-MEZA, *Responsabilidad por hecho ajeno*, Bs.As., Depalma, 1995, p. 142; MORELLO-GALDÓS, *Indemnización del daño contractual*, op. cit., pp. 444/445 (quienes afirman que se

interpone entre el acreedor y el deudor conferiría una especificidad irreductible a esta responsabilidad en relación a la contractual “ordinaria”.⁽⁸⁹⁾ Esta conclusión se vería reforzada por la necesidad de probar la culpa del tercero —y no la del deudor— para comprometer la responsabilidad de este último, y por la posibilidad del deudor de trasladar el peso final de la reparación al tercero mediante una acción de repetición, expediente éste del que carece el deudor que responde por hecho propio.⁽⁹⁰⁾

En nuestro medio, el paralelo con la responsabilidad del principal por el hecho del dependiente en el ámbito extracontractual llega al punto de afirmarse que, si no media dependencia entre el deudor y el tercero —como ocurre en el caso de los daños causados por los médicos que desarrollan su actividad en el marco de una clínica—, no sería posible hacer jugar en estos casos la “responsabilidad contractual por hecho ajeno”, y debería —en cambio— acudir a otros institutos (como la estipulación a favor de terceros) para solucionar la cuestión.⁽⁹¹⁾

.....

trata de un responsabilidad indirecta, y postulan la aplicación analógica de las reglas que rigen en materia aquiliana). Hay quienes, incluso, propugnan derechamente la aplicación del art. 1113, primer párr., del Código Civil, en los casos en que el tercero ejecutor tenga la calidad de dependiente del deudor (GARRIDO, ROQUE; ANDORNO, LUIS O., *El artículo 1113 del Código Civil, comentado y anotado*, Bs. As., Hammurabi, 1983, p. 44 y ss.).

(89) VINEY, GENEVIÈVE, “Existe-t-il une responsabilité contractuelle du fait d'autrui?”, en *La responsabilité du fait d'autrui, Responsabilité Civile et Assurances*, noviembre de 2000, número especial, pp. 33/34.

(90) VINEY, G. “Existe-t-il une responsabilité contractuelle du fait d'autrui?”, op. cit.; VINEY, GENEVIÈVE-JOURDAIN, PATRICE, *Les conditions de la responsabilité*, en Jacques Ghestin (dir.), *Traité de droit civil*, Librairie Générale de Droit et Jurisprudence, París, 1998, pp. 913/914.

(91) BUERES, ALBERTO *Responsabilidad civil de los médicos*, op. cit., p. 302 y ss. En sentido concorde, ver entre muchos otros: LÓPEZ MESA, MARCELO J., TRIGO REPRESAS, FÉLIX A., *Responsabilidad civil de los profesionales*, Bs.As., Lexis-Nexis, 2005, pp. 552/553; TRIGO REPRESAS; LÓPEZ MESA, *Tratado de la responsabilidad civil*, op. cit., T. II, p. 468. El criterio es ampliamente mayoritario en la jurisprudencia nacional: CNCiv., Sala D, 07/06/2005, “M., S. M. c. Lecumberri, Luis E.”; ídem, 28/10/1982, “Mackinson, Jorge c. Wilk, Alfredo”, LL, 1983-B-555; JA, 1983-II-677; ED, 103-271; ídem, Sala I, 11/05/2000, “Casanova, Daniel O. c. Mutual Médicos Municipales y otros”, LL, 2000-D-666; DJ, 2001-1-642; RCyS, 2000-704; ídem, Sala H, 18/09/1996, “Garrido Espinosa de León, Margarita c. Obra Social Personal de la Industria del Calzado y otro”, LL, 1997-C-538; DJ, 1997-1-541; ídem, Sala J, 29/09/1994, “G. de J., A. y otro c. R., A. y otro”, LL, 1995-D-550, con nota de Rubén H. Compagnucci de Caso; Cám. Apel. Civ. Com. San Isidro, Sala I, 02/09/1997, “Zapatero, Alfredo c. Alberti, Jorge”, LLBA, 1998-793; Cám. Apel. Civ. Com. Fed., Sala II, 26/04/1994, “D. R., J. H. c. P., H. A”, LL, 1995-C-604, con nota de Roberto A. Vázquez Ferreyra; DJ, 1995-2-803, SJ. 806; ídem, 09/08/1991, “Lascano, José R. c. Dirección Gral. de Obra Social y otro”, LL, 1992-A-35; DJ, 1992-1-505; ídem, Sala III, 09/03/1994, “Moreno Fernández, Martín D. c/ Obra Social del Pers. de Est. de Servicio, Garajes y Playas y otro”, entre muchos otros.

Por nuestra parte, creemos que ambas afirmaciones (la autonomía de la responsabilidad contractual por hecho ajeno, y la necesidad de que medie relación de dependencia para que resulte aplicable ese mecanismo) parten de una indebida transposición al campo obligacional de criterios y principios propios de la responsabilidad delictual.⁽⁹²⁾

Ante todo, es preciso poner de resalto que, dado que —como ya lo hemos señalado— en materia aquiliana el factor de atribución depende de las circunstancias en que se ha dañado (con o sin intervención de cosas, con culpa o dolo, mediando o no una relación de dependencia, etc.), resulta lógico, en ese campo, emprender el análisis de los diversos “hechos generadores” de responsabilidad clasificándolos según que quien haya causado el daño sea el propio demandado (hecho propio), un tercero (hecho ajeno) o bien una cosa con autonomía dañosa (hecho de las cosas). Por lo demás, esta sistemática está ínsita en la ley misma, como lo prueba una somera lectura del Título IX de la Sección Segunda del Libro Segundo del Código Civil vigente, que aborda, en ese orden, los daños causados por el hecho del hombre “puro” (art. 1109), por el hecho de las cosas (art. 1113, párr. 2) y por el hecho ajeno (arts. 1113, párr. 1 y 1114 a 1123).⁽⁹³⁾

Sin embargo, no ocurre algo similar en materia obligacional, pues las normas del Título I de la Sección Primera del Libro Segundo del Código Civil se refieren únicamente a la responsabilidad del deudor, sin mencionar el hecho ajeno o el de las cosas. No se trata de una laguna normativa, sino de una regulación coherente con la naturaleza de la responsabilidad contractual que, como ya lo hemos explicado, es ante todo una responsabilidad por incumplimiento: el deudor responde porque la obligación

.....

Esta “importación” del mecanismo de la responsabilidad extracontractual por hecho ajeno llega incluso al extremo de fundar el eventual recurso del deudor contra el tercero ejecutor en la aplicación analógica del art. 1123 del Código Civil, que regula la acción recursoria del principal contra el dependiente (BANCHIO, ENRIQUE C., *Responsabilidad obligacional indirecta*, Bs. As., Astrea, 1973, p. 97).

(92) Hemos desarrollado este punto de vista en nuestro trabajo “Responsabilidad civil en un caso de transfusión de sangre contaminada”, RCyS, año VIII n° VIII, agosto de 2006, p. 42. Ver asimismo PICASSO, SEBASTIÁN, *La singularidad...*, op. cit., p. 201 y ss.

(93) Cabe añadir que esta metodología era aún más clara con anterioridad a la reforma de la ley 17.711, pues el art. 1113 servía entonces como introducción a la responsabilidad por hecho ajeno, que era abordada a continuación, y por el de las cosas, cuyas especies eran desarrolladas luego de aquélla, entre los arts. 1124 y 1136.

ha sido incumplida, poco importan las circunstancias (con o sin cosas, por hecho propio o ajeno) en que ese incumplimiento tuvo lugar. Resulta des-
acertado, en consecuencia, calcar en el terreno obligacional la distinción
de regímenes en función de los distintos hechos generadores vigente en
el campo aquiliano.⁽⁹⁴⁾

En otras palabras, el hecho de que el *solvens* introduzca un tercero para
ejecutar el contrato en su lugar en nada altera la naturaleza o el funda-
mento de dicha responsabilidad. Como correctamente se ha señalado, el
deudor “es responsable ante todo en tanto que deudor contractual, poco
importa que sea por su hecho propio o por hecho ajeno. Él es contratante,
y su responsabilidad es contractual; no hay siquiera necesidad de hablar
de responsabilidad contractual por hecho ajeno”.⁽⁹⁵⁾ Más netamente aún,
se pregunta Carbonnier: “el contrato está incumplido, ¿qué importa por
culpa de quién?”.⁽⁹⁶⁾

En definitiva, la sustitución del deudor por un tercero a efectos de ejecutar
materialmente el plan de prestación es irrelevante para el acreedor, frente
a quien el responsable contractualmente será siempre el obligado. Para
el *accipiens*, la introducción del tercero es, pues, *res inter alios acta*. En
palabras de Pizarro y Vallespinos: “La estructura de la obligación no varía
por el hecho de haberse introducido un tercero para ejecutar la presta-
ción, por lo que la responsabilidad que emerja en caso de incumplimiento

.....

(94) “Si aún se dudara —según Bellissent— de que la doctrina moderna de la ‘responsabilidad contractual’ procedió directamente de una tentativa de reconstitución idéntica del sistema de responsabilidad civil delictual, no se podría sino estar desconcertado al reencontrar en la práctica esta similitud de los regímenes totalmente ignorada por el Código Civil. Responsabilidades por el hecho propio, de las cosas, ajeno, de un lado, responsabilidad por el hecho propio, de las cosas, ajeno, del otro. Sin embargo, más que la profunda similitud entre los órdenes de responsabilidad civil propiamente dicha, es la idea misma de que haya que distinguir en función de los hechos generadores de responsabilidad contractual la que podría parecer extraña” (BELLISSENT, op. cit., p. 456).

(95) BÉNAC, SCHMIDT, FRANÇOISE y LARROUMET, CHRISTIAN, “Responsabilité du fait d’autrui”, en *Encyclopédie juridique Dalloz, Répertoire de droit civil*, Paris, 2002, T. IX, p. 4. En el mismo sentido: DURRY, GEORGES, informe conclusivo en *La responsabilité du fait d’autrui, Responsabilité Civile et Assurances*, noviembre de 2000, p. 63; RÉMY, “La ‘responsabilité contractuelle’: histoire d’un faux concept”, op. cit., p. 346; Starck-Roland-Boyer, *Les obligations*, cit., t. 2, p. 709; Flour-Aubert-Savaux, *Les obligations*, cit., t. 3, p. 132/133; Larroumet, “Pour la responsabilité contractuelle”, op. cit., p. 15.

(96) CARBONNIER, *Les obligations*, op. cit., p. 299.

motivado por el hecho del auxiliar no altera la situación del deudor ni su responsabilidad".⁽⁹⁷⁾

En ese esquema, nos parece que ninguna relevancia tiene el hecho de que el tercero ejecutor posea o no autonomía técnica respecto del obligado. En todos los casos, es este último —y sólo él— quien se compromete frente al acreedor, y será él quien resulte contractualmente responsable ante un eventual incumplimiento —provocado por un hecho suyo o del tercero, poco importa—. Así las cosas, no vemos razón para distinguir según que ese tercero posea o no autonomía técnica y acudir, un tanto forzadamente, a la teoría de la estipulación a favor de terceros en el primero de los supuestos. En todos los casos, debería considerarse contractual la responsabilidad del obligado, y extracontractual la del tercero, como de hecho —en materia de responsabilidad médica— lo hace la jurisprudencia francesa desde 1991.⁽⁹⁸⁾

Es que la existencia de una relación de dependencia, sin duda indispensable para establecer la responsabilidad extracontractual del principal —a quien se hace extensiva la obligación de responder que pesa sobre el dependiente—, carece de toda relevancia en la esfera contractual, donde el único fundamento para responsabilizar al deudor es el simple hecho de que él es el obligado a cumplir la prestación, y responde, por ende, en forma directa (y no refleja, como es el caso del principal) frente a su incumplimiento, más allá de cuál haya sido el hecho que ha causado materialmente esa inejecución, y de quién la causó. Como con toda claridad lo explica Chabas, a diferencia de la responsabilidad del principal por el hecho del dependiente —que requiere en todos los casos de la constatación previa de un acto ilícito del subordinado—, **"en la responsabilidad contractual**

(97) PIZARRO; VALLESPINOS, *Obligaciones*, op. cit.; Ver. asimismo LORENZETTI, RICARDO L., *La empresa médica*, Santa Fe, Rubinzal-Culzoni, 1998, p. 334 y ss. En este sentido: CNCiv., Sala A, 08/03/2012, "Leguizamón, Hilda del Valle c/ De La Fare, Mauricio y otros"; ídem, 23/02/2012, "Peralta, Ricardo, c/ Obra Social Ferroviaria".

(98) La naturaleza extracontractual de la responsabilidad del médico contratado por la clínica fue defendida en Francia por prestigiosos autores: SAVATIER, RENÉ, *Traité de la responsabilité médicale en droit français*, Librairie Générale de Droit et Jurisprudence, Paris, 1951, t. II, p. 403; MÉMETEAU, GÉRARD, "Contrat hospitalier et obligation de soins", *Revue de droit sanitaire et social*, 1988-517; AUBY, JEAN-MARIE, *Le droit de la santé*, Themis, Paris, 1981, p. 357. A partir del giro operado por la Corte de Casación en 1991, la tesis mencionada ha merecido la aprobación de la mayoría de la doctrina gala; Ver., al respecto, WELSCH, SYLVIE, *Responsabilité du médecin*, Litec, Paris, 2003, p. 223 y ss.

por hecho ajeno el camino es diferente. El responsable contractual es el verdadero y único deudor. A él va dirigido el reclamo en primer lugar; en todo caso directamente".⁽⁹⁹⁾ Mientras que la responsabilidad del deudor contractual no requiere otro fundamento que la existencia misma de la obligación, no ocurre lo mismo en el plano aquiliano, donde para trasladar a un tercero (el principal) la obligación de reparar que pesa sobre el dependiente, es necesario encontrar algún fundamento válido. Pues bien, ese fundamento es precisamente la relación de dependencia, que, como se ve, tiene sentido en el campo extracontractual, pero carece de toda función y utilidad en la órbita obligacional. De allí que, a nuestro juicio, la innegable unidad de la responsabilidad civil no es suficiente para borrar la especificidad que reviste la responsabilidad del deudor por el hecho del tercero ejecutor, que se rige por parámetros diversos a los empleados en materia aquiliana.⁽¹⁰⁰⁾

3.II | Legitimación activa para reclamar la reparación del daño moral contractual

En virtud de lo que establece el art. 1078 CC, la acción para reclamar la reparación del daño moral extracontractual sólo competirá al damnificado

.....

(99) CHABAS, FRANÇOIS, comentario en *Juris Classeur Périodique*, 1993-II-22013.

(100) Como acertadamente lo señala Belissent, "(...)propriadamente hablando, el deudor no responde ciertamente por el hecho que ha provocado el incumplimiento, sino, más propiadamente, debe responder de la falta de cumplimiento, lo que no es exactamente lo mismo. A diferencia del sistema delictual donde el demandado encargado de la guarda de otro debe responder sobre la base de la responsabilidad personal del guardado, el deudor contractual debe simplemente responder por el incumplimiento, salvo causa extraña" (BELISSENT, *Contribution à l'analyse de la distinction des obligations de moyens et des obligations de résultat*, op.cit., p. 472). En el mismo sentido, Marianne Faure Abbad concluye que la llamada responsabilidad contractual por hecho ajeno es un "hecho generador de responsabilidad inexacto", en el sentido de que carece de autonomía respecto de la responsabilidad contractual ordinaria. Todos los supuestos que suelen englobarse bajo esa denominación, afirma la autora, "(...) se reconducen a la idea de que el deudor está ligado, no como responsable del hecho de otro, sino como deudor de una obligación incumplida, el hecho ajeno no es, en el fondo, un hecho generador autónomo de responsabilidad contractual, distinto del hecho generador general que sería el incumplimiento del contrato". Y añade que de ningún modo esta responsabilidad es comparable a la del principal por el hecho del dependiente, pues no está aquí en juego "(...) un mecanismo de transferencia de la obligación de indemnizar a la víctima del daño, en todos los casos, la responsabilidad contractual es una responsabilidad directa del deudor y directamente fundada en el contrato del que procede la obligación incumplida" (FAURE ABBAD, *Le fait générateur de la responsabilité contractuelle*, op. cit., pp. 403/404).

directo, y únicamente a sus herederos si del hecho hubiese resultado la muerte de la víctima.⁽¹⁰¹⁾ La norma consagra así una doble restricción: por un lado, sólo la víctima podrá accionar mientras esté con vida; por el otro, si ella muere como consecuencia del hecho únicamente estarán legitimados sus herederos forzosos.⁽¹⁰²⁾ Es patente la diferencia de tratamiento que efectúa la ley respecto de lo que sucede en materia de daño patrimonial, donde los damnificados indirectos están legitimados para accionar en todos los casos (art. 1079 CC).

Así las cosas, la pregunta que se impone es si esa restricción a la legitimación para reclamar el resarcimiento del daño moral extracontractual—cuya razón de ser debe encontrarse en la voluntad legislativa de evitar una catarata de demandas por parte de parientes y amigos del damnificado directo—rige o no en materia contractual.

Una vez más, el principio de la unidad de la responsabilidad civil ha llevado a parte de la doctrina a contestar afirmativamente ese interrogante. Se afirma, en ese sentido, que el art. 522 CC, al no mencionar a los legitimados, consagra un vacío normativo, y que no hay razones para suponer que deba darse al tema una solución distinta a la prevista por el art. 1078.⁽¹⁰³⁾ Se agrega que el eje de la responsabilidad reside en el daño injusto y no en

(101) La doctrina y la jurisprudencia mayoritarias consideran que la mención a los herederos forzosos efectuada por la norma tiene el único objeto de individualizar a los legitimados para reclamar resarcimiento en caso de muerte del damnificado directo, a título personal y no en tanto sucesores de aquél. La acción se ejerce entonces *iure proprio* y no *iure hereditatis*. De allí que los herederos legitimados no son sólo los de grado preferente según el orden sucesorio, sino todos los que potencialmente revisten ese carácter al momento de la muerte de la víctima (PIZARRO, RAMÓN D., *Daño moral*, Bs.As. Hammurabi, 2004, p. 221 y ss.; KEMELMAJER DE CARLUCCI, AIDA, "Legitimación activa para reclamar daño moral en caso de muerte de la víctima", ED, 140-892; CNCiv., en pleno, 28/02/94, "Ruiz, Nicanor y otro c/ Russo, Pascual", JA, 1994-II-678).

(102) A su turno, el art. 1099 del Código Civil dispone que la acción por reparación del daño moral sólo se transmite a los herederos cuando hubiese sido entablada por el difunto. La norma se refiere, claro está, a aquellas hipótesis en que el damnificado directo no muere como consecuencia del hecho, o bien fallece con posterioridad a aquél, caso en el cual existirá una acción en cabeza suya para reclamar el resarcimiento del daño que ha experimentado personalmente. En tal supuesto, los herederos forzosos ejercerán la acción *iure hereditatis*, y sólo en caso de que la víctima la haya iniciado mientras vivía, sin perjuicio de la posibilidad de acumularla con la que puedan deducir en su propio nombre y por reparación del daño que para ellos se derivó del deceso, si éste tuvo por causa el hecho del responsable.

(103) PIZARRO, *Daño moral*, op. cit., p. 539.

el deber violado, por lo que razones de justicia e igualdad imponen que las ventajas y las restricciones a la legitimación sean las mismas entre las víctimas contractuales y extracontractuales. Por otra parte, la separación de regímenes establecida en el art. 1107 CC sólo funcionaría para las excepciones, como los diferentes plazos de prescripción, pero no para las reglas, cualquiera sea el lugar del Código donde ellas se encuentren. Finalmente, se aduce que razones de coherencia sistemática y la aspiración a la unidad de los regímenes contractual y extracontractual apoyan interpretaciones que aplican los mismos principios en los dos ámbitos.⁽¹⁰⁴⁾

Algunos fallos se han pronunciado en ese sentido, al sostener: “el art. 1078 es aplicable por analogía a los supuestos del art. 522, pues no hay razones para ampliar la legitimación en la responsabilidad contractual, siendo que, por el contrario, la extensión del resarcimiento en este ámbito es más acotado que en el ámbito aquiliano (...) En rigor, en los dos casos rige la idea de víctima (damnificado directo) —o daño inmediato—, por sobre el de contratante insatisfecho”.⁽¹⁰⁵⁾

Por nuestra parte, creemos que la postura mencionada se funda en el equívoco de afirmar que la falta de mención de los legitimados activos en el art. 522 CC constituye una laguna normativa. Se trata claramente de una *petitio principii*, pues para arribar a esa afirmación se parte del postulado que se trataba, precisamente de demostrar (esto es, la aplicabilidad de la distinción entre damnificados directos e indirectos en la responsabilidad contractual). En efecto, sólo si se cree de antemano que esa clasificación se aplica en materia contractual puede calificarse como una “laguna” la omisión de la norma de referirse a ella.

En realidad, el silencio de la ley sobre el punto se explica por un mecanismo típico de la responsabilidad contractual, como es el del efecto relativo de las obligaciones: en todos los casos la legitimación activa co-

(104) ZAVALA DE GONZÁLEZ, MATILDE, “Daño moral de padres por lesiones a sus hijos. Otros damnificados indirectos”, *La Ley*, 07/09/2007, pp. 5/6; ídem, *Resarcimiento de daños*, op. cit., t. 4, p. 219.

(105) CNCiv., Sala D, 10/08/2006, “Zysman, Carlos A. c/ D., V. D. y otro”, RCyS 2006-XII-64. En el mismo sentido: CNCiv., Sala C, 22/12/1987, “M. L. y otra c/ A. y otros”, ED, 131-643, voto del Dr. Cifuentes.

rresponderá al o los acreedores, quienes sólo podrán demandar (bajo las reglas de la responsabilidad contractual) al o los deudores.⁽¹⁰⁶⁾ Dado que la responsabilidad contractual implica la preexistencia de un vínculo específico (obligacional) entre dañador y dañado, esa particularidad descarta la necesidad de acudir a criterios adicionales para seleccionar los sujetos legitimados para reclamar la reparación; la legitimación viene dada en esa esfera, en todos los casos, por los arts. 503, 1195, 1199 y concordados del Código Civil. Distinta es la cuestión en sede aquiliana, donde es necesario delimitar de algún modo el espectro de las personas a las que la ley reconoce la acción resarcitoria. De allí la distinción entre damnificados directos e indirectos, en torno a la cual los arts. 1078 y 1079 CC articulan la legitimación activa en esa órbita.

Pretender extrapolar a la responsabilidad obligacional las reglas sobre legitimación que trae el art. 1078 CC importa pues desconocer esa particularidad de la órbita contractual, consagrando además una solución contraria al principio *favor victimae*, en virtud del cual, en caso de duda —si hubiera— debe adoptarse la interpretación más beneficiosa para el damnificado, y no aquella que inhiba su posibilidad de reclamar. Una vez más, la innegable unidad del fenómeno resarcitorio no es aquí un argumento suficiente para borrar una diferencia claramente expresada en la ley y justificada por principios propios del mecanismo obligacional. Dado que la cuestión de la legitimación en materia contractual se halla íntimamente vinculada un mecanismo inherente a las obligaciones (el principio de efecto relativo), que no se presenta en el campo aquiliano, la analogía (*in malam partem*, en tanto perjudica al dañado) que se pretende sustentar en la unidad ontológica de la responsabilidad civil no puede tener cabida en este caso. La acción por reparación del daño moral contractual compete, en el derecho vigente, a cualquier acreedor dañado como consecuencia del incumplimiento, sea o no la víctima del hecho ilícito.⁽¹⁰⁷⁾

(106) En palabras de Mosset Iturraspe, mientras que el art. 1078 del Código Civil se refiere a la situación del damnificado directo, el art. 522 de ese mismo cuerpo normativo contempla la del contratante insatisfecho (MOSSET ITURRASPE, JORGE, *Responsabilidad por daños*, Bs. As., Ediar, 1971, t. IV, p. 219).

(107) Ver BUSTAMANTE ALSINA, JORGE, "Responsabilidad civil de las obras sociales por mala praxis en la atención médica de un beneficiario", *La Ley*, 1994-A-404; LÓPEZ MIRÓ, HORACIO G., "Legitimación paterna ante el daño del hijo menor. Daño moral. Aplicación del artículo 522 del Código Civil", *DJ*, 2006-2-321.

En esa línea, ha dicho la jurisprudencia: “El supuesto se halla contemplado por el art. 522 del CC. No se trata aquí de la aparente disconformidad entre la limitación de los sujetos activos al damnificado directo del art. 1078 y la ausencia de previsión en tal sentido del mencionado art. 522”. Como se advierte, en esta materia no existen, sin más, damnificados indirectos, pues los terceros ajenos al contrato carecen de la acción como consecuencia necesaria del principio de relatividad de las convenciones que emerge de los arts. 503, 1195 y concordantes del CC. Es decir, sí la tienen los contratantes, como lo son los padres de la víctima con relación al servicio hospitalario por el daño de esa índole generado por el incumplimiento contractual”.⁽¹⁰⁸⁾

4 | La cuestión en el Proyecto: unificación de las dos órbitas

Ya se señaló que el Proyecto, siguiendo el rumbo de los de elaborados en 1987, 1993 y —muy especialmente— 1998, unifica la responsabilidad civil contractual y extracontractual. Así, su art. 1716 dispone: “Deber de reparar. La violación del deber de no dañar a otro, o el incumplimiento de una obligación, da lugar a la reparación del daño causado, conforme con las disposiciones de este Código”. En otras palabras, cualquiera sea la fuente del deber de reparar el daño (la violación del deber general de no dañar —fuente de la responsabilidad extracontractual—, o el incumplimiento de una obligación —fuente de la “contractual”—) la responsabilidad se rige, en principio, por las mismas reglas. Concordemente, y a salvo las excepciones que luego se mencionarán, las normas que integran el Capítulo I del Título V del Libro Tercero del Proyecto, consagradas a la responsabilidad civil (arts. 1708 a 1780), se aplican indistintamente a la responsabilidad contractual y la extracontractual.

(108) CNciv., Sala E, 25/02/2004, “Martínez Manrique, René y otro c/ Ciudad de Buenos Aires y otros”, DJ, 2004-2-492. En el mismo sentido: CNCiv., Sala C, 24/04/1997, “M. de L., S. M. y otro c/ Instituto de Servicios Sociales para el personal ferroviario y otros”, cit.; ídem, Sala A, 11/05/2012, “S., D. J. y otro c/ Sanatorio Mitre y otros”, LL, 18/09/2012, p. 4, con nota de Carlos A. Calvo Costa; Cám. Apel. Civ. Com. San Martín, Sala 2, 18/05/2002, “R. M. y otros c/ Clínica del B.A.”; CNCom., Sala C, 25/11/1998, “Yara, José R. y otro c/ Sanatorio Güemes S.A. y otro”, JA, 1999-III-545.

En particular, la unificación comprende —con una importante excepción— a las dos diferencias de regulación más importantes entre las dos órbitas de responsabilidad que, según se señaló, consagra el Código vigente. Así, en materia de prescripción liberatoria el art. 2561 *in fine* establece un plazo común de tres años para la prescripción del “reclamo de la indemnización de daños derivados de la responsabilidad civil”, y si bien se prevén plazos más cortos para supuestos especiales (diez años para la acción por daños derivados de agresiones sexuales a personas incapaces —art. 2561, párr. 1—, y dos años para la acción de derecho común derivada de accidentes o enfermedades del trabajo, o para el reclamo de los daños derivados del contrato de transporte —art. 2562, incs. “b” y “d”, respectivamente—), es claro que el criterio para efectuar estas distinciones no pasa por el carácter contractual o extracontractual de la responsabilidad en cuestión.

En cuanto a la extensión del resarcimiento, el art. 1726 declara resarcibles las consecuencias inmediatas y las mediatas previsibles, lo cual es aplicable tanto a la responsabilidad extracontractual como a la derivada del incumplimiento de obligaciones, con la excepción que señalamos más adelante.

Cabe apuntar, asimismo, que el Proyecto también unifica la legitimación para reclamar la reparación del daño moral, pues el art. 1737, que se refiere a la “indemnización de las consecuencias no patrimoniales”, es aplicable por igual a las dos órbitas. En consecuencia, se produce una ampliación de la legitimación para reclamar la reparación del daño moral extracontractual (pues, a tenor de la norma proyectada, los damnificados indirectos podrán reclamar *iure proprio* no solo en caso de muerte de la víctima directa, sino también si ella sufre “gran discapacidad”, y en tales casos, la legitimación alcanzará, además de a los ascendientes, los descendientes y el cónyuge, a quienes convivían con aquella recibiendo trato familiar ostensible), pero correlativamente se acota la correspondiente al daño moral contractual, dado que, en los términos del mencionado art. 1737, se excluiría, en principio, el reclamo de los acreedores que sean damnificados indirectos.

Finalmente, la unificación alcanza asimismo a los casos en que exista pluralidad de responsables. Al tratar acerca de las obligaciones, el Proyecto mantiene la regla de la simple mancomunación, pues dispone que la solidaridad no se presume y debe surgir inequívocamente de la ley o del título constitutivo de la obligación (art. 828). Sin embargo, en materia de responsabilidad civil se establece expresamente que si varias personas

participan en la producción de un daño que tiene una causa única se aplican las normas de las obligaciones solidarias, mientras que si la pluralidad deriva de causas distintas se aplican las de las obligaciones concurrentes (art. 1751). Es evidente que esta última norma se aplica también a los casos de responsabilidad contractual, en virtud de la previsión del art. 1716. En otras palabras, todos los deudores contractuales responderán solidariamente si su crédito tiene una causa única (v.g., si sus obligaciones resultan del mismo contrato), y de manera concurrente en caso contrario. De este modo, el principio general de la simple mancomunación queda acotado a la pretensión de cumplimiento específico, o bien a aquellos casos en que se reclame el contravalor dinerario de la prestación (*aestimatio rei*). Pero cuando el reclamo versa sobre los daños sufridos por el acreedor, la responsabilidad de los codeudores será solidaria o concurrente, según los casos, lo que significa que todos ellos responderán por la totalidad de los daños que haya sufrido el acreedor, sin perjuicio de las relaciones internas que, en función de la naturaleza del crédito, puedan ejercer entre sí una vez pagada la indemnización.

Sin embargo, la unificación que se propone, aun cuando se basa en la identidad de finalidad y de presupuestos entre ambas esferas de responsabilidad, y tiende a lograr también, en principio, una unidad de efectos, no importa subsumir al contrato en el hecho ilícito, ni desconocer la diferencia estructural entre uno y otro hecho generador. La distinción entre la responsabilidad contractual y la extracontractual, dice Viney, no puede ser negada en relación a la distinta estructura del hecho generador del deber de reparar. La utilidad del contrato, afirma la autora, consiste en crear entre las partes obligaciones que la ley no prevé, y esa especificidad de los vínculos contractuales sería completamente abolida si pudieran sustituirse esas obligaciones personalizadas por los deberes generales que la ley impone para las relaciones entre terceros. Pero una vez incumplido el convenio, no hay razón para hacer diferencias, en orden a la reparación, entre las consecuencias de ese incumplimiento y las que surgen de la comisión de un ilícito aquiliano.⁽¹⁰⁹⁾ En otras palabras, la unificación de las dos órbitas de responsabilidad no diluye la distinta estructura del contrato respecto del hecho ilícito, sino que se propone, simplemente, unificar las

(109) VINEY, G. *Introduction à la responsabilité*, op. cit., p. 428 y ss.

consecuencias de ambos, sometiéndolas, salvo casos de excepción, a las mismas reglas.⁽¹¹⁰⁾

Esa es, sin ninguna duda, la concepción adoptada por la Comisión de Reformas. En los fundamentos que la mencionada Comisión acompañó al Proyecto se dice que: “la tesis que se adopta es la unidad del fenómeno de la ilicitud, lo cual no implica la homogeneidad, ya que hay diferencias que subsisten”. Esas diferencias —apuntamos nosotros— son irreductibles, y derivan de la distinta naturaleza del hecho generador de responsabilidad en cada una de esas hipótesis. En particular, la regulación de la responsabilidad derivada del incumplimiento de una obligación requiere tener en cuenta algunas especificidades que resultan de la existencia de un vínculo previo entre acreedor y deudor que liga a este último a ejecutar una determinada prestación. En su caso, el eventual origen convencional de esa obligación puede determinar también algunas reglas especiales tendientes a preservar la autonomía de la voluntad de los contratantes.

Corresponde entonces estudiar brevemente las situaciones en las que la responsabilidad contractual recibe en el Proyecto un tratamiento diferenciado.

5 | Las diferencias de regulación que subsisten en el Proyecto

5.1 | Incumplimiento y factor de atribución

Ya hemos señalado que el fundamento de la responsabilidad contractual es el incumplimiento, y que, en consecuencia, en ese campo el factor de atribución no depende de las circunstancias en las que se causó el daño (con o sin cosas riesgosas o viciosas, con culpa o dolo, etc.), sino de con

(110) Con lo cual estaríamos ante “dos campos de derecho, cada uno con sus problemas particulares, pero sujetos a las mismas reglas” (TUNC, ANDRÉ, *La responsabilité civile*, París, Economica, 1990, p. 44). En sentido concorde, dice Yzquierdo Tolsada que la unificación de ambos regímenes convertiría a la responsabilidad civil contractual y extracontractual en dos campos con sus problemas fenomenológicos particulares, pero sometidos no ya a reglas comunes, sino a la misma normativa (YZQUIERDO TOLSADA, op cit., t. I, p. 122). Por su parte, Larroumet apunta que “no hay unificación en cuanto a la naturaleza de la responsabilidad, hay una unificación de regímenes, lo cual, ciertamente, atenúa muy considerablemente los regímenes, pero no los suprime completamente” (LARROUMET, “*Pour la responsabilité contractuelle*”, op. cit., p. 16).

qué extensión se obligó el deudor. Habrá que determinar, en cada caso, si comprometió únicamente conducta diligente o se obligó a un resultado.

El Proyecto recoge claramente esa particularidad, pues, a los fines de establecer el factor de atribución en materia contractual, consagra el distingo entre las obligaciones de medios y de resultado. En efecto, el art. 1723 proyectado establece: “Responsabilidad objetiva. Cuando de las circunstancias de la obligación, o de lo convenido por las partes, surge que el deudor debe obtener un resultado determinado, su responsabilidad es objetiva”. Por lo demás, dicha clasificación se encuentra implícita en el art. 774, que en materia de obligaciones de hacer distingue entre los casos en los cuales se ha prometido realizar cierta actividad con la diligencia apropiada, independientemente de su éxito, o procurar al acreedor un resultado concreto (que puede variar en su extensión). También para distinguir la locación de obra de la de servicios se vuelve sobre esa idea, cuando se establece que, en la duda, debe entenderse que hay un contrato de servicios cuando la obligación de hacer consiste en realizar cierta actividad independiente de su eficacia, y de obra cuando se promete un resultado eficaz (art. 1252). Finalmente, el mismo distingo reaparece en el art. 1768, que dispone que la responsabilidad del profesional liberal es subjetiva, salvo que se haya comprometido un resultado concreto.

En otras palabras, cuando lo debido sea un resultado, se aplica el art. 1723, razón por la cual el incumplimiento —y la consiguiente responsabilidad del deudor— se configuran por su sola falta de obtención. Cuando, en cambio, el plan prestacional consista en una conducta diligente, jugará el art. 1724 y la configuración del incumplimiento —y de la responsabilidad del obligado— requerirá de la presencia de culpa del *solvens*.

5.2 | Configuración de la antijuridicidad

Como lo hemos explicado *supra*, mientras que en la responsabilidad extracontractual la antijuridicidad es atípica —porque es ilícita la violación del deber general de no dañar a otro—, no sucede lo mismo en materia contractual. En este último caso, el daño se produce como consecuencia de la infracción de una obligación específica, que ligaba al deudor a la ejecución de determinada conducta. Esta diferencia está expresamente reflejada en los arts. 1716 y 1749 del Proyecto, donde se mencionan la vio-

lación del deber de no dañar y el incumplimiento de una obligación como las dos grandes fuentes de la responsabilidad civil.

5.3 | Distinción entre el valor de la prestación y los mayores daños

En los fundamentos del Proyecto, se mencionan las diferentes posturas que existen sobre este tema, y se señala que se ha tratado de dar una solución práctica al problema, mediante la distinción de la problemática del incumplimiento y su ejecución, regulada en el campo de las obligaciones y los contratos, y los aspectos que atañen a la responsabilidad por daños. También se dice en los fundamentos que es preciso diferenciar, dentro del espectro de los daños resarcibles, al valor de la prestación originalmente pactada de los otros perjuicios que sufre el acreedor.

De hecho, pese a la subsistencia de algunas normas con una redacción confusa (como los arts. 730, inc. "c" y 955), la distinción entre el valor de la prestación y los mayores daños sufridos por el acreedor aparece expresamente en el texto del Proyecto. Así, el art. 781, para el caso de imposibilidad de cumplimiento de la obligación alternativa regular, prevé que el deudor debe entregar el valor de la prestación; el art. 838 establece que si el cumplimiento de la obligación solidaria se hace imposible por causas atribuibles a un codeudor "los demás responden por el equivalente de la prestación debida y por los daños y perjuicios"; el art. 1114, que regula la imposibilidad de restituir en los casos de resolución o rescisión del contrato, establece que si ella es imputable al deudor, éste debe el valor de mercado de la prestación; el art. 1420 dice que si la restitución de los títulos valores por el banco resulta de cumplimiento imposible, aquel "debe cancelar la obligación con el pago de una suma de dinero equivalente al valor de los títulos al momento en que debe hacerse la devolución"; el art. 1653 faculta al donatario a liberarse del cumplimiento de los cargos "restituyendo la cosa donada, o su valor si ello es imposible", y finalmente, el art. 1747 dispone que "el resarcimiento del daño moratorio es acumulable al del daño compensatorio, o al valor de la prestación (...)", con lo que diferencia expresamente ambos conceptos.

Así, no cabe duda de que en el Proyecto existe un régimen diferenciado para el reclamo del valor de la prestación, o *aestimatio rei* (que se rige por las normas del cumplimiento forzado), y el de los mayores daños sufridos al margen de aquél (*id quod interest*). Por consiguiente, la acción para

reclamar el valor de la prestación prescribe —al igual que la pretensión de cumplimiento forzado específico— en el plazo genérico de cinco años del art. 2560, mientras que la dirigida a la indemnización de los mayores daños se rige por el art. 2561, y prescribe, por ende, a los tres años. Por otra parte, no es necesario probar haber sufrido un perjuicio para pedir el valor de la prestación, pero sí cuando el reclamo recae sobre daños adicionales, como el lucro cesante, el daño emergente o el daño extrapatrimonial (art. 1744). Asimismo, la facultad para morigerar la indemnización que el art. 1742 otorga a los jueces, únicamente puede ejercerse respecto de los mayores daños, mas no del valor de la prestación (pues ello importaría alterar la economía del contrato). También es importante insistir en que, mientras que la obligación de resarcir los daños derivados del incumplimiento es solidaria —o concurrente, según los casos— (art. 1751), la de pagar la *aestimatio rei* es simplemente mancomunada, salvo que se haya pactado la solidaridad (art. 828). Finalmente, en caso de resolución contractual por incumplimiento el deudor incumplidor debe reparar los daños sufridos por el acreedor (art. 1082), pero no debe el valor de la prestación, dado que la obligación de cumplirla se ha extinguido por efecto de la resolución (arts. 1079 y 1080).

5.4 | Edad a la que se adquiere el discernimiento

Al igual que el Código de Vélez Sársfield, el Proyecto distingue la edad a la que se adquiere el discernimiento para los actos lícitos y para los ilícitos, con la única modificación de que, mientras en el segundo caso, aquél se sigue adquiriendo a los diez años, en el primero se obtiene a los trece, es decir, un año antes que en el régimen actual (art. 261, incs. “b” y “c”).

La diferencia se mantiene, entonces, aunque son aquí igualmente aplicables las consideraciones que efectuamos respecto a la escasa utilidad de este distingo.

5.5 | Ley aplicable a los casos con elementos internacionales

De acuerdo al art. 2651 del Proyecto, los contratos se rigen, en principio, por el derecho elegido por los contratantes. En defecto de elección por las partes, se aplica la ley del lugar de cumplimiento o, de no poder determinarse este, la del lugar de celebración del contrato (art. 2652).

Para los hechos ilícitos, en cambio, se aplica la ley del país donde se produce el daño, independientemente de aquel donde se haya producido el hecho generador. Sin perjuicio de ello, cuando el sindicado como responsable y la víctima tienen su domicilio en el mismo país en el momento en que se produzca el daño, se aplica el derecho de ese Estado (art. 2657).

5.6 | Previsibilidad del daño contractual

Ya se ha mencionado que en materia de relación causal, el Proyecto adopta como principio general la teoría de la causalidad adecuada (art. 1726). Sin embargo, para el caso de contratos celebrados de manera paritaria — lo que excluye a los contratos de consumo — el texto proyectado se aparta de ese principio general y establece un parámetro distinto: el deudor incumplidor responde por las consecuencias que las partes (y no un hombre medio) previeron o pudieron haber previsto al momento de su celebración (y no al momento del hecho), según el art. 1728. El criterio de apreciación es, en este caso, subjetivo, y tiende a respetar el esquema de riesgos y beneficios que los contratantes diseñaron en ejercicio de su autonomía negocial. La excepción, contemplada por la misma norma, está referida a los casos en los que media dolo del deudor, supuesto en el cual se vuelve al criterio de la causalidad adecuada.

Es claro, entonces, que para los contratos celebrados de manera paritaria, el Proyecto ha adoptado el criterio de la previsibilidad al tiempo de contratar, pero también lo es que de ningún modo ello implica un retorno a la idea del “daño intrínseco”. Esta última categoría, en puridad, alude al valor de la prestación, razón por la cual el art. 1728 del Proyecto, que se refiere a los daños propiamente dichos, nada tiene que ver con ella. Según los casos, las partes pueden haber previsto daños que, desde el punto de vista de la clasificación del art. 1727, sean consecuencia inmediata o mediata del incumplimiento, pero no son estas categorías las que importan aquí, porque ellas únicamente tienen utilidad para los casos que caen fuera del ámbito de aplicación del art. 1728.

5.7 | Imposibilidad de cumplimiento

El Proyecto es prístino en el sentido de que el incumplimiento es el fundamento de la responsabilidad contractual. Ello resulta tanto del art. 1716 como —muy especialmente— del art. 1749, que establece la responsabi-

lidad directa de quien incumple una obligación. Por consiguiente, y como ya lo hemos adelantado, en la medida en que exista una obligación incumplida habrá responsabilidad del deudor.

Sin embargo, aun cuando la obligación haya sido incumplida, el deudor podrá exonerarse si acredita que el cumplimiento había devenido imposible en los términos de los arts. 955 y 1732. De conformidad con esas normas, la imposibilidad sobrevenida objetiva y absoluta de la prestación, causada por caso fortuito, tiene un doble efecto: extingue la obligación y, consiguientemente —al no subsistir una obligación incumplida— libera al deudor de responsabilidad.

Es decir que también en este punto el Proyecto refleja el diferente rol que el *casus* juega en una y en otra esfera: mientras que en la responsabilidad extracontractual el caso fortuito interrumpe el nexo causal (pero no extingue el deber genérico de no dañar), y por eso libera al responsable, en materia contractual él solo tiene virtualidad para exonerar si se traduce en una imposibilidad de cumplimiento que reúna los caracteres ya apuntados, y que, en consecuencia, provoque la extinción del vínculo.

5.8 | Ejecución de la obligación por un tercero

Reflejando la teoría de la estructura de la relación obligatoria, el art. 732 del Proyecto establece que el incumplimiento de las personas de las que el deudor se sirve para la ejecución de la obligación se equipara al derivado del hecho del propio obligado. Reforzando aún más esa orientación, en los fundamentos del Proyecto puede leerse que la razón de ser de esa norma se encuentra en la “irrelevancia de la sustitución” y la “equivalencia de comportamientos” del deudor y el auxiliar. Y se concluye: “En virtud de ambos elementos, surge la responsabilidad directa del deudor contractual por el hecho de sus sustitutos o auxiliares”.

En consecuencia, cuando el incumplimiento es materializado por el tercero ejecutor de la obligación, el deudor responde en los términos del art. 1749 del Proyecto, que regula los casos de responsabilidad directa, y no se aplica el art. 1753, que se refiere a la responsabilidad del principal por el hecho del dependiente y estructura una responsabilidad indirecta. Esta última norma sí rige, en cambio, los supuestos de responsabilidad extracontractual por daños causados por el ejecutor material de la obli-

gación: daños a terceros no contratantes, o bien daños sufridos por el acreedor como consecuencia de la lesión de bienes distintos de los que conforman el objeto del contrato (vgr. daños a la persona del acreedor). Es en este sentido que debe entenderse la referencia que se hace en ese artículo a la responsabilidad del principal por el hecho de “las personas de las cuales se sirve para el cumplimiento de sus obligaciones”.

6 | Otra consecuencia de la unificación: la desaparición de la obligación de seguridad en el derecho común

Ya se ha visto que la obligación tácita de seguridad cumplió una importante función como instrumento para objetivar la responsabilidad del deudor por los daños causados al acreedor con motivo de la ejecución del contrato. Sin embargo, esa obligación, así concebida, tenía sentido en un sistema que —como el del Código aún vigente— sienta normas distintas para regular la responsabilidad contractual y la extracontractual, donde —por expresa previsión del art. 1107 de ese Código— no es posible aplicar la responsabilidad por riesgo creado (art. 1113, CC) al ámbito del contrato.

Por añadidura, un sector doctrinal viene denunciando desde hace tiempo diversas falencias de la obligación de seguridad concebida en esos términos. En ese sentido, se pone de resalto su carácter ficticio, y se afirma que su origen pretoriano lleva a una aplicación práctica muchas veces contradictoria y contraria a la seguridad jurídica. En particular, se señala que no resulta claro en qué contratos existe, si es de medios o de resultado, o qué vinculación debe existir entre el daño y el incumplimiento para poder entender que ese deber de protección del acreedor ha sido incumplido. También se critica la existencia de obligaciones de seguridad de medios, que terminan jugando en perjuicio de las víctimas en aquellos casos en los cuales, de no haber existido ese deber contractual, estas últimas habrían podido recurrir al régimen de la responsabilidad extracontractual objetiva por el hecho de las cosas.⁽¹¹¹⁾

(111) Para un repaso de todos esos argumentos vid. Picasso, *La singularidad de la responsabilidad contractual*, op.cit., p. 242 y ss.; PREVOT, JUAN M., CHAIA, RUBÉN A., *La obligación de seguridad*, Bs. As., Hammurabi, 2005, p. 62 y ss.

Todas estas objeciones se vieron en buena medida superadas en el derecho argentino, con la introducción de la obligación de seguridad en el derecho del consumo (arts. 42, CN y 5 de la ley 24.240). En ese ámbito, por disposición de las normas citadas, aquel deber de protección existe en todas las relaciones de consumo, y no depende de la existencia o no de un contrato. Asimismo, la obligación de seguridad que surge de las mencionadas normas es expresa, y —en los términos del art. 10 bis, primero y último párrafos, de la ley 24.240— tiene el carácter de un deber de resultado, por lo que su incumplimiento genera responsabilidad objetiva en cabeza del proveedor.⁽¹¹²⁾

La obligación expresa de seguridad existente en el derecho del consumo abarca hoy en día la enorme mayoría de los supuestos en los cuales la doctrina y la jurisprudencia argentinas afirmaban la existencia de obligaciones tácitas de seguridad (hotelería, clínicas, juegos de feria, espectáculos deportivos, casinos, bingos, locales bailables, jardines de infantes, centros comerciales, etc.). Quedan fuera, exclusivamente, los contratos celebrados con profesionales liberales, en la medida en que se encuentran excluidos del régimen de la ley 24.240 (art. 2).

Ante ese panorama, el mantenimiento de la obligación de seguridad en el derecho común carece de sentido. Por un lado, porque —como acaba de mencionarse— la mayoría de los supuestos en los que se justificaba echar mano de esa obligación están ahora regidos por la legislación especial tuitiva de los consumidores y usuarios, y por el otro porque la unificación de la responsabilidad civil tornaría aplicables al ámbito del contrato las disposiciones referidas a la responsabilidad objetiva por riesgo (arts. 1757 y 1758 del Proyecto), con lo que carece de sentido seguir recurriendo a la

(112) PICASSO, SEBASTIÁN; WAJNTRAUB, JAVIER H., "Las leyes 24.787 y 24.999: consolidando la protección del consumidor", JA, 1998-IV-753; PICASSO, SEBASTIÁN, "La culpa de la víctima en las relaciones de consumo. Precisiones de la Corte Suprema", *La Ley*, 2008-C-562; BUERES, ALBERTO J. y PICASSO, SEBASTIÁN, "La responsabilidad por daños y la protección al consumidor", *Revista de Derecho Privado y Comunitario*, 2009-1-31; LÓPEZ CABANA, ROBERTO M., en Gabriel Stiglitz, (dir.), *Derecho del consumidor*, n°. 5, Juris, Bs. As., 1994, p. 16; MOSSET ITURRASPE, JORGE Y LORENZETTI, RICARDO L., *Defensa del consumidor*, Santa Fe, Rubinzal-Culzoni, 2003, p. 311; HERNÁNDEZ, CARLOS A. y FRUSTAGLI, SANDRA A., comentario al art. 5 en Sebastián Picasso y Roberto Vázquez Ferreyra (dirs.), *Ley de defensa del consumidor comentada y anotada*, Bs.As., La Ley, 2009, T. I, p. 96; CNCiv., Sala A, 25/11/2011, "A, E., G. O. c/ Trenes de Buenos Aires S. A. y otro", LL, 2012-A, 80; ídem, 19/04/2012, "Duvidovich Gallo, Patricia Adriana c/ Valle de Las Leñas S.A. y otro", JA, 25/07/2012, 41; ídem, 30/05/2012, "Ramírez, César Antonio c. Metrovías S.A.", RCyS, 2012-VIII, 235.

obligación de seguridad de resultado para objetivar la responsabilidad del deudor.

Por ese motivo, no se ha incorporado en el Proyecto ninguna alusión a la obligación tácita de seguridad, a diferencia del Proyecto de 1998, que expresamente la contemplaba en sus arts. 1668 y 1669. También por eso se dice en los fundamentos del Proyecto que se unifican los supuestos que habían generado dificultades serias, como ocurre con los daños a la persona en el ámbito de la responsabilidad contractual. En tales situaciones, la reparación del daño se regirá, según los casos, por los arts. 1749 (responsabilidad por culpa o dolo) o 1757 y 1758 (riesgo), según que se hayan empleado o no cosas viciosas o riesgosas para ejecutar la obligación, o bien que la actividad desplegada por el deudor pueda o no calificarse en sí misma como peligrosa en los términos del art. 1757. Si los daños a la persona fueron ocasionados por un dependiente del deudor, se aplicará el art. 1753.

Coherentemente con este sistema, y previendo los problemas que podría generar la aplicación a los profesionales liberales (particularmente, los médicos) de la responsabilidad por riesgo creado en los términos de sus arts. 1757 y 1758, el art. 1768 del Proyecto establece que cuando la obligación de hacer se preste con cosas, la responsabilidad no se rige por aquellas normas, excepto que el daño provenga de su vicio.

Cabe aclarar, finalmente, que en algún caso excepcional aparecen en el Proyecto referencias a obligaciones de seguridad expresas, como ocurre, en particular, con el transportista (arts. 1289, inc. "c", 1291 y concs.). Esas previsiones —ya contenidas en el art. 184 del Código de Comercio vigente— responden a que, en ese caso, la seguridad del pasajero está ligada de manera inescindible a la ejecución de la obligación principal (transportar a destino). Pero la razón principal por la que se justifica la existencia de esa obligación es que se trata de un contrato de consumo, razón por la cual, más allá de su regulación en el Proyecto, se aplicarán asimismo los arts. 5 y concs. de la ley 24.240.

7 | Conclusiones

Al cabo de estas disquisiciones, podemos concluir que, en el Proyecto, la unificación de la responsabilidad civil no importa borrar las fronteras entre el incumplimiento de las obligaciones y el hecho ilícito *stricto sensu*, sino

que se trata, en todo caso, de someter la responsabilidad resultante en ambos casos —en principio— a la misma regulación. Sin embargo, subsisten en el Proyecto diferencias importantes entre ambas esferas, que tienden, fundamentalmente, a respetar ciertas singularidades de la responsabilidad contractual que hacen a la propia estructura de la obligación (o del contrato, en algún supuesto), y tornan imposible su total equiparación con la responsabilidad aquiliana.

En puridad, las modificaciones más importantes que trae el Proyecto respecto del régimen actual pasan sobre todo por la unificación de los plazos de prescripción liberatoria, la consagración de un régimen unificado para la extensión del resarcimiento (con la importante excepción de los contratos celebrados paritariamente), la introducción también en materia contractual de la distinción entre los damnificados directos e indirectos a los efectos de establecer la legitimación activa para la reparación del daño moral, y la consagración de la regla de la solidaridad —a salvo los casos de obligaciones concurrentes— para la responsabilidad tanto de origen contractual como aquiliana. Pero en el resto de las materias se observa una neta tendencia del Proyecto a prolongar las diferencias de regulación hoy existentes.

Por nuestra parte, aplaudimos el articulado propuesto, que plasma el principio de la unidad del fenómeno resarcitorio pero respeta, al mismo tiempo, ciertas singularidades de la responsabilidad contractual que permiten hablar, como lo hicimos hace algún tiempo, de una “multiplicidad en la unidad”.⁽¹¹³⁾

Finalmente, la reforma termina de sincerar que en nuestros días el ámbito de la obligación de seguridad ya no es el derecho común, sino el del consumo. En este último campo, regirán los arts. 42, CN y 5 y conchs. de la ley 24.240, lo que implica la existencia de una obligación de seguridad expresa y de resultado, cuyo incumplimiento genera la responsabilidad objetiva del proveedor. En el derecho común, en cambio, la unificación resta toda utilidad a la obligación tácita de seguridad de origen jurisprudencial, y los daños a la persona producidos en el ámbito del contrato se regirán, por consiguiente, por las normas del Proyecto que estructuran la responsabilidad por riesgo o por culpa, según corresponda.

(113) PICASSO, SEBASTIAN, *La singularidad de la responsabilidad contractual*, op. cit.

La relación causal en el Proyecto de Código Civil y Comercial

por FÉLIX A. TRIGO REPRESAS⁽¹⁾

I | Introito

Para ocuparnos del tema de la “relación causal” en el Proyecto de Código Civil y Comercial unificado, hemos preferido hacerlo tratando exegéticamente las normas que se ocupan del tema, que son concretamente los arts. 1725/1733 y luego también el art. 1736. Hemos dejado de lado a los arts. 1734 y 1735 que, en realidad, se vinculan con otro de los requisitos de la responsabilidad civil, el de los factores de atribución, que el Proyecto contempla en los arts. inmediatamente precedentes al 1725. A eso vamos, pues.

2 | Artículo 1725. Valoración de las conductas

“Cuanto mayor sea el deber de obrar con prudencia y pleno conocimiento de las cosas, mayor es la diligencia exigible al agente y la valoración de la previsibilidad de las consecuencias. Cuando existe una confianza especial, se debe tener en cuenta

.....
(1) Abogado y Doctor en Ciencias Jurídicas y Sociales (UNLP). Miembro y Ex-Secretario de la Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Buenos Aires. En la Universidad Nacional de La Plata, fue Decano de su Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales y Profesor

la naturaleza del acto y las condiciones particulares de las partes. Para valorar la conducta no se toma en cuenta la condición especial, o la facultad intelectual de una persona determinada, a no ser en los contratos que suponen una confianza especial entre las partes. En estos casos, se estima el grado de responsabilidad por la condición especial del agente”.

2.1 | Inclusión de dos principios del Código Civil complementarios entre sí

El presente texto del Proyecto engloba en realidad en sus párrs. 1 y 3 a dos normativas de nuestro Código Civil que entre sí se complementan, sus arts. 902 y 909, respectivamente.

El párr. 1 es, inicialmente, una reproducción literal del comienzo del art. 902, habiéndose sustituido luego “mayor será la obligación que resulte de las consecuencias posibles de los hechos”, por **“mayor es la diligencia exigible al agente y la valoración de la previsibilidad de las consecuencias”**. Aunque en definitiva parece haberse querido decir lo mismo que en el vigente Código Civil, pensamos que resulta más correcto hablar de **“la diligencia exigible al agente”**. Sin embargo, no resulta nada claro qué se quiso decir con el añadido de **“la valoración de la previsibilidad de las consecuencias”**.

En el párrafo final a su turno, se ha suplantado el comienzo del actual art. 909: “Para la estimación de los hechos voluntarios, las leyes no toman en cuenta (...)”, por: **“Para valorar la conducta no se toma en cuenta (...)”**; siendo lo que sigue una copia literal del citado art. 909 del Código Civil.

Además, entre aquéllos se ha agregado un segundo párrafo —nuevo pero si se quiere superabundante—, atento a que en él se dice lo que después se reitera en el párr. 3: **“Cuando existe una confianza especial se debe tener en cuenta la naturaleza del acto y las condiciones particulares de las partes”**.

3 | Artículo 1726. Relación causal

“Relación causal. Son reparables las consecuencias dañosas que tienen nexo adecuado de causalidad con el hecho productor del daño. Excepto disposición en contrario, se indemnizan las consecuencias inmediatas y las mediatas previsibles”.

3.1 | Introito

En este art. 1726, el Proyecto ha adoptado expresamente, con respecto a la “relación de causalidad”, la teoría de la “causalidad adecuada”.

Esta postura de la causalidad adecuada, a la que también nosotros adhiriríamos, es la que ha contado con mayor acogida en nuestra doctrina y jurisprudencia,⁽²⁾ habiendo sido incluso propiciada por el Tercer Congreso de Derecho Civil de Córdoba (1961), en el que se propuso: “La medida del resarcimiento se extiende a todo daño que guarde **conexión causal adecuada** con el hecho generador de la responsabilidad civil”.⁽³⁾

Nuestro primitivo Código Civil, siguiendo al de Prusia, había estructurado un sistema concordante con la teoría de la causalidad adecuada, tal como

(2) ORGAZ, ALFREDO, *El daño resarcible*, 2da ed., Bs. As., Ed. Bibliográfica Omeba, 1960, p. 69 y ss.; n° 19; COMPAGNUCCI DE CASO, RUBÉN H., “Responsabilidad civil y relación de causalidad”, en *Seguros y Responsabilidad civil*, Bs. As., Astrea, 1984, p. 53, n° 8-F; SPOTA, ALBERTO G., “El problema de la causación en la responsabilidad aquiliana”, en JA 1942-II, p. 980 y ss., n° 14 y ss; SPOTA, ALBERTO G., *Tratado de derecho civil. Parte general*, Bs. As., Depalma, 1957, tomo I, vol. III, sub. 6 (8), p. 109 y ss., n°s. 1793-1797; CAMMAROTA, ANTONIO, Responsabilidad extracontractual. Hechos y actos ilícitos, Buenos Aires, Depalma, 1947, tomo I, p. 128 y ss., n° 102; BORDA, GUILLERMO A., *Tratado de derecho civil. Obligaciones*, 9na ed. Actualizada por Alejandro Borda, Bs. As., La Ley, 2008, tomo II, p. 246, n° 1317 y p. 248, n° 1320; BUSTAMANTE ALSINA, JORGE, *Teoría general de la responsabilidad civil*, 9na ed., Bs As., Abeledo-Perrot, 1997, p. 270, n° 591 y 592; Cám. Nac. Civ., sala F, 1-9-59; “Tabanera c/ Law Union Rock, Cía. Seguros”, La Ley 97-615 y JA 1960-III-429, 28/12/1965; “García Alonso c/ Bruzzesi”, JA 1966-II-250, 29/10/1963, “Sánchez, Martín c/ Empresa Ferrocarril Estado Argentino”, La Ley 114-506; idem sala A, 30/11/1961; “Nardi de Valinsone c/ Margariños”, JA 1962-II-424 y La Ley 106-368, SCBA, 19/10/1965; “Kesler de Tateo c/ Vogt”, La Ley 122-33 y DJBA 77-253; idem 23/11/1973; “Furno de Mascheroni c/ Industrias Eléctricas Musicáles Odeón”, ED 53-305 y DJBA 101-57.

(3) Tercer Congreso de Derecho Civil, Córdoba, 1961, Impr. de la Universidad, tomo II, p. 779, recomendación 16, punto 3.

fuera formulada por su primer expositor Von Kries,⁽⁴⁾ partiendo para ello de la “previsibilidad” del resultado.⁽⁵⁾ En efecto, uniformemente se ha admitido en nuestra doctrina y jurisprudencia que, para que se deba responder por un daño, es necesario que el mismo haya sido “causado” mediante acción u omisión por su autor; a lo que también alude nuestro Código Civil en diversas preceptivas, cuando establece que el daño indemnizable es el que se “causare” o se hubiese “causado” u “ocasionado” a otros —arts. 1068, 1074, 1109, 1111, 1113, 1114, etc., del mismo—.⁽⁶⁾ Y ello sentado, a su vez la medida del resarcimiento a cargo del responsable, habrá de resultar de la propia extensión de las consecuencias dañosas derivadas de su proceder, vale decir que puedan ser tenidas como “efec-

(4) ORGAZ, ALFREDO, op. cit., p. 80, n° 21; BUSTAMANTE ALSINA, JORGE, *Teoría general de la responsabilidad civil*, op. cit., p. 265, n° 594; SCBA, 27/08/1974, “Beriy de Colinas c/ Caballero y Prada S.A.”, E.D. 57-558 y DJBA 104-181.

(5) MOSSET ITURRASPE, JORGE, *Responsabilidad por daños*, Bs. As., Ediar, 1971, tomo I, pp. 194/195; ALTERINI, Atilio A., *Responsabilidad civil. Límites de la reparación civil*, Bs. As., Abeledo-Perrot, 1970, p. 160, n° 205.

(6) ALTERINI, Atilio A.; AMEAL, OSCAR J.; LÓPEZ CABANA, ROBERTO M., *Derecho de Obligaciones. Civiles y Comerciales*, 4ta ed., Bs. As., Abeledo-Perrot, 2008, p. 248, n° 496; BOFFI BOGGERO, LUIS MARÍA, *Tratado de las Obligaciones*, Bs. As., Astrea, 1977, t. 2, p. 312, § 532; BREBBIA, ROBERTO H., *La relación de causalidad en derecho civil*, Rosario, Juris, 1975, p. 16, n° 4; BREBBIA, ROBERTO H., *Hechos y actos jurídicos*, Bs. As., Astrea, 1979, tomo I, p. 84 y ss., § 4; BUSTAMANTE, ALSINA, JORGE, *Teoría general de la responsabilidad civil*, op. cit., p. 267, n° 580; COMPAGNUCCI DE CASO, RUBÉN H., *Responsabilidad civil y relación de causalidad*, op. cit., p. 23, n° 3; GOLDENBERG, ISIDORO H., *La relación de causalidad en la responsabilidad civil*, Bs. As., Astrea, 1984, pp. 9 y sig., § 4-a); ORGAZ, ALFREDO, op. cit., p. 53, n° 12; MOSSET ITURRASPE, JORGE, op. cit., tomo I, p. 189, n° 76; CIFUENTES, SANTOS en Augusto C. Belluscio (dir), Eduardo A. Zannoni (coord.), *Código Civil y leyes complementarias. Comentado, anotado y concordado*, Bs. As., Astrea, 1982, tomo 4, p. 46 y ss., art. 901, § 1; VASQUEZ FERREYRA, ROBERTO, A., *Responsabilidad por daños. Elementos*, Bs. As., Depalma, 1993, p. 220, n° 3; Cám. Nac. Civil, sala A, 26/06/1973, “García de Brodsky c/ Retenes”, *La Ley* 153-366; idem, 24/11/1969, “Centro Curuzú Cuatíá c/ Ageart”, *JA* 5-1970-292 y *La Ley* 139-216; idem, sala B 20/12/1974, “Trípodi c/ Lopéz Barreiro” *JA* 27-1975-132; Cám. Nac. Comercial, sala B, 16/12/1988, “Extider S.A. c/ Banco de Galicia y Bs. As.”, *La Ley* 1989-C-210; Cám. Nac. Federal Civ. Com., Sala I, 11/06/1987, “Estancia El Jabalí S.C.A. c/ Estado Nacional”, *La Ley* 1989-C-620, Jur. Agrup. 6124; Cám. Nac. Especial Civ. Com., sala III, 30/09/1975, “Chacón c/ Beade”, Rep. *La Ley* tomo XXXVI, p. 409, sum. n° 410; idem, sala IV, 17/10/1979, “Merino c/ Casanovas”, Rep. *La Ley* tomo XL, p. 758, n° 567; idem, sala V, 5/10/1987, “Brito c/ Llanos”, *La Ley* 1988-C-203; SCBA 20/05/1980, “Silvestre c/ Thompson”, *Supl. Pcial. La Ley* 1980-421 y *DJBA* 119-457; Cám. 1ra Civ. Com. de Bahía Blanca, Sala II, 11/09/1990, “Sepúlveda de Saavedra c/ Ruppel”, *La Ley* 1991-D-106; Cám. Civ. Com. de Mercedes, Sala I, 20/04/1982, “Villalba c/ Grignoli”, *JA* 1983-I-414 y *ED* 102-400; Cám. Civ. Com. de San Isidro, Sala I, 14/05/1989, “Posse de Zaldivar c/ Corsetti de Rausch”, *DJ* 1989-2-450; Cám. 2da Civ. Com. de Córdoba, 17/05/1974, “Diego Martínez y Cía. c/ Banco Prov. de Córdoba”, *JA* 25-1975-601; etc.

tos" provocados o determinados por su conducta; la que entonces viene así a ser su "causa".⁽⁷⁾

A su turno, la reforma de la ley 17.711/68, modificó el art. 906 CC, que ahora establece: "En ningún caso son imputables las consecuencias remotas, que no tienen con el hecho ilícito nexo adecuado de causalidad", lo cual a nuestro entender y al de la mayoría de nuestros autores,⁽⁸⁾ ha significado la expresa adopción de la teoría de la "causalidad adecuada", antes sólo inducida por la mayoría de la doctrina y jurisprudencia nacional. Resulta obvio, a tenor del contexto de dicho artículo, que ahora nunca se responderá de "las consecuencias [casuales] remotas,⁽⁹⁾ que no tienen con el hecho ilícito nexo adecuado de causalidad", puesto que entonces aquéllas se hallan de tal modo alejadas de este último, a su vez debilitado en su eficiencia causal por la interacción de otros acontecimientos distintos,

(7) BREBBIA, ROBERTO H., *La relación de causalidad...*, op. cit., p. 61, n° 20-b) y c); BREBBIA, ROBERTO H., *Hechos y actos jurídicos*, op. cit., tomo I, p. 87, n° 6 y p. 109, n° 20; COMPAGNUCCI DE CASO, Rubén H., *Responsabilidad civil y relación de causalidad*, op. cit., p. 32, n° 7; GOLDENBERG, *La relación de causalidad...*, op. cit., p. 54 y ss., § 16 y p. 134 y ss., § 32; ORGAZ, ALFREDO, op. cit., p. 154, n° 39; PIZARRO, RAMÓN D., "Causalidad adecuada y factores extraños", en *Derecho de daños. Homenaje al profesor Dr. Jorge Mosset Iturraspe*, Bs. As., La Rocca, 1989, p. 255 y ss., n° 1; TRIGO REPESAS, FÉLIX ALBERTO, "La extensión del resarcimiento en la responsabilidad objetiva", en *La Ley 1979-C*, p. 793, n° II; Cám. Nac. Civil, Sala A, 26/03/1975, "Finolo de Lorenti c/ Transportes colegiales S.A.", *La Ley 1975-C-168*; idem sala D, 19/02/1982, "Wahl c/ Munic. Cap. Fed." *JA 1983-I-252*; S.C. de Mendoza, sala I, 26/03/1992, "Buel c/ Cía. de Perforaciones Río Colorado", *La Ley 1992-C-115* y ED 145-454; etc.

(8) LEONFANTI, MARÍA A., "A propósito del nuevo artículo 906 del Código Civil", en *ED 37*, p. 967, n° 28; SPOTA, ALBERTO G., carta personal dirigida a la doctora LEONFANTI y transcripta por ésta en su trabajo precitado, p. 966, n° 26; CARRANZA, JORGE A., "Notas para un estudio de la relación causal en el acto ilícito civil", en *La Ley* n° 145, p. 746, n° 5; MOSSET ITURRASPE, JORGE, op. cit., tomo I, p. 201, n° 80; BORDA, GUILLERMO A. "La reforma del Código Civil" en *ED 30*, p. 815, n° 1; CATALDI, ROQUE V., "Consecuencias de los hechos jurídicos" en *La Ley 143*, p. 148; SALAS, ACDEEL E., "Responsabilidad civil contractual y extracontractual" en *Revista del Colegio de abogados de La Plata*, julio-diciembre de 1968, n° 21, p. 295; BREBBIA, ROBERTO H., *La relación de causalidad...*, op. cit., p. 90, n° 31; SALAS, ACDEEL E., *Hechos y actos jurídicos*, op. cit., tomo I, p. 125 y ss., § 31; COMPAGNUCCI DE CASO, RUBÉN H., "Responsabilidad civil y relación de causalidad", op. cit., p. 152, n° 30-D; GOLDENBERG, ISIDORO, "La relación de causalidad...", op. cit., p. 131 y ss., § 31-e).

(9) Comparar con MOSSET ITURRASPE, JORGE, op. cit., tomo I, p. 193, n° 78—, quien subdivide las consecuencias casuales en "puramente casuales" y "remotas". En similar sentido, revisar CIFUENTES, para quien las consecuencias "remotas" constituyen una "cuarta categoría... en la que no podría establecerse ningún tipo de vinculación con el hecho ilícito" —en Belluscio (dir.), Zannoni (coord.), *Código Civil y leyes complementarias. Comentado, anotado y concordado*, op. cit., tomo 4, p. 84 y ss., § 3).

que ya no se puede sostener razonablemente que el hecho considerado hubiese podido ser determinante de esos distantes o apartados efectos.

Siguiendo tales lineamientos, nuestra jurisprudencia fue resolviendo que es "adecuada" la conexión causal que vincula un hecho antecedente a uno consecuente, cuando el primero tiene virtualidad para producir normalmente al segundo de acuerdo al curso natural y ordinario de las cosas.⁽¹⁰⁾ Y que, por el contrario, no lo es si la acción debe considerarse indiferente según la experiencia de la vida, para la producción del daño; como también cuando, aunque el acto hubiese sido en el caso dado un factor esencial del resultado, solamente llegó a provocarlo por la concurrencia de otras circunstancias extraordinarias e imprevisibles.⁽¹¹⁾

A esta altura corresponde pues, ante todo, poder saber qué se entiende correctamente por "causa" y de ello vamos a ocuparnos. La experiencia de la vida indica que en la producción de todo suceso confluye siempre una suma de abundantes factores o condiciones que, juntos y sólo en virtud de tal unión, provocan un determinado resultado. La "causa" no es pues cada una de esas condiciones, que por sí solas habrían sido irrelevantes para la producción del evento, sino todas ellas tomadas en conjunto. Por ello Stuart Mill decía, con acierto, que la causa "(...) filosóficamente hablando es la suma de las condiciones positivas y negativas tomadas juntas, el total de las contingencias de toda naturaleza que, siendo realizadas, hacen que siga el consiguiente, de toda necesidad".⁽¹²⁾

Pero este concepto filosófico de causa no puede tampoco ser trasladado simplemente al campo del Derecho. Ante todo, el Derecho, como otras tantas disciplinas particulares, comporta siempre puntos de vista parciales, y cuando trata de la "causa" lo hace escogiendo entre las muchas condiciones necesarias, sólo aquéllas que le interesa destacar especialmente

(10) Cám. Nac. Civil, Sala A, 26/03/1975, "Finolo de Lorenti c/ transporte Colegiales S.A", La Ley 1975-C-168; Cám. Nac. Civil, Sala C, 18/06/1979, "Costa c/ Munich. Cap. Fed.", La Ley 1979-C-545 y ED 84-334; Cám. 2da Civ., Com., Minas, Paz y Tributario Mendoza, 23/03/1979, "Bensayag c/ Carrizo", JA 1979-III-173.

(11) Cám. Nac. Civil, Sala A, 29/10/83, "Gandolfo c/ Munich. Cap. Fed.", La Ley 1984-B-453; Cám. Nac. Especial. Civ. Com., Sala IV, 24/03/1983, "R.,R. c/ G.,A.", ED 101-209.

(12) MILL, JOHN STUART, *Sistema de lógica inductiva y deductiva*, trad. Eduardo Ovejero y Maury, Madrid, Ed. Daniel Jorro, 1917, lib. III, cap. V, p. 332.

para sus fines propios. O sea, en definitiva, en cuanto ordenamiento de la conducta del hombre en sociedad, al Derecho sólo le interesa específicamente el acto humano como fuente productora de daños; y no tiene en cuenta, en cambio, a las condiciones de orden físico o natural, más que cuando puedan modificar o excluir la atribución jurídica de un suceso a una persona determinada.⁽¹³⁾ De otra parte, resulta además imposible de eliminar totalmente el concepto filosófico de causa de cualquier concepción particular de la causalidad, puesto que “causa” siempre habrá de ser, necesariamente, una de las condiciones *sine qua non*; es decir algunas de éstas que suprimidas (física o mentalmente) determinarán irreversiblemente la desaparición del efecto de que se trate.⁽¹⁴⁾

A mayor abundamiento se trata sin duda, como lo sostuviera Llambías, de una causalidad jurídica y no puramente material, ya que “el derecho no es una física de las acciones humanas”;⁽¹⁵⁾ razón por la cual bien puede afirmarse que:

“(...) según la índole del hecho originario del daño y, especialmente, conforme al reproche o censura que merezca la conducta en cuestión, será menester dilatar o restringir aquella relación de causalidad material, para que resulten o no comprendidas en ella tales o cuales consecuencias del hecho originario. De ese ajuste o corrección bajo el prisma de la justicia del nexo de causalidad material, surge la causalidad jurídica; es decir la que el derecho computa a los fines pertinentes de la responsabilidad. Es esa causalidad jurídica la que definirá la extensión del resarcimiento a cargo del responsable, que será diferente según que el hecho determinante de la responsabilidad sea el incum-

(13) CIFUENTES, Santos, op. cit., tomo 4, p. 47, art. 901, § 1; COMPAGNUCCI DE CASO, RUBÉN, op. cit., p. 23, n° 3; GOLDENBERG, ISIDORO, op. cit., p. 9 y ss., § 4-a).

(14) ORGAZ, ALFREDO, op. cit., p. 61, n° 15; CIFUENTES, SANTOS, op. cit., tomo 4, p. 47, art. 901, § 1; Cám. 1ra Civ. Com. de Bahía Blanca, Sala II, 13/05/1981, “Robaina c/ Electro Gas Ingeniería”, D.J.B.A. 123-371; Cám. 1ra Civ. Com. de Bahía Blanca, Sala II, 11/11/1980, “Righetti de S. c/ Igner”, D.J.B.A. 121-426; Cám. Civ. Com. de Dolores, 29/11/1979, “Nogueira c/ Vider”, Supl. Prov. La Ley 1981-213; Cám. Civ. Com. de Junín, 27/02/1991, “Muñiz c/ Arrieta”, La ley 1991-E-335; Cám. Nac. Civil, Sala A, 30/8/91, “Castaño c/ Fatto”, La ley 1992-B-353.

(15) Cám. Nac. Civil., Sala A, 28/04/1975, “Pescale c/ Marcatelli”, La ley 1975-D-444, Jur. Agrup. n° 1565.

plimiento de una obligación o la comisión de un hecho ilícito, y según que el agente, en una u otra situación, haya obrado con dolo, o con mera culpa".⁽¹⁶⁾

3.2 | Diversas teorías

En torno del criterio de apreciación para saber cuándo existe relación de causalidad entre un hecho y un daño, se han formulado diversas teorías.

La teoría de la **equivalencia de las condiciones** o de la *conditio sine qua non* sostenida, entre otros, por Windscheid, Von Buri y Von Liszt, que parte del concepto filosófico de "causa" y sostiene, en consecuencia, que si la causa es el conjunto de condiciones necesarias para que acontezca un determinado efecto, todas esas condiciones son equivalentes y, sumadas, provocan el resultado final, sin que quepa distinguir entre las que son imputables al autor del daño y las que no lo son, en razón de que faltando cualquiera de ellas el evento dañoso no habría ocurrido.

Las restantes teorías, por el contrario, procuran distinguir entre los distintos hechos condicionantes de un evento: cuál o cuáles pueden ser tenidos, por su propia eficiencia, como verdadera "causa" del mismo. Aunque, por supuesto, difieren entre ellas en cuanto al criterio para individualizar la o las "causas".

La **teoría de la causa próxima**, sostenida por Francis Bacon en Inglaterra, afirma que causa del evento es solamente la que en el orden temporal se encuentra más próxima al resultado. Como para el Derecho sería una tarea infinita juzgar las causas de las causas y la influencia de unas sobre otras, se contempla únicamente la causa inmediata, sin remontarse a un momento más alejado en el tiempo.

(16) LLAMBIAS, JORGE J., "Los distintos tipos de causalidad jurídicamente relevante", en *Estudios de derecho civil en homenaje a Héctor Lafaille*, Bs. As., Depalma, 1968, p.. 452 y ss.; Cám. Nac. Civil, Sala C, 08/05/1984, "Fiorentino de Capella c/ Bello", *La ley* 1984-D-326; Cám. Nac. Federal, Sala II, Civ. Com., 22/06/1979, "Deutz Arg., S.A. c/ Empresa Líneas Marítimas Argentinas", *La ley* 1979-D-5. Comparar con Cám. Nac. Com., Sala B, 16/12/1988, "Extider S.A. c/ Banco de Galicia y Bs. As.", *La ley* 1989-C-210, en el que se sostiene que la relación de causalidad es una cuestión física, material, más que jurídica: se trata de saber si un daño es consecuencia de un hecho anterior aunque, a la postre, su posición no difiere sustancialmente de lo afirmado en el texto, ya que también se lee en ese fallo que la relación causal une no al mero acto con el daño, sino al acto realizado antijurídicamente por el sujeto definido como culpable; esto es, toma el tramo de conducta que causa el daño con todos los elementos de tipo subjetivo y el objetivamente antijurídico que lo integra.

Pero lo cierto es que no siempre la causa temporalmente más próxima resulta ser la verdadera productora del perjuicio o, al menos, no la que ha gravitado más decisivamente sobre él. Si retomamos el ejemplo propuesto por Orgaz respecto de una persona que cambia el contenido de un frasco de remedio poniendo en él veneno y, sin saberlo, luego una enfermera se lo suministra al enfermo que muere, vemos que el antecedente inmediato del daño ha sido la acción de la enfermera, pero sin ninguna duda no puede hallarse en ella la causa verdadera, sino en el acto anterior de sustitución del contenido del frasco con remedio por el veneno.⁽¹⁷⁾

La **teoría de la causa eficiente o predominante**, defendida por Birkermeier y Stopato —y a la que adhiere, entre nosotros, Llambías—, sostiene que como no todas las condiciones que concurren son equivalentes, ya que pueden tener distinta eficiencia, debe computarse sólo la que tenga mayor fuerza productiva o mayor influencia interna en el proceso causal; es decir, la de eficacia preponderante. Pero sucede que no siempre resulta posible determinar cuál ha sido la circunstancia de mayor eficiencia para la causación del daño, que es precisamente el *quid* de la cuestión en consideración.

Y finalmente tenemos a la **teoría de la causa adecuada**, de la que nos ocupamos a renglón seguido.

3.3 | La teoría de la causalidad adecuada

Esta doctrina, que ya tuvo su expositor en Von Bar, aunque fuera fundamentada recién en 1888 por Von Kries, parte de un criterio de previsibilidad que recurre a la vida misma y buscando en ésta lo que comunmente suele acontecer.⁽¹⁸⁾

Si se considera el caso particular en concreto tal como ha sucedido —se afirma—, es indudable que todas las condiciones de un resultado son equivalentes ya que, faltando una sola de ellas, el mismo no habría sucedido o habría acontecido, pero de otra manera distinta. Pero, en general o en abstracto, que es como debe plantearse el problema, no son equi-

(17) ORGAZ, ALFREDO, op. cit., p. 67.

(18) FLORIAN, EUGENIO, *Trattato de diritto penale*, Milán, Dott., Francesco Vallardi, s/f., tomo I, vol. I, pp. 446 y 447, n° 285; SPOTA, ALBERTO, "El problema de la causación en la responsabilidad aquiliana", en JA 1942-II, p. 979, n° 11.

valentes todas las condiciones: "causa" será únicamente la condición que "según el curso natural y ordinario de las cosas" (art. 901 CC y art. 1727, párr. 1 del Proyecto), es idónea para producir de por sí el resultado, debe normal o regularmente producirlo. Y "condiciones" simplemente serán los demás antecedentes o factores, en sí irrelevantes, de ese resultado.

Para determinar, pues, la causa de un daño, después de producido el hecho, *ex post facto*, se debe hacer un juicio o cálculo de probabilidades. Prescindiendo de la realidad del suceso ya acontecido, habrá que preguntarse si la acción u omisión del presunto agente fue por sí misma apta para ocasionar el daño, según el curso ordinario de las cosas. Si se respondiese afirmativamente, de acuerdo con la experiencia diaria de la vida, habrá que declarar que la acción u omisión fue **adecuada** para producir el daño, el que será entonces atribuible objetivamente a su agente; en tanto que si se contesta que no falta el nexo causal, aunque considerado el caso en concreto se tenga que admitir que dicha conducta había sido también una *conditio sine qua non* del daño, que no se habría producido, o al menos no de esa manera, sin tal proceder.⁽¹⁹⁾

En este punto conviene recordar el ejemplo propuesto por Lehmann, el del sastre que había prometido a un cliente tenerle listo un traje para un día y hora prefijados, dado que este último debía viajar en tren a otro lugar; el sastre se atrasó en su trabajo y no pudo cumplir en término, obligando a su cliente a retrasar su viaje para el día siguiente, oportunidad en que el tren descarrila, provocando el deceso, entre otros, del cliente del sastre. Sin duda que en ese caso, el retardo del sastre en la entrega del traje fue en verdad una de las circunstancias que determinaron el fallecimiento del cliente en el accidente del ferrocarril en que viajaba; ya que de haber cumplido el sastre en tiempo, su cliente lo habría hecho en un tren

(19) ORGAZ, ALFREDO, op. cit., p. 69 y ss., n° 19; PEIRANO FACIO, JORGE, *Responsabilidad extracontractual*, Bogotá, Temis, 1979, p. 418, n° 237; MAZEAUD, HENRI y LEÓN; TUNG, ANDRÉ, *Tratado teórico y práctica de la responsabilidad civil delictual y contractual*, trad. de la 5ta ed. francesa de Luis Alcalá-Zamora y Castillo, Bs. As., Ediciones Jurídicas Europa-América, 1963, tomo 2, vol. II, ps. 18 y ss., n° 1441; BREBBIA, ROBERTO H., *La relación de causalidad...*, op. cit., p. 39 y ss., n° 13; BREBBIA, ROBERTO H., *Hechos y actos jurídicos*, op. cit., tomo I, p. 96 y ss., § 13; COMPAGNUCCI DE CASO, RUBÉN H., *Responsabilidad civil y relación de causalidad*, op. cit., p. 30 y ss., n° 6; GOLDENBERG, ISIDORO, *La relación de causalidad en la responsabilidad civil*, op. cit., p. 32 y ss., § 10-b); CIFUENTES, SANTOS, op. cit., tomo 4, p. 52 y ss., § 4; SCBA, 20/11/1990, "Kieffer c/ Establecimiento Modelo Terrabisi", DJBA 142-1271; SCBA, 27/12/1988, "Morales c/ El Hogar Obrero Coop. de Consumo Ltda.", D.J.B.A. 136-1441; SCBA, 09/08/1988, "Cardoni c/ Borasi", *La Ley* 1989-C-621, Jur. Agrup. n° 6125; SCBA, 02/55/1989, "Uboldi c/ Las Cañas S.A.", DJBA 136-4035; etc.

del día anterior, y habría llegado sano y salvo a su lugar de destino. Pero en una apreciación en abstracto de la conducta del sastre, sin duda no se lo podría responsabilizar por la muerte de su cliente, ya que la circunstancia de haberle entregado el traje un día después de lo convenido de ninguna manera resulta apta o idónea *per se* sino que, por el contrario, es manifiestamente irrelevante para poder provocar el deceso de aquél de acuerdo al curso natural y ordinario de los acontecimientos.

De lo dicho resulta, además, que no puede hablarse de la relación de causalidad tratándose de un caso único, carente de anteriores antecedentes similares, puesto que si se trata de juzgar si tal o cual proceder fue apto o idóneo para provocar normalmente un resultado, va de suyo que deben haber existido precedentemente otros varios supuestos parecidos, en los cuales siempre sucediera lo mismo. El concepto de causalidad lleva implícito el de regularidad, y no puede haber regularidad sin una pluralidad de sucesos.

Pero, ¿cuándo puede decirse, en el campo del derecho, que un sujeto es autor de un cierto daño? No se trata aquí de la atribución puramente física toda vez que el hombre como causante de un daño no es equiparable a una cosa o a una fuerza mecánica ya que, a diferencia de éstas, el ser humano puede en cierta medida dirigir o gobernar el proceso causal —sea desviándolo, sea acelerándolo o agravándolo— y, sin embargo, en tanto y cuanto hubiese intervenido de tal modo, bien puede decirse que el resultado de ese proceso, en el que también participaron otros factores, es **su resultado**.⁽²⁰⁾ Y, a la inversa, aunque haya participado efectivamente en un proceso causal, el hombre no es considerado jurídicamente “autor” de sus resultados, si no intervino propiamente como una persona sino como cualquier otra cosa de la naturaleza; así, los cargadores del vapor “Mosell” del Lloyd alemán a quienes se les escurriera un barril, que aparentemente guardaba caviar pero que en realidad contenía explosivos puestos por un terrorista, aunque partícipes materiales de la muerte de más de cien personas a causa de la explosión, no fueron tenidos para el derecho, ni nunca lo serán, como autores de homicidios.⁽²¹⁾

(20) ORGAZ, ALFREDO, op. cit., p. 79, n° 21, SOLER, SEBASTIÁN, *Derecho penal argentino*, Bs. As., Tipográfica Editora Argentina, 1978, tomo I, pp. 327/328, § 24, n° XIV; ALTERINI, Atilio A., op. cit., pp. 157/158, n° 202 y pp. 161/162, n° 206; CARRANZA, JORGE, “Notas para un estudio de la relación causal en el acto ilícito civil”, op. cit., p. 745, n° 2.

(21) ORGAZ, ALFREDO, op. cit., p. 80, n° 21; GOLDENBERG, ISIDORO, *La relación de causalidad...*, op. cit., p.45, § 14; ENNECCERUS, LUDWIG y LEHMANN, HEINRICH, *Derecho civil. Obligaciones*, trad.

El mayor mérito de este entendimiento es el de brindar sólo una pauta general a la que el juez ha de ajustar su labor, al tiempo que ha de atender a las circunstancias peculiares de cada caso, puesto que en definitiva han de ser los jueces quienes deban resolver las cuestiones derivadas del nexo causal, guiándose más que por teorías abstractas, por el criterio que en cada caso concreto pueda conducir mejor a la solución más justa.⁽²²⁾

4 | Artículo 1727. Tipos de consecuencias

“Tipos de consecuencias. Las consecuencias de un hecho que acostumbran a suceder según el curso natural y ordinario de las cosas, se llaman en este Código ‘consecuencias inmediatas’. Las consecuencias que resultan solamente de la conexión de un hecho con un acontecimiento distinto, se llaman ‘consecuencias mediatas’. Las consecuencias mediatas que no pueden preverse se llaman ‘consecuencias casuales’”.

4.1 | Reproducción del art. 901 del Código Civil

En rigor, esta norma se ha limitado a reproducir sin variantes, al margen de algún entrecorillado, lo que ya dispone el art. 901 CC.

Así, teniendo en cuenta la mayor o menor probabilidad de las consecuencias derivables de un acto, tanto nuestro Código Civil como el Proyecto distinguen entre consecuencias inmediatas, que “son las que acostumbra

.....

de Blas Pérez González y José Alguer, Barcelona, Ed. Bosch, 1947, tomo I, p. 45, § 14. En tal sentido, nuestros tribunales tienen resuelto que no cabe atribuir responsabilidad por las consecuencias dañosas del hecho, al conductor de un vehículo que actuó en el evento como un elemento pasivo, que al ser embestido por un tercero se precipitó contra el automotor dañado (Cám. Nac. Civ., Sala D, 22/10/1968, “Helvetia, Cía. Suiza de Seguros c/ Costa”, ED 25- 538; Cám. Nac. Civ., Sala C, 18/05/1962, “Sala de Martinelli c/ Transporte Buenos Aires”, JA 1963-I-284; idem, Sala F, 18/04/1967, “Coronel Rayna c/ Sáenz Peña S.R.L.”, La Ley 128-334).

(22) PUIG BRUTAU, JOSÉ, *Fundamentos de derecho civil*, Barcelona, Bosch, 1956, tomo II, vol. p. 684; VON TUHR, ANDREAS, *Tratado de las obligaciones*, trad. W. Roces, Madrid, Reus, 1934, tomo I, p. 71, § 12, I, 9; COLOMBO, LEONARDO A., *Culpa aquiliana (Cuasidelitos)*, 2da ed., Bs. As., TEA, 1947, p. 162 y ss., n° 59.

sucedir según el curso natural y ordinario de las cosas”⁽²³⁾ —caso, por ejemplo, del individuo que efectúa un disparo a otro y lo hiere; consecuencias mediatas “que resultan solamente de la conexión de un hecho con un acontecimiento distinto” pero que, no obstante, podía preverse por ser habitual que ello ocurriese⁽²⁴⁾ —*verbigracia* el caso del guardabarreras que no baja las barreras, ante el aviso del paso de un tren, dando lugar a que se produzca una colisión entre el convoy y un automotor que intentaba trasponer el cruce ferroviario en ese momento—; y finalmente las consecuencias casuales, que son las “mediatas que no puedan preverse” (arts. 901 CCy 1727 del Proyecto).

Asimismo, el juicio de probabilidad se hace, tal como surge de aquellas normas, en abstracto; esto es, atendiendo a lo que era o no previsible “según el curso natural y ordinario de las cosas” (arts. 901 CC y 1727 del Proyecto) —es decir, a lo que comúnmente acostumbraba suceder en casos análogos—, a excepción del caso en el que la previsibilidad del agente hubiese sido superior a la corriente, por sus aptitudes sobresalientes o sus conocimientos especiales, en cuyo supuesto se debe tener en cuenta esa mayor previsibilidad (arts. 902 y 909 CC y 1725, párrs. 1 y último del Proyecto).

4.2 | Consecuencias indemnizables

La parte final del precedente art. 1726 ha dispuesto que: “Excepto disposición legal en contrario, se indemnizan las consecuencias inmediatas y las mediatas previsibles”, lo que excluye en principio, por su mera no mención en dicha norma, la responsabilidad por las “consecuencias mediatas que no pueden preverse” o “casuales”.

Tales tipos de consecuencias están contempladas en nuestro vigente Código Civil, que establece las siguientes reglas de imputación: las consecuencias inmediatas son siempre imputables al autor del acto (arts. 511, 520 y 903) en razón de que, por tratarse de efectos normales que deben

(23) SCBA, 05/07/1960, “Inchausti c/ Rodríguez Morán Hnos.”, JA 1961-IV, p. 528; SCBA, 27/08/1974, “Beriyá de Colinas c/ Caballero y Prada S.A.”, ED 57-588 y DJBA. 104-181.

(24) BREBBIA, ROBERTO H., *Hechos y actos jurídicos*, Bs. As., Astrea, 1979, t. I, p. 111, n° 23; Cam. Apel. Junín, 30/04/1981, “Recalt c/ Baldasari”, DJBA 121-262.

ocurrir con un alto grado de probabilidad, son precisamente previsibles; y las consecuencia mediatas, en caso de ser previsibles (art. 904), también se imputan al agente.

O sea que parece reproducirse también en el Proyecto el sistema resarcitorio del vigente Código Civil; si se advierte que “excepto disposición legal en contrario”, **siempre** “se indemnizan las consecuencias inmediatas y las mediatas previsibles”, según resulta del *in fine* del citado art. 1726 del Proyecto. Lo cual, además, parece dejar como carente de mayor significación, al distinguir entre la culpa y el dolo como factores subjetivos de atribución de la responsabilidad, efectuada en el art. 1724 del Proyecto.

Por el contrario, en nuestro vigente Código Civil existen esos mismos dos factores subjetivos de atribución de responsabilidad: la culpa y el dolo, con algunas diferencias en sus respectivos regímenes. En la responsabilidad por el hecho propio o personal, una vez tratado el tema de la relación de causalidad o *imputatio facti*, y considerando ya el de la imputabilidad propiamente dicha o *imputatio juris*, ya no basta con que una persona sea autora material de un daño, sino que además debe ser tenida como “culpable” del mismo. Y para que esto último sea posible, es necesario que la autoría material del hecho se hubiese cumplido por una persona que en razón de gozar de discernimiento, intención y libertad al tiempo de su ejecución —ver arts. 897 del CC y 260 del Proyecto—, hubiese estado en condiciones de prever y evitar sus resultados —art. 900 CC—. O sea que se puede sostener que hay imputabilidad, “cuando el acto procede de una libre voluntad”, de un obrar inteligente y libre; puesto que no se podría calificar a una conducta de éticamente disvaliosa, si el agente hubiese obrado involuntariamente —ver art. 261 del Proyecto—. Ello es, en suma, lo que dispone el art. 1076 CC, aunque sólo con relación a los delitos civiles, que deben ser “el resultado de una **libre determinación de parte del autor**”.⁽²⁵⁾

(25) ACUÑA ANZORENA, ARTURO, “Adiciones”, en SALVAT, RAYMUNDO M., *Tratado de derecho civil argentino. Fuentes de las obligaciones*, Bs. As., TEA, 1958, tomo IV, p. 44, n° 2713- a); ACUÑA ANZORENA, ARTURO, “La previsibilidad como límite de la obligación de resarcimiento de la responsabilidad extracontractual”, en *Estudios sobre la Responsabilidad Civil*, La Plata, Editora Platense, 1963, p. 43, n° III; CAMMAROTA, ANTONIO, *Responsabilidad extracontractual. Hechos y actos ilícitos*, op. cit., tomo I, p. 56, n° 42; COLOMBO, Leonardo, *Culpa aquiliana (Cuasidelitos)*, op. cit., p. 167 y ss., n° 61; DE GÁSPERI, LUIS y MORELLO, AUGUSTO M., *Tratado de derecho civil*, Bs. As., TEA, 1964, tomo IV, p. 32 y ss., n°s. 1705 y 1705-a); ps. 304 y ss., n° 1819 y 1820; AGUIAR, HENOC H. D., *Hechos y asctos jurídicos en las doctrinas y en la ley*, Bs. As., TEA,

Ahora bien, tampoco basta con la mera voluntariedad del acto para que surja la responsabilidad civil sino que, con arreglo a la ley y en una suerte de imputabilidad de segundo grado, es además necesario que esa determinación voluntaria hubiese sido dolosa o culpable —art. 1067 CC—; lo cual es así en razón de que la “imputabilidad”, factor subjetivo de atribución que desencadena la responsabilidad civil, se funda en la “culpabilidad” *latu sensu*, y ésta a su vez parte de la conciencia del agente en cuanto determinante de la voluntariedad del acto. Culpabilidad en general que, a su turno, es comprensiva de dos variantes: la culpa propiamente tal y el dolo.

En lo delictual, la experiencia volitiva habrá de estar siempre asociada a una actitud deliberada, intencional, de perjudicar, que es precisamente lo que configura el dolo (art. 1072 CC y art. 1724 *in fine* del Proyecto). En tanto que la culpa como elemento de los hechos ilícitos que no son delitos (o cuasidelitos) se ajusta al criterio de caracterización resultante del art. 512 CC y puede, por lo tanto, presentarse como: a) **negligencia** —la única en verdad concretamente aludida en la definición de esa preceptiva—, que consiste en la omisión de cierta actividad que habría podido evitar el resultado dañoso, o si se prefiere, como lo dice el art. 1724 del Proyecto en “la omisión de la diligencia debida según las naturaleza de la obligación y las circunstancias de las personas, el tiempo y el lugar”

.....

1950, tomo II, p. 206, n° 25; BOFFI BOGGERO, LUIS MARÍA, “El hecho jurídico complejo que genera el derecho a la indemnización, en *Revista del Colegio de Abogados de La Plata*, año X, n° 20, enero-junio 1968, pp. 40 y 41, n° 11; DE AGUIAR DIAS, JOSÉ, *La responsabilidad civil*, trad. de Juan Agustín e Ignacia Moyano, México-Lima-Bs. As., Ed. José M. Cajica Jr. SA, 1957, tomo II, p. 11 y ss., n° 157; REZZÓNICO, LUIS MARÍA, *Estudio de las obligaciones en nuestro derecho civil*, 9na ed., Bs. As., Depalma, 1961, tomo II, p. 1243 y ss.; GIORGI, JORGE, “Teoría de lass obligaciones en el derecho moderno”, trad. de *Revista General de Legislación y Jurisprudencia*, Madrid, Reus, 1911, tomo V, p. 219, n° 145; COLIN, AMBROSE y CAPITANT, HENRI, *Curso elemental de Derecho Civil*, trad. de la 2da ed. francesa de *Revista General de Legislación y Jurisprudencia*, 3ra ed. española, Madrid, Reus, 1951., tomo III, p. 834; AUBRY, CHASRLÉS y RAU, CHARLES *Cours de droit civil française dâprès l’ouvrage allemand de C. S. Zachariae*, 5ta ed., París, Maschal-Billasrd & Cie., 1902, tomo VI, p. 343, § 444; BAUDRY-LACANTINERIE, G. y BARDE, L. *Trattato teorico pratico di diritto civile. Delle obbligazioni*, trad. al italiano, Milán, Ed. Francesco Vallardi, s/f., tomo IV, pp. 563 y 564, n° 2856; BORDA, *Tratado de derecho civil. Obligaciones*, op. cit., tomo II, p. 252 y ss., n° 1328; MAZEAUD, HENRI y LEÓN; TUNC, ANDRÉ, *Tratado teórico y práctico de la responsabilidad civil delictual y contractual*, tomo 1, vol. II, p. 102 y ss., n° 458; ORGAZ, ALFREDO, *La culpa (Actos ilícitos)*, Bs. As., Ed. Lerner, 1970, pp. 32/34, n° 6; LLAMBIAS, JORGE J., *Tratado de derecho civil. Obligaciones*, Bs. As., Abeledo Perrot, 2005, tomo III, pp. 678 y 679, n° 2256; BUSTAMANTE ALSINA, JORGE, *Teoría general de la responsabilidad civil*, op. cit., pp. 329 y sig., n°s. 753-758; MOSSET ITURRASPE, JORGE, op. cit., tomo I, pp. 55 y 56, n° 19; ALTERINI, ATILIO, op. cit., pp. 81/84, n°s. 81/83; PALMERO, JUAN CARLOS, *El daño involuntario*, Bs. As., Astrea, 1973, pp. 32/34.

—vale decir, en suma: no hacer lo que correspondía o hacer menos de lo debido—; b) **imprudencia**, cuando por el contrario se obra precipitadamente, sin preverse las consecuencias que se pueden derivar de ese proceder irreflexivo: se hace lo que no se debe o se excede lo que hubiese correspondido hacer;⁽²⁶⁾ y c) **impericia**, ya con relación concreta a los profesionales, que es el desconocimiento de las reglas y métodos propios del ejercicio de la profesión de que se trate, puesto que quien desempeña una profesión debe poseer los conocimientos científicos, técnicos y prácticos de la misma, y obrar ajustándose a ellos con previsión, diligencia e idoneidad.⁽²⁷⁾

Lo dicho significa, en definitiva, que resulta imprescindible formular un juicio ético sobre el proceder “voluntario” del autor del hecho dañoso, a la luz de cuáles eran los deberes a su cargo, para así establecer: si quiso su infracción —dolo— o si, pese a no quererla, omitió los cuidados o diligencias que hubiesen posibilitado evitar el resultado perjudicial —culpa—. No se concibe pues la existencia del acto ilícito sin uno de aquéllos dos elementos: sin dolo no hay delito, sin culpa (directa o indirecta, real o presumida) no hay cuasidelito; y “responsabilizar a una persona sin que a ella le sea imputable dolo o culpa, sería lo mismo que condenar, en materia penal, a un inocente”.⁽²⁸⁾

(26) ALTERINI, Atilio A., op. cit., p. 94 y sigs., n° 103; ALTERINI, Atilio; AMEAL, Oscar y López Cabana, Roberto, Derecho de obligaciones. Civiles y comerciales, op. cit., p. 198, n° 429; LLAMBIAS, Jorge J., *Tratado de derecho civil. Obligaciones*, op. cit., tomo III, p. 696 y ss., n° 2275; MOSSET ITURRASPE, Jorge, op. cit., tomo I, p. 69 y ss., n° 28.

(27) MAZEAUD, Henri y León; TUNC, André, *Tratado teórico y práctico de la responsabilidad civil delictual y contractual*, op. cit., tomo 1, vol. I, p. 291, n° 206-2; PLANIOL, Marcel; RIPERT, Georges y Esmein, Paul, *Tratado práctico de derecho civil francés*, trad. de Mario Díaz Cruz, La Habana, Ed. Cultural, 1946, tomo 6, p. 721, n° 523; Cám. Nac. Civil, Sala C, 22/12/1977, “Malvassi”, La Ley 1978-A-585 y ED 81-719, sums. n°s. 56 y 58 a 61; Trib. Etica Forense, 03/03/1983, “G.V.A.”, La Ley 1984-A-314, JA 1984-I-69 y ED 105-668; Cám. civ. 1ª Cap. Fed., 16/03/1950, “Malavolta c/ Moizé”, JA 1950-III-70; Cám. civ. 1ª Cap. Fed., 24/09/1935, “Siciliano c/ Bachem”, JA 51-888; Cám. civ. 2ª Cap. Fed., 17/10/1930, “Calvo c/ Fellner”, JA 34-469; SCBA, 10/03/1959, “C., V. c/ Y., R.”, Ac. y Sent. 1959-I-207; etc.

(28) SALVAT RAYMUNDO y ACUÑA ANZORENA, *Tratado de derecho civil argentino. Fuentes de las obligaciones*, op. cit., tomo IV, p. 46, n° 2714; PALMERO, Juan Carlos, *El daño involuntario*, op. cit., pp. 36/38; MOSSET ITURRASPE, Jorge, op. cit., tomo I, pp. 56/ 57, n° 20; ORGAZ, Alfredo, *La culpa (Actos ilícitos)*, op. cit., p. 62 y ss., n°s. 21/23; LLAMBIAS, Jorge J., *Tratado de derecho civil. Obligaciones*, op. cit., tomo III, p. 680, n° 2257; BUSTAMANTE ALSINA, Jorge, *Teoría general de la responsabilidad civil*, op. cit., p. 332 y ss., n°s. 769 y 770.

Ahora bien, la existencia de esos dos distintos factores subjetivos de atribución de la responsabilidad tiene su mayor importancia en el régimen todavía vigente con relación al incumplimiento contractual ya que, si éste es culposo, "en el resarcimiento de los daños e intereses sólo se comprenderán los que fueren consecuencia inmediata y necesaria de la falta de cumplimiento de la obligación" (art. 520 CC); en tanto que "si la inejecución fuese maliciosa", lo que para la mayoría de nuestra doctrina y jurisprudencia equivale a "dolosa",⁽²⁹⁾ "los daños e intereses comprenderán también las consecuencias mediatas" (art. 521 CC).

Y tratándose de cuasidelitos, y con tanta mayor razón de delitos, nuestro Código Civil comprende en el nexo adecuado de causalidad, a los daños que sean consecuencia inmediata o mediata de aquéllos, los que por lo

(29) ALTERINI, ATILIO, op. cit., p. 100, n° 113; ALTERINI, ATILIO; AMEAL, OSCAR y LÓPEZ CABANA, ROBERTO, *Derecho de Obligaciones. Civiles y Comerciales*, op. cit., p. 211, n° 456; BREBBIA, ROBERTO H., *Examen de la reforma al Código civil y su génesis*, en *Revista del Colegio de abogados de La Plata*, n° 21, pp. 21 y 24; BUSTAMANTE ALSINA, JORGE, *Teoría general de la responsabilidad civil*, op. cit., p. 286, n°s. 639 y 640; BUERES, ALBERTO J., "La unidad sistemática del resarcimiento de daños (El Código Civil argentino y el Proyecto de Unificación de la legislación Civil y Comercial de 1987. Comparaciones con el derecho español)", en *Revista del Foro de Cuyo*, n° 4, Mendoza, ed. Dike, 1992, p. 10; CAZEAX, PEDRO N., "La inejecución dolosa de las obligaciones que no tienen por objeto sumas de dinero", en *Examen y crítica de la reforma del Código civil*, La Plata, Editora Platense, 1971, tomo II, p. 58 y ss.; CAZEAX, PEDRO N., "El artículo 521 del código civil, reformado por la ley 17.711", en *Revista Jus*, n° 20, La Plata, Ed. Platense, p. 64 y ss., n° 11 y p. 72 y ss., n° 16; CAZEAX, PEDRO N. y TRIGO REPESAS, FÉLIX A., *Derecho de las obligaciones*, 4ª ed., Bs. As., La Ley, 2010, tomo I, pp. 264/265, n° 204 y pp. 390/391, n° 290; COMPAGNUCCI DE CASO, RUBÉN H. "Responsabilidad civil y relación de causalidad", op. cit., p. 208, n° 41; COMPAGNUCCI DE CASO, RUBÉN H., *Manual de obligaciones*, Bs. As., Astrea, 1997, p. 136, § 92-c-a); GARRIDO, ROQUE - ANDORNO, LUIS O., *Reformas al Código Civil. Ley 17.711 comentada*, Bs. As., Ed. Víctor P. de Zavalía, 1969, tomo I, p. 86; GÓMEZ, RUBÉN VICENTE, "La conducta del deudor en la extensión del resarcimiento por inejecución de obligaciones no dinerarias", en *ED* 41, p.994 y ss.; LEÓN, PEDRO, Recopilación de clases, pp. 60 y 62; LLAMBÍAS, JORGE J., *Estudio de la reforma*, Bs. As., Jurisprudencia Argentina, 1969, p. 132 y ss.; MAYO, JORGE A., en Augusto C. Belluscio (dir.), Eduardo Zannoni (coord.), *Código Civil y leyes complementarias. Comentado, Anotado y Concordado*, Bs. As., Astrea, 1979, tomo 2, p. 729, art. 521, § 7; PIZARRO, RAMÓN D. y VALLESPINOS, CARLOS G., *Instituciones de derecho privado. Obligaciones*, Bs. As., Hammurabi, 1999, tomo 2, p. 607, § 523.4.; SALAS, ACDEEL E., "La responsabilidad en la reforma del Código Civil" en *Obligaciones, contratos y otros ensayos*, Bs. As., Depalma, 1982, p. 377, n° 21; SPOTA, ALBERTO G., *Sobre las reformas al Código civil*, Bs. As., Depalma, 1969, p. 15; VALIENTE NOAILLES, LUIS H. (H.), *Comentario a las reformas al Código Civil*, Bs. As., Depalma, 1968, p. 46; VILLANUEVA, ADOLFO, *Reformas al Código Civil, ley 17.711*, Rosario, Orbir, 1968, p. 106; Cám. Nac. Paz, 18/12/1969, "Orsi c/ Fracar S.C.", *La Ley* 140-302; Cám. Nac. Civil, Sala E, 07/02/1986, "Cabrera c/ Pinto Kramer", *La Ley* 1986-E-206; id. 29/07/1985, "Pérez Roldán c/ Cano", *La Ley* 1986-A-504; Cám. Nac. Comercial, Sala B, 29/08/1994, "Fibraco Cía. de Hilados s/ concurso preventivo, incidente de revisión por Muzai", *DJ* 1995-2-221; Cám. Civ., Com. y Minería San Juan, Sala I, 31/08/1993, "Allende de Galvagni c/ L. A., A", *Revista del Foro de Cuyo*, t. 15, p. 119.

tanto son imputados fácticamente a su autor.⁽³⁰⁾ Es decir, las consecuencias inmediatas —las que por ser “normales” según el curso natural y ordinario de los acontecimientos, resultaban previsibles en general, hubiesen o no sido previstas en realidad en ese caso— se consideran **causadas** por el agente de cualquier hecho ilícito. También las consecuencias mediatas previsibles, resultantes de la conexión del hecho con otro suceso distinto pero que constituía una contingencia probable por acostumbrar suceder, bien porque realmente fueron tenidas en cuenta por el agente —“cuando las hubiere previsto”— o porque pudo haberlo hecho “empleando la debida atención y conocimiento de las cosas” (art. 904 CC). Cabe señalar que, en rigor, la última hipótesis contemplada en el art. 904 CC absorbe y, al mismo tiempo, descarta a la primera ya que si se responsabiliza al agente aun por aquellas consecuencias mediatas que hubiera podido prever “empleando la debida atención y conocimiento de las cosas”, va de suyo que carece entonces de mayor interés la indagación de si en el caso concreto el mismo las había o no previsto.⁽³¹⁾

Por el contrario, en principio, las consecuencias casuales no son atribuibles al autor del acto, desde que lo casual es lo que ocurre en forma anormal y no es por lo tanto previsible (art. 905, 1ra parte del CC). Aunque, sin embargo, en un incumplimiento contractual se puede llegar a responder de consecuencias casuales, ya que el caso fortuito no sirve de excusa si el mismo se hubiese producido por culpa del propio deudor (art. 513 CC). En tanto que en los “delitos” civiles puede incluso llegarse a responder hasta de ciertos “casos fortuitos” o consecuencias casuales que no se habrían producido de no haberse cometido con anterioridad el delito, como sucede con el hurto o apoderamiento de mala fe de una cosa ajena (arts. 1091, 2435, 2436 CC).

Por el contrario, en el Proyecto, en pro de la perseguida equivalencia de los regímenes de la responsabilidad contractual y extracontractual, en la parte final de su art. 1726 no se efectúan discriminaciones: ya se trate de

(30) BREBBIA, ROBERTO H., *Hechos y actos jurídicos*, op. cit., tomo I, p. 112, n° 24; BUSTAMANTE ALSINA, JORGE, op. cit., p. 299, n°s. 671/677; LLAMBIAS, JORGE J., “Los distintos tipos de causalidad jurídicamente relevantes”, en *Estudios de derecho civil en homenaje a Héctor Lafaille*, Bs. As., Depalma, 1968, p. 459 y ss.; Cam. Nac. Civil, Sala A, 20/10/1983, “Gandolfo c/ Munic. Cap. Fed.”, La Ley 1984-B-453; Cam. Nac. Civil, Sala B, 20/12/1974, “Trípodi c/ López Barreiro”, JA 27-1975-132; Cam. Nac. Civil, Sala C, 8/05/1984, “Fiorentino de Capella c/ Bello”, La Ley 1984-D-326; Cam. Civ. Mercedes, Sala II, 08/09/1981, “Verdun c/ Martínez”, DJBA 122-159.

(31) TRIGO REPRESAS, FÉLIX A., “La extensión del resarcimiento en la responsabilidad objetiva”, en *La Ley* 1979-C, p. 706, n° II.

incumplimiento contractual o de hechos ilícitos, y hubiese mediado culpa o dolo del dañador, invariablemente “se indemnizarán las consecuencias inmediatas y las mediatas previsibles”. Aunque, a la postre, tal equiparación no llega en realidad a ser tal.

En efecto, conforme al subsiguiente art. 1728: “En los contratos se responde por todas las consecuencias que las partes previeron o pudieron haber previsto al momento de su celebración”, es decir, por las consecuencias mediatas. Pero “**cuando existe dolo del deudor**, la responsabilidad se fija tomando en cuenta estas consecuencias también **al momento del incumplimiento**”, lo que puede implicar cierta agravación de su responsabilidad, según se verá en el comentario al art. 1728.

Y, a su turno, tratándose de hechos ilícitos dañosos ejecutados “de manera intencional” (art. 1724 del Proyecto), se puede asimismo llegar a responder acerca de consecuencias casuales que no habrían acaecido sin la previa comisión de un hecho ilícito; tal como sucede con el poseedor de mala fe de una cosa ajena, quien responde también sobre su destrucción total o parcial por caso fortuito o fuerza mayor y, si la posesión es viciosa, aún cuando tal aniquilamiento “se hubiese producido igualmente de estar la cosa en poder de quien tiene derecho a su restitución” (art. 1936 del Proyecto).

5 | Artículo 1728. Previsibilidad contractual

“Previsibilidad contractual. En los contratos se responde por todas las consecuencias que las partes previeron o pudieron haber previsto al momento de su celebración. Cuando existe dolo del deudor, la responsabilidad se fija tomando en cuenta estas consecuencias también al momento del incumplimiento”.

5.1 | Responsabilidad por consecuencias previsibles al celebrarse el contrato

Respecto a la responsabilidad contractual, este artículo insiste, en términos parecidos a los del art. 904 CC, en que se responde por “las consecuencias que las partes previeron o pudieron haber previsto al momento de su celebración”; es decir, por las consecuencias mediatas previsibles.

5.2 | Agravamiento de la responsabilidad por dolo del obligado

Empero, acto seguido, se toma en cuenta el “dolo” del obligado, para extender su responsabilidad por las consecuencias “también al momento del incumplimiento”. Ello tiene una explicación: habitualmente, en las obligaciones diferidas o a plazo suspensivo, el transcurso del tiempo sumado al fenómeno inflacionario y la consecuente pérdida del poder adquisitivo del dinero —tan común en nuestro país—, suele incidir en un agravamiento nominal de la responsabilidad del obligado; tal como si, por ejemplo, se debiese indemnizar el valor de una cosa que se destruyó, a la época en que ello sucediera generando el incumplimiento, lo que puede resultar sensiblemente superior a lo que hubiese correspondido de tomarse en cuenta dicho valor cuando se celebrara el contrato.

6 | Artículo 1729. Hecho del damnificado

“Hecho damnificado. La responsabilidad puede ser excluída o limitada por la incidencia del hecho del damnificado en la producción del daño, excepto que la ley o el contrato dispongan que debe tratarse de su culpa, de su dolo, o de cualquier otra circunstancia especial”.

6.1 | Interrupción del nexo causal

A veces, circunstancias inevitables e imprevisibles desvían la cadena causal y determinan que no pueda atribuirse fácticamente el resultado dañoso al agente, cuyo accionar de ninguna manera hubiese podido provocar, conforme al curso natural y ordinario de los acontecimientos, tal o tales perjuicios. Por lo que cabe entonces concluir que tienen que haber sido necesariamente otras, las condiciones que los produjeron o colaboraron en su producción.

6.2 | El hecho de la propia víctima

Cuando es el hecho de la víctima la causa adecuada del daño que ella sufre, tal situación no puede generar ninguna responsabilidad a cargo de

otra persona, sino que habrá de ser el propio damnificado quien deba soportar su detrimento. Así lo dispone el art. 1111 CC: "El hecho que no cause daño a la persona que lo sufre, sino por una falta imputable a ella, no impone responsabilidad alguna". Amén de que en el segundo párrafo de su art. 1113 se dice que, en los supuestos de daños causados por el riesgo o vicio de la cosa, su dueño o el guardián responsable, sólo pueden eximirse total o parcialmente de responsabilidad, **"acreditando la culpa de la víctima o de un tercero por quien no debe responder"**.

Del mismo modo, el art. 1729 del Proyecto que nos ocupa también establece que: "La responsabilidad puede ser excluída o limitada por **la incidencia del hecho del damnificado en la producción del daño (...)**", lo cual es coincidente con lo previsto en el primer párrafo de su art. 1719: "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 culpa de la víctima es pues uno de los supuestos de causa ajena, que puede determinar la ausencia total o parcial de nexo causal entre el hecho imputado al demandado y el daño de cuya reparación se trata.⁽³²⁾ Sin embargo, quizá no pueda hablarse acá con propiedad de "culpa" del damnificado —que es un concepto que alude a una conducta reprochable frente a otros—, sino más bien de un accionar inoportuno o desacertado "contra sí mismo", que sólo perjudica a su autor pero que, en rigor, nadie puede censurarle;⁽³³⁾ aunque ello traiga aparejado que el damnificado deba asumir las consecuencias de su propio obrar negligente.⁽³⁴⁾

(32) Cám. Nac. Civil, Sala C, 05/07/1985, "García Jurado c/ Municip. De la Capital", *La Ley* 1986-A-648, Jur. Agrup. N° 4440; 30/08/1983, "Ruiz c/ Municip. De la Capital", *ED* 106-348; Cám. Nac. Fed. Cont. Administrativa, Sala IIIª, 11-9-92, "Victoria c/ Estado nacional (Minist. del Interior -Policía Federal-", *La Ley* 1993-B-88 y DJ 1993-2-205.

(33) LLAMBIAS, JORGE J., *Tratado... Obligaciones*, op. cit., tomo III, p. 718, n° 2288; MOSSET ITURRASPE, JORGE, op. cit., tomo III, p. 63, n° 13; ORGAZ, ALFREDO, *La culpa (Actos ilícitos)*, op. cit., p. 226, n° 87; PIZARRO, RAMÓN D., "Causalidad adecuada y factores extraños", en *Derecho de daños. Homenaje al Dr. Jorge Mosset Iturraspe*, Bs. As., Ediciones La Rocca, 1989, p. 260, n° 3-a)-2); Cám. Civ. Com., 1ra Nominación Córdoba, 09/06/1998, "Esterlizi c/ Moreno de Paz", *L.L. Córdoba* 1999-1218 (150-R).

(34) TANZI, SILVIA Y., "Nuevamente la culpa de la víctima y el riesgo conviven en un fallo", en *La Ley* 1999-D-533; Cám. Nac. Civil, Sala B, 13/10/1999, "Bordoli c/ Municip. de Bs. As.", *La Ley* 2000-E-915, Jur. Agrup. N° 15.199.

Por lo demás, si lo que puede liberar al demandado de responsabilidad no es cualquier “hecho” de la víctima, sino la “culpa” de su parte, ello requiere que se trate de una persona imputable, que goce de discernimiento, ya que, como bien se ha dicho, “la culpa es propia de personas que son libres en sus actos; que tienen inteligencia para saber lo que deben hacer y libre voluntad para dirigir sus acciones”.⁽³⁵⁾ Y de ahí que, por ejemplo, si el damnificado fuese un inimputable —menor de 10 años, insano, etc.—, y su hecho objetivamente imprudente apareciese como la única causa del daño, el presunto responsable no se exoneraría por esa sola circunstancia sino que, además, debería demostrar que dicho suceso fue a su respecto imprevisible o inevitable; es decir, que se configuró en un verdadero caso fortuito o de fuerza mayor determinante de la ruptura del nexo causal.⁽³⁶⁾ Así se ha admitido de manera prácticamente uniforme: la actuación de la víctima con aptitud para cortar el nexo de causalidad a la que alude el art. 1113 CC debe revestir las características de imprevisibilidad e inevitabilidad.⁽³⁷⁾

Actualmente, la doctrina más moderna se ha inclinado a considerar que, en principio, basta con el “hecho de la víctima” para liberar al demandado, sin que sea necesario que asimismo hubiese mediado “culpa” en el obrar de su parte.⁽³⁸⁾ Lo cual es así por cuanto, en rigor, para interrumpir el

(35) BORRELL MACIÀ, ANTONIO, *Responsabilidades derivadas de la culpa extracontractual civil*, 2da ed., Barcelona, Bosch, 1958, pp. 19/20., n° 10 y pp. 42/43, n° 20.

(36) BUSTAMANTE ALSINA, JORGE, op. cit., pp. 307/308, n° 685; LLAMBIAS, JORGE, *Tratado... Obligaciones*, op. cit., tomo III, pp. 720/721; ORGAZ, ALFREDO, *La culpa (Actos ilícitos)*, op. cit., p. 227; SPOTA, ALBERTO G., “La concurrencia de culpas en la responsabilidad aquiliana”, en J.A. 1944-I-237; Cam. 2da. Mercedes, 21/09/1972, “Tonelli de Scasso c/ Fundación Brusaco”, *La Ley* 149-367; Cam. 4ta. Civ. Com. Córdoba, 16/02/1973, “Lay c/ Elías”, JA 19-1973-698; etc.

(37) C.S.N., 11/05/1993, “Fernández c/ Ballejo”, *La Ley* 1993-E-472 y D.J. 1994-1-520; Cám. Nac. Civil, Sala A, 25/08/1997, “Peralta c/ Ferreyra”, *La Ley* 1998-F-906, Jur. Agrup. N° 13-414; Cám. Nac. Civil, Sala D, 10/05/1999, “Villarruel c/ Milovic”, *La Ley* 1999-F-804, Jur. Agrup. N° 14.500; 25/03/1996, “Cruz c/ Cordasco”, *La Ley* 1997-F-947 (40.029-S); ídem, Sala H, 13/04/2000, “Zapata c/ F.C. Metropolitanos SA”, *La Ley* 2000-D-898 (42.972-S) y DJ 2001-1-592; ídem, Sala I, 14/05/1999, “Rojo c/ Rubio”, *La Ley* 1999-F-95 y DJ 2000-2-173; 5-4-99, “M. B., J. B. c/ Induscuer S.C.A.”, *La Ley* 1999-E-895 (41.839-S); ídem, Sala K, 15/09/1999, “Purdia c/ García”, RCyS 2000-864; 08/02/1999, “Guth de Herner c/ Suárez”, *La Ley* 1999-C-795, Jur. Agrup. 13.957; Cám. 1ra Civ. Com. Bahía Blanca, Sala I, 23/06/1994, “Priotto c/ Pieres de Pestarino”, ED 161-428; Cám. Civ. Com. Morón, Sala II, 21/12/1999, “Ruiz de Prado c/ Empr. De Treansporte Fournier SA”, L.L.B.A. 2000-756; TRIGO REPRESAS, FÉLIX A. “El caso fortuito como eximente en la responsabilidad por riesgo de la cosa”, en *La Ley* 1989-D-457.

(38) COMPAGNUCCI DE CASO, RUBÉN, *Manual de obligaciones*, op. cit., pp. 688/689; GALDÓS, JORGE “Los peatones y el cruce fuera de la senda de seguridad”, en *La Ley* 1994-B, p. 283; GARRIDO, ROQUE y ANDORNO, LUIS O., *El art. 1113 del Código Civil*, Bs. As., Hammurabi, 1983, pp. 470/471;

nexo causal entre un acontecimiento cualquiera que *prima facie* ha ocasionado un daño y este último, lo que verdaderamente interesa respecto del accionar de la víctima (con prescindencia de que su conducta hubiese sido o no culposa), es su propia idoneidad para producir el evento dañoso y liberar así de paso, en el todo o en parte, a cualquier otro posible responsable de la causación del perjuicio.⁽³⁹⁾ Ello, claro está, “excepto que la ley o el contrato dispongan que debe tratarse de su culpa, de su dolo, o de cualquier otra circunstancia especial” (*in fine* del art. 1729 del Proyecto).

7 | Artículo 1730. Caso fortuito. Fuerza mayor

“Caso fortuito. Fuerza mayor. Se considera caso fortuito al hecho que no ha podido ser previsto o que, habiendo sido previsto, no ha podido ser evitado. Este Código emplea los términos “caso fortuito” y “fuerza mayor” como sinónimos. El caso fortuito exime de responsabilidad, excepto disposición en contrario”.

.....

KEMELMAJER DE CARLUCCI, AIDA “La responsabilidad civil en los albores del siglo XXI”, en *J.A.* 1993-II, p. 817; LIZ, CARLOS ALBERTO Y RIESGO, MARÍA GABRIELA “¿Culpa de la víctima o hecho de la víctima?”, en *La Ley* 1994-D-1044; MOSSET ITURRASPE, JORGE, op. cit., tomo III, p. 62 y ss.; MOSSET ITURRASPE, JORGE, “La condena como ‘guardián’ a la Empresa Provincial de la Energía (dueña y guardián de las instalaciones). El rechazo de la causa ajena: ¿hecho o culpa de la víctima?”, en *La Ley Litoral* 1999-531; PIZARRO, RAMÓN D., “Causalidad adecuada y factores extraños”, op. cit., p. 264/265; SAGARNA, FERNANDO A., “La culpa de la víctima-peatón como factor eximente en la responsabilidad civil por el riesgo creado”, en *La Ley* 1994-E-376; TRIGO REPRESAS, FÉLIX A. y LÓPEZ MESA, *Tratado de la responsabilidad civil*, 2da ed., Bs. As., La Ley, 2011, Tomo II, p. 745 y ss., n° 1.3.1.a); VÁZQUEZ FERREYRA, ROBERTO A., “El hecho del tercero o de la víctima como eximente en la responsabilidad objetiva”, en *La Ley* 1996-C-148; Cám. Nac. Civil, Sala A, 25/08/1997, “Peralta c/ Ferreyra”, *La Ley*. 1998-F-907, Jur. Agrup. 13-13.414; Cám. Nac. Civil, Sala C, 16/03/1999, “Fariás c/ F.C. Metropolitanos SA”, *La Ley* 1999-E-968, Jur. Agrup. 14.405; Cám. Nac. Civil, Sala D, 27/05/1997, “Villegas c/ Elserer”, *La Ley* 1997-E-64 y DJ 1997-3-1139; Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil, sala D, 17/05/1990, “García c/ Casasco”, *La Ley* 1991-C-328; Cám. Nac. Civil, Sala F, 07/04/1988, “Peña c/ Di Génova”, *La Ley* 1990-A-256; Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil, sala H, 15/02/2002, “C., C. c/ Empr. de Transportes Microómnibus Guaraní SA”, *DJ* 2002-2-496; *id.*, 13/4/00, “Zapata c/ F.C. Metropolitanos SA”, *DJ* 2001-1-592 y *La Ley* 2000-D-898 (42.972-S); Cám. 1ra Civ. Com. La Plata, Sala III, 17/06/1997, “Biagiotti c/ Barrera y Cía”, *L.L.B.A.* 1998-67; Cám. Civ. Com. Azul, 11/06/1996, “Alvarez c/ Pianta”, *L.L.B.A.* 1996-791; Cám. 1ra Civ. Com. Bahía Blanca, Sala I, 23/06/1994, “Priotto c/ Pieres de Pestarino”, *ED* 161-428; Cám. Civ. Com. Junín, 06/02/1991, “Dezeta, Horacio L. c. Mayorga, Mario F. y otro. ”, *La Ley* 1991-D-94.

(39) SCBA, 12/05/1998, “Mamani c/ Corp. del Mercado Central de Bs. Aires”, *DJBA* 155-4347.

7.1 | Caso fortuito o fuerza mayor. Su encuadre metodológico

El supuesto más trascendente de interrupción del nexo causal es, ante todo, el provocado por el caso fortuito o fuerza mayor.

Esta hipótesis fue tradicionalmente estudiada entre nosotros en vinculación con la teoría de la culpabilidad y como un supuesto de inimputabilidad o de irresponsabilidad del deudor.⁽⁴⁰⁾ Pero la tendencia más moderna ha entendido que la metodología adecuada es la de tratarla en relación a la causalidad, ya que la existencia de un caso fortuito o fuerza mayor va a entrañar siempre la ruptura de la concatenación causal, trayendo aparejada la irresponsabilidad del agente demandado —no en virtud de su “falta de culpabilidad” sino, lisa y llanamente, por no ser el autor del daño—. ⁽⁴¹⁾ Resulta claro que éste ha sido el criterio adoptado en el Proyecto: después de tratar la “relación causal” en su art. 1726 como uno de los recaudos de la “función resarcitoria”, pasa a ocuparse de los supuestos de interrupción del nexo causal: el hecho del damnificado en el ya visto art. 1729, el caso fortuito o fuerza mayor en el art. 1730 —en tratamiento—, y el hecho de un tercero extraño en el subsiguiente art. 1731.

(40) BOFFI BOGGERO, LUIS MARÍA, *Tratado de las Obligaciones*, op. cit., tomo 2, p. 224, § 487; BUSSO, EDUARDO B., *Código civil anotado*, Bs. As., Ediar, 1949, tomo III, p. 300/301, n° 5; COLMO, ALFREDO, *Obligaciones en general*, 3ra ed., Bs. As., Kraft, 1944, p. 90, n° 117; DE GÁSPERI, LUIS y MORELLO, AUGUSTO, *Tratado de derecho civil*, op. cit., tomo II, p. 243, n° 820; LAFAILLE, HÉCTOR; BUERES, ALBERTO J. y MAYO, JORGE A., *Derecho civil. Tratado de las obligaciones*, 2da ed., Bs. As., La Ley - Ediar, 2009, tomo I, p. 353 y ss., n°s. 189 y ss.; LLAMBIAS, JORGE J., *Tratado de derecho civil. Obligaciones*, op. cit., tomo I, p. 213, n° 185; REZZÓNICO, LUIS MARÍA, *Estudio de las obligaciones*, op. cit., tomo I, p. 173; SALVAT, RAYMUNDO M. y GALLI, ENRIQUE V., *Tratado de derecho civil argentino. Obligaciones en general*, Bs. As., TEA, 1952, tomo I, p. 150, n° 142; etc.

(41) ACUÑA ANZORENA, ARTURO, “adiciones” a SALVAT, RAYMUNDO M., *Tratado de derecho civil Argentino. Fuentes de las obligaciones*, op. cit., tomo IV, p. 55 y ss., n°s. 2.725-a) y b); ALTERINI, ATILIO; AMEAL, OSCAR y LÓPEZ CABANA, Roberto, *Derecho de obligaciones. Civiles y Comerciales*, op. cit., p. 406, n° 835-b); BUSTAMANTE ALSINA, JORGE, op. cit., p. 316, n° 708; CAZEAX, PEDRO y TRIGO REPESAS, FÉLIX, op. cit., tomo I, p. 535 y ss. n° 446 y tomo IV, p. 776 y ss., n° 2.545; COLOMBO, LEONARDO, *Culpa aquiliana (Cuasidelitos)*, op. cit., p. 195, n° 71; COMPAGNUCCI DE CASO, RUBÉN, “Responsabilidad civil y relación de causalidad”, op. cit., p. 88 y ss., n° 19 y 130 y ss., n° 26; GOLDENBERG, *La relación de causalidad en la responsabilidad civil*, op. cit., ps. 189 y sigte., § 46; JAFAZE, MARÍA BELÉN, “Muerte por contacto con cable de energía y responsabilidad civil objetiva”, nota a fallo en L.L.B.A. 2.001, p. 459, n° V; MOSSET ITURRASPE, JORGE, *Responsabilidad por daños*, op. cit., tomo I, p. 213, n° 88-a); ORGAZ, ALFREDO, *La culpa (Actos ilícitos)*, op. cit., p. 73, n° 26 y p. 257 y ss., n°s. 104 y ss.; PIZARRO, RAMÓN, “Causalidad adecuada y factores extraños”, op. cit., p. 293 y ss., n° 5-c); etc.

7.2 | Equivalencia de ambas denominaciones

El art. 1730 del Proyecto expresamente dispone que: “Este Código emplea los términos ‘caso fortuito’ y ‘fuerza mayor’ como sinónimos”.

Por su parte, aunque nuestro Código Civil no lo había hecho así, resultaba igualmente manifiesta la asimilación legal de las dos expresiones “caso fortuito” y “fuerza mayor” empleadas en el art. 514 CC, lo que se repite después muchas veces en distintos artículos, tales como 513, 889, 893, 1091, 1522, 1568, 1570, 3837, etc.—, en tanto que en otras oportunidades la referencia se hace sólo al “caso fortuito”, como ocurre en los arts. 892, 1521, 1527, 1557, 1604 inc. 6. Finalmente, en otros se alude nada más que a la fuerza mayor, como en los arts. 1128, 1526, 1529, 1571 y 2236 a 2238. Si quedase alguna duda sobre la equivalencia de tales términos en nuestro régimen vigente, ésta queda totalmente disipada con lo establecido en la primer frase del art. 1570 CC, que comienza con una alusión a la fuerza mayor y concluye ocurriendo al caso fortuito, cuando dice: “No siendo notorio el accidente de fuerza mayor (...) la prueba del caso fortuito incumbe al locatario”.

Por todo ello, es valor entendido entre nosotros que, pese a las diferencias semánticas que pudiesen existir entre tales denominaciones, las mismas implementan sin embargo conceptos sinónimos y dotados de idénticas consecuencias jurídicas.⁽⁴²⁾

(42) ALTERINI, Atilio A.; AMEAL, OSCAR J.; LÓPEZ CABANA, ROBERTO M., *Derecho de obligaciones. Cíviles y Comerciales*, op. op. cit., p. 405, n° 834; BOFFI BOGGERO, LUIS MARÍA, *Tratado de las obligaciones*, op. cit., tomo 2, p. 223, § 487; BORDA, GUILLERMO, *Tratado... Obligaciones*, op. cit., tomo I, p. 116, n° 108; BUSO, EDUARDO B., *Código Civil anotado*, op. cit., tomo III, p. 304, n° 28; BUSTAMANTE ALSINA, JORGE, op. cit., p. 315, n° 706; CAZEAX, PEDRO N. y TRIGO REPRESAS, FÉLIX A., op. cit., tomo I, p. 536 y ss., n° 447; COLMO, ALFREDO, *De las obligaciones en general*, op. cit., p. 93, n° 117; DE DE GÁSPERI, LUIS y MORELLO, AUGUSTO M, *Tratado de derecho civil*, op. cit., tomo II, p. 244, n° 820; ECHEVESTI, CARLOS A., en Alberto Bueres (dir.), Elena I. Highton (coord.), *Código Civil y normas complementarias. Análisis doctrinario y jurisprudencial*, Bs. As., Hammurabi, 1998, tomo 2-A, p. 177/178, § 3; LAFAILLE, HÉCTOR; BUERES, ALBERTO J. y MAYO, JORGE A., *Tratado de las obligaciones*, op. cit., tomo I, p. 353 y ss., n°s. 189/189 ter; LLAMBIAS, JORGE J., *Tratado de derecho civil. Obligaciones*, op. cit., tomo I, p. 214 y ss., n° 187; MOSSET ITURRASPE, JORGE, *Responsabilidad por daños*, op. cit., tomo I, p. 209, n° 85; PIZARRO, RAMÓN D. y VALLESPINOS, CARLOS G., op. cit., tomo 3, p. 291, § 620; REZZÓNICO, LUIS MARÍA, *Estudio de las obligaciones*, op. cit., tomo I, p. 171; SALVAT, RAYMUNDO y GALLI, ENRIQUE, op. cit., p. 151, n° 143; Cám. 1ra. Civ. Com. Córdoba, 13/08/1991, “Russo c/ Cechetto SA”, L.L. Córdoba. 1992-426; Cám. Civ., Com. y Laboral Reconquista, 09/08/1996, “Obispado de Reconquista c/ Dinardo de Cintolo”, L.L. Litoral 1997-688; Cám. Civ. com. Junín, 21/12/1989, “Cianfragna c/ Benegas”, DJ 1990-1-1014.

Empero, hubo en doctrina varias interpretaciones sobre los distintos significados que podrían tener los términos “caso fortuito” y “fuerza mayor”, aunque en la mayoría de los casos el distingo no resultaba ser más que formal, atento que de todas maneras ambos producían la liberación de responsabilidad del deudor. Así sucedía con la postura que entendía que el caso fortuito se refería a los hechos de la naturaleza y la fuerza mayor a los actos del hombre,⁽⁴³⁾ o la que designaba como caso fortuito a los hechos imprevisibles, y como fuerza mayor a los inevitables.⁽⁴⁴⁾

7.3 | Postura que sostiene que sólo la “fuerza mayor” puede funcionar como causal de liberación

Pero existe otra tendencia que considera que es preciso distinguir entre el caso fortuito y la fuerza mayor, no sólo desde un punto de vista conceptual, sino también en cuanto a sus efectos; puesto que esta última podría funcionar efectivamente como eximente de responsabilidad, mientras que no el caso fortuito.

Este entendimiento fue inicialmente propiciado por Adolfo Exner, quien sostuvo que para que haya fuerza mayor y, por consiguiente, liberación de responsabilidad, se requiere la concurrencia de tres presupuestos: 1) **Exterioridad del hecho:** que el evento dañoso se haya originado fuera del ámbito de la empresa, negocio o actividad del deudor; es decir, que el evento dañoso irrumpa desde el exterior; 2) **Carácter extraordinario del evento:** que se trate de un suceso verdaderamente excepcional, como ocurre, por ejemplo, si se produce un terremoto o la caída de un rayo, etc.; y 3) **Notoriedad del hecho:** que el hecho sea público y notorio, o conocido por todo el mundo. Por su parte, si el hecho tiene su origen dentro de la misma esfera de acción del obligado, tal como ocurre verbigracia con el estallido de una caldera o la rotura de una máquina, se trataría entonces

(43) DEMOLOMBE, CHARLES, *Cours de Code Napoleon*, 3ra ed., París, A. Durand-L. Hachette, 1927, tomo XXIV, p. 550, n° 553; BUSO, EDUARDO B., *Código Civil anotado*, op. cit., tomo III, p. 301, n°s. 8 y 9; LAFAILLE, HÉCTOR; BUERES, ALBERTO J. y MAYO, JORGE A., *Tratado de las obligaciones*, op. cit., tomo I, p. 353 y ss., n° 189 a 193; MACHADO, JOSÉ OLEGARIO, *Exposición y comentario del Código Civil argentino*, 2da ed., Bs. As., Ed. M. A. Rozas, 1915, tomo II, p. 172/173; SALVAT, RAYMUNDO y GALLI, ENRIQUE, op. cit., p. 152, n° 144; etc.

(44) RIPERT, GEORGES y BOULANGER, JEAN, *Tratado de derecho civil, según el Tratado de Planiol*, trad. de Delia García Daireaux, Bs. As., La Ley, 1965 t. IV, p. 479 y ss, n° 807.

de un caso fortuito que, en principio, carece de suficiente relevancia como para funcionar como causal de exoneración.⁽⁴⁵⁾

Tal postura fue luego seguida por Louis Josserand, quien diferenció fuerza mayor de caso fortuito — “[fuerza mayor] es la fuerza que irrumpe de fuera del círculo de ambas partes. Caso fortuito es el acontecimiento anónimo que se produce en el interior de la empresa” —, afirmando que sólo la fuerza mayor, y no el caso fortuito, puede eximir de responsabilidad. Este autor también invoca la concurrencia de los tres requisitos antes señalados por Exner para la configuración de dicha causal de liberación: si bien toma muy especialmente el de la “exterioridad” del hecho, atenúa notablemente pero el rigorismo de los otros dos recaudos, que el hecho debe ser igualmente de índole excepcional y de pública notoriedad.⁽⁴⁶⁾

Ahora bien, entre nosotros la exigencia de la “exterioridad” del hecho constitutivo de la fuerza mayor —es decir, que el mismo provenga desde afuera del ámbito propio de la empresa, negocio u actividad del obligado— ha sido planteado por la gran mayoría de nuestra doctrina y jurisprudencia en relación a la exención de responsabilidad por los daños causados por el “riesgo” de las cosas a la que se refiere la parte final del párr. 2 del vigente art. 1113 CC, después de su reforma por la ley 17.711/68.

En efecto, dicha norma sólo prevé la posibilidad de eximición total o parcial de la responsabilidad del dueño o del guardián de la cosa, “acreditando la culpa de la víctima o de un tercero por quien no debe responder”; pero sin que para nada se mencione como eximente al “caso fortuito” o la “fuerza mayor”. Aunque, empero, parece claro que dicha causal debe tener igualmente eficiencia liberatoria, siempre que la fuerza mayor sea exterior a la cosa y por completo extraña a su propio riesgo o aptitud para ocasionar daños, puesto que entonces en realidad los mismos ya no habrían sido ocasionados por la “cosa riesgosa” sino por aquella otra causa extraña.⁽⁴⁷⁾ Ello sería así en razón de que, como bien lo apuntara Llambías,

(45) EXNER, ADOLFO, *De la fuerza mayor en el derecho mercantil romano y actual*, trad. de Emilio Miñana y Villagra, Madrid, Ed. Victoriano Suárez, 1905, pp. 135 y ss., 149 y ss., y 155 y ss.

(46) JOSSERAND, LOUIS y BRUN, ANDRÉ, *Derecho civil*, trad. de Santiago Cunchillos y Manterola, Bs. As., E.J.E.A., 1950, tomo 2, vol. I, p. 339 y ss., n° 451/453.

(47) ALTERINI, ATILIO A., op. cit., p. 118, n° 140; BORDA, GUILLERMO A., *La reforma de 1968 al Código Civil*, Bs. As., Perrot, 1971, p. 214 y ss., n° 138-b) y c); BUSTAMANTE ALSINA, JORGE, op.

entonces “se rompe la relación de causalidad entre el riesgo de la cosa y el daño”⁽⁴⁸⁾ puesto que la intervención de la causa ajena interrumpe la necesaria conexión fáctica que los vinculaba.⁽⁴⁹⁾ De esa forma, más que de una causal de exención de una responsabilidad presumida, corresponde en realidad hablar de “circunstancias que impiden la configuración de la responsabilidad civil”, precisamente por no llegarse así a concretar el indispensable “vínculo de causalidad adecuado entre el riesgo (...) de la cosa y el daño”.⁽⁵⁰⁾

Debe señalarse que últimamente parte de la doctrina y también algún pronunciamiento ya han comenzado a exigir, con carácter general, que

.....

cit., p. 421, n° 1067; GARRIDO, ROQUE - ANDORNO, LUIS O., op. cit., tomo I, p. 252; GARRIDO, ROQUE, “La responsabilidad objetiva y la culpa objetiva (El nuevo artículo 1113 del Código Civil)”, en *JA Doctrina* 1969, p. 82; MOSSET ITURRASPE, JORGE, *Responsabilidad por daños*, op. cit., tomo I, ps. 218 y ss., n° 138-b); ORGAZ, ALFREDO, *La culpa (Actos ilícitos)*, op. cit., p. 261, n° 105-e) y 263 y ss., n° 106; ORGAZ, ALFREDO, “El daño ‘con’ y ‘por’ la cosa”, en *La Ley*, t. 135, p. 1596 y ss.; SALAS, ACDEEL E., “La responsabilidad en la reforma del Código Civil”, en *J.A. Doctrina* 1969, p. 432, n° 42 y en *Obligaciones, contratos y otros ensayos*, op. cit., p. 395 y ss., n° 42; CAZEAUX, PEDRO N. y TRIGO REPRESAS, FÉLIX A., op. cit., tomo V, p. 262 y ss., n° 2737; Cám. Nac. civil, Sala A, 11/10/1974, “Mañosas de Belgiorno c/ Cabaña”, en *La Ley*, 1975-A-364; Cám. Nac. civil, Sala B, 11/03/1975, “Consortio Rivadavia 251-59 c/ Alonso”, en *ED*, 61-403; Cám. Nac. civil, Sala C, 21/09/1989, “Romero c/ Lazzaretti”, en *La Ley*, 1990-A-677 (38.125-S); Cám. Nac. civil, Sala D, 14/10/1998, “Ureta Saenz Peña de Bonomi c/ Bacilapo de Giménez”, en *La Ley*, 1999-B-707; Cám. Nac. civil, Sala F, 21/10/1996, “Albarracín de Sotelo c/ Munic. Bs. As.”, en *La Ley*, 1997-C-277; Cám. Nac. civil, 12/06/1974, “Castagnari c/ Avendaño”, en *E.D.* 56-451; Cám. Nac. civil, Sala G, 04/08/1986, “Massacessi c/ Munic. Cap. Fed.”, en *La Ley*, 1987-A-245; Cám. Nac. civil, Sala H, 07/03/2000, “De Agostino c/ Transportes 9 de Julio”, en *La Ley*, 2000-D-882 (42.912-S); Cám. Nac. civil, 26/03/1997, “Ryan Tuccillo c/ Cencosud SA”, en *La Ley*, 1998-E-661 y en *E.D.*, 178-389; Cám. Nac. civil, 10/10/1996, “G., R. H. c/ Empr. F.C. Argentinos”, en *La Ley*, 1997-D-832 (39.625-S); Cám. Nac. Comercial, Sala B, 27/11/1995, “Basker c/ Zanella e Hijos”, en *La Ley*, 1996-C-194; Cám. 1ra. Civ. Com. San Isidro, Sala II, 20/03/1973, “Marana c/ Club Atl. San Isidro”, en *J.A.* 20-1973-564; Cám. Civ. Com. Mercedes, 29/11/1977, “Casolini c/ Lofeudo”, en *La Ley*, 1978-B-185 y en *E.D.* 80-751; Cám. Civ. Com. Mar del Plata, Sala I, 28/07/1988, “Goytic c/ Angeleri”, en *La Ley* 1989-C-633, *Jur. Agrup.* n° 6208; Cám. Civ. Com. Río Cuarto, 04/03/1991, “Giorda c/ Capettini”, en *L.L. Córdoba*, 1992-746; Cám. Fed. Tucumán, 30/03/1977, “Martínez Zavalía c/ F.C. Argentinos”, en *J.A.*, 1978-II-410; etc.-

(48) LLAMBIAS, JORGE J., *Tratado de derecho civil. Obligaciones*, op. cit., tomo IV-A, p. 633, n° 2652 *in fine*.

(49) PIZARRO, RAMÓN D., *Responsabilidad civil por el riesgo o vicio de la cosa*, Bs. As., Ed. Universidad, 1983, p. 467, n° 8-a).

(50) BREBBIA, ROBERTO H., *Problemática jurídica de los automotores*, Bs. As., Astrea, 1982, tomo I, p. 134, § 3 y p. 261, § 8; BUSTAMANTE ALSINA, JORGE, op. cit., p. 421, n° 1066; TRIGO REPRESAS, FÉLIX A., “La responsabilidad derivada de la intervención de cosas y de ciertas actividades en el Proyecto de reforma del Código Civil”, en *Instituto de Derecho Civil*, Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Bs. As., 2000, n° 6, Serie IV, p. 141 y ss., letra d).

para la configuración del *casus*, el hecho imprevisible o insuperable para el deudor que le impide cumplir, debe ser asimismo ajeno o exterior a su propio compromiso obligacional, irrumpiendo por ende desde fuera, con ajuste a los lineamientos de la ya vista caracterización de Exner.⁽⁵¹⁾

En el art. 1757 del Proyecto también se contempla la responsabilidad derivada de la intervención de cosas o de actividades riesgosas: "Toda persona responde por el daño causado por el riesgo o vicio de las cosas, o de las actividades que sean riesgosas o peligrosas por su naturaleza, por los medios empleados o por las circunstancias de su realización". Asimismo, en el inicio del párr. 2, se agrega: "La responsabilidad es objetiva". No obstante, a su turno, en el art. 1722 sobre el factor de atribución objetivo de la responsabilidad, se lee que: "el responsable se libera **demostrando la causa ajena**, excepto disposición legal en contrario". O sea que, en el nuevo régimen proyectado, puede igualmente sostenerse que el hecho imprevisible o insuperable para el deudor que le impide cumplir, debe asimismo ser ajeno o exterior a su propio deber u obligación.

7.4. Concepto de caso fortuito o fuerza mayor

El art. 513 CC se refiere a la irresponsabilidad del deudor por los daños e intereses que se le originen al acreedor por la falta de cumplimiento de una obligación cuando ésta obedeciese a un caso fortuito o fuerza mayor. Y en el subsiguiente art. 514 el propio Código define al caso fortuito como todo hecho "que no ha podido preverse o que previsto no ha podido evitarse".

Todo lo cual resulta muy similar a lo que dispone el art. 1730 del Proyecto, cuando dice: "Se considera caso fortuito al hecho que no ha podido ser previsto o que, habiendo sido previsto, no ha podido ser evitado (...) El caso fortuito exime de responsabilidad, excepto disposición en contrario"; a lo que se suma la preceptiva concordante del art. 955 del mismo Proyecto: "La imposibilidad sobrevenida, objetiva, absoluta y definitiva de la prestación,

.....
 (51) ALTERINI, ATILIO A.; AMEAL, OSCAR J. y LÓPEZ CABANA, ROBERTO M., "Derecho de obligaciones. Civiles y Comerciales" op. cit., p. 407, n° 837-c); ECHEVESTI, CARLOS A., op. cit., tomo 2-A, p. 180, § 4-3) y fallos citados. en notas 22 y 23; PIZARRO, RAMÓN D.y VALLESPINOS, CARLOS G., op. cit., tomo 3, p. 296 y ss., § 621-d); Cám. Nac. Civil, Sala D, 14/10/1998, "Ureta Saenz Peña de Bonomi / Bacigalupo de Giménez", en *La Ley*, 1999-B-707.

producida por caso fortuito o fuerza mayor, extingue la obligación, sin responsabilidad”.

A lo precedente podría agregarse, para completar adecuadamente el concepto, que deberá tratarse de un hecho por completo ajeno a las partes, ulterior a la constitución de la obligación, actual y que además impidiese absolutamente el cumplimiento de la obligación.⁽⁵²⁾

O sea, en suma, se puede pues definir al caso fortuito o fuerza mayor, como el acontecimiento sobreviniente, no imputable al deudor, imprevisible o previsible pero inevitable, que imposibilita el cumplimiento de la obligación.⁽⁵³⁾

7.5. Requisitos del “casus”

A tenor de lo expuesto precedentemente, se pueden mencionar como presupuestos del “casus” a los siguientes: debe tratarse de un hecho ajeno al deudor y, por ende, no imputable al mismo; debe ser sobreviniente al nacimiento de la obligación; debe ser actual; imprevisible y/o inevitable; y debe imposibilitar el cumplimiento de la obligación. Se pasa a considerarlos.

- a. **Ajeno al deudor.** En general doctrina y jurisprudencia sostienen que para que se configure el “casus”, el evento tiene que ser ajeno a la conducta del deudor, en el sentido de no resultar imputable al mismo, según se desprende del art. 513 CC, cuando en su segunda parte descarta la existencia de esta causal exoneratoria si el hecho hubiera ocurrido por culpa del deudor, o si éste

.....

(52) ALTERINI, Atilio A., “El caso fortuito como causal de liberación del deudor contractual”, en *Revista del Colegio Público de Abogados de la Capital Federal*, Bs. As., 1990, N° 1, p. 18, n° 3; LLAMBÍAS, JORGE J., *Tratado de derecho civil. Obligaciones*, op. cit., tomo I, p. 216 y ss., n° 190; LAFAILLE, HÉCTOR; BUERES, ALBERTO J. y MAYO, JORGE A., *Tratado de las Obligaciones*, op. cit., tomo I, p. 356 y ss., n° 190; SCBA, 11/09/1979, “Abbot Laboratorios c/ Gob. Nacional”, ED 87-671; íd., 29/04/1969, “Schiller c/ Pcia. de Bs. As.”, La Ley 137-744 (22.752-S); Cám. Nac. Civil, Sala A, 20/09/1976, “Pérez c/ Busco Chivilo Construcciones”, ED 73-274; Cám. Nac. Comercial, Sala A, 6/10/1975, “Oriani Mogarro c/ Comercial Edison”, La Ley 1976-A-385; Cám. Nac. Fed. Civ. y Com., 23/07/1968.

(53) COMPAGNUCCI DE CASO, RUBÉN H., “Responsabilidad civil y relación de causalidad”, op. cit., p. 87, n° 19; COMPAGNUCCI DE CASO, RUBÉN H., *Manual de obligaciones*, op. cit., p. 192, § 123; RODRÍGUEZ-ARIAS BUSTAMANTE, LINO, *Derecho de obligaciones*, Madrid, Ed. Revista de Derecho Privado, 1965, p. 221, n° 113; Cám. Nac. Civil, Sala C, 12/02/1987, “Di Nella c/ Di Sí”, La Ley 1987-B-131; Cám. Nac. Civil, Sala I, 18/08/1998, “Iorio c/ Degani”, JA 2000-I-215 y ED 187-497; íd. 30/09/1997. “Enriquez c/ Berejelis”, La Ley 1998-B-116.-

ya estuviese constituido en mora que, a su vez, no fuese motivada por caso fortuito o fuerza mayor.

O sea que el deudor no puede invocar el caso fortuito o fuerza mayor, si él ya estaba incurso en mora imputable al producirse aquél, o si el evento obedeció a su propia culpa o dolo⁽⁵⁴⁾ por cuanto, en rigor, si el comportamiento del agente (culposo o no) es el que produjo el resultado dañoso, en realidad no hubo caso fortuito sino autoría del propio obligado.⁽⁵⁵⁾

b. **Exterioridad.** Ya Busso había advertido, aunque restándole en definitiva mayor trascendencia, "que, aparentemente, los dos caracteres constitutivos principales del caso fortuito o de la fuerza mayor son, por un lado el hecho —"ajeno", en la terminología francesa; "exterior", en la de Colmo, p. ej., entre nosotros...—, y, por otro, la *no imputabilidad*".⁽⁵⁶⁾ Ello importa atribuir otra significación más a la "exterioridad", cual es la de que la fuerza mayor resulte ser una causa extraña, que provenga de un ámbito ajeno al implicado en el deber del obligado; es decir que haya de producirse "en el exterior de la esfera de acción por la cual... (éste) debe responder".⁽⁵⁷⁾ Precisamente esta circunstancia fue la que ha posibilitado, según ya se viera, que hoy también se quiera incluir dentro de este requisito, como una exigencia de carácter general que, para la configuración del "casus", el hecho imprevisible o insuperable para el deudor que le impida cumplir, deba ser asimismo **ajeno o exterior a su propia actividad** en compromiso, que provenga de fuera, todo con ajuste a la caracterización de la ya vista doctrina de Exner y a sus implicancias.⁽⁵⁸⁾

(54) BUSSO, EDUARDO B., *Código Civil anotado*, op. cit., tomo III, ps. 306, n°38 y 326, n° 202; BUSTAMANTE ALSINA, JORGE, op. cit., p. 318, n° 714; CAZEUX, PEDRO N. y TRIGO REPRESAS, FÉLIX A., op. cit., tomo I, p. 545 y ss., n° 456; LAFAILLE, HÉCTOR; BUERES, ALBERTO J. y MAYO, JORGE A., *Tratado de las obligaciones*, op. cit., tomo I, p. 362, n°s. 199 y 200; LLAMBIÁS, JORGE J., *Tratado de derecho civil. Obligaciones*, op. cit., tomo I, p. 217/218, n° 192; Cám. Nac. Civil, Sala K, 03/09/1998, "Laguna c/ Argañaraz", La Ley 1999-D-622; Cám. Nac. Comercial, Sala B, 29/08/1995, "La Rectora Cía. Seguros c/ Caporaso", La Ley 1996-A-699; Cám. Nac. Federal Civ. y Com., Sala II, 11/06/1991, "Fluviale Navegación SA c/ Transportes Fluviales Argentinos SA", La Ley 1991-E-185.

(55) COMPAGNUCCI DE CASO, RUBÉN H., "Responsabilidad civil y relación de causalidad" op. cit., p. 105, n° 21-D; BUSTAMANTE ALSINA, JORGE, op. cit., p. 318, n° 714.

(56) BUSSO, EDUARDO B., *Código Civil anotado*, op. cit., tomo III, p. 306, n°s. 39 y 40.

(57) ALTERINI, Atilio A.; AMEAL, OSCAR J.; LÓPEZ CABANA, ROBERTO M., *Derecho de obligaciones. Civiles y Comerciales*, op. cit., p. 407, n° 837-c); CARBONNIER, JEAN, *Derecho civil*, trad. de la 1ra ed. francesa de Manuel Ma. Zorrilla Ruiz, Barcelona, Bosch, 1971, tomo II, vol. II, p. 578 y ss., n° I-A).

(58) ALTERINI, Atilio A.; AMEAL, OSCAR J.; LÓPEZ CABANA, ROBERTO M., *Derecho de obligaciones. Civiles y Comerciales*, op. cit., p. 407, n° 837-c); ECHEVESTI, CARLOS A., op. cit., tomo 2-A, p. 180, § 4-3) y fallos cits. en notas 22 y 23; JAPAZE, MARÍA BELÉN, "Muerte por contacto con cable de energía y responsabilidad civil objetiva", en *Revista Jurídica La Ley*, mayo, 2001, p. 461;

Resulta entonces fundamental que el perjuicio no se deba al hecho de nadie, pues entonces existirá una causa ajena al demandado, pero que igualmente será extraña a quienquiera que sea.⁽⁵⁹⁾ Empero, en la práctica los problemas se suscitan generalmente porque el caso fortuito o la fuerza mayor no aparece solo, sino junto y confundido con algún hecho humano que, de una u otra forma, también aparece influyendo en la causación del perjuicio. En efecto, lo que crea dificultades en esta materia es, según Mazeaud y Tunc, que “casi siempre, si el caso de fuerza mayor es la causa primera del daño, el hecho del demandado es su causa segunda, y por ello se ha dirigido contra él, la víctima”, ya que “cuando un caso de fuerza mayor lesiona directamente a una persona, así un terremoto que destruye una casa, un huracán que arranca de cuajo los árboles, una inundación que causa devastaciones, la víctima no puede, evidentemente, pedirle la reparación a nadie y deberá soportar todo el peso del daño”.⁽⁶⁰⁾

- c. **Sobreviniencia.** En materia contractual el hecho constitutivo del “casus” debe ser también sobreviniente o posterior a la constitución de la obligación ya que, de haber existido antes sin que se lo conociera, la obligación no hubiese nacido por imposibilidad de su objeto, y si el deudor lo conocía e igualmente se obligó, existió de su parte un obrar culpable que le impediría alegar el caso fortuito.⁽⁶¹⁾
- d. **Actualidad.** Es preciso que el hecho constitutivo del “casus” tenga una incidencia actual y no que trasunte una mera amenaza o una imposibilidad eventual. “Se trata de una actualidad lógica antes bien que cronológica”, dicen con acierto Alterini, Ameal y López Cabana quienes, además, ponen como ejemplo el de una cosa cierta vendida, que se pierde o destruye por un hecho fortuito

.....

PIZARRO, RAMÓN D. y VALLESPINOS, CARLOS G., op. cit., tomo 3, p. 296 y ss., § 621-d); Cám. Nac. Civil, Sala D, 14/10/1998, “Ureta Saenz Peña de Bonomi c/ Bacigalupo de Giménez”, *La Ley* 1999-B-707.

(59) BUSTAMANTE ALSINA, JORGE, op. cit., p. 315, n° 705; MAZEAUD, HENRI y LEÓN; TUNC, ANDRÉ, *Tratado teórico y práctico de la responsabilidad civil delictual y contractual*, op. cit., tomo 2, vol. II, p. 147 y ss., n° 1540.

(60) MAZEAUD, HENRI y LEÓN; TUNC, ANDRÉ, *Tratado teórico y práctico de la responsabilidad civil delictual y contractual*, op. cit., tomo 2, vol. II, p. 149, n° 1541.

(61) ALTERINI, Atilio A.; AMEAL, OSCAR J.; LÓPEZ CABANA, ROBERTO M., *Derecho de obligaciones. Civiles y comerciales*, p. 408, n° 837-e); BUSTAMANTE ALSINA, JORGE, op. cit., p. 318, n° 715; ECHEVESTI, CARLOS A., op. cit., tomo 2-A, p. 180, § 4-5); LLAMBIÁS, JORGE J., *Tratado de derecho civil. Obligaciones*, op. cit., tomo I, p. 219 y ss., n° 194; PIZARRO, RAMÓN D. y VALLESPINOS, CARLOS G., op. cit., tomo 3, p. 296 y ss., § 621-e); Cám. Nac. Civil, Sala C, 12/02/1987, “Di Nella c/ Di Sí”, *La Ley* 1987-B-131.

antes de la fecha prevista para su entrega (arts. 578 y 1476 CC y 467 Cód. de Comercio), en cuyo caso el deudor se libera de la obligación, por cuanto dicho caso fortuito ha provocado la imposibilidad del cumplimiento. ⁽⁶²⁾

No obstante, como bien lo apunta Cazeaux, "si la eventualidad de un acontecimiento está muy próxima a concretarse, pueden darse situaciones excepcionales que deben ser consideradas como incluidas en esta causal". En los tribunales franceses se cita en este orden de ideas el caso Lamoureux, ⁽⁶³⁾ en el cual se trató el problema de una obra de teatro cuya representación debió ser suspendida, frente a la amenaza del público de destruir la sala de espectáculos, y ante la inminencia de las circunstancias se consideró que había existido fuerza mayor. ⁽⁶⁴⁾

e. **Imprevisibilidad.** Un hecho se considera imprevisible, cuando un hombre de mediana prudencia no tenga por qué suponer que normalmente pueda llegar a ocurrir.

Pero establecer lo que el deudor hubiese o no podido o debido prever constituye una cuestión que, en cada caso, tendrá que ser apreciada por los jueces. Y obviamente no se trata de un ilimitado deber de prever, pues aunque en este mundo todo es posible, lo que las personas deben precaver es sólo lo que razonablemente puede producirse, con ajuste al curso natural y ordinario de los acontecimientos. ⁽⁶⁵⁾

(62) ALTERINI, ATILIO A.; AMEAL, OSCAR J.; LÓPEZ CABANA, ROBERTO M., *Derecho de obligaciones. Civiles y comerciales*, op. cit., ps. 407 y ss., n°837-d); BOFFI BOGGERO, LUIS MARÍA, *Tratado de las obligaciones*, op. cit., tomo 2, p. 227, § 490-d); BUSTAMANTE ALSINA, JORGE, op. cit., p. 318, n° 716; COMPAGNUCCI DE CASO, RUBÉN H., "Responsabilidad civil y relación de causalidad", op. cit., p. 104, n° 21-C); ECHEVESTI, CARLOS A., op. cit., tomo 2-A, p. 180, § 4-4); LLAMBIÁS, JORGE J., *Tratado de derecho civil. Obligaciones*, op. cit., tomo I, p. 218 y ss., n° 193; PIZARRO, RAMÓN D. y VALLESPINOS, CARLOS G., op. cit., tomo 3, p. 295, § 621-c); Cám. Nac. Civil, Sala C, 12/02/1987, "Di Nella c/ Di Sí", *La Ley* 1987-B-131.

(63) Fallo de la Corte de Casación francesa del 03/12/1890, en *Dalloz* 1892, 1ra parte, p. 127.

(64) CAZEAUX, PEDRO N. y TRIGO REPRESAS, FÉLIX A., *Derecho de las obligaciones*, op. cit., tomo I, p. 545, n° 455; BUSO, EDUARDO B., *Código Civil anotado*, op. cit., tomo III, p. 307, n° 43; PIZARRO, RAMÓN D. y VALLESPINOS, CARLOS G., *Instituciones de derecho privado. Obligaciones*, op. cit., tomo 3, p. 295, § 621-c); MARTY, GABRIEL, *Derecho civil. Teoría general de las obligaciones*, José M. Cajica Jr. (trad. y ed.), Puebla (México), José M. Cajica Jr., 1952, tomo I, p. 210.

(65) ALTERINI, ATILIO A.; AMEAL, OSCAR J. y LÓPEZ CABANA, ROBERTO M., *Derecho de obligaciones. Civiles y comerciales*, op. cit., ps. 406 y sig., n° 837-a); BOFFI BOGGERO, LUIS MARÍA, *Tratado de las obligaciones*, op. cit., tomo 2, ps. 226/22, § 490-a); BORDA, GUILLERMO A., *Tratado de derecho civil. Obligaciones*, op. cit., tomo I, p. 117, n° 110; BUSO, EDUARDO B., *Código Civil anotado*, tomo III, p. 311, n° 74; BUSTAMANTE ALSINA, JORGE, op. cit., p. 317, n° 712; CAZEAUX,

Habrán de ser, pues, la naturaleza de la obligación, el medio en que se origina y desarrolla, y las personas intervinientes, los que indiquen la medida de lo previsible y lo imprevisible⁽⁶⁶⁾ ya que, en abstracto, no existen acontecimientos idóneos para configurar casos fortuitos toda vez que éstos puede presentarse según los casos con diferente intensidad.⁽⁶⁷⁾ Por todo lo cual, el discrecionalismo de los jueces tiene en esta materia un vasto campo de acción, tanto para la apreciación y valoración de las circunstancias del caso, como en lo que atañe a su poder de decisión.⁽⁶⁸⁾

f. **Inevitabilidad.** Éste es, en rigor, el requisito esencial y decisivo puesto que aun lo previsible, si es inevitable, puede exonerar de responsabilidad⁽⁶⁹⁾ y, a la inver-

PEDRO N. y TRIGO REPRESAS, FÉLIX A., *Derecho de las obligaciones*, op. cit., tomo I, ps. 540 y sig., n° 453; COMPAGNUCCI DE CASO, RUBÉN H., *Responsabilidad civil y relación de causalidad*, op. cit., pp. 102 /103, n° 21-B); JAPAZE, MARÍA BELÉN, "Muerte por contacto...", op. cit., p. 460; LLAMBIAS, JORGE J., *Tratado de derecho civil. Obligaciones*, op. cit., tomo I, ps. 216 y ss., n° 190; PIZARRO, RAMÓN D. y VALLESPINOS, CARLOS G., *Instituciones de derecho privado. Obligaciones*, op. cit., tomo 3, ps. 293 y sigte., § 621-a); SALVAT, RAYMUNDO M. y GALLI, ENRIQUE V., op. cit., p. 156, n° 145-a; SOTO NIETO, FRANCISCO, *El caso fortuito y la fuerza mayor. Los riesgos en la contratación*, Barcelona, Nauta, 1965, p. 31 y ss.; fallos citados en SALAS, ACDEEL E., *Código Civil anotado*, 2da ed., Bs. As., Depalma, 1971, tomo I, art. 514, p.266, n° 4 y nota 2; Cám. Nac. Civil, Sala A, 30/12/1977, "Santillán c/ Las Piedras", ED 79-297; ídem Sala C, 05/09/2000, "P., R.J. c/ G., J. M.", La Ley 2001-A-272; íd. 12/08/87, "Di Nella c/ Di Sí", La Ley 1987-B-131; Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil, sala C, 20/08/1979, "Filotti c/ Automóvil Club", La Ley 1979-D-333 y E.D. 84-619; ídem, Sala D, 26/08/1971, "Félix c/ Rossi de Martino", JA 13-1972-228 y La Ley 151-646 (30.395-S); íd. 14/4/67, "Lopatta de Etchegoyen c/Tiesi", La Ley 126-672; Cám. Nac. Federal Civ. y Com., Sala III, 17/07/1997, "Kesler c/ Viasa", La Ley 1998-B-613; Cám. 1ra. Civ. com. San Isidro, Sala I, 28/05/1987, "Cía. de Seguros del Interior SA c/ Astilleros Ortholan SRL", DJ 1988-1-178; etc.

(66) BUSTAMANTE ALSINA, JORGE, *Teoría general de la responsabilidad civil*, op. cit., p. 317, n° 712; CAZEAUX, PEDRO N. y TRIGO REPRESAS, FÉLIX A., op. cit., tomo I, p. 540 y ss., n° 453; COLMO, ALFREDO, op. cit., p. 93, n° 121; LLAMBIAS, JORGE J., *Tratado... Obligaciones*, op. cit., tomo I, p. 217, n° 191; MAZEAUD HENRI y LEÓN Y TUNC, ANDRÉ, op. cit., tomo 1, vol. II, p. 365 y ss., n° 667; Cám. Nac. Comercial, Sala A, 06/10/1975, "Oriani Mogarro c/ Comercial Edison", La Ley 1976-A-385.

(67) SCMendoza, Sala I, 26/06/1991, "Santarelli c/ Dpto. Gral. de Irrigación", La Ley 1991-E-210.

(68) SOTO NIETO, FRANCISCO, op. cit., p. 32; Cám. Nac. Civil, Sala E, 30/05/1967, "Bonfante c/ Leclerc", La Ley 128-789; íd. 07/07/1966, "Sztein c/ Benítez Cruz", La Ley 124-197.

(69) ALTERINI, ATILO A.; AMEAL, OSCAR J.; LÓPEZ CABANA, ROBERTO M., op. cit., p. 407, n° 837-b); BOFFI BOGGERO, LUIS MARÍA, op. cit., tomo 2, p. 227, § 490-b); BUSTAMANTE ALSINA, JORGE, op. cit., p. 317, n° 713; CAZEAUX, PEDRO N. y TRIGO REPRESAS, FÉLIX A., op. cit., tomo I, pp. 541/542, n° 454; SALVAT, RAYMUNDO M. y GALLI, ENRIQUE V., op. cit., p. 155, n° 145-a; PIZARRO, RAMÓN D. y VALLESPINOS, CARLOS G., op. cit., tomo 3, p. 294, § 621-b); Cám. Nac. Civil, Sala C, 05/09/2000, "P., R. J. c/ G., J. M.", La Ley 2001-A-272; íd. 20/08/1979, "Filotti c/ Automóvil Club", La Ley 1979-D-333 y ED 84-619; ídem, Sala D, 29/10/1994, "Fernández c/ Emopr. F.C. argentinos", ED 163-13; ídem Sala F, 20/12/1966, "Salaberría de Brown c/ Municip. Capital", La Ley 127-371.

sa, lo imprevisible deviene verdaderamente relevante en la medida en que, por serlo, torne inevitable el acontecimiento que no se pudo prever.⁽⁷⁰⁾

Así, es irresistible o inevitable lo que no se puede impedir aplicando la atención, cuidado y esfuerzos normales; aquello que el deudor, por más precavido que fuese, no pueda contrarrestar.⁽⁷¹⁾

Sin embargo, tanto lo imprevisible como lo inevitable constituyen cuestiones de hecho relativas,⁽⁷²⁾ y deben ser apreciados atendiendo a la naturaleza del deber u obligación de que se trate y a las concretas circunstancias de las personas, del tiempo y el lugar;⁽⁷³⁾ por lo que, bien se ha señalado, los mismos hechos según los casos y las personas, podrán presentarse o no como "imprevisibles" o "inevitables", y será siempre "preciso descender a un análisis circunstancial y subjetivo, tras la comprobación objetiva de la realidad del hecho que se señala como fortuito o dotado de fuerza mayor".⁽⁷⁴⁾ Queda en este ámbito, por lo tanto, un amplio margen para el oportuno ejercicio del prudente arbitrio judicial.⁽⁷⁵⁾

.....

(70) BUSTAMANTE ALSINA, JORGE, op. cit., p. 317, n° 713; CAZEAX, PEDRO N. y TRIGO REPRESAS, FÉLIX A., op. cit., tomo I, p. 624, n° 454; SALVAT, RAYMUNDO M. y GALLI, ENRIQUE V., op. cit., p. 155 y ss., n° 145-a.

(71) MAZEAUD, HENRI y LEÓN; TUNC, ANDRÉ, op. cit., tomo 1, vol. II, ps. 365 y ss., n° 667 y tomo 2, vol. II, ps. 163 y ss., n° 1564-2, p. 171, n° 1568-2 y ps. 211 y ss., n° 1596; BUSTAMANTE ALSINA, JORGE, op. cit., p. 317, n° 713; JAPAZE, MARÍA BELÉN, op. cit., nota a fallo en L.L.B.A. 2001, p. 461, Cám. Nac. Civil, Sala A, 10/12/1987, "Morano c/ Munic. Bs. As.", La Ley 1989-B-628, Agrup. 6077/78; ídem 20/08/1979, "Filotti c/ Automóvil Club", La Ley 1979-D-333 y ED 84-619; Cám. 1ra Civ. Com. San Isidro, Sala I, 28/5/87, "Cía. de Seguros del Interior SA c/ Astilleros Ortholan SRL", DJ 1988-1-198.

(72) Cám. Nac. Federal, Sala Civ. y Com., 25/11/1969, "Mar Dulce S.A. c/ La Industrial Paraguaya SA", La Ley 139-789 (24.233-S); Cám. Nac. Civil, Sala B, 03/06/1966, "Duhau de Méndez Lynch c/ Municip. Cap. Fed.", La Ley 123-784.

(73) BUSTAMANTE ALSINA, JORGE, op. cit., p. 317, n°s. 712 y 713, COLMO, ALFREDO, op. cit., p. 93, n° 121; LLAMBIAS, JORGE J., *Tratado de derecho civil. Obligaciones*, op. cit., tomo I, p. 217, n° 191; MOSSET ITURRASPE, JORGE, *Responsabilidad por daños*, op. cit., tomo I, ps. 215 y ss., n° 88-b); MAZEAUD, HENRI y LEÓN; TUNC, ANDRÉ, op. cit., tomo 1, vol. II, ps. 365 y ss., n° 667; Cám. Nac. Com., Sala A, 06/10/1975, "Oriani Mogarro c/ Comercial Edison", La Ley 1976-A-385.

(74) SOTO NIETO, FRANCISCO, op. cit., p. 17.

(75) CAZEAX, PEDRO N. y TRIGO REPRESAS, FÉLIX A., op. cit., tomo I, ps. 540 y sig., n° 453; SOTO NIETO, FRANCISCO, op. cit., p. 32; Cám. Nac. Civil, Sala E, 30/05/1967, "Bonfante c/ Leclerc", La Ley 128-789; íd. 07/07/1966, "Sztein c/ Benítez Cruz", La Ley 124-197.

En suma, bien puede decirse que la fuerza mayor no es más que el nombre que se da a las circunstancias que han impedido al obligado obtener el resultado perseguido, aun cuando hubiese desplegado la debida diligencia; o, dicho de otra manera, pese a no haber incurrido en culpa.⁽⁷⁶⁾ De lo cual resulta que cualquier falta de diligencia del deudor, sea en relación a la previsión del acontecimiento, sea en cuanto a las medidas aptas para evitarlo, habrá de excluir el “caso fortuito”;⁽⁷⁷⁾ al tiempo que no habrá culpa y sí “casus” cuando, pese a la conducta idónea y diligente, el hecho resultó no obstante imprevisible o inevitable.⁽⁷⁸⁾ Lo cual equivale a decir que el juzgamiento de la conducta humana en función de las mismas circunstancias concretas de personas, tiempo y lugar, a la que aluden el art. 512 CC y el 1724 del Proyecto para caracterizar a la “culpa”, habrán de determinar: o la existencia de ésta e inexistencia del “caso fortuito” o, por el contrario, la existencia del “caso fortuito” e inexistencia entonces de “culpa”.⁽⁷⁹⁾

- g. **Imposibilidad de cumplimiento de la prestación.** El “casus” debe provocar un obstáculo absoluto e insuperable para el cumplimiento de la obligación, tornándolo definitivamente imposible.⁽⁸⁰⁾ Y debe tratarse de una verdadera imposibilidad de cumplir, por cuanto una mera dificultad (*dificultas praestandi*),

(76) MAZEAUD, HENRI y LEÓN; TUNC, ANDRÉ, op. cit., tomo 1, vol. II, p. 365, n° 667 y tomo 2, vol. II, p. 171, n° 1568-2.

(77) Cám. Nac. Civil, Sala A, 08/05/1979, “El Comercio Cía. de seguros c/ Vega”, La Ley 1979-C-483; ídem Sala C, 06/10/1964, “Dermaio de Pase c/ Plastix SA”, La Ley 117-754; ídem Sala E, 11/09/1969, “Gonzalvo c/ Gómez Pakleo”, La Ley 138-131; Cám. Nac. Comercial, Sala A, 06/10/1975, “Oriani Mogarro c/ Comercial Edison”, La Ley 1976-A-385; SAVATIER, RENÉ, *Traité de la responsabilité civile en droit français*, 2da ed., París, Librairie Générale de Droit et de Jurisprudence, 1951, tomo I, p. 206 y ss., n° 163.

(78) BUSSO, EDUARDO B, op. cit., tomo III, p. 306, n° 38; MAZEAUD, HENRI y LEÓN; TUNC, ANDRÉ, op. cit., tomo 2, vol. II, p. 171, n° 1567-2.

(79) BUSTAMANTE ALSINA, JORGE, op. cit., p. 317, n° 713.

(80) ALTERINI, Atilio A.; AMEAL, OSCAR J.; LÓPEZ CABANA, ROBERTO M., op. cit., ps. 408 y ss., n° 837-f) y 838 bis y ss.; BOFFI BOGGERO, LUIS MARÍA, op. cit., tomo 2, p. 227, § 490-d); BUSSO, EDUARDO B., op. cit., tomo III, p. 308, n° 50; BUSTAMANTE ALSINA, JORGE, op. cit., p. 319, n° 717; CAZEAX, PEDRO N. y TRIGO REPRESAS, FÉLIX A., op. cit., tomo I, p. 541 y ss., n° 454; LLAMBÍAS, JORGE J., *Tratado... Obligaciones*, tomo I, pp. 220/221, n° 195; MAYO, JORGE A., op. cit., tomo 2, p. 664 y ss., § 9; PIZARRO, RAMÓN D. y VALLESPINOS, CARLOS G., op. cit., tomo 3, p. 297, § 621-f); Cam. Nac. Civil, Sala C, 12/02/1987, “Di Nella c/ Di Sí”, La Ley 1987-B-131; ídem, Sala D, 13/3/87, “Alego c/ Furlanetto”, La Ley 1988-A-554 (37.846-S); Cám. Nac. Comercial, Sala D, 13/6/84, “Navarro c/ Herrera Automotores SA”, La Ley 1985-A-106 y J.A.1985-II-456; Cám. Nac. Federal Civ. Com., Sala II, 05/08/1997, “Pieles Enya de Nicolás y Pirangelo My c/ Aero Express International SA”, La Ley 1998-B-232 y ED 176-192; ídem, Sala III, 11/07/1996, “Aseguradores de cauciones Cía. de Seguros c/ Cía. Transportadora Com. Traslor”, La Ley 1997-B-714 y ED 17336; Cám. 1ra

aún siendo grave, no bastaría para que se llegase a configurar esta causal exoneratoria.

En el derecho alemán se tiene, en cambio, un concepto más abierto que el de la imposibilidad, considerándose que en el mismo cabe el matiz de la imposibilidad económica, que es por cierto distinta de la imposibilidad física o natural: el cumplimiento podría ser naturalmente posible, pero puede no serlo económicamente. Por ejemplo dice Hedemann: en un contrato de transporte por el río Elba, si el mismo se helase, todavía habría, indudablemente, posibilidad física de cumplirlo, navegando con un rompehielos; pero no puede desconocerse que existiría una imposibilidad jurídica y económica, atento que así se le estaría exigiendo al deudor deberes mayores a los que, dentro de la buena fe, pudo razonablemente haber tomado a su cargo al asumir esa obligación. En tal sentido, debe señalarse que la jurisprudencia alemana admite que "cuando el cumplimiento de la obligación, tal cual se plantean las cosas, dejare al deudor en la ruina, se está ante un caso de imposibilidad económica".⁽⁸¹⁾

En los últimos tiempos se ha ido abriendo camino entre nosotros otra tendencia, que considera que la imposibilidad debe ser juzgada con un criterio subjetivo que tenga especialmente en cuenta al deudor de la obligación y a las circunstancias del caso, y que no la entienda como una situación que resistiese a todo género de esfuerzo, sino como aquélla que humanamente corresponde exigir de la actividad a la cual se comprometiera el deudor concreto del caso dado.⁽⁸²⁾ O sea que, desde esta perspectiva, basta con que la imposibilidad sea relativa; es decir, que exista para

.....
Civ. Com. Córdoba, 09/10/1984, "Salva c/ Banco Faro Coop. Ltda.", *La Ley*. Córd. 1985-587 (147-R).

(81) CAZEUX, PEDRO N. y TRIGO REPESAS, FÉLIX A., op. cit., tomo I, p. 541 y ss., n° 454; ENNECCERUS, LUDWIG y LEHMANN, HEINRICH, op. cit., tomo 2, vol. I, p. 237, § 46-2; HEDEMANN, J. W., *Derecho de obligaciones*, Jaime Santos Briz (trad.), Madrid, Ed. Revista de Derecho Privado, 1958, tomo III, p. 168 y ss.; LARENZ, KARL, *Derecho de obligaciones*, Jaime Santos Briz (trad.), Madrid, Ed. Revista de Derecho Privado, 1958, tomo I, p. 310 y ss.

(82) ALTERINI, Atilio A.; AMEAL, OSCAR J.; LÓPEZ CABANA, ROBERTO M., op. cit., p. 408 y ss., n° 839; AMEAL, OSCAR J., en Augusto C. Belluscio (dir), Eduardo A. Zannoni (coord.), *Código Civil y leyes complementarias. Comentado, anotado y concordado*, op. cit, tomo 3, p. 780, § 4-a); LAFAILLE, HÉCTOR; BUERES, ALBERTO J. y MAYO, JORGE A. "Tratado de las obligaciones" op. cit., tomo I, p. 876 y sig., n° 547; LLAMBIAS, JORGE J., *Tratado... Obligaciones*, op. cit., tomo I, p. 221 y ss., n° 197 y t. III, p. 288, n° 1990; voto del Dr. Ibarlucía en fallo de la SCBA, 13/05/1980, "Bonomi c/ Galano", D.J.B.A. 119-461.

el obligado, aunque eventualmente hubiese podido no ser de imposible realización para alguna otra persona.

h. **Distintos tipos de imposibilidad.** Existen, a su turno, distintos tipos de imposibilidad.

Ante todo, la imposibilidad puede ser absoluta y relativa, aunque por regla general deba ser absoluta —es decir, para todo el mundo y no sólo para la persona del obligado—. Pero, no obstante, en las prestaciones *intuitu personae* reguladas en los arts. 626 y 730 CC, y en art. 776 del Proyecto, una imposibilidad relativa —es decir, que sólo afecte al deudor— puede llegar a configurar un *casus*, como por ejemplo el caso de un pintor famoso contratado para pintar un cuadro que quedara ciego o falleciese.⁽⁸³⁾

También se considera, en principio, que la imposibilidad debe ser definitiva, atento a que si solamente fuese temporaria, una vez cesado el impedimento, el obligado debería cumplir la prestación, salvo, claro está, que la obligación hubiese ya perdido su razón de ser, o su utilidad o interés para el acreedor.⁽⁸⁴⁾

Desde otro punto de vista la imposibilidad debe ser total, atento que la parcial no impediría el cumplimiento de la parte posible de la prestación, siempre que no se desnaturalizase la obligación y el acreedor lo aceptara.⁽⁸⁵⁾ En este sentido, nuestro Código Civil legisla casos en los que median ese tipo de situaciones: el art. 1642, que prevé la imposibilidad de concluir la obra, siendo el empresario pagado por lo que ha hecho (o, como reza el *in fine* del art. 1267 del Proyecto: “El contratista tiene derecho a obte-

(83) BUSSO, EDUARDO B., op. cit., tomo III, p. 310, n° 67; CAZEUX, PEDRO N. y TRIGO REPRESAS, FÉLIX A., op. cit., tomo I, p. 635, n° 454-1.; COLMO, ALFREDO, op. cit., pp. 97/98, n° 122; SOTO NIETO, FRANCISCO, op. cit., p. 87.

(84) BORDA, GUILLERMO, *Tratado de derecho civil. Obligaciones*, op. cit., tomo I, p. 128, n° 123; BUSSO, EDUARDO B., op. cit., tomo III, p. 324, n° 189; CAZEUX, PEDRO N. y TRIGO REPRESAS, FÉLIX A., op. cit., tomo I, p. 544, n° 454-3.; ENNECERUS-LEHMANN, op. cit., tomo 2, vol. I, p. 241, § 46-IV; HEDEMANN, J. W., op. cit., tomo III, ps. 170 y sigte.; LARENZ, KARL, op. cit., tomo I, ps. 301 y ss., PIZARRO, RAMÓN D. y VALLESPINOS, CARLOS G., op. cit., tomo 3, p. 297, § 621-f).

(85) BORDA, GUILLERMO, *Tratado de derecho civil. Obligaciones*, op. cit., tomo I, pp. 128/127, n° 124; ENNECERUS, LUDWIG y LEHMANN, HEINRICH, op. cit., tomo 2, vol. I, p. 244, § 47; HEDEMANN, J. W., op. cit., tomo III, p. 170.

ner una compensación equitativa por la tarea efectuada”), o el art. 1709, que considera el supuesto del socio industrial que, sin culpa suya, debe interrumpir la prestación del servicio prometido, con la consecuencia de que los demás socios sólo tendrán derecho de exigirle una disminución proporcional en las ganancias.

Finalmente, la imposibilidad puede ser física o jurídica, según provenga de circunstancias de hecho o de “derecho”,⁽⁸⁶⁾ lo cual resulta de lo establecido en el art. 888 CC, que se refiere a la imposibilidad de cumplimiento física o legal.

La imposibilidad física o material no presenta mayores dificultades. Así, cuando la obligación es la de dar cosas ciertas, la pérdida o destrucción de las mismas constituye un caso típico de imposibilidad de pago —que, incluso, es el único del que se ocupan el Código Civil francés y la mayoría de las legislaciones que en él se inspiraran—.⁽⁸⁷⁾ En las obligaciones de hacer también suele darse la circunstancia de que el hecho prometido resulta a *posteriori* de imposible cumplimiento (art. 627 CC), tal como sucede verbigracia en las *intuitu personae* (arts. 626, 730 y concordantes del CC, y art. 776 del Proyecto), si llega a acaecer la incapacidad o la muerte del obligado. Y, por último, lo mismo puede ocurrir en las obligaciones de no hacer (art. 632 CC), si la omisión prometida se convierte en un hecho necesario.

En cuanto a la imposibilidad legal o jurídica, cabe señalar que es aquélla que se produce cuando aparece un obstáculo legal que se opone a la realización de la prestación debida, aunque la misma todavía pudiese ser cumplida materialmente. Así, ocurre, por ejemplo, si la cosa debida es puesta “fuera del comercio” (arts. 953, 2336, 2337 CC y art. 234 del Proyecto), o si se prohíbe la edificación a mayor o menor altura de la acordada contractualmente, o si se crea una interdicción al establecimiento o funcionamiento de fábricas o industrias en determinada zona, o si se expropia

(86) ALTERINI, Atilio A.; AMEAL, Oscar J.; LÓPEZ CABANA, Roberto M., op. cit., p. 408, n° 838 bis; PIZARRO, Ramón D. y VALLESPINOS, Carlos G., op. cit., tomo 3, p. 297, § 621-f).

(87) Código Civil francés: arts. 1302 y 1303; italiano de 1865: arts. 1298 y 1299; español: arts. 1182/1186; chileno: arts. 1670/1680; boliviano de 1976: art. 281; Haití: arts. 1087 y 1088; de Honduras: arts. 1460/1464; de Ecuador: arts. 1660/1670; de Venezuela: arts. 1344 y 1345; de Guatemala: arts. 2355 y 2356; etc.

por el Estado un inmueble prometido en venta, etc.⁽⁸⁸⁾ En efecto, ello es así puesto que, desde entonces, tal hecho ya no puede llevarse a cabo por un ordenamiento jurídico que no lo prevé o, es más, que lo excluye o veda expresamente. Ello determina que tal obligación se extinga por imposibilidad jurídica de cumplimiento.

En situaciones muy especiales se ha aceptado, asimismo, la imposibilidad moral, citándose como ejemplo un caso de la jurisprudencia francesa: el de los cabarets de París que dejaron de funcionar el día que se declaró la guerra de 1914, a raíz de la conmoción provocada por el estallido de ese conflicto bélico.⁽⁸⁹⁾

7.6 | Efectos del caso fortuito o fuerza mayor

Como ya lo establecía el Digesto: “nadie está obligado a lo imposible” (*ad impossibilia nemo tenetur*). Y, por tal razón, si bien por principio el deudor es responsable del incumplimiento de la obligación a su cargo (art. 505, inc. 3 CC), tal responsabilidad no existe cuando la prestación resulta imposible de cumplir por caso fortuito o fuerza mayor —así resulta de lo dispuesto expresamente en los arts. 513 y 888 CC, y en los arts. 955 y 1732 del Proyecto—.

En efecto, nadie puede ser responsabilizado de daños provocados por una causa extraña e independiente de su voluntad, que no pudo prever

(88) AMEAL, OSCAR J., en Augusto C. Belluscio (dir), Eduardo A. Zannoni (coord.), *Código Civil y leyes complementarias. Comentado, anotado y concordado*, op. cit., tomo 3, p. 779, § 4-a) y nota 8; BORDA, GUILLERMO A., *Tratado de derecho civil. Obligaciones*, op. cit., tomo I, p. 696, n° 987; LAFAILLE, HÉCTOR; BUERES, ALBERTO J. y MAYO, JORGE A., op. cit., tomo I, pp. 876/878, n° 547; LLAMBIAS, JORGE J., *Tratado de derecho civil. Obligaciones*, op. cit., tomo III, p. 287, n° 1990; CAZEAUX, PEDRO N. y TRIGO REPRESAS, FÉLIX A., op. cit., tomo III, p. 466 y ss., n° 1777; Cám. Nac. civil, Sala A, 22/5/79, “Robledo Loza c/ Díaz de González”, La Ley 1979-C-433.

(89) ALTERINI, Atilio A.; AMEAL, OSCAR J.; LÓPEZ CABANA, ROBERTO M., *Derecho de obligaciones. Civiles y comerciales*, op. cit., p. 409, n° 842; BUSO, EDUARDO B., *Código Civil anotado*, op. cit., tomo III, p. 309, n° 62; CAZEAUX, PEDRO N. y TRIGO REPRESAS, FÉLIX A., op. cit., tomo I, p. 544 y ss., n° 454-4.; LLAMBIAS, JORGE J., *Tratado de derecho civil. Obligaciones*, op. cit., tomo I, p. 221, n° 196; HEDEMANN, J. W., op. cit., tomo III, p. 169, n° 3; MAZEAUD, HENRI y LEÓN; TUNC, ANDRÉ, op. cit., tomo 2, vol. II, p. 174/175, n° 1570; SOTO NIETO, FRANCISCO, op. cit., p. 82.

ni evitar.⁽⁹⁰⁾ En tal caso, se opera una ruptura del proceso causal iniciado a partir del hecho u omisión del presunto responsable y el “casus” que ha interferido lo desplaza y viene a absorber todo el daño acontecido. Así, la verdadera “causa” del mismo —única a ser tenida en cuenta desde el punto de vista de la responsabilidad civil— pasa a ser el suceso configurante del caso fortuito o fuerza mayor. De tal manera el perjuicio habrá de resultar por completo ajeno al proceder del presunto responsable, quien por lo tanto ya no será el autor, al menos moral, del incumplimiento;⁽⁹¹⁾ razón por la cual se lo libera, tanto del cumplimiento de la obligación como del deber de indemnizar daños e intereses.

7.7 | “Casus” y ausencia de culpa

Cabe ahora considerar si la falta de culpa coincide o no con el “casus” que imposibilita el cumplimiento de la obligación o si, en definitiva, se trata de dos nociones diferentes.

Nuestro Código Civil alude a la “falta de culpa” como eximente de responsabilidad en varios supuestos. Así lo establecen los arts. 578, 580, 584 y 586, referidos al régimen de los “riesgos” en las obligaciones de dar cosas ciertas, para transferir derechos reales o restituir a su dueño; los arts. 611 y 614, en similares supuestos de obligaciones de dar cantidades de cosas, pero después de efectuada su individualización; el art. 642, que alude a la imposibilidad de cumplimiento sin culpa del deudor en las obligaciones alternativas; el 647, sobre extinción sin culpa del deudor de “la cosa que forme el objeto de la prestación principal” en las obligaciones facultativas; el 888, sobre imposibilidad de pago o cumplimiento “sin culpa del deudor”; el 1113 (en su actual redacción), que en la primer parte de su párr. 2 admite la prueba por parte del dueño o guardián de “que de su parte no hubo culpa”, para la eximición de su responsabilidad en los daños causados “con” las cosas; y el art. 1127 sobre extravío o soltura del

(90) Cám. Nac. Federal Contencioso administrativa, Sala I, 07/03/2000, “Elowson Solueig Lineau de c/ Estado Nac.”, *La Ley* 2000-E-81 y RCyS 2000-654; Cám. Nac. Civil, Sala D, 14/09/1998, “C. L., C. c/ Municip. Ciudad Bs. As.”, JA 2000-I-366 y RCyS 2000-447.

(91) Cám. 2da Civil, Com., Minas y Trabajo de Catamarca, 02/06/1997, “La Meridional Cía. de Seguros c/ Transportes Marcalli”, *La Ley* Noroeste Argentino 1998-699.

animal que luego habrá de ocasionar un daño, "sin culpa de la persona encargada de guardarlo".

Ahora bien, para algunos autores se confunden la fuerza mayor y la falta de culpa, en razón de que: o bien el evento dañoso era imprevisible o inevitable, o bien había forma de preverlo o evitarlo. En la primera hipótesis, en el mismo punto ideal en que desaparece la culpa, nace la fuerza mayor; en la segunda, se configura nítidamente la culpa del agente, que no recurrió a todos los medios posibles para evitar el daño.⁽⁹²⁾

Para la mayoría de la doctrina, sin embargo, existe una zona intermedia entre la fuerza mayor y la culpa: la de la falta de culpa. "Para determinar si existe la culpa —expresan Mazeaud y Tunc— el juez se pregunta si un individuo cuidadoso habría obrado de distinta manera que el demandado (...) Para determinar si existe fuerza mayor, el juez se pregunta si un individuo cuidadoso habría estado en la imposibilidad de obrar de distinta manera que el demandado". Y, entre ambas situaciones, media una considerable diferencia de grado: la falta de culpa comprende todas aquellas situaciones en las que el origen del daño no ha podido ser atribuido a negligencia o imprudencia del autor; la fuerza mayor supone, en cambio, algo más: un daño producido por una fuerza irresistible, una imposibilidad absoluta de obrar en otra forma que lo hecho por el presunto responsable.⁽⁹³⁾

Finalmente, para otra corriente, aunque en pura teoría la fuerza mayor debe implicar algo más que la mera falta de culpa. En definitiva, desde un punto de vista práctico, los supuestos en que no ha mediado culpa se equipararían al "casus", existiendo sólo una diferencia en el régimen probatorio: la prueba de la fuerza mayor supone justificar un hecho positivo concreto, mientras que la ausencia de culpa es una prueba negativa e indefinida. Es decir, se podrá acreditar el no haber incurrido en algunas negligencias o el haber tomado ciertos cuidados, pero ciertamente no po-

(92) PLANIOL, MARCEL; RIPERT, GEORGES y ESMEIN, PAUL, op. cit., tomo 6, pp. 537 y ss. n.ºs. 182 y ss.; SAVATIER, RENÉ, op. cit., tomo I, p. 206 y ss., n.º.163 y p. 227 y ss., n.º 182 y 183.

(93) MAZEAUD, HENRI y LEÓN; TUNC, ANDRÉ, op. cit., tomo 2, vol. II, p. 326 y ss., n.º 630; LÓPEZ OLACIREGUI, FERNANDO, "La fuerza mayor y la orden del soberano ante la teoría de la responsabilidad civil" en JA 1944-IV, p. 314, n.º II-a) y b).

dría probarse el no haber incurrido en “ninguna” imprudencia, ni tampoco el haber adoptado íntegramente “todas” las precauciones debidas.⁽⁹⁴⁾

A nuestro entender, el problema de la diferenciación entre la “ausencia de culpa” y el “caso fortuito o fuerza mayor” encuentra su adecuada solución si se recurre al distingo formulado por René Demogue entre “obligaciones de medio y de resultado”,⁽⁹⁵⁾ luego recogido por los hermanos Mazeaud aunque con otra denominación: “obligaciones generales de prudencia y diligencia y obligaciones determinadas”.⁽⁹⁶⁾ Distingo éste que resulta muy importante desde el punto de vista probatorio en los casos de incumplimiento. En efecto, si lo prometido es un resultado, la prueba del incumplimiento de la obligación surge de la mera circunstancias de no haberse obtenido el fin previsto. Pero si sólo se ha prometido conducirse con prudencia y diligencia en un sentido dado, para acreditar el incumplimiento no basta ya con acreditar la no obtención de un resultado, sino que, además, se deberá demostrar que ello obedeció a culpa del deudor, quien no se condujo con la idoneidad y diligencia debidas. En el primer caso corresponderá al obligado acreditar que su incumplimiento fue provocado por un caso fortuito o de fuerza mayor —o alguna otra causal eximente—; en el segundo, el *onus probandi* habrá de recaer sobre el acreedor, quien deberá demostrar la culpa del responsable,⁽⁹⁷⁾ no obstante lo cual el deudor siempre podría anticiparse a la prueba de la otra parte y demostrar

(94) BUSSO, EDUARDO B, op. cit., tomo III, p. 300, n° 4; LÓPEZ OLACIREGUI, FERNANDO, op. cit. en JA 1944-IV, ps. 314 y ss., n° II-c); MOSSET ITURRASPE, JORGE, *Responsabilidad por daños*, op. cit., tomo I, ps. 213 y ss., n° 88-a); ORGAZ, ALFREDO, *La culpa (Actos ilícitos)*, op. cit., p. 258 y ss., n° 104; BONNECASE, JULIEN, “Supplément” al “*Traité théorique et pratique de droit civil*” de G. Baudry-Lacantinerie, París, Ed. Recueil Dalloz-Sirey, 1926, tomo III, p. 570, n° 185; Cám. Nac. Civil, Sala C, 12/02/1987, “Di Nella c/ Di Si”, *La Ley* 1987-B-131.

(95) DEMOGUE, RENÉ, *Traité des obligations en général*, París, Arthur Rousseau, 1925, tomo V, pp. 538/544, n° 1237.

(96) MAZEAUD, HENRI y LEÓN; TUNC, ANDRÉ, *Tratado teórico y práctico de la responsabilidad civil...* op. cit., tomo 1, vol. I, ps. 126 y ss., n°s. 103-2 a 103-6; MAZEAUD, HENRI, LEÓN y JEAN, *Lecciones de derecho civil*, trad. de Luis Alcalá-Zamora y Castillo, Bs. As., EJEJA, 1960, Parte II, vol. I, pp. 21 y ss., n° 2.

(97) DEMOGUE, RENÉ, *Traité des obligations en général*, París, Arthur Rousseau, 1925, tomo V, pp. 538/544, n° 1237; BONASI BENUCCI, EDUARDO, *La responsabilidad civil*, Juan V. Fuentes Lojo y José Peré Raluy (trads.), Barcelona, Bosch, 1958, p. 10; SALAS, ACDEEL E., “Estudios sobre la responsabilidad civil” op. cit., ps. 19 y ss., n° 14; MAZEAUD, HENRI y LEÓN; TUNC, ANDRÉ, *Tratado teórico y práctico de la responsabilidad civil...*, op. cit., tomo 1, vol. I, ps. 132 y ss., n°s. 103-5; tomo 1, vol. II, ps. 401 y ss., n°s. 694-2 a 694-4 y tomo 2, vol. II, ps. 12 y ss., n° 1432; MAZEAUD, HENRI, LEÓN y JEAN PIERRE, *Lecciones de derecho civil*, op. cit., Parte II, vol. I, p. 21, n° 21.

el hecho de haber actuado en las circunstancias dadas con la prudencia y diligencia adecuadas, sin estar obligado a probar ningún acontecimiento de fuerza mayor, ya que entonces es suficiente para eximirse de responsabilidad la acreditación de un comportamiento inimputable.⁽⁹⁸⁾

8 | Artículo 1731. Hecho de un tercero

“Hecho de un tercero. Para eximir de responsabilidad, total o parcialmente, el hecho de un tercero por quien no se debe responder debe reunir los caracteres del caso fortuito o fuerza mayor”.

8.1 | El hecho de un tercero como causa ajena

En el art. 1113 CC, referido a la responsabilidad por el riesgo o vicio de la cosa, ya se admite como causal de exoneración de responsabilidad el “hecho de un tercero (extraño) por quien no deba responder el dueño o guardián”, por cuanto tal hecho, en tanto imposibilite verdaderamente el cumplimiento del deber jurídico u obligación, va a configurar precisamente un supuesto de caso fortuito o fuerza mayor.⁽⁹⁹⁾

Es que, en rigor, el hecho de un tercero extraño por quien no deba responder el presunto responsable del daño, constituye a su respecto, precisamente, un supuesto de caso fortuito o fuerza mayor.⁽¹⁰⁰⁾ Ésto es lo que establece la norma en comentario del Proyecto.

(98) BREBBIA, ROBERTO H., “Caso fortuito y fuerza mayor”, en *Temas de derecho civil (Quintas Jornadas Sanrafaelinas de Derecho Civil)*, Bs. As., Ed. Universidad, 1980, p. 84 y ss.; BUERES, ALBERTO J., *Responsabilidad civil de las clínicas y establecimientos médicos*, Bs. As., Abaco, 1981, ps. 162 y ss., § 34-b) y nota 70; BUSTAMANTE ALSINA, JORGE, op. cit., p. 349 y ss., n°s 827/832; CAZEAUX, PEDRO N. y TRIGO REPRESAS, FÉLIX A., op. cit., tomo I, p. 562 y ss., n° 477; SALVAT, RAYMUNDO M. y GALLI, ENRIQUE V., ENRIQUE, op. cit., p. 132, n° 121-a; MARTÍNEZ RUIZ, “Obligaciones de medio y de resultado” en *La Ley* 90, p. 759 y ss.; MAZEAUD, HENRI, LEÓN y JEAN PIERRE, *Lecciones de derecho civil* op. cit., Parte II, tomo II, p. 122, n° 452; SALAS, ACDEEL E., “Caso fortuito y ausencia de culpa” en *Juris* 15, ps. 369 y ss. y en *Obligaciones, contratos y otros ensayos*, op. cit., p. 135/137; TRIGO REPRESAS, FÉLIX A., “Casus y falta de culpa”, nota a fallo en *La Ley* 1981-B, p. 293/294, n° IV.

(99) MAZEAUD, HENRI y LEÓN; TUNC, ANDRÉ, op. cit., tomo 2, Vol. I, ps. 145 y ss., n° 1298-1 y ss.; BUSSO, EDUARDO B., “Código civil anotado” op. cit., tomo III, p. 314 y ss., n° 101 y ss.

(100) MAZEAUD, HENRI y LEÓN; TUNC, ANDRÉ, op. cit., tomo 2, vol. I, p. 145 y ss., n° 1298-1 y ss.; BUSSO, EDUARDO B., op. cit., t. III, p. 314 y ss., n° 101 y ss.

Se trata, en efecto, de circunstancias que, por su imprevisibilidad e irresistible, colocan al resultado fuera del ámbito propio de la actividad desempeñada por el obligado, constituyéndose así, indiscutiblemente, en factores interruptivos de la cadena causal.⁽¹⁰¹⁾

9 | Artículo 1732. Imposibilidad de cumplimiento

“Imposibilidad de cumplimiento. El deudor de una obligación queda eximido del cumplimiento, y no es responsable, si la obligación se ha extinguido por imposibilidad de cumplimiento objetiva y absoluta no imputable al obligado. La existencia de esa imposibilidad debe apreciarse teniendo en cuenta las exigencias de la buena fe y la prohibición del ejercicio abusivo de los derechos”.

9.1 | La imposibilidad de cumplimiento no imputable al deudor constituye un supuesto de caso fortuito

La presente norma, ubicada a artículo por medio del art. 1730 del Proyecto, ha venido en alguna medida a complementar lo dispuesto en el mismo sobre caso fortuito o fuerza mayor. Si bien se establece, al igual que en el art. 514 CC, que caso fortuito es el “hecho que no ha podido ser previsto o que, habiendo sido previsto, no ha podido ser evitado” —lo que en principio exige, en tal supuesto, de responsabilidad—, no se ha precisado en cambio, como sí lo hace el art. 513 CC, que tal “casus” debe haber provo-

(101) BUSTAMANTE ALSINA, JORGE, op. cit., p.421, n° 1067; PIZARRO, RAMÓN D., *Responsabilidad civil por el riesgo o vicio de la cosa*, op. cit., p. 488 y ss., n°s. 3, 4 y 5; KEMELMAJER DE CARLUCCI, en Augusto C. Belluscio (dir), Eduardo A. Zannoni (coord.), *Código Civil y leyes complementarias. Comentado, anotado y concordado*, op. cit., tomo 5, p.567 y ss., § 79; SALAS, ACDEEL “La responsabilidad en la reforma del Código civil” en J.A. Doctrina 1969, p. 432, n° 42 y en *Obligaciones contratos y otros ensayos*, op. cit., ps. 395 y ss., n° 42; BREBBIA, ROBERTO H., *Problemática jurídica de los automotores*, op. cit., tomo I, p.134, § 3 y p.261, § 8; SANTOS BRIZ, JAIME, *La responsabilidad civil*, 2da ed., Madrid, Montecorvo, 1977, p. 410, § 1, n°1; SAVATIER, RENÉ, *Traité de la responsabilité civile...*, op. cit., tomo 1, p. 487, n° 384; MAZEAUD, HENRI y LEÓN; TUNC, ANDRÉ, *Tratado teórico y práctico de la responsabilidad civil...*, op. cit., tomo 2, vol.I, p. 345 y ss., n° 1297 *in fine* y 1298; JOSSERAND, LOUIS Y BRUN, ANDRÉ, op. cit., tomo II, Vol. 1, p. 430 y ss., n° 547.

cado “la falta de cumplimiento de la obligación” o, como lo dice este art. en comentario, que “la obligación se ha extinguido por imposibilidad de cumplimiento objetiva y absoluta no imputable al obligado”.

De manera concordante, el art. 955 del Proyecto también define la imposibilidad de cumplimiento afirmando que “La imposibilidad sobrevenida, objetiva, absoluta y definitiva de la prestación, producida por caso fortuito o fuerza mayor, extingue la obligación sin responsabilidad”.

9.2 | Apreciación de buena fe y prohibición del ejercicio abusivo

El *in-fine* de este artículo se añade que: “La existencia de esa imposibilidad debe apreciarse teniendo en cuenta las exigencias de la buena fe y la prohibición del ejercicio abusivo de los derechos”.

Se trata de un supuesto de expresa la aplicación práctica, como para que no queden dudas, de dos principios básicos y señeros, recíprocamente integradores entre sí, que inspiran y campean en todo el Proyecto: el ejercicio de los derechos de buena fe y el desamparo legal a todo ejercicio abusivo de los mismos. Éstos aparecen ya sentados *ab initio* en su “Título preliminar”, en el capítulo 3 “Ejercicio de los derechos”, en los arts. 9 —“Los derechos deben ser ejercidos de buena fe”— y 10, párr. 2 —“La ley no ampara el ejercicio abusivo de los derechos”, considerándose tal al “que contraría los fines del ordenamiento jurídico o el que excede los límites impuestos por la buena fe, la moral y las buenas costumbres”—.

10 | Artículo 1733. Responsabilidad por caso fortuito o por imposibilidad de cumplimiento

“Responsabilidad por caso fortuito o por imposibilidad de cumplimiento. Aunque ocurra el caso fortuito o la imposibilidad de cumplimiento, el deudor es responsable en los siguientes casos: a) si ha asumido el cumplimiento aunque ocurra un caso fortuito o una imposibilidad; b) si de una disposición legal resulta que no se libera por caso fortuito o por imposibi-

lidad de cumplimiento; c) si está en mora, a no ser que ésta sea indiferente para la producción del caso fortuito o de la imposibilidad de cumplimiento; d) si el caso fortuito y, en su caso, la imposibilidad de cumplimiento que de él resulta, constituyen una contingencia propia del riesgo de la cosa o la actividad; e) si está obligado a restituir como consecuencia de un hecho ilícito”.

10.1 | Excepciones a la exención de responsabilidad por caso fortuito

En esta norma, el Proyecto se ocupa de diversos supuestos, ya aceptados antes por la doctrina y la jurisprudencia, en los que el caso fortuito o la imposibilidad de cumplimiento no van cumplir su habitual función liberadora de responsabilidad. Es decir, va a existir responsabilidad civil pese a la ocurrencia de aquéllos.

10.2 | Asunción por el deudor de las consecuencias del caso fortuito

Tal sucede ante todo si, como lo dispone el inc. a) del art. 1733 del Proyecto, el deudor “ha asumido el cumplimiento aunque ocurra un caso fortuito o una imposibilidad” o si, como lo dice el art. 513 CC, el obligado “hubiera tomado a su cargo las consecuencias del caso fortuito o fuerza mayor”.

Puede darse, en efecto, que el deudor asuma el caso fortuito o fuerza mayor mediante una “cláusula de responsabilidad” que pusiera a su cargo determinados hechos concretos considerados y calificados como “caso fortuito”, o se valga de un “pacto de garantía”, conforme al cual se obligue a indemnizar a la otra parte los daños y perjuicios que ésta pudiera sufrir por el incumplimiento de la obligación.

Tales pactos constituyen, en efecto, una convención perfectamente válida que pueden acordar las partes, dentro del principio de la autonomía de la voluntad y libertad de contratación (arts. 1197 CC y 958 del Proyecto).

Por nuestra parte entendemos que, en principio, tales pactos deben ser acordados en forma expresa ya que, por constituir una suerte de renuncia

anticipada a una eventual causal de liberación de la deuda, resultan necesariamente de interpretación o hermenéutica restrictiva (doctrina de los arts. 874 CC y 948 del Proyecto).⁽¹⁰²⁾

10.3 | Disposición legal que impone responsabilidad por caso fortuito

Tampoco rige el caso fortuito o fuerza mayor si, a pesar de su existencia, la ley ha impuesto al deudor, por razones especiales, la responsabilidad de pagar los daños y perjuicios causados por el incumplimiento.

En este sentido, el inc. b) del art. 1733 del Proyecto establece la no exoneración de responsabilidad del deudor, “si de una disposición legal resulta que no se libera por caso fortuito o por imposibilidad de cumplimiento”. Todo lo cual resulta obvio y concordante con el *in fine* del art. 1730 del Proyecto —“El caso fortuito exime de responsabilidad, **excepto disposición en contrario**”—, pudiendo mencionarse como un ejemplo típico el de la “responsabilidad del gestor por caso fortuito”, del art. 1787 del mismo Proyecto.

Situaciones de este tipo se dan, entre otras, en las hipótesis previstas en varios artículos del Código Civil: 789 (el que de mala fe recibe un pago); 1091 (el autor de un robo); 1557 (el locatario no puede exigir remisión parcial o total de las rentas, alegando casos fortuitos ordinarios o extraordinarios que destruyen o deterioran las cosechas); 1914 última parte (mandatario que, por un pacto especial, toma sobre sí la solvencia de los deudores y todas las incertidumbres y embarazos del cobro); 1915 (valores en dinero que el mandatario tiene en su poder); 2294 (el gestor que ha hecho operaciones arriesgadas); 2435 (el poseedor de mala fe) y 2436 (poseedor vicioso), con su afín art. 1936 del Proyecto. E, igualmente, en los supuestos contemplados en el Código de Comercios, en los artículos: 270 (comisionista que responde por la pérdida o extravío del metálico o moneda corriente que tenga de su comitente) y 575 (depositario que usa el dinero

(102) BOFFI BOGGERO, LUIS MARÍA, *Tratado de las Obligaciones*, op. cit., tomo 2, p. 232, § 499-a); BUSSO, EDUARDO B., *Código Civil anotado*, op. cit., tomo III, p. 325, n°s. 196 y 197; CAZEAUX, PEDRO N. y TRIGO REPRESAS, FÉLIX A., op. cit., tomo I, p. 555 y ss., n° 470; ECHEVESTI, CARLOS A., op. cit., tomo 2-A, p. 184, § 4-d)-a); LLAMBIÁS JORGE J., *Tratado de derecho civil. Obligaciones*, op. cit., tomo I, p. 237, n° 211; REZZÓNICO, LUIS MARÍA, *Estudio de las obligaciones*, op. cit., tomo I, ps. 182 a 184; SALVAT, RAYMUNDO M. y GALLI, ENRIQUE V., op. cit., p.169, n° 157; SOTO NIETO, FRANCISCO, *El caso fortuito y la fuerza mayor. Los riesgos en la contratación*, op. cit., p. 117.

de su depositante). No obstante, pueden resultar también situaciones similares de otras leyes, como sucede por ejemplo con el Código Aeronáutico (ley 17.285) y la Convención de Viena de 1963 sobre daños nucleares, ratificada por la ley 17.048, que sólo eximen de responsabilidad en ciertos supuestos especiales de fuerza mayor: en el primero, cuando se trata del hecho de un tercero no subordinado que se apodera indebidamente de la aeronave (art. 158) y, en la segunda, sólo en caso de guerra (art. IV, n° 3, letra a); o con la Ley de Accidentes del Trabajo 24.557, en la cual la fuerza mayor debe ser extraña o ajena al trabajo (art. 6).

10.4 | Situación de mora del deudor anterior al caso fortuito

Otra de las excepciones a la eficacia liberatoria del “casus” se da “si [el deudor] está en mora”, tal como lo dice el inciso c) del art. 1733 del Proyecto. Es decir, si el deudor se hubiese encontrado incurso en mora con anterioridad a la ocurrencia del caso fortuito o fuerza mayor, como ya lo dice el citado art. 513 CC. O sea que, si la previa situación de mora le fuese imputable al propio obligado, no se liberaría de las consecuencias de su ulterior incumplimiento por caso fortuito, por cuanto aquel previo retardo culpable de su parte puso a su cargo todos los riesgos del incumplimiento, aún cuando este último se hubiese producido por caso fortuito.⁽¹⁰³⁾

Aunque ello es así siempre que dicha situación no hubiese sido, a su vez, “motivada por caso fortuito o fuerza mayor” —art. 513 CC— o, como reza el inc. c) del art. 1733 del Proyecto, que esa mora fuese “indiferente para la producción del caso fortuito o de la imposibilidad de cumplimiento”, cuyo ulterior acaecimiento ha devenido, por ende, irrelevante y ya no afecta para nada a la obligación.⁽¹⁰⁴⁾ Vale decir, verbigracia, que si la mora

(103) BORDA, GUILLERMO, *Tratado... Obligaciones*, op. cit., tomo I, p. 129, n° 126-a); BUSSO, EDUARDO B., *Código Civil anotado*, op. cit., tomo III, p. 327, n° 219; LLAMBIÁS, JORGE J., *Tratado de derecho civil. Obligaciones*, op. cit., tomo I, p. 238, n° 213; MOSSET ITURRASPE, JORGE, *Responsabilidad por daños*, op. cit., tomo I, p. 222, n° 90-c); SALVAT, RAYMUNDO M. y GALLI, ENRIQUE V., *Tratado... Obligaciones en general*, op. cit., tomo I, p. 171, n° 160.

(104) ALTERINI, Atilio A.; AMEAL, OSCAR J.; LÓPEZ CABANA, ROBERTO M., *Derecho de obligaciones. Civiles y comerciales*, op. cit., p. 411 y ss., n° 846-(3); CAZEAUX, PEDRO N. y TRIGO REPRESAS, FÉLIX A., *Derecho de las obligaciones*, op. cit., tomo I, pp. 557/558, n° 472; LLAMBIÁS, JORGE J., *Tratado... Obligaciones*, op. cit., tomo I, p. 238, n° 213; PIZARRO, RAMÓN DANIEL y VALLESPINOS, CARLOS GUSTAVO “Instituciones de derecho privado. Obligaciones” op. cit., tomo 3, p. 306, § 625-b)-3.

del deudor hubiese obedecido a un caso fortuito o fuerza mayor, ya no impediría el efecto liberatorio del ulterior “casus” que provocara después el incumplimiento de la obligación.

Sin perjuicio de que, por otra parte, conforme a lo dispuesto por el art. 892 CC y, parecidamente, en el primer párrafo del art. 1936 del Proyecto, aún el deudor ya constituido en mora también se libera de pagar los daños e intereses si la cosa que está en la imposibilidad de entregar a consecuencia de un caso fortuito hubiera perecido igualmente estando en poder del acreedor. Sin embargo, el deudor sería igualmente responsable en algunos casos especiales de mala fe agravada, como son los contemplados por los arts. 1091 y 2436 CC,⁽¹⁰⁵⁾ y en el Proyecto en el inciso f) del art. 1733 y en el segundo y último párrafo del art. 1936.

10.5 | Acaecimiento del caso fortuito por culpa del obligado

También hay responsabilidad del deudor “si el caso fortuito o la imposibilidad de cumplimiento sobrevienen por su culpa”, según reza el inc. d) de este art. 1733 del Proyecto.

En efecto, como resulta de los arts. 513 y 888 CC, el deudor sólo se libera de su responsabilidad por el incumplimiento, si éste fue pura y simplemente el resultado de un caso fortuito o fuerza mayor.⁽¹⁰⁶⁾ En tanto que si aquél obedeciera a culpa del deudor, o a *fortiori* a su dolo, la obligación ya no se extinguiría sino que se vendría a transformar en la sustitutiva de satisfacer la indemnización de los daños y perjuicios así ocasionados (arts. 506 y 511 CC).

La razón de todo ello es clara: el caso fortuito es tal y libera de responsabilidad sólo si es un hecho extraño a la voluntad del deudor. Pero si fuera éste mismo quien provocara el “casus”, la razón de ser de su efecto liberatorio desapa-

(105) AMEAL, OSCAR, en Augusto C. Belluscio (dir), Eduardo A. Zannoni (coord.), *Código Civil y leyes complementarias. Comentado, anotado y concordado*, Bs. As., Astrea, 1982, tomo 3, p. 785, § 2; BOFFI BOGGERO, LUIS MARÍA, *Tratado de las obligaciones*, op. cit., tomo 4, p. 571, § 1714; LLAMBIAS, JORGE J., *Tratado... Obligaciones*, op. cit., tomo III, p. 291, n° 1993; SALVAT, RAYMUNDO M. y GALLI, ENRIQUE V., *Tratado... Obligaciones en general*, op. cit., tomo I, pp. 171/172, n° 161; CAZEUX, PEDRO N. y TRIGO REPRESAS, FÉLIX A., *Derecho de las obligaciones*, op. cit., tomo III, p. 468, n° 1780.

(106) SCBA, 28/08/1979, “Curiell Soc. en Com. por Acqs. c. Constructora del Plata”, DJBA 117-240.

recería⁽¹⁰⁷⁾ por cuanto, como bien se ha dicho, el daño se habría originado, entonces, “no en el caso fortuito sino en la culpa del autor del hecho”.⁽¹⁰⁸⁾

Pero, a veces, las cosas no se presentan con tal nitidez, como ocurre en situaciones en las que el incumplimiento de la obligación o el evento dañoso no tienen una causa única, sino que se han producido por la concurrencia del caso fortuito y de la culpa del obligado. En este supuesto, la doctrina y la jurisprudencia se han dividido: un sector opina que en estos casos debe prevalecer la conducta culposa del deudor —por lo que es éste quien debe cargar con todos los daños y perjuicios—,⁽¹⁰⁹⁾ en tanto que otros entienden que corresponde computar ambos factores y hacer una graduación de la responsabilidad, y le atribuyen al deudor nada más que la parte del perjuicio proporcional a su culpa.⁽¹¹⁰⁾

10.6 | Caso fortuito que es contingencia propia del riesgo de la cosa o la actividad desarrollada

Igualmente existe responsabilidad por caso fortuito o por imposibilidad de cumplimiento si, como lo dice el inc. e) del art. 1733 del Proyecto: “(...) el caso fortuito y, en su caso, la imposibilidad de cumplimiento que

(107) BUSSO, EDUARDO B., *Código Civil anotado*, op. cit., tomo III, p. 326, n° 202 y ss.; CAZEUX, PEDRO N., y TRIGO REPRESAS, FÉLIX, *Derecho de las obligaciones*, op. cit., tomo I, pp. 556/557, n° 471; COLMO, ALFREDO, *De las obligaciones en general*, op. cit., pp. 103/104, n° 128; LAFAILLE, HÉCTOR; BUERES, ALBERTO J. y MAYO, JORGE A., *Tratado de las obligaciones*, op. cit., tomo I, p. 362, n° 199; LLAMBIÁS, JORGE, *Tratado... Obligaciones*, op. cit., tomo I, p. 238, n° 212; REZZÓNICO, LUIS MARÍA, *Estudio de las obligaciones*, op. cit., tomo I, p. 182; SALVAT, RAYMUNDO M. y GALLI, ENRIQUE V., *Tratado... Obligaciones en general*, op. cit., tomo I, p. 170, n° 159; SOTO NIETO, FRANCISCO, *El caso fortuito y la fuerza mayor. Los riesgos en la contratación*, op. cit., p. 91 y ss.

(108) ACUÑA ANZORENA, ARTURO, “ADICIONES”, EN SALVAT, RAYMUNDO Y ACUÑA ANZORENA, ARTURO, *Fuentes de las obligaciones*, op. cit., tomo IV, p. 56, n° 2725-b); BUSTAMANTE ALSINA, JORGE, *Teoría general de la responsabilidad civil*, op. cit., p. 319, n° 721; CAZEUX, PEDRO Y TRIGO REPRESAS, FÉLIX, *Derecho de las obligaciones*, op. cit., tomo I, p. 556 y ss., n° 471.

(109) BUSSO, EDUARDO B., *Código Civil anotado*, op. cit., tomo III, p. 327, n° 216; SALAS, ACDEEL E. “Caso fortuito y culpa del deudor” en *Revista Jus*, La Plata, Ed. Platense, n° 1, p. 103, n°s. 3 y 4; MAZEAUD, HENRI y LEÓN; y TUNC, ANDRÉ, *Tratado teórico y práctico de la responsabilidad civil...*, op. cit., tomo 2, vol. II, ps. 225 y ss., n° 1612; SOTO NIETO, FRANCISCO, *El caso fortuito y la fuerza mayor. Los riesgos en la contratación*, op. cit., p. 94.

(110) ACUÑA ANZORENA, ARTURO, “ADICIONES”, EN SALVAT, RAYMUNDO Y ACUÑA ANZORENA, ARTURO, *Fuentes de las obligaciones*, op. cit., tomo IV, p. 56/57, n° 2725-b); CAZEUX, PEDRO Y TRIGO REPRESAS, FÉLIX, *Derecho de las obligaciones*, op. cit., tomo I, p. 556 y ss., n° 471; PLANIOL, MARCEL; RIPERT GEORGES; y ESMEIN, PAUL, op. cit., tomo VI, p. 749, n° 541; SCBA, 17/10/1961, “Valle c/ Mijaiver Aput y Cía.”, *La Ley* 106-179 y JA 1962-II-69.

de él resulta, constituyen una contingencia propia del riesgo de la cosa o la actividad". Ello resulta de toda lógica, si se tiene en cuenta lo también establecido en el Proyecto en su art. 1757: "Toda persona responde por el daño causado por el riesgo o vicio de las cosas, o de las actividades que sean riesgosas o peligrosas por su naturaleza, por los medios empleados o por las circunstancias de su realización. La responsabilidad es objetiva...".

10.7 | Responsabilidad por hechos ilícitos

Finalmente, también existe responsabilidad por caso fortuito, cuando se trata de la indemnización de los perjuicios ocasionados por hechos ilícitos; o, como lo dice el inc. f) del art. 1733 del Proyecto: "Si se está obligado a restituir como consecuencia de un hecho ilícito".

En su art. 1091, nuestro Código Civil también contempla esta hipótesis, aunque de manera mucho más pormenorizada y en precisa referencia a los efectos del delito civil de hurto o robo: "Si el delito fuere de hurto, la cosa hurtada será restituida al propietario con todos sus accesorios, y con indemnización de los deterioros que tuviere, aunque sean causados por caso fortuito o fuerza mayor". Principio éste que luego se reitera en sus arts. 2435, sobre el poseedor de mala fe, y 2436, sobre el poseedor vicioso —a quien, precisamente por revestir tal condición, lo hace responder igualmente por "la destrucción o deterioro de la cosa, aunque estando en poder del dueño no lo hubiese éste evitado—".

II | Artículo 1736. Prueba de la relación de causalidad

"La carga de la prueba de la relación de causalidad corresponde a quien la alega, excepto que la ley la impute o la presuma. La carga de la prueba de la causa ajena, o de la imposibilidad de cumplimiento, recae sobre quien la invoca".

II.1 | "*Onus probandi*"

En esta materia se aplican los principios generales que gobiernan el régimen probatorio en el proceso civil. Así, el demandante deberá acreditar los hechos "constitutivos" de su acción que integran los presupuestos

normativos en que se basa y, entre ellos, el nexo causal entre el obrar del deudor y el daño por el que reclama; en tanto que, a su turno, el demandado deberá demostrar los hechos “impeditivos” o “extintivos”.

Y como el “casus” constituye un típico hecho que impide atribuir las consecuencias del incumplimiento al obligado, corresponde que sea éste quien deba cargar con la prueba pertinente, si pretende que tal incumplimiento obedeció a un caso fortuito o fuerza mayor.⁽¹¹¹⁾

A su turno, una vez demostrada la existencia del “casus”, el acreedor que pretenda hacer valer la responsabilidad del deudor por el incumplimiento, deberá invocar y demostrar su irrelevancia, cuando el obligado deba asumir por convención, o por disposición legal, las consecuencias fortuitas (arts. 889 CC y 1733 inc. a) y b) del Proyecto).

II.2 | Presunción de caso fortuito

Con respecto al contrato de locación de cosas, nuestro CC establece en su art. 1572, en punto a las relaciones entre el propietario y el locatario, que la pérdida de la cosa locada por “incendio” se presume que lo ha sido por caso fortuito o fuerza mayo y que, si el locador pretende lo contrario, debe probarlo.

(111) BORDA, GUILLERMO, *Tratado... Obligaciones*, op. cit., t. I, p. 132, n° 130; BUSSO, EDUARDO, *Código Civil anotado*, op. cit., t. III, p. 329, n° 232; CAZEAUX, PEDRO; TRIGO REPRESAS, FÉLIX, *Derecho de las obligaciones*, op. cit., pp. 561/562, n° 476; COLMO, ALFREDO, *De las obligaciones en general*, op. cit., pp. 104/105, n° 130; COMPAGNUCCI DE CASO, RUBÉN H., *Manual de obligaciones*, op. cit., p. 200, § 132; ECHEVESTI, CARLOS A., en Alberto Bueres (dir.), Elena I. Highton (coord.), *Código Civil y normas complementarias. Análisis doctrinario y jurisprudencial*, op. cit., tomo 2-A, pp. 181/182, § 4-c); JAPAZE, MARÍA BELÉN, “Muerte por contacto...”, op. cit., p. 462; LLAMBIAS, JORGE, *Tratado... Obligaciones*, op. cit., tomo I, p. 231 y ss., n°s. 206 y ss.; PIZARRRO, RAMÓN D. Y VALLESPINOS, CARLOS G., *Instituciones de derecho privado. Obligaciones*, op. cit., t. 3, p. 303, § 624; SALVAT, RAYMUNDO Y GALLI, ENRIQUE V., *Tratado... Obligaciones en general*, op. cit., tomo I, p. 174, n° 163; Cám. Nac. Civil, Sala A, 12/06/1986, “Petrella c/ Galante”, *La Ley* 1986-D-340; ídem, Sala B, 10/03/2000, “M., R. E. c/ O. de R., M.”, *DJ* 2000-3-364 y *La Ley* 2000-E-892 (43.040-S); ídem, Sala I, 30/03/1990, “P., D. c/ Morrone”, *La Ley* 1991-A-142; Cám. Nac. Comercial, Sala B, 21/03/1989, “Scelzi c/ Santa Rita-Curti y Dubini”, *La Ley* 1989-D-504; Cám. Nac. Federal Civ. y Com., 11/06/1987, “Estancia El Jabalí SA c/ Estado Nacional”, *La Ley* 1989-B-629, Jur. Agrup. 6086; ídem Sala Ia., 09/08/1985, “Vanyl SA c/ Lade”, *La Ley* 1989-B-629, Jur. Agrup. 6085; ídem, Sala III, 11/07/1997, “Kesler c/ Viasa”, *La Ley* 1998-B-613; C.S. SantaFe, 05/07/1989, “Barbosa c/ Estex SA”, *DJ* 1990-1-779; Cám. 5ta Civ. Com. Córdoba, 4/11/1993, “Bucksath c/ Pcia. de Córdoba”, *La Ley* Córdoba. 1994-190; etc.

En un principio, la jurisprudencia entendió que ésta era un regla que debía ser generalizada y la aplicó de manera que en cualquier situación jurídica en que ocurriese este tipo de siniestro, se presumía la existencia de caso fortuito o fuerza mayor.⁽¹¹²⁾ Pero luego varió dicha orientación, considerándose que en realidad el incendio por lo general se debía a imprudencia, descuidos, etc. y que, por lo tanto, no correspondía presumir tan ampliamente la inimputabilidad.

En la actualidad, tanto la doctrina como la jurisprudencia se han unificado sobre la cuestión. Si bien, mientras no medie prueba en contrario, en el supuesto del art. debe presumirse que el incendio se originó en causas fortuitas —porque así lo dispone expresamente la norma legal—, fuera del ámbito del contrato de locación de cosas y de las relaciones entre locador y locatario no ocurre lo mismo ya que lo dispuesto en el art. 1572 es un supuesto de excepción, razón por la cual en general no debe presumirse que el incendio obedezca a causas extrañas al obligado, de manera que deberá ser quien alegue tal circunstancia, el que deba probarla.⁽¹¹³⁾

En el Proyecto, para nada se repite la presunción de “caso fortuito” sentada en el art. 1572 CC, al punto que, por el contrario y acertadamente, en su art. 1206 se establece el deber del locatario “de mantener la cosa y conservarla en el estado en que la recibió”, y de responder “por cualquier deterioro causado a la misma; con el agregado en el infine) de su último párrafo, de que “asimismo responde por las destrucción de las cosa por incendio no originado en caso fortuito”.

(112) COLMO, ALFREDO, *De las obligaciones en general*, op. cit., p. 105, n° 130; SALVAT, RAYMUNDO y GALLI, ENRIQUE V., *Tratado... Obligaciones en general*, op. cit., tomo I, p. 174, n° 163 *in fine*.

(113) ALTERINI, ATILIO; AMEAL, OSCAR; LÓPEZ CABANA, ROBERTO, *Derecho de obligaciones*, op. cit., p. 414, n° 849-5); Boffi Boggero, Luis María, *Tratado de las obligaciones*, op. cit., t. 2, p. 231, § 495; BUSO, EDUARDO B., *Cód. Civil anotado*, op. cit., tomo III, pp. 329/330, n° 235 y sgte.; CAZEAUX, PEDRO y TRIGO REPRESAS, FÉLIX, *Derecho de las obligaciones*, op. cit., tomo I, pp. 561/562, n° 476; COMPAGNUCCI DE CASO, RUBÉN, *Manual de obligaciones*, op. cit., p. 201, § 132; LLAMBIAS, JORGE, *Tratado... Obligaciones*, op. cit., tomo I, pp. 233/234, n° 207; MAYO, JORGE A., en Augusto C. Belluscio (dir.), Eduardo Zannoni (coord.), *Código Civil y leyes complementarias. Comentario, Anotado y Concordado*, op. cit., tomo 2, p. 668, § 10-f); SALVAT, RAYMUNDO y GALLI, ENRIQUE V., *Tratado... Obligaciones en general*, op. cit., tomo I, p. 176, n° 165; fallos cits en SALAS, ACDEEL E., *Código Civil anotado*, 2da ed., Bs. As., Depalma, 1971, tomo 1, p. 264, art. 513, n° 6.

El daño resarcible en el Proyecto de reforma del Código Civil

por **LUIS R. J. SÁENZ**⁽¹⁾

I | Introducción

Todo el edificio de la responsabilidad civil se erige partiendo de la existencia de un daño resarcible. Es éste su elemento fundamental, más allá de los restantes presupuestos que lo tornan indemnizable. Tal es la importancia de este elemento de la responsabilidad civil en la actualidad que, incluso, su producción conduce a presumir otros presupuestos de la obligación resarcitoria, como sucede con la antijuridicidad.⁽²⁾

Ello implica, como correlato inevitable, que sin daño no habrá resarcimiento. El perjuicio, como eje principal de la responsabilidad civil, no sólo se

.....

(1) Secretario de la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil, Sala A. Profesor de las materias Defensa del Consumidor (UBA), Obligaciones y Daños (Universidad de Palermo). Conferencista. Autor de diversas publicaciones en revistas y libros especializados.

(2) Sin ingresar en un tema que excede el marco del presente trabajo, bástenos con recordar que, siguiendo la doctrina expuesta por Bueres, la existencia del daño hará presumir la ilicitud de la conducta, y queda para un estadio posterior la eventual prueba de que, dado que el accionar se encontraba justificado por el ordenamiento jurídico, desaparece la injusticia del perjuicio (BUERES, ALBERTO J., "El daño injusto y la licitud o ilicitud de la conducta", en Félix A. Trigo Represas – Rubén S. Stiglitz, *Derecho de Daños. Libro homenaje al profesor Jorge Mosset Iturraspe*, Bs. As., La Rocca, 1996, p. 142 y ss.; BUERES, ALBERTO J., "Comentario al art. 1066 del CC", en Alberto J. Bueres (dir.) – Elena I Highton, *Código Civil y normas complementarias. Análisis doctrinario y jurisprudencial*, Bs. As., Hammurabi, 1999, tomo 3, p. 70 y ss.). Esta postura ha sido plasmada en el Proyecto de reforma que, en su art. 1717 establece que: "Cualquier acción u omisión que causa un daño a otro es antijurídica si no está justificada".

constituye en su presupuesto básico, sino que también fija la medida de la indemnización. De esta manera, el antiguo adagio que postulaba que “no hay responsabilidad sin culpa” se ve reemplazado por el de “no hay responsabilidad sin daño”.⁽³⁾

El Proyecto de Código Civil y Comercial elaborado por la comisión designada por el decreto 191/2011⁽⁴⁾ regula los distintos aspectos vinculados con el daño resarcible en los arts. 1737 a 1748, en los cuales se determina tanto el concepto de daño desde un punto de vista “naturalístico” —siguiendo la terminología utilizada por Bueres para referirse al daño “evento”—⁽⁵⁾ como desde un punto de vista jurídico, en su alcance patrimonial y extrapatrimonial, las principales consecuencias resarcibles, la prueba del daño, las diversas presunciones aplicables en la materia en caso de muerte de la víctima, la forma de determinación del *quantum* de la indemnización por incapacidad sobreviniente, etc.

Así, creemos necesario —y es nuestro objetivo en el presente trabajo— realizar un pantallazo de las diversas disposiciones de la reforma en la materia,⁽⁶⁾ que plasma —como veremos— las principales posturas desarrolladas tanto por la doctrina como por la jurisprudencia a lo largo de los años, en materia de daño resarcible.

Para ello, analizaremos, en primer lugar, cuál es el alcance del término “daño”, que puede entenderse tanto desde un punto de vista natural como jurídico (I), para luego dedicarnos al análisis de los distintos tipos de consecuencias resarcibles dentro de la esfera patrimonial (II), como así también en la extrapatrimonial, deteniéndonos brevemente en lo que se

(3) VÁZQUEZ FERREYRA, ROBERTO A., *Responsabilidad civil por daños (elementos)*, Bs. As., Depalma, 1993, pp. 169 y ss.

(4) Integrada por juristas de la talla de los Dres. Ricardo L. Lorenzetti, Elena I. Highton de Nolasco y Aída Kemelmajer de Carlucci, quienes, a su vez, recibieron la colaboración, a través de diversas subcomisiones dedicadas a distintas temáticas, de la mayoría de la doctrina y judicatura nacional. En adelante, nos referiremos, por razones de practicidad, al “Proyecto”.

(5) BUERES, ALBERTO J., “El daño injusto y la licitud o ilicitud de la conducta”, op. cit., p. 143. A lo largo del presente trabajo, nos referiremos a daño “evento”, “fáctico”, “material”, “naturalístico” y “natural” como sinónimos.

(6) No se nos escapa que, un estudio pormenorizado de cada una de estas cuestiones, requeriría un estudio que excede las pretensiones del presente artículo.

refiere a la legitimación activa determinada por el que, probablemente, será el nuevo ordenamiento civil (III). Finalmente, nos referiremos a la carga de la prueba del daño, regulada expresamente en el art. 1744 del Proyecto (IV).

2 | El daño “evento” y el daño jurídico. Delimitación de conceptos y presupuestos

2.1 | El daño fáctico o “evento”. La pérdida de chance

2.1.1. El daño “naturalístico”

El daño, apreciado desde la perspectiva material, consiste en la lesión que recae sobre un bien —u objeto de satisfacción, como lo señala Zannoni, Eduardo A., op. cit.,—⁽⁷⁾, y que es distinto del perjuicio desde un punto de vista jurídico. Cuando hablamos de este tipo de menoscabo nos estamos refiriendo al daño desde un punto de vista físico o material, más allá de que dicho perjuicio genere, a su vez, consecuencias jurídicas. Se trata del daño “evento”, en sentido fáctico, que resulta indispensable para la construcción del hecho idóneo en que se funda la responsabilidad, y que debe diferenciarse —como queda dicho— del daño “consecuencia”, en cuanto motivo del resarcimiento.⁽⁸⁾ La afectación del bien, que causa la lesión de los intereses que un sujeto de derecho tiene sobre él —que es lo resarcible—, presupone la lesión a cosas, derechos, bienes inmateriales, con valor económico; pero también puede tratarse del proyecto existencial, la intimidad, el honor, etc., que constituyen para el derecho objetos de satisfacción no patrimoniales.⁽⁹⁾

(7) ZANNONI, EDUARDO A., *El daño en la responsabilidad civil*, Bs. As., Astrea, 3ra. ed., 2005, p. 50.

(8) VÁZQUEZ FERREYRA, ROBERTO A., “Daños y perjuicios derivados de la lesión a la integridad física de la persona”, en *Revista Jurídica La Ley*, 1991-D, p. 144; PREVOT, JUAN M., “El daño extracontractual”, en *RCyS*, 2011-IX, p. 251.

(9) ZANNONI, EDUARDO A., op. cit., p. 51.

El daño resarcible, a diferencia del perjuicio “naturalístico”, estará dado por las consecuencias jurídicas de la lesión que, desde un punto de vista material, recayó sobre alguno de esos bienes. Veámoslo a través de un ejemplo: en un accidente de tránsito, en el cual una persona sufre lesiones de gravedad en su integridad física, el daño resarcible no se encuentra dado por dichas lesiones, sino por las consecuencias del menoscabo que le fue inflingido a la víctima desde un punto de vista material. Así, serán perjuicios resarcibles: a) la incapacidad sobreviniente y los gastos de atención y tratamiento médico en que tuvo que incurrir (daño emergente); b) las ganancias que se vio privada de obtener por las curaciones a las que fue sometida (lucro cesante); y c) la afectación de la integridad espiritual que le produjo el hecho ilícito (daño moral).

En este ejemplo se aprecia, a primera vista, la diferencia que existe entre el daño “evento” y el daño jurídico, pues el primero se configura como las lesiones graves sufridas por la víctima en su integridad física, mientras que el perjuicio jurídico está dado por las distintas consecuencias (patrimoniales y extrapatrimoniales) que se vieron afectadas por la producción del hecho ilícito.

El Proyecto de reforma se refiere expresamente al menoscabo desde un punto de vista material, en primer lugar, en el art. 1737, donde establece que la lesión puede tener por objeto “(...) la persona, el patrimonio, o un derecho de incidencia colectiva”. Estas tres últimas categorías establecen una nota distintiva en cuanto a sobre qué puede recaer el daño “fáctico”, incluyendo en su enunciación el menoscabo que pueda producirse en materia colectiva.⁽¹⁰⁾

En segundo término, también el art. 1738 del Proyecto se refiere al menoscabo desde un punto de vista “naturalístico”, al considerar resarcibles

(10) Sobre los derechos de incidencia colectiva, el artículo citado en último término consagra el derecho de los damnificados por un hecho que ocasiona un daño de esas características a reclamar el menoscabo que les ha sido ocasionado, ya sea por la afectación de un interés difuso como de intereses individuales homogéneos, siguiendo la subclasificación —dentro de los distintos intereses de incidencia colectiva— que adquirió carta de ciudadanía en nuestro país a partir del dictado del fallo “Halabi” de la Corte Suprema de Justicia de la Nación (24/02/2009). En este sentido, es dable destacar que la supresión de los arts. 1745 a 1748 propuestos por la Comisión de Reforma mantiene el sistema existente en la actualidad, basado principalmente en el precedente jurisprudencial antes citado, en cuanto a la procedencia de las acciones colectivas en tutela de ambos tipos de intereses que, a su vez, se encuentran consagradas en diversos microsistemas particulares (v. gr. arts. 30 y cctes. de la ley 25.675 y 54 de la ley 24.240, reformada por la ley 26.361).

“(...) las consecuencias de la violación de los derechos personalísimos de la víctima, de su integridad personal, su salud psicofísica, sus afecciones espirituales legítimas y las que resultan de la interferencia en su proyecto de vida”. Nuevamente, todos estos supuestos importan la afectación de los derechos de la víctima en cuanto al perjuicio fáctico ocasionado, y el art. 1738 citado establece que son resarcibles las consecuencias jurídicas del menoscabo ocasionado a esos bienes o derechos.

Ahora bien, cabe preguntarnos si la enunciación realizada por las normas antes mencionadas es taxativa, o meramente enunciativa. Consideramos que, partiendo del principio de reparación plena —consagrado en el art. 1740⁽¹¹⁾ del nuevo ordenamiento civil, amén de tratarse de un principio implícito en la Constitución Nacional—⁽¹²⁾, las enumeraciones realizadas en los arts. 1737 y 1738 a distintos derechos respecto de los cuales puede producirse la acción lesiva es meramente enunciativa, sin perjuicio de otros derechos o bienes que pueden verse afectados desde un punto de vista material, ya sean estos patrimoniales o extrapatrimoniales. Sin embargo, debe destacarse la trascendencia de la expresa referencia que se realiza a los derechos en cuestión, quitando todo manto de duda en cuanto a la procedencia del resarcimiento en estos casos, y propiciando especialmente su protección.

2.1.2. La pérdida de chance como perjuicio desde un punto de vista material

En el apartado anterior nos hemos referido al concepto de daño “evento”, distinto del daño jurídico. Previo a ingresar, entonces, en el concepto de menoscabo desde un punto de vista técnico-jurídico, creemos pertinente referirnos, en particular, a un tipo de perjuicio “fáctico” que reviste aristas particulares, y que es aplicado asiduamente por la jurisprudencia nacional: la pérdida de una chance.

(11) Que establece que: “La reparación del daño debe ser plena. Consiste en la restitución de la situación del damnificado al estado anterior al hecho dañoso, sea por el pago en dinero o en especie. La víctima puede optar por el reintegro específico, excepto que sea parcial o totalmente imposible, excesivamente oneroso o abusivo, en cuyo caso se debe fijar en dinero. En el caso de daños derivados de la lesión del honor, la intimidad o la identidad personal, el juez puede, a pedido de parte, ordenar la publicación de la sentencia o de sus partes pertinentes, a costa del responsable”.

(12) Conforme a la doctrina sentada por el Máximo Tribunal Nacional en el precedente “Aquino”, del 21/09/2004.

Este tipo de menoscabo ha sido consagrado en el Proyecto de reforma. En efecto, el art. 1739 del nuevo Código prevé que: “La pérdida de chance es indemnizable en la medida en que su contingencia sea razonable y guarde una adecuada relación de causalidad con el hecho generador”. A su vez, el art. 1738 lo menciona específicamente, aunque al referirse a las consecuencias resarcibles, circunstancia que no excluye su naturaleza de daño “fáctico”. Nos referiremos, brevemente, a esta última cuestión.

Como ya hemos dicho en otra oportunidad, consideramos al daño por pérdida de chance como un perjuicio autónomo, constituido por el menoscabo ocasionado a la víctima por la frustración de la posibilidad actual y cierta de que un acontecimiento futuro se produzca, sin que se pueda saber con certeza si, de no haberse producido el evento dañoso, ese resultado esperado habría efectivamente ocurrido.⁽¹³⁾

Este perjuicio es un daño “evento”, es decir, se configura como el menoscabo material, del cual luego se extraen las consecuencias resarcibles, y éstas pueden ser tanto de naturaleza patrimonial como extrapatrimonial.

Veámoslo a través de algunos ejemplos: un paciente falleció como consecuencia de la falta de atención en debido tiempo y forma de la patología que padecía —un infarto—, lo que le provocó la muerte. En el caso, se indemnizaron las consecuencias resarcibles sufridas por la cónyuge y los hijos del paciente por la omisión de los galenos que atendieron a la víctima, y que se tradujo en la pérdida de chance de la misma de obtener su curación.⁽¹⁴⁾

En este supuesto se vislumbra la característica del daño por pérdida de chance al cual nos estamos refiriendo, pues el perjuicio cuyo resarcimiento se pretende por este concepto no es una consecuencia más del hecho ilícito, sino el daño propiamente dicho —desde un punto de vista “naturalístico”—, del cual surgen las consecuencias dañosas.

Así las cosas, consideramos que la pérdida de chance constituye un daño “material”, del cual se extraerán las eventuales consecuencias resarcibles,

(13) SÁENZ, LUIS R. J., “Algunas consideraciones sobre la pérdida de chance como daño resarcible”, en *Revista Crítica de Derecho Privado*, n° 5, Montevideo, Carlos Álvarez, 2008, p. 603 y ss.

(14) Fallo de la Cámara de Apelaciones en lo Civil y Comercial de Mar del Plata, Sala II, “Maile, Hilda G. y otros c/ Loza, Felipe y otros”.

tanto patrimoniales como extrapatrimoniales, según cuál sea el interés lesionado en el caso.⁽¹⁵⁾

2.2 | El daño jurídico y sus presupuestos

2.2.1. El concepto de daño jurídico

La doctrina ha elaborado diversas posturas sobre cuál es la noción de daño jurídico. No es una cuestión menor, pues establecer qué se comprende por daño nos permitirá determinar los límites cuantitativos del derecho de la víctima y la obligación de resarcir del agente.⁽¹⁶⁾ Entre las tesis adoptadas cabe destacar tres, a las cuales nos referiremos a continuación:

a) **El daño como detrimento de un bien jurídico.** Esta postura considera que el daño se debe entender como todo menoscabo a un bien jurídico, comprendiendo por tal a las cosas y a los bienes o derechos que no son cosas. Debe incluirse, también dentro de ellos, a los derechos personalísimos y a los atributos de las personas.⁽¹⁷⁾ De esta manera, si el hecho inflinge un perjuicio de naturaleza económica el daño será patrimonial, mientras que, cuando se lesione un bien que no revista esa naturaleza, nos encontramos ante un menoscabo moral.

La doctrina bajo análisis no ha logrado superar las críticas. Bástenos para ello con traer a colación las palabras de Bueres, cuando señala que la falsedad de esta doctrina surge patente por cuanto el deterioro de un bien patrimonial, por ejemplo, puede producir un daño patrimonial o uno extrapatrimonial y, a la inversa, lo mismo puede ocurrir si el menoscabo recae sobre un bien no susceptible de apreciación pecuniaria.⁽¹⁸⁾

(15) En torno a lo dispuesto por el art. 1739 en cuanto a que el daño por pérdida de chance debe ser una contingencia razonable, y guardar una adecuada relación causal con el hecho generador, el Proyecto se refiere a la relación causal que debe existir entre este tipo de menoscabo y el hecho ilícito, cuestión que excede el marco del presente trabajo.

(16) PIZARRO, RAMÓN D. y VALLESPINOS, CARLOS G., *Instituciones de Derecho Privado. Obligaciones*, Bs. As., Hammurabi, 1999, t. 2, p. 636.

(17) LAFAILLE, HÉCTOR, *Curso de Obligaciones*, Bs. As., Biblioteca Jurídica Argentina, 1926, p. 117 y ss.

(18) BUERES, ALBERTO J., "El daño injusto y la licitud o ilicitud de la conducta", op. cit., p. 166. En el mismo sentido, sostienen Pizarro y Vallespinos que: "No es exacto que la lesión a un derecho extrapatrimonial arroje necesariamente un daño de esa índole" (PIZARRO, RAMÓN D. – VALLESPINOS, CARLOS G., op. cit., p. 638).

Tampoco nos parece acertada la teoría que conceptualiza al daño como la lesión a un derecho subjetivo. Esta postura considera, con un criterio estricto, que habrá daño cuando se lesione un derecho subjetivo del damnificado, entendido éste como la atribución o prerrogativa que tiene el sujeto de exigir de otro o de otros una determinada conducta.⁽¹⁹⁾

Sin ingresar en mayores debates, lo cierto es que esta tesis peca de demasiada estrictez, pues se descarta desde el comienzo la posibilidad de que existan simples intereses que puedan ser relevantes jurídicamente. Los intereses simples, aunque no revistan el carácter de derecho subjetivo al no encontrarse amparados en forma específica, sí lo pueden estar en forma genérica y, por lo tanto, deben ser tomados en cuenta a los fines resarcitorios.⁽²⁰⁾

En este sentido, y como ejemplo de un interés simple que amerita resarcimiento, puede mencionarse el criterio adoptado por la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil en el plenario "F.M.C. c/ El Puente S.A.T.",⁽²¹⁾ en donde se admitió el derecho del concubino a reclamar la indemnización del daño patrimonial ocasionado por la muerte del otro como consecuencia de un hecho ilícito, siempre y cuando no medie un impedimento de ligamen. Si se aplicara la doctrina antes expuesta, entonces tendríamos que dicho reclamo no sería admisible, por no tratarse de un derecho subjetivo en cabeza del accionante.

Asimismo, no debe dejarse de lado que, como bien lo indica Calvo Costa, la afectación de un derecho subjetivo patrimonial puede ocasionar un menoscabo tanto de carácter patrimonial como extrapatrimonial.⁽²²⁾

b) El perjuicio como consecuencia. Un sector muy importante de la doctrina nacional considera que el concepto de daño no es la mera lesión a un derecho de índole patrimonial o extrapatrimonial ni a un interés que es un presupuesto de aquél, sino que debe entenderse como la consecuencia perjudicial o el menoscabo que se produjo por el hecho ilícito.⁽²³⁾ Para ello,

.....

(19) RIVERA, JULIO C., *Instituciones de Derecho Civil*, Bs. As., Abeledo-Perrot, 1994, t. I, p. 278.

(20) CALVO COSTA, CARLOS A., *Daño Resarcible*, Bs. As., Hammurabi, 2005, p. 68.

(21) Del 04/04/1995.

(22) CALVO COSTA, CARLOS A., op. cit., p. 69.

(23) PIZARRO, RAMÓN D. y VALLESPINOS, CARLOS G., op. cit., p. 639 y ss.; ZAVALA DE GONZÁLEZ, MATILDE, *Resarcimiento de daños*, Bs. As., Hammurabi, 1999, t. 4, p. 118 y ss.; ORGAZ, ALFREDO, *El daño resarcible*, Córdoba, Lerner, 1980, p. 200.

los autores enrolados en esta postura consideran necesario distinguir, por un lado, el daño en sentido amplio —o lesión— y el daño resarcible.

El primero se encuentra identificado con la ofensa o lesión a un derecho, a un interés ilegítimo de orden patrimonial o extrapatrimonial. Entienden que, con esta concepción del daño, todo acto ilícito, por definición, debería producirlo, pues la acción u omisión ilícita presupone siempre una invasión en la esfera de derechos ajenos. El solo hecho de una intrusión indebida determina que el autor deba cesar en su acción y restablecer el equilibrio alterado. Sin embargo —señala esta doctrina—, el ordenamiento civil asigna otro significado a la expresión “daño”, en tanto presupuesto de la responsabilidad civil —es decir, como daño resarcible (arts. 1068 y cctes. del Código Civil vigente)—. De esta manera, el daño no se identifica ya con la sola lesión a un derecho de índole patrimonial o extrapatrimonial, o a un interés que es su presupuesto, sino que es la consecuencia perjudicial o menoscabo que se desprende de la aludida lesión. Entonces, entre la lesión y el menoscabo existe una relación de causa-efecto, de manera tal que este último es el daño resarcible, y no el primero.⁽²⁴⁾

Esta doctrina, bastante acertada en cuanto al concepto estricto de daño, no ha logrado, sin embargo, vencer las críticas que se le han formulado, en especial las esbozadas por Bueres. Este autor entiende —creemos, con acierto— que si bien el interés afectado coincide en su esencia con la consecuencia, el concepto de daño se encuentra en el primer elemento, más no en el segundo. Para ejemplificar la cuestión, trae a colación el menoscabo espiritual que sufre la novia a raíz del homicidio de que fue víctima su novio, o el daño que se produce en la integridad espiritual de un hermano por el fallecimiento del otro, o cuando el hijo pequeño sufre por un accidente una incapacidad física que lo incapacitará para el resto de su vida, y los padres reclaman el daño moral que les ocasionó el hecho ilícito. En estos supuestos, existe efectivamente una afectación espiritual de la víctima, pero, sin embargo, no existe un daño resarcible, al no existir un interés jurídico vulnerado. En síntesis, la consecuencia o resultado no es *per se* el daño jurídico entendido en sentido estricto, pues no todas las consecuencias disvaliosas que sufre el sujeto ameritan un resarcimiento, de conformidad con los supuestos que hemos enunciado preceden-

(24) PIZARRO, RAMÓN D., *Daño moral. Prevención. Reparación. Punición*, Bs. As., Hammurabi, 1996, p. 45 y ss.

temente. Ello no quiere decir que no exista homogeneidad de sustancia entre el daño y su efecto o secuela. De esta manera, si el interés afectado es patrimonial, entonces la consecuencia será de esta misma índole, y si es extrapatrimonial, también el resultado tendrá la misma entidad.⁽²⁵⁾

c) **El daño como lesión a un interés jurídicamente tutelado.** El perjuicio, en sentido estricto —no “fáctico”—, es la lesión a un interés jurídico, sea este patrimonial o extrapatrimonial. De tal modo, el daño será patrimonial o moral, según cuál sea la naturaleza del interés afectado.⁽²⁶⁾

El interés es, entonces, el valor relativo que un bien determinado tiene para un determinado sujeto. De esta manera, el perjuicio debe entenderse desde el ángulo del individuo, de manera tal que si existen diversos damnificados pueden existir diversos intereses para cada uno de ellos. Es la posibilidad de que una o varias personas puedan ver satisfechas sus necesidades mediante un bien o bienes determinados.⁽²⁷⁾ Así, el bien es el objeto que permite satisfacer una necesidad, mientras que el interés es la posibilidad que tiene el agente de satisfacer la necesidad proporcionada por el bien. El interés está dado por la relación existente entre la necesidad del sujeto y el bien adecuado para darle debida satisfacción.

Asimismo, no debe dejarse de lado que —y es ésta la principal objeción que se ha formulado respecto de la teoría esbozada en el apartado anterior, como ya lo hemos señalado— sólo tendrá importancia el daño relevante jurídicamente, de forma tal que todo aquél interés que no encuentre tutela en nuestro ordenamiento jurídico, y que sea lesionado, no dará lugar al pago de una indemnización.⁽²⁸⁾

Sin perjuicio de ello, se aprecia que existe una homogeneidad entre la sustancia del daño y su efecto o secuela. Si el interés afectado es patrimonial, la consecuencia será entonces de la misma índole, y si el interés vulnerado es moral la consecuencia, por lo tanto, también lo ha de ser. En consecuencia, si bien el concepto cabal y estricto de daño es el que se enfoca en el

(25) BUERES, ALBERTO J., “El daño injusto y la licitud o ilicitud de la conducta”, op. cit., p. 172.

(26) BUERES, ALBERTO J., “El daño injusto y la licitud o ilicitud de la conducta”, op. cit., p. 170; CALVO COSTA, op. cit., p. 70.

(27) CALVO COSTA, op. cit., p. 72.

(28) CALVO COSTA, op. cit., p. 72.

interés menoscabado, la existencia de homogeneidad entre el interés afectado y sus repercusiones permitirá admitir una acepción más del daño que se relacione con las consecuencias.⁽²⁹⁾ Entonces, el daño jurídico debe ser entendido como la ofensa a un interés ajeno no ilícito, que provoca consecuencias (o alteraciones) desfavorables en el patrimonio o en el espíritu.⁽³⁰⁾

Esta última postura es la que ha sido adoptada en el Proyecto de reforma, de conformidad con lo dispuesto por los arts. 1737 y 1738. En efecto, la primera norma mencionada establece expresamente que: "Hay daño cuando se lesiona un derecho o un interés no reprobado por el ordenamiento jurídico (...)". De esta forma, queda plasmada en el nuevo sistema normativo, la teoría que consagra al daño como la lesión a un interés.

Sin embargo, el Proyecto no deja de lado a las consecuencias resarcibles, pues en el art. 1738 ya citado expresamente prevé la indemnización de la pérdida o disminución del patrimonio de la víctima y al lucro cesante como el beneficio económico esperado de acuerdo a la probabilidad objetiva de su obtención.⁽³¹⁾ Por su parte, el art. 1741 regula la indemnización de las consecuencias no patrimoniales.

2.2.2. Los presupuestos y caracteres del daño resarcible

El Proyecto se refiere a los presupuestos y caracteres del daño resarcible en el art. 1738, que establece que: "Para la procedencia de la indemnización debe existir un perjuicio directo o indirecto, actual o futuro, cierto y subsistente". Nos referiremos a continuación a cada uno de estos requisitos en forma individual:

a) **Daño directo o indirecto.** La norma en cuestión consagra la procedencia del resarcimiento cuando el daño sea directo o indirecto. El problema al cual nos enfrentamos en la interpretación de esta parte de la disposición es cuál es el significado de la acepción perjuicio **directo** o **indirecto**.

(29) BUERES, ALBERTO J., "El daño injusto y la licitud o ilicitud de la conducta", op. cit., p. 172.

(30) BUERES, ALBERTO J. y PICASSO, SEBASTIÁN, "La responsabilidad por daños y la protección del consumidor", en *Revista de Derecho Privado y Comunitario. Consumidores*, Santa Fe, Rubinzal-Culzoni, 2009, 1, p. 53 y ss.

(31) A continuación, el artículo en cuestión menciona también a la pérdida de chance, la cual, como hemos expuesto en el apartado pertinente, no es una consecuencia resarcible más del hecho ilícito, sino un daño "evento", del cual podrán surgir diversos daños resarcibles, siempre que guarden una relación causal adecuada con el hecho (art. 1726 del Proyecto).

En este sentido, cabe recordar que dicho término puede ser entendido en tres formas distintas. En primer lugar, puede considerarse que nos estamos refiriendo —partiendo de lo previsto en el art. 1068 del Código Civil vigente— a sobre qué bien recae el daño. Así, se llamará **directo** al daño que ha inferido inmediatamente en el patrimonio de la víctima, es decir, en las cosas de su dominio o posesión, mientras que será **indirecto** el perjuicio que recaiga sobre sus bienes jurídicos extrapatrimoniales.

En segundo término, también puede considerarse que la distinción se sustenta en la relación causal que el menoscabo guarda con el hecho ilícito, es decir, que serán daños **directos** los perjuicios que son consecuencia inmediata del evento dañoso, mientras que serán **indirectos** los perjuicios que resultan de la conexión del evento con un hecho distinto.⁽³²⁾ Así, tomando un ejemplo dado por Bueres y Picasso, será un daño directo la venta de un animal enfermo que al poco tiempo muere, mientras que será daño indirecto las pérdidas que sufre el comprador al no poder emplear al animal para los trabajos a los cuales estaba destinado.⁽³³⁾

Finalmente, también puede entenderse la distinción del daño entre directo e indirecto partiendo del punto de vista de quiénes son los legitimados activos para reclamar el resarcimiento del perjuicio que se les ha ocasionado. Desde esta acepción, será daño directo el que padece la víctima, mientras que el daño indirecto será el que sufre —como consecuencia del daño directo— otra persona *par ricochet*. Por ejemplo, las injurias o calumnias inferidas al jefe de familia, que afectan a su mujer o hijos (art. 1080 CC).⁽³⁴⁾ O cuando una persona realiza gastos para atender la curación de otro que ha sido víctima de un accidente.⁽³⁵⁾ El resarcimiento del daño, conforme lo dispone el art. 1079 del actual ordenamiento civil, es procedente, se trate tanto del damnificado directo como del indirecto.

Ahora bien, la cuestión es dilucidar a cuál de estas acepciones se refiere el artículo en comentario.

(32) ZANNONI, EDUARDO A., op. cit., p. 53; BUSTAMANTE ALSINA, JORGE, *Teoría General de la Responsabilidad Civil*, Abeledo-Perrot, Bs. As., p. 177.

(33) BUERES, ALBERTO J. y PICASSO, SEBASTIÁN, op. cit., p. 54. En cuanto a las problemáticas que ha generado esta distinción desde el punto de vista de la relación causal, remitimos al profundo análisis de la cuestión que los profesores citados realizan en el trabajo mencionado.

(34) Del francés, significa “de rebote”. BUERES, ALBERTO J. y PICASSO, SEBASTIÁN, op. cit., p. 60.

(35) BUSTAMANTE ALSINA, JORGE, op. cit., p. 173.

Consideramos, por las razones que expondremos a continuación, que debe adoptarse la última acepción, esto es, que la norma en comentario consagra la legitimación activa tanto del damnificado directo como del indirecto para reclamar el perjuicio que le fue ocasionado. Ello así pues, en primer lugar, no existe en el Proyecto una norma equivalente al actual art. 1079 que, en materia de daño patrimonial, establezca en forma expresa la legitimación de los damnificados antes enumerados para reclamar el perjuicio patrimonial padecido.

En segundo término, la adopción de la última acepción resulta acorde con el cuerpo del Proyecto, en tanto y en cuanto el art. 1741 prevé la legitimación en materia de daño extrapatrimonial, cuestión a la cual luego nos referiremos, mientras que —como lo propugnamos— el art. 1739 establece la legitimación de todos los damnificados por el hecho ilícito en forma genérica.

Por último, tampoco puede considerarse que el art. 1739 se refiera al régimen de las consecuencias, pues la cuestión referida a la relación causal que el hecho debe guardar con el perjuicio se encuentra regulada en la Sección 3ra. del mismo título del Proyecto (art. 1726 y ss.).

En síntesis, consideramos que el art. 1739, al establecer que para que proceda, la indemnización debe existir un perjuicio directo o indirecto, consagra la legitimación tanto del damnificado directo como del indirecto para reclamar el menoscabo sufrido a título personal.

b) **Daño actual o futuro.** El perjuicio actual será aquel que cronológicamente, ya se haya producido al momento del dictado de la sentencia, mientras que daño futuro es el que todavía no se ha producido, pero que ciertamente ocurrirá luego de la decisión judicial.⁽³⁶⁾

La enumeración que realiza, en este sentido, el art. 1739 no constituye un requisito del daño resarcible, sino la consagración de la procedencia del resarcimiento tanto cuando el menoscabo sea actual como futuro.

c) **La certeza del daño.** Sin lugar a dudas, es el primordial presupuesto para que el menoscabo sea resarcible. En efecto, el daño debe presentar suficiente certeza, es decir, no debe ser eventual o hipotético. Así, el

(36) ZANNONI, EDUARDO A., op. cit., p. 97.

simple peligro o la sola amenaza o perspectiva de daño no es suficiente para tornarlo indemnizable. El daño cierto se opone, en consecuencia, al perjuicio eventual, hipotético o conjetural, el que puede llegar o no a producirse. Es así que, si se indemnizara un perjuicio incierto y, finalmente, éste no llegara a consumarse, entonces existiría un enriquecimiento sin causa por parte de la víctima.⁽³⁷⁾

De esta forma, debe mediar certidumbre en cuanto a la existencia misma del daño, aunque todavía no resulte comprobada su cuantía.⁽³⁸⁾

Existe una gran distinción entre la determinación de la certeza cuando nos enfrentamos a un daño actual o a un daño futuro.⁽³⁹⁾ Cuando nos encontramos ante un perjuicio presente, es mucho más fácil aportar las pruebas suficientes que permitan tener por acreditada la certeza absoluta sobre la lesión a un interés jurídicamente protegido. Distinta es la cuestión cuando nos enfrentamos a un daño futuro (vgr. lucro cesante), donde la cuestión de la certidumbre se complica,⁽⁴⁰⁾ al ser imposible determinar, al menos en principio, que el daño efectivamente se iba a producir. Pese a ello, la naturaleza futura del daño cuya comprobación se debe acreditar no afecta el grado de certeza que debe existir sobre su producción, que permitirá determinar la alta probabilidad de que ese daño efectivamente se habría producido.⁽⁴¹⁾

d) **La personalidad del daño.** El daño, a su vez, debe ser personal de aquél que reclama su resarcimiento. Este presupuesto no se encuentra enumerado en el art. 1739 del Proyecto. Sin embargo, surge del art. 1741 del mismo cuerpo, que prevé que los damnificados indirectos únicamente tendrán legitimación para reclamar el daño a título personal, y que la acción sólo se transmite a los sucesores universales del legitimado si es interpuesta por éste en vida.

.....

(37) ALTERINI, ATILIO A.; AMEAL, JORGE O. y LÓPEZ CABANA, ROBERTO M., *Derecho de las obligaciones*, Bs. As., Abeledo-Perrot, 1999, p. 259.

(38) BUSTAMANTE ALSINA, JORGE, op. cit., p. 170.

(39) También presenta problemas, en este punto, el daño por pérdida de chance, pues es difícil probar la existencia de la posibilidad que, en definitiva, no se produjo.

(40) PIZARRO, RAMÓN D. y VALLESPINOS, CARLOS G., op. cit., p. 649.

(41) ZANNONI, EDUARDO A., op. cit., p. 79.

Ello implica que únicamente la persona que sufrió el menoscabo puede requerir su resarcimiento, resultando inadmisibles reclamar la reparación de daños ocasionados a terceros. Sólo aquél cuyo interés haya sido afectado a raíz de la lesión de un interés propio puede reclamar su reparación.⁽⁴²⁾

Este presupuesto no debe confundirse con el carácter de legitimado directo o indirecto de quien reclama el resarcimiento del perjuicio, de lo cual antes hablábamos. Ello así pues el interés afectado debe ser propio del reclamante, más allá de que se trate de un damnificado directo o indirecto del hecho ilícito.⁽⁴³⁾

e) **La subsistencia del daño.** Finalmente, el restante requisito para la existencia de un daño resarcible —mencionado expresamente en el art. 1739 del Proyecto— es que aquél subsista al momento de dictarse la sentencia. Nadie puede reclamar la reparación de un perjuicio que ya ha sido resarcido. Si el propio responsable es quien ha indemnizado el daño, su obligación queda extinguida por pago, o por alguno de los otros modos de extinción previstos en el ordenamiento. Si, por el contrario, el menoscabo es solventado por la víctima, entonces el perjuicio subsiste en su patrimonio y debe ser reparado.⁽⁴⁴⁾

3 | Las consecuencias resarcibles en la esfera patrimonial

3.1 | El daño emergente

El art. 1738 del Proyecto menciona, entre las diversas consecuencias resarcibles, a la pérdida o disminución del patrimonio de la víctima por la producción del hecho ilícito.

Dicha disposición, entonces, se refiere al daño emergente que nace por la producción del suceso. En este sentido, cabe recordar que, dentro de los daños patrimoniales, el daño emergente reviste particular importancia. Consiste en aquellos perjuicios que se traducen en un empobrecimiento

(42) PIZARRO, RAMÓN D. y VALLESPINOS, CARLOS G., op. cit., p. 654.

(43) ZANNONI, EDUARDO A., op. cit., p. 71 y ss.

(44) PIZARRO, RAMÓN D. y VALLESPINOS, CARLOS G., op. cit., p. 653.

del contenido actual del sujeto, y puede producirse tanto por la destrucción, deterioro, privación del uso de goce de bienes existentes en el patrimonio al momento de producirse el hecho ilícito, como por los gastos que, en razón del evento dañoso, la víctima ha debido realizar. En ambos supuestos se produce un detrimento o disminución del patrimonio del damnificado como consecuencia del hecho que se analiza.⁽⁴⁵⁾

Si bien se considera que la prueba del daño emergente es la más sencilla, puede revestir determinados inconvenientes que tornen complejo acreditar efectivamente el perjuicio ocasionado. Reviste particular importancia tener en cuenta que, cuando se indemniza el daño emergente, no se está indemnizando el valor del bien comprometido, sino el interés que aquél satisfacía en la esfera patrimonial del damnificado, que puede o no coincidir con el valor objetivo del bien en sí mismo.

En consecuencia, lo resarcible en concepto de daño emergente no es —retornando a lo expuesto en cuanto al concepto de daño— el bien en sí mismo, sino los diversos intereses que éste representa para el damnificado.⁽⁴⁶⁾

Dentro de los diversos rubros que pueden resarcirse en el marco del daño emergente, reviste particular trascendencia la incapacidad sobreviniente, que puede definirse como la inhabilidad o impedimento, o bien la dificultad, apreciable en algún grado, para el ejercicio de las funciones vitales.⁽⁴⁷⁾ Así, desde un punto de vista patrimonial, la incapacidad sobreviniente no se encuentra constituida por la integridad física, que no tiene un valor económico en sí misma, sino en función de lo que la persona puede o no producir haciendo uso de dicha integridad.⁽⁴⁸⁾

Ahora bien, el Proyecto se refiere, en este aspecto, a la cuantificación del daño por dicho concepto. En particular, el art. 1746 establece que “En caso de lesiones o incapacidad permanente, física o psíquica, total o parcial, la indemnización debe ser evaluada mediante la determinación de

(45) ZANNONI, EDUARDO A., op. cit., p. 88; VÁZQUEZ FERREYRA, ROBERTO A., *Responsabilidad civil por daños (elementos)*, op. cit., p. 179; TRIGO REPRESAS, FÉLIX A. y LÓPEZ MESA, MACELO, *Tratado de la Responsabilidad Civil*, Bs. As., La Ley, 2004, t. I, p. 457; BUSTAMANTE ALSINA, JORGE, op. cit., p. 735.

(46) ZANNONI, EDUARDO A., op. cit., p. 56.

(47) ZAVALA DE GONZÁLEZ, MATILDE, op. cit., t. 2a, p. 343.

(48) PIZARRO, RAMÓN D. y VALLESPINOS, CARLOS G., op. cit., p. 305.

un capital, de tal modo que sus rentas cubran la disminución de la aptitud del damnificado para realizar actividades productivas o económicamente valorables, y que se agote al término del plazo en que razonablemente pudo continuar realizando tales actividades”.

Como surge del texto de la disposición transcrita, el ordenamiento establece el empleo de fórmulas matemáticas que, partiendo de los ingresos acreditados por la víctima (o de la valuación de las tareas no remuneradas que ella llevaba a cabo y se vio total o parcialmente imposibilitada de continuar desarrollando en el futuro), y computando asimismo sus posibilidades de incrementos futuros, lleguen a una suma tal que, invertida en alguna actividad productiva, permita a la víctima obtener mensualmente una cantidad equivalente a aquellos ingresos frustrados por el hecho ilícito, de modo tal que ese capital se agote al término del período de vida económicamente activa que restaba al damnificado. Así se tienen en cuenta, por un lado, la productividad del capital y la renta que puede producir y, por el otro, que el capital se agote o extinga al finalizar el lapso resarcitorio.⁽⁴⁹⁾

En consecuencia, será necesario que la judicatura, al calcular el monto a resarcir por incapacidad sobreviniente, tome en cuenta las distintas fórmulas que existen para computar el valor presente de una renta constante no perpetua.⁽⁵⁰⁾

Ello no importa, claro está, que esta sea la única variable a tomar en cuenta por el juez al determinar la indemnización, pero sí deberá ser la principal, que podrá ser modificada en más o en menos por las circunstancias particulares de cada caso, pero partiendo siempre de la cuantificación primigenia.⁽⁵¹⁾ En efecto, la utilización del método aritmético no podrá afectar, en última instancia, el principio de reparación plena consagrado en el art. 1740 del Proyecto.

Por otra parte, y siempre dentro de la órbita del daño emergente, la norma citada en último término establece expresamente la presunción de los

(49) ZAVALA DE GONZÁLEZ, MATILDE, op. cit., t. 2a, p. 251.

(50) ACCIARRI, HUGO y TESTA, MATÍAS I., “La utilidad, significado y componentes de las fórmulas para cuantificar indemnizaciones por incapacidad y muertes”, *Revista Jurídica La Ley*, 09/02/2011, p. 2.

(51) CNCiv, Sala A, “Antúnez, Norberto Amadeo c/ Basso, Armando y otro s/ daños y perjuicios”, 15/08/2012, del voto del Dr. Picasso.

gastos médicos, farmacéuticos y de transporte, siempre que ellos resulten razonables en función de la índole de las lesiones o la incapacidad. Los rubros mencionados adquieren entonces, a partir de la reforma, el carácter de presunciones legales *iuris tantum*, consagrándose de esta manera una doctrina mayoritaria en la jurisprudencia nacional, que consideraba que, en estos casos, los gastos en cuestión se presumen de la índole de la incapacidad o padecimiento que sufre la víctima.⁽⁵²⁾

Asimismo, el art. 1746 prevé que la realización de una actividad remunerada por aquella persona que padece incapacidad absoluta en virtud del hecho ilícito, no obsta a la procedencia de la indemnización por dicho concepto. Tampoco obsta a su admisibilidad el hecho de que exista una persona obligada al pago de alimentos al damnificado.

3.2 | El lucro cesante

El art. 1738 enumera, dentro del daño patrimonial, al lucro cesante, considerado como el beneficio económico esperado de acuerdo a la probabilidad objetiva de su obtención. El lucro cesante es la privación o frustración de un enriquecimiento patrimonial de la víctima, es decir, se presenta cuando el hecho ilícito impide al damnificado obtener ciertos lucros o ganancias que se traducirían en un enriquecimiento económico.⁽⁵³⁾ Es el cercenamiento de las utilidades o beneficios materiales susceptibles de apreciación pecuniaria, es decir, de algún enriquecimiento valorable desde una óptica económica.⁽⁵⁴⁾

La principal complejidad que reviste este tipo de perjuicio está dada por cuanto la certidumbre del lucro cesante se apoya en un juicio de probabilidad. En efecto, por definición, ésta consecuencia resarcible está constitui-

(52) CNCiv, Sala G, "Zárate, Marta Teresa c/ Alive S.R.L. y otros s/ daños y perjuicios", 30/03/2012, en LL, 2012-C, 570; CNCiv, Sala J, "Mozo, María Silvia y otro c/ Movitrak Safaris y Turismo de Frank Neumann y otro s/ daños y perjuicios"; CNCiv, Sala K, "Félix, Marcelo Sebastián c/ Romano, Matías", 28/10/2010; CNCiv, Sala C, "Lubbocki, Esther Raquel y otro c/ Burnstein, Mauricio Ricardo y otros", 05/08/2010; Cám. 1ra. de Apel. de San Isidro, Sala II, "Del Castillo, Alejandro y otro c/ Andino, Oscar y otro", 23/09/2010, en RCyS, 2011-IV, p. 218; Cám. de Apel. en lo Civ. y Com. de Jujuy, Sala I, "Ferreira, Omar Teodoro c/ Aguilera, Fausto", 22/10/2010, en LLNOA, 2010 (diciembre), p. 1101; entre muchos otros precedentes.

(53) ZANNONI, EDUARDO A., op. cit., p. 89.

(54) ZAVALA DE GONZÁLEZ, MATILDE, op. cit., t. 2a, pp. 309 y ss.

da por las ganancias que la víctima se vio privada de obtener en razón del hecho ilícito, es decir, se trata de acreditar un suceso que no ocurrió ni va a suceder. Así, para probar la certeza del lucro cesante sólo es factible recurrir a la vía presuncional, porque se refiere a beneficios meramente eventuales.

Sin embargo, ello no implica que el lucro cesante sea un daño presunto, hipotético o conjetural. Ello así, pues no resultan conceptos equivalentes el de "daño presunto" con el de "daño cierto, probado por la vía presuncional", pues las presunciones son instrumentales y se refiere al medio probatorio, no al objeto de prueba, es decir, al daño en sí mismo.⁽⁵⁵⁾

En síntesis, la certeza del lucro cesante se obtiene a partir de los diversos indicios que puedan ser aportados a la causa y que, por ser precisos, graves y concordantes, permitan presumir la existencia del perjuicio cuyo resarcimiento se persigue.

4 | El daño extrapatrimonial

De acuerdo a la definición de daño jurídico que hemos dado precedentemente, podemos definir al daño moral como el menoscabo o lesión a intereses no patrimoniales provocado por el hecho ilícito.⁽⁵⁶⁾

El Proyecto se refiere al menoscabo extrapatrimonial en su art. 1741, el cual establece que: "Está legitimado para reclamar la indemnización de las consecuencias no patrimoniales el damnificado directo. Si del hecho resulta su muerte o sufre gran discapacidad también tiene legitimación a título personal, según las circunstancias, los ascendientes, los descendientes, el cónyuge y quienes convivían con aquél recibiendo trato familiar ostensible. La acción sólo se transmite a los sucesores universales del legitimado si es interpuesta por éste. El monto de la indemnización debe fijarse ponderando las satisfacciones sustitutivas y compensatorias que pueden procurar las sumas reconocidas".

El texto de la disposición transcrita guarda, al menos a primera vista, alguna similitud con el art. 1078 del Código Civil vigente. Sin embargo,

(55) ZAVALA DE GONZÁLEZ, MATILDE, op. cit., t. 3, p. 177.

(56) ZANNONI, EDUARDO A., op. cit., p. 149; BUERES, ALBERTO J., "El daño injusto y la licitud o ilicitud de la conducta", op. cit., p. 171.

apenas nos adentramos en el análisis de la norma, advertimos que la reforma innova en diversos aspectos vinculados con la legitimación activa para reclamar el menoscabo moral.

Para ello, debemos recordar, en primer lugar, que la norma citada en último término establece que la acción por indemnización del daño moral sólo le compete al damnificado directo. Así, mientras la víctima del hecho dañoso permanezca viva, nadie más podrá reclamar, en la órbita extracontractual, el daño extrapatrimonial que le fue generado en razón del hecho ilícito.⁽⁵⁷⁾ A su vez, cuando el damnificado directo fallezca como consecuencia del evento, únicamente tendrán acción los herederos forzosos para reclamar el perjuicio personal que les fue ocasionado.⁽⁵⁸⁾ El ordenamiento vigente, entonces, restringe el resarcimiento del daño moral desde dos aspectos. Primero, deniega legitimación a los damnificados indirectos que carezcan de la calidad de herederos forzosos (v. gr. un hermano de la víctima), y, segundo, tampoco acuerda el resarcimiento del daño moral en casos de damnificados indirectos que lo padecen por causa distinta al homicidio.

Estas restricciones han sido criticadas arduamente por la doctrina. En este sentido, se ha señalado que, respecto de la limitación a los herederos forzosos en caso de muerte de la víctima, la exclusión de otras personas cercanas a la víctima, como por ejemplo el hermano, resiente a su respecto el fundamento constitucional del deber de no dañar, y el principio de igualdad ante la ley. Asimismo, el impedimento del reclamo de los damnificados indirectos ante la supervivencia de la víctima conduce, en muchos casos, a consecuencias injustas. Por ejemplo, en el caso del reclamo de los padres por el daño que les genera la grave discapacidad que sufre su hijo en razón del hecho ilícito.⁽⁵⁹⁾

Es por ello que los tribunales han recurrido, principalmente en los últimos tiempos, a declarar inconstitucional el art. 1078 a fin de admitir el reclamo

(57) Cabe recordar que, en el Código Civil vigente, el sistema en la órbita contractual es diametralmente distinto, pues podrá reclamar el daño moral que le fue ocasionado todo aquel que revista el carácter de acreedor, de conformidad con lo dispuesto por el art. 522 CC, y más allá de que revista el carácter de damnificado directo o indirecto (CNCiv, Sala A, "S., D. J. y otro c/ Sanatorio Mitre y otros s/ Daños y Perjuicios", de 11/05/2012).

(58) BUSTAMANTE ALSINA, JORGE, op. cit., p. 252.

(59) ZANNONI, EDUARDO A., op. cit., p. 460 y ss.; PIZARRO, RAMÓN D., op. cit., p. 244 y ss.

por daño moral de determinados familiares de la víctima, con sustento en los principios de reparación integral y de igualdad. Entre ellos, se ha admitido por esta vía la acción entablada: por la hermana de una víctima de violación seguida de muerte;⁽⁶⁰⁾ por el padrastro y los hermanos;⁽⁶¹⁾ por la concubina;⁽⁶²⁾ por el progenitor en caso de supervivencia de la víctima;⁽⁶³⁾ por la madre y los hermanos en el caso de abuso sexual contra una menor;⁽⁶⁴⁾ por la novia de la víctima de un accidente de tránsito;⁽⁶⁵⁾ por los hermanos de la víctima de un accidente en la ruta;⁽⁶⁶⁾ por los padres de un menor que padece incapacidad absoluta;⁽⁶⁷⁾ etc.

Ante este panorama, el art. 1741 del Proyecto de reforma, luego de consagrar la legitimación del damnificado directo para reclamar el menoscabo extrapatrimonial sufrido, se refiere expresamente a la procedencia de la acción promovida por los damnificados indirectos que allí se enumeran, tanto en caso de muerte de la víctima o de gran discapacidad de ella. Ello importa una ampliación de la legitimación activa, ya desde un primer momento, en los casos que hemos enumerado anteriormente, en los cuales la incapacidad sufrida por la víctima en razón del hecho ilícito revista la suficiente gravedad como para proceder a indemnizar a aquellos que, muchas veces, cargan con el cuidado del damnificado directo. Es el supuesto, por ejemplo, del último caso que citamos en el párrafo anterior, en el cual

(60) CNCiv, Sala F, "G., M. A. c/ Club Gimnasia y Esgrima s/ incidente civil", 11/06/2012, en RCyS, 2012-IX, p. 133.

(61) CNCiv, Sala J, "Soria, María Ester y otros c/ Gatti, Santiago Tomás y otros s/ Daños y Perjuicios", 12/04/2012.

(62) CNApel. del Trabajo, Sala V, "Umaña Navarro, Carmen c/ M y G Construcciones S.R.L.", 15/02/2012, en DT, 2012 (abril), p. 958.

(63) CNCiv, Sala M, "Ríos, Claudia Marcela c/ Transportes Metropolitanos Gral. Roca S.A. s/ Daños y Perjuicios", 05/10/2011, en RCyS, 2012, p. 146.

(64) Cám. de Apel. en lo Civ. y Com. de Azul, Sala II, "A.M.A. c/ F.N.R.", 10/03/2011, en RCyS, 2011-VI, p. 49.

(65) CNCiv, Sala K, "Botti, Adela Elena y otros c/ Aguilar, Marcos Javier y otro", 23/10/2009, en RCyS, 2010-V.

(66) CNCiv, Sala F, "Contrereas Mamani, Gregorio y otros c/ Muñoz, Cristian Edgardo y otros", 24/08/2009.

(67) CNCiv, Sala L, "Estopiñan, Carmen Rosa y otro c/ Kolacias S.A.", 06/05/2008, en RCyS, 2008, p. 1078; Suprema Corte de Justicia de la Provincia de Buenos Aires, "L.A.C. y otro c/ Provincia de Buenos Aires y otro", 16/07/2007, en RCyS, 2007, p. 854.

la víctima sufre una incapacidad absoluta. Se trata del *leading case* fallado por la Suprema Corte de la Provincia de Buenos Aires, en el cual, a raíz de una deficiencia en la máquina anestésica, el menor se encontraba en estado vegetativo, con una total desconexión con el medio que lo circunda, y con una dependencia absoluta del cuidado de sus padres, lo que llevó al tribunal citado a declarar la inconstitucionalidad del art. 1078 del ordenamiento civil vigente.⁽⁶⁸⁾

Ahora bien, es susceptible de interpretación cuál es el alcance del término "gran discapacidad" utilizado en el artículo. Entendemos que dicha previsión deberá interpretarse a la luz de la afectación que dicha lesión a la integridad física de la víctima ocasione en los damnificados indirectos, y el grado de certeza que ostente el menoscabo padecido por los familiares, lo cual queda supeditado, en última instancia, al prudente arbitrio judicial.

Por otra parte, la disposición en comentario, a diferencia del vigente art. 1078, enumera expresamente a los ascendientes, descendientes y cónyuge de la víctima, consagrando de esta forma la doctrina sentada por la Cámara Nacional en lo Civil en el plenario "Ruiz",⁽⁶⁹⁾ y sellando todo debate en cuanto a que los herederos forzosos legitimados para reclamar el daño moral no son únicamente los de grado preferente de acuerdo al orden sucesorio, sino todos aquellos que ostenten el carácter de tales.

Luego, el art. 1741 se refiere a quienes convivían con la víctima al momento de producirse el hecho ilícito, recibiendo trato familiar ostensible. En virtud de ello, culmina el debate en cuanto a la procedencia del reclamo por daño extrapatrimonial promovido —por ejemplo— por la concubina, que, si bien ha sido admitido en algunos precedentes por la vía de la inconstitucionalidad del art. 1078 del cuerpo legal vigente,⁽⁷⁰⁾ ha sido denegado por la jurisprudencia en muchos otros casos.⁽⁷¹⁾ También que-

.....

(68) Ver precedente citado en la nota 64.

(69) CNCiv, en pleno, "Ruiz, Nicanor y otro c/ Russo, Pascual P.", 28/02/1994, en *Revista Jurídica La Ley*, 1994-B, p. 484.

(70) Ver precedente citado en la nota 65.

(71) CNCiv, Sala E, "Sandua, Clara Alicia c/ Celani, Camilo y otros", 09/08/2012; CNCiv, Sala J, "Martínez Mosquera, Germán y otro c/ Ciudad de Buenos Aires", 20/09/2004, en *Revista Jurídica La Ley*, 26/01/2005, p. 4; CNCiv, Sala G, "S., E. y otro c/ Malaguero, Francisco y otros", 01/03/2000; en *Revista Jurídica La Ley*, 2000-D, p. 818; CNFed. Civil y Comercial,

dan comprendidos, siempre que convivan con la víctima, los hermanos del damnificado directo, el padrastro y la madrastra, tíos, primos, etc.

El art. 1741 en comentario, también en su primer párrafo, enuncia que los damnificados indirectos podrán reclamar el perjuicio moral "(...) según las circunstancias (...)". En nuestro criterio, dicha afirmación se refiere a la carga de probar el daño invocado por los accionantes, cuestión a la cual nos referiremos en el último apartado de este trabajo.

En su segundo párrafo, la norma en análisis establece expresamente que la acción sólo se transmite a los sucesores universales del legitimado si es interpuesta en vida por éste. Es decir, los damnificados indirectos únicamente pueden accionar *iure proprio* por el perjuicio que padecieron a título personal, pero no se encuentran habilitados para reclamar *iure hereditatis* el menoscabo extrapatrimonial sufrido por la víctima, con la salvedad de los supuestos en que esta última haya accionado en vida. Es que, como lo señala Bustamante Alsina, no puede nacer un derecho en favor de un muerto, toda vez que éste deja de ser persona en el mismo momento en que se produce el daño.⁽⁷²⁾

Finalmente, el art. 1741 *in fine* se refiere al carácter sustitutivo y compensatorio de la indemnización otorgada en concepto de resarcimiento del daño moral. Así, queda sellada la discusión en cuanto a la naturaleza jurídica de este tipo de menoscabo, consagrándose en el cuerpo del Código Civil en carácter netamente resarcitorio del perjuicio extrapatrimonial.⁽⁷³⁾

5 | La prueba del daño en el Proyecto de reforma

El art. 1744 se refiere a la carga de la prueba del daño, y establece que el perjuicio: "(...) debe ser acreditado por quien lo invoca, excepto que la ley lo impute o presuma, o que surja notorio de los propios hechos". De esta forma, y conforme a lo que disponen en la materia la mayoría de los

.....
sala III, "S., M. F. y otro c/ Edenor S.A.", 31/08/1999, en RCyS, 2000, p. 579, entre muchos otros precedentes.

(72) BUSTAMANTE ALSINA, JORGE, op. cit., p. 569.

(73) PIZARRO, RAMÓN D., op. cit., p. 101 y ss.; ORGAZ, ALFREDO, op. cit., p. 199.

ordenamientos procesales —tanto nacional como provinciales (arts. 377 CPCCN; 375 CPCCBA; 377 CPCCS; 179 CPCCM)—, la prueba del daño pesa sobre el accionante, de forma tal que será él quien deberá acreditar que el perjuicio efectivamente se produjo, en virtud de ser éste el extremo fundamental de la norma que invoca. Es que el daño es, como ya lo hemos dicho, el elemento esencial constitutivo de la acción, y es por ello que su demostración le incumbe a la víctima.⁽⁷⁴⁾

El damnificado, entonces, deberá demostrar, a su vez, los requisitos del daño resarcible, esto es, la lesión de un interés patrimonial o extrapatrimonial, personal, subsistente, y que presenta un grado de certeza suficiente que amerita su resarcimiento.⁽⁷⁵⁾

Sin embargo, la carga del actor de demostrar la existencia del perjuicio se encuentra disminuida por las diversas morigeraciones al principio general antes enunciado. En primer lugar, y como lo menciona el mismo artículo, las presunciones que el Código Civil expresamente prevé en la materia. En este aspecto, cobra especial relevancia el art. 1745 del Proyecto, que específicamente establece diversas presunciones de daño en caso de muerte de la víctima.

En efecto, ocurrido el deceso del damnificado directo, se presumirán los gastos necesarios para su asistencia y posterior funeral, encontrándose legitimado para repetir aquél que haya incurrido en dichas erogaciones, aunque fuera su carga hacerlo.

Asimismo, también se presumirán los gastos necesarios en concepto de alimentos del cónyuge, del conviviente y de los hijos menores, hasta los 21 años de edad, con derecho alimentario, como así también los de los hijos incapaces o con capacidad restringida, aunque no hayan sido declarados tales judicialmente.

De esta forma, la disposición citada en último término establece una presunción *iuris tantum* de daño, en estos casos, a partir del hecho lesivo. Es dable tener en cuenta que, como ocurre con las presunciones establecidas en el art. 1084 vigente, la presunción legal establecida no impide que

(74) ZAVALA DE GONZÁLEZ, MATILDE, op. cit., p. 156; BUSTAMANTE ALSINA, JORGE, op. cit., p. 180.

(75) AGOGLIA, MARÍA M.; BORAGINA, JUAN C. y MEZA, JORGE A., "La prueba del daño moral", en *Revista de Derecho de Daños. La prueba del daño-I*, Santa Fe, Rubinzal-Culzoni, 1998, p. 157 y ss.

todo otro damnificado pueda también reclamar el resarcimiento del daño que le fue ocasionado, demostrando su existencia.⁽⁷⁶⁾

La novedad que incorpora el art. 1745 es que, en su último apartado, presume: "(...) la pérdida de chance de ayuda futura como consecuencia de la muerte de los hijos (...)". El Proyecto consagra, en la materia, una reiterada jurisprudencia nacional y provincial que considera procedente el resarcimiento de este tipo de menoscabo, cuando, como consecuencia del hecho ilícito, fallece el hijo de los accionantes.⁽⁷⁷⁾ Asimismo, no limita la legitimación a los padres del fallecido, sino que la extiende también a aquellos que tengan la guarda del menor.

Finalmente, debemos referirnos a la prueba del daño moral, cuestión que, como lo expusimos en la sección pertinente, hemos dejado para su análisis en este apartado. Al respecto, el art. 1741 establece que el daño moral será resarcible, para los damnificados indirectos, " (...) según las circunstancias (...)". Esta parte de la norma debe entenderse en el sentido de que deberá resarcirse siempre que el menoscabo se encuentre probado en la causa. Es que, siguiendo la regla enunciada por el art. 1744 del Proyecto, también el daño moral deberá ser probado por quien reclama su reparación.⁽⁷⁸⁾

Lo que sucede, y ahí radica la dificultad en la materia, es que difícilmente pueda aportarse prueba directa sobre la producción del daño, y se deberá recurrir a su acreditación mediante presunciones judiciales u *hóminis*, ante la imposibilidad de mensurar el perjuicio extrapatrimonial en forma similar

(76) ZANNONI, EDUARDO A., op. cit., p. 258.

(77) CSJN, "Schauman de Scaiola, Martha S. c/ Provincia de Santa Cruz", 06/07/1999, en RCyS, 2000, p. 478; CNCiv, Sala B, "N., d. M. S. C. y otro c/ Solidez S.R.L. y otros", 20/03/2009; CNCiv, Sala M., "Z., V. G. c/ Transporte Automotor La Plata S.A.", 30/12/2008; CNCom, Sala E, "Ferrovias S.A. s/ conc. prev. s/ inc. de revisión", 04/06/2007; CNTrab, Sala VI, "Torrillo, Atilio Amadeo c/ Gulf Oil Argentina S.A. y otro", 05/03/2008, en LL 2008-C, p. 330; Suprema Corte de Justicia de la Provincia de Buenos Aires, "S. B. E. c/ Salyco Ingeniería Hidrocinética S.A. y otra", 27/12/2006, en DT 2007 (marzo), p. 369; Trib. Colegiado de Responsabilidad Civil Extracontractual n° 1 de Santa Fe, "González, Carlos Narciso y otros c/ Empresa Provincial de Energía", 26/03/2007; Cám. 1a de Apel. en lo Civ., Com. Minas, de Paz y Trib. de Mendoza, "Urbietta, Rolando Augusto y otros c/ Dirección Provincial de Vialidad", 02/07/2008, en LL Gran Cuyo, 2008 (septiembre), p. 786; Cám. de Apel. en lo Civ. y Com. de Lomas de Zamora, Sala I, "Duarte Mario c/ Altamirano, Roberto y otro", 19/06/2008, en LLBA, 2008 (septiembre), p. 887; entre muchos otros precedentes.

(78) PIZARRO, RAMÓN D., op. cit., p. 562; ZAVALA DE GONZÁLEZ, MATILDE, op. cit., t. 2a, p. 564; BUSTAMANTE ALSINA, JORGE, "Equitativa Valuación del daño no mensurable", en *Revista Jurídica La Ley*, 1990-A, p. 654.

con la dilucidación del menoscabo patrimonial. Por ello, para probar el daño moral en su existencia y entidad no será necesario aportar prueba directa, lo cual es imposible, sino que el juez deberá apreciar las circunstancias del hecho lesivo y las calidades morales de la víctima para establecer objetiva y presuntivamente el agravio moral en la órbita reservada de la intimidad del sujeto.⁽⁷⁹⁾

Asimismo, no será indispensable probar el dolor experimentado por el fallecimiento de un hijo por una lesión discapacitante a través de —por ejemplo— testigos que declaren sobre el padecimiento del damnificado después del hecho, o por una pericia psicológica. Será a partir de la acreditación del suceso, y del carácter de legitimado activo del actor, que podrá operar la prueba de indicios y presuncional, e inferirse la existencia del daño moral.⁽⁸⁰⁾ Y es aquí donde, especialmente, cobra relevancia lo previsto en el art. 1744 del Proyecto, en cuanto morigera la carga de la prueba del daño a cargo del damnificado en aquellos casos en que el menoscabo surja “(...) notorio de los propios hechos”, como ocurre cuando el daño moral se encuentra acreditado por las solas circunstancias y características del evento dañoso —*in re ipsa*—.

6 | Conclusión

Hemos intentado, a lo largo del presente trabajo, realizar una breve referencia a las principales características del daño resarcible en el Proyecto de reforma, el cual consagra las posturas adoptadas a lo largo de los años por la doctrina y la jurisprudencia, en los diversos aspectos vinculados con el perjuicio como elemento primordial de la responsabilidad civil.

No pretendemos, claro está, concluir el debate de estas cuestiones, cuyo análisis por parte de la doctrina, y aplicación por la jurisprudencia, requerirá un trabajo arduo de estudio del Proyecto, una vez sancionado el nuevo Código. Es que el debate de todas estas cuestiones, de las cuales lo aquí expuesto constituye una parte ínfima, no se encuentra agotado, sino que, por el contrario, recién comienza.

(79) BUSTAMANTE ALSINA, JORGE, *Teoría General de la Responsabilidad Civil*, op. cit., p. 247.

(80) PIZARRO, RAMÓN D., op. cit., p. 564.

La responsabilidad profesional y el Proyecto de Código Civil y Comercial de la Nación

por SILVIA Y. TANZI⁽¹⁾

I | Introducción

En principio, y en el ámbito del tema a tratar, corresponde hacer una reflexión acerca de la necesidad de mantener la diferencia de regímenes (contractual o extracontractual), tal como lo legisla el actual Código Civil.

La unificación ha sido reclamada de manera insistente en destacados encuentros jurídicos (III Congreso Nacional de Derecho Civil, Córdoba, 1961; V Jornadas Nacionales de Derecho Civil, Rosario, 1971; Jornadas Australes de Derecho, Comodoro Rivadavia, Chubut, 1980; II Jornadas Bonaerenses de Derecho Civil, Comercial y Procesal, Junín, Pcia. de Buenos Aires, 1986; III Jornadas Sanjuaninas de Derecho Civil, San Juan, 1986; Jornadas Nacio-

.....

(1) Juez Nacional de Primera Instancia en lo Civil. Especialista en Responsabilidad Civil Contractual y Extracontractual. SubDirectora del Departamento de Derecho Privado I de la Facultad de Derecho de UBA. Profesora Adjunta Regular de Elementos de Derecho Civil y Obligaciones Civiles y Comerciales de la Facultad de Derecho de UBA. Profesora de Postgrado en Derecho de Daños en la Facultad Derecho de U.B.A. y la de Postgrado de la U.C.A. y de la Facultad de Derecho de la Universidad Nacional de Mar del Plata. Autora de numerosos artículos y obras sobre Hechos y Actos Jurídicos y Responsabilidad Civil. Miembro de la Asociación de Docentes de la Facultad de Derecho de UBA. Miembro de la Academia de Intercambio de Estudios Judiciales.

nales sobre Unificación de las Obligaciones Civiles y Comerciales, Buenos Aires, 1986; XII Jornadas Nacionales de Derecho Civil, Bariloche, Río Negro, 1989; III Jornadas de Derecho Civil y Comercial de la Provincia de La Pampa, 1991, entre otros). Tal reclamo fue receptado por el Proyecto de Código de 1987, los dos proyectos de reformas al Código Civil de 1993, el Proyecto de Código de 1998 y el actual Proyecto de Código Civil y Comercial de la Nación (decreto presidencial 191/2011).

En la actualidad es necesario tener presente que los Tribunales no se hallan preocupados por la naturaleza contractual o extracontractual de la responsabilidad, salvo allí donde existe interés en hacerlo.⁽²⁾

En la presentación del Proyecto de Código Civil y Comercial de la Nación, proyecto del Poder Ejecutivo Nacional, redactado por la Comisión de Reformas cuyo presidente es el Profesor Dr. Ricardo L. Lorenzetti, e integrada por las Profesoras Dras. Elena I. Highton de Nolasco y Aída Kemelmajer de Carlucci, se destaca el respeto a los grandes lineamientos de los proyectos anteriores y de la doctrina de nuestro país. Así lo manifestó el Profesor Lorenzetti en la mencionada presentación al sostener que "(...) Por eso es que podemos encontrar muchos más aspectos que nos unen que detalles que nos separan (...)". Y es importante destacar que pone punto final con meras diferencias que carecen de asidero en nuestro ordenamiento jurídico.

En el actual régimen se sostiene que la responsabilidad profesional tiene carácter obligacional —o contractual—, tal como lo expresan los Dres. Alberto J. Bueres y Elena I. Highton en su conocida obra,⁽³⁾ aunque frente a terceros se enrola en el régimen de la responsabilidad extracontractual. La tesis que adopta el Proyecto de Código Civil y Comercial de la Nación es la unidad del fenómeno de la ilicitud; unidad que no debe confundirse con uniformidad ya que se hace hincapié en la unificación de los supuestos que han aparejado serias dificultades. Establece una regla general para la unificación de los ámbitos de la responsabilidad y

(2) MAZEAUD, HENRI, MAZEAUD, León y TUNC, ANDRÉ., *Tratado Teórico y práctico de la responsabilidad civil, delictual y contractual*, 5ta edición, trad. de L. Alcalá Zamora y Castillo, Buenos Aires, Ejea, 1962.

(3) BUERES, ALBERTO y HIGHTON, ELENA I., *Código Civil y normas complementarias: análisis doctrinal y jurisprudencial*, Buenos Aires, Ed. Hammurabi, 1995-2001, tomos 3 C y 4 A.

una regulación especial para el cumplimiento de una prestación a través de un contrato.

Además, el texto proyectado regula con absoluta claridad la previsibilidad contractual estableciendo una destacada característica en relación al actual ámbito de aplicación del Código Civil (ver Título III, art. 520).

2 | Responsabilidad profesional. La importancia de su tratamiento

Al definir el término “profesional liberal” se hace hincapié en que se trata de un sector limitado pero cuya actividad presenta ciertas singularidades:

- a. autonomía técnica, propia del saber especializado;
- b. sujeción a normas éticas, sometimiento a un régimen disciplinario;
- c. colegiación.

Asimismo se ha desarrollado con precisión la temática del “experto frente al profano” señalando que, en doctrina extranjera, es corriente tomar en cuenta la inferioridad de los profanos respecto de los profesionales, quienes tienen una superioridad técnica considerable en las relaciones contractuales.⁽⁴⁾

El art. 1768 del Proyecto de Código Civil y Comercial se refiere a los profesionales liberales y establece que la responsabilidad es subjetiva, excepto que se haya comprometido un resultado concreto.

Al referirse a la responsabilidad subjetiva, la primera parte del artículo nos remite a la impecable definición de culpa que se formula en el art. 1724 y a la valoración de la conducta prevista en el art. 1725. En relación a la primera, sostenemos que es impecable porque centra su consistencia 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”.

(4) ALTERINI, ATILIO A.; AMEAL, OSCAR J. y LÓPEZ CABANA, ROBERTO M., *Derecho de Obligaciones: civiles y comerciales*, 4ta ed., Buenos Aires, Ed. Abeledo Perrot, 2008.

La jurisprudencia y doctrina mayoritaria enfatizan que la culpa profesional debe ser apreciada en concreto, lo que exige comparar la conducta obrada con la conducta debida, y así se manifiestan día a día en distintos pronunciamientos en los que destacan el término “diligencia debida”, a diferencia del plural que utiliza el actual Código Civil en su art. 512 —que fue objeto de críticas por su terminología—.

En cuanto a la culpa profesional, corresponde recordar las enseñanzas del Profesor Ricardo L. Lorenzetti.⁽⁵⁾ Afirma el distinguido jurista que dicha culpa es, en esencia, la que se describe genéricamente, pero hay que tener en cuenta que en el régimen general de la responsabilidad civil las directivas sobre esa cuestión se hallan encaminadas hacia las preceptivas que toma en cuenta el Proyecto en relación a la mayor responsabilidad. Con claridad meridiana, en su art. 1725 destaca precisamente que, si el deber consiste en obrar con prudencia y pleno conocimiento, la diligencia que se le exija al profesional será mayor como así también la ponderación de la previsibilidad de las consecuencias.

Además, el Proyecto de Código Civil y Comercial de la Nación desarrolla aquellos casos en los que exista una confianza especial porque deberá tener en cuenta la naturaleza del acto y las condiciones particulares de las partes. Y, en esas situaciones, el grado de responsabilidad lo será en la medida de la condición especial del agente, lo que es aplicable en el marco del ejercicio profesional liberal.

Al tratar la culpa contiene tres comportamientos bien definidos que tienen vinculación directa con el ejercicio de las profesiones liberales: imprudencia, negligencia e impericia.

El diccionario de la Real Academia Española, al tratar la primera, refiere que se trata de “falta de prudencia”, “acción o dicho imprudente”, “punible o inexcusable negligencia con olvido de las precauciones que la prudencia vulgar aconseja, la cual conduce a ejecutar hechos que, a mediar malicia en el actor, serían delitos”.

Al definir negligencia afirma que se trata de “descuido, omisión, falta de aplicación” y, en el caso de la impericia, refiere que se trata de “falta de

(5) LORENZETTI, RICARDO, “Nuevos enfoques en la responsabilidad profesional”, en *La Ley*, 1996-C-1172.

pericia”, definiendo a esta última como “sabiduría, práctica, experiencia y habilidad en una ciencia o arte”. El artículo es comprensivo de todas aquellas profesiones en las que se requiere —precisamente— conocimiento intensivo de una problemática científica, cualquiera sea aquélla.

3 | Prueba de los factores de atribución, de las eximentes y de la relación causal

El criterio adoptado por el Proyecto de Código Civil y Comercial en sus arts. 1734, 1735 y 1736 ha sido coherente con la doctrina y jurisprudencia predominante en la materia.

El primero establece: “Excepto disposición legal, la carga de la prueba de los factores de atribución y de las circunstancias eximentes corresponde a quien los alega”. Y en el art. 1735, al tratar las facultades judiciales, afirma:

“No obstante, el juez puede distribuir la carga de la prueba de la culpa o de haber actuado con la diligencia debida, ponderando cuál de las partes se halla en mejor situación para aportarla. Si el juez lo considera pertinente, durante el proceso comunicará a las partes que aplicará este criterio, de modo de permitir a los litigantes ofrecer y producir los elementos de convicción que hagan a su defensa”.

El art. 1736 legisla lo atinente a la carga de la prueba de la relación causal y sienta el principio general de que le corresponde a quien la alega, excepto que la ley la impute o la presuma. Respecto de la carga de la prueba de la causa ajena o de la imposibilidad de cumplimiento, recae sobre quien la invoca; criterio absolutamente coherente no sólo en el ámbito de la doctrina civil sino del derecho de forma.

Ricardo L. Lorenzetti en su destacado libro *Responsabilidad civil de los médicos*⁽⁶⁾ afirma que es sabido que el Derecho de Daños se ha orientado hacia la protección de la víctima y que una de las principales preocupa-

(6) LORENZETTI, RICARDO, *Responsabilidad civil de los médicos*, Bs. As., Rubinzal-Culzoni Editores, 1997, tomo II, pp. 209 y ss.

ciones ha sido la de aligerar la carga probatoria "con el fin de restituir un equilibrio afectado por la masividad y la producción anónima de daños".

Por su parte, Óscar J. Ameal, vocal preopinante de la Sala K de la Excma. Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil, en los autos caratulados "Gallardo Salinas, Manuel c/ Sanatorio Otamendi Miroli S.A. y otros s/ daños y perjuicios" del 7 de mayo de 2007, y publicado en *Gaceta de Paz* del 28 de abril de 2009 (año LXXIV, n° 4016), señala el criterio de parte de la doctrina respecto de que pesa sobre el actor la carga de la prueba de la culpa medical con fundamento en que la obligación es, en principio, de medios y no de resultado ya que, salvo algunos supuestos excepcionales, el médico no está obligado al restablecimiento de la salud, sino solamente a procurarla con sus conocimientos y diligencias. Pero, como sostiene el Dr. Ameal, dicha doctrina ha ingresado en un cono de crisis en razón de la vigencia de la teoría de la carga probatoria dinámica, que impone la prueba a quien está en mejores condiciones de producirla; caso contrario, puede constituir una presunción en su contra.

El Proyecto de Código Civil de 1998 mantuvo esta orientación ya expuesta en importantes encuentros jurídicos (II Encuentro de Abogados Civilistas, Santa Fé, 1988; I Jornadas Rosarinas sobre Temas de Derecho Civil, Rosario 1988; V Jornadas Nacionales de Profesores de Derecho, Lomas de Zamora, Pcia. de Buenos Aires, 1988; Jornadas Sanjuaninas de Derecho Civil, San Juan, 1989; Jornadas Marplatenses de Responsabilidad Civil y Seguros, 1989).

Cabe destacar que, al decir del Profesor Augusto M. Morello,⁽⁷⁾ "Nadie puede sentirse afectado si, por encontrarse en las mejores aptitudes de conocimiento técnico y haber actuado de modo gravitante en el evento de que se trata, se lo reputa estar en posición para satisfacer la demostración pertinente".

También hay que señalar que, como lo afirman Atilio Aníbal Alterini y Roberto M. López Cabana conjuntamente con el Prof. Oscar J. Ameal,⁽⁸⁾ es

(7) MORELLO, AUGUSTO M., *Indemnización del daño contractual*, Bs. As., Abeledo Perrot, 2003.

(8) ALTERINI, ATILIO A. y LÓPEZ CABANA ROBERTO M., *Cuestiones modernas de responsabilidad civil*, Buenos Aires, Editorial La Ley, 1988, p. 37; y ALTERINI, ATILIO A.; AMEAL, OSCAR J. y LÓPEZ CABANA, ROBERTO M., op. cit.

menester que el damnificado demuestre la causa física del daño, que consiste en el contacto físico o material entre la conducta y un resultado.

En las Segundas Jornadas Bonaerenses de Derecho Civil, Comercial y Procesal —celebradas en Junín, Pcia. de Buenos Aires, en 1986— se sostuvo que la prueba de la relación causal en lo que hace al contacto físico o material entre la conducta y un resultado corresponde a la víctima. Una vez realizada dicha operación, en ciertos casos podrá presumirse la adecuación de la condición que concurrió a la causación del daño.

En ese sentido, Lorenzetti afirma que el Juez

“(...) debe practicar un juicio de razonabilidad que contemple no sólo las relaciones causales físicas sino lo efectivamente calculado por el sujeto como agente supercausal. Además de la noción de causa que suministran los peritos, debe aplicarse sobre ella la noción de lo justo, que permitirá evaluar hasta dónde debe hacerse responsable a una persona por sus actos (...)”.⁽⁹⁾

Por su parte, Soler⁽¹⁰⁾ sostiene que el Derecho recurre a la causalidad para resolver un problema de responsabilidad y, por consiguiente, no importa establecer el problema filosófico o científico, sino el dilema práctico de determinar hasta dónde quiere la ley que los hombres respondan por sus actos.

Además, es fundamental lo legislado por el Proyecto en su art. 1735 toda vez que le otorga al Juez facultades para distribuir la carga de la prueba de la culpa o, en caso de haber actuado con la diligencia debida, de ponderar cuál de las partes se halla en mejor situación para aportarla. Si el magistrado lo considerare pertinente, durante el proceso comunicará a las partes que aplicará este criterio, de modo de permitir a los litigantes ofrecer y producir los elementos de convicción que hagan a su defensa. Tal criterio es coherente con la evolución jurisprudencial y doctrinaria imperante en la materia durante los últimos años.

.....

(9) LORENZETTI, RICARDO, *Responsabilidad civil de los médicos*, tomo II, op. cit., pp. 115 y ss.

(10) SOLER, SEBASTIÁN, *Derecho Penal Argentino*, Bs. As., Ed. La Ley, 1945, tomo I, p. 265.

4 | Pautas de interpretación del artículo 1768

El Proyecto de Código Civil y Comercial —tal como se adelantara— trata el tema de los profesionales liberales en el marco de la Sección novena titulada: “Supuestos especiales de responsabilidad”. En su art. 1768 legisla la actividad del profesional liberal, ajustándolo a las reglas de las obligaciones de hacer y destacando que se trata de una responsabilidad subjetiva, salvo que se haya comprometido a un resultado concreto.

Por su parte, el Proyecto de Código Civil de 1998, en la Sección décimo segunda (“Supuestos especiales de responsabilidad”), § 6 (“De los profesionales liberales”), establecía que “las actividades del profesional liberal están sujetas a las reglas de las obligaciones de hacer”.

Las obligaciones de hacer se hallan legisladas en el Proyecto de Código Civil y Comercial de la Nación, en la Sección segunda a partir del art. 773. Básicamente se las define como aquéllas cuyo objeto “consiste en la prestación de un servicio o en la realización de un hecho, en el tiempo, lugar y modo acordados por las partes”. La mencionada prestación del servicio puede consistir en realizar cierta actividad, con la diligencia apropiada, independientemente de su éxito, o en procurar al acreedor cierto resultado concreto, con independencia de su eficacia, o en procurar el resultado eficaz prometido. Se relacionan con el ejercicio de los profesionales liberales y su incumplimiento se encuentra sometido a las reglas generales.

La clave de la cuestión se centra en la **diligencia apropiada**, aún más en los casos en que el profesional se haya comprometido a obtener un resultado concreto que, en el quehacer de las profesiones liberales, se da en determinados supuestos porque debe verificarse el incumplimiento del *opus* propuesto y las secuelas. No alcanzar el resultado al que se ha comprometido es demostración suficiente de tal incumplimiento, sin perjuicio de la demostración de eximentes del deber de responder.

En doctrina se ha puesto de manifiesto que “a los fines de configurar normativamente el débito profesional, el deber de prestación se conforma

con la disposición de todos los medios orientados hacia la obtención del resultado que integra el objeto de modo mediato".⁽¹¹⁾

Asimismo, el art. 1768 del Proyecto de 2012, de manera clara, concreta y precisa refiere que:

"Cuando la obligación de hacer se preste con cosas, la responsabilidad no está comprendida en la Sección 7º, de este Capítulo, excepto que causen un daño derivado de su vicio. La actividad del profesional liberal no está comprendida en la responsabilidad por actividades riesgosas previstas en el art. 1757".

La Sección séptima trata precisamente de la responsabilidad derivada de la intervención de cosas y de ciertas actividades ("Hecho de las cosas y actividades riesgosas, sus sujetos responsables y daño causado por animales", arts. 1757 a 1759). Sólo quedará comprometida la responsabilidad del profesional en tanto y en cuanto al utilizar una cosa se cause un daño derivado de su vicio (entendido éste como una anomalía que torna impropia a la cosa para su destino).

De este modo, el Proyecto de Código Civil y Comercial de la Nación disipa todas las dudas e incertidumbres que el tratamiento específico de las responsabilidades profesionales pueda originar sobre quienes se dedican a tales actividades.

Como bien señala Atilio A. Alterini,⁽¹²⁾ el Proyecto de 2012

"(...) se limita a determinar que, habiendo culpa, hay responsabilidad, lo cual es por demás obvio: no antepone la responsabilidad subjetiva a la objetiva, ni la responsabilidad objetiva a la subjetiva, y tampoco se inmiscuye en el *ranking* de prevalencia entre responsabilidad subjetiva y responsabilidad objetiva, porque cada una de ellas tiene su propia área de incumbencia (...)"

(11) ALTERINI, Atilio A.; AMEAL, OSCAR J y LÓPEZ CABANA, ROBERTO M., *Derecho de Obligaciones: civiles y comerciales*, op. cit.

(12) ALTERINI, Atilio A., "Soluciones del Proyecto de Código en materia de Responsabilidad Civil", en *Diario La Ley*, 30/07/2012.

Ha seguido la orientación de los sistemas jurídicos más modernos y del Proyecto de Código Civil de 1998 en su art. 1602.

5 | Un aporte al tema de la responsabilidad profesional: Médicos. Problemática del médico anestesista

Un capítulo aparte merece el desarrollo de la actividad médica, en particular la de los médicos anestesistas, y el de los abogados por tener un espacio frecuente en el marco de litigios, cada vez más complejos.

Se afirma que en el ámbito de la responsabilidad médica hay que tener en cuenta si el hecho galénico ha sido causa de un efecto que se traduce, en la mayoría de los casos, en un daño.

Cualquier condición del hecho no es causa sino aquélla que generalmente es apta para determinarlo.⁽¹³⁾ Por lo tanto, es imprescindible un estudio pormenorizado de la prueba aportada al proceso para determinar si el acto médico ha sido la causa adecuada del daño que invoca el paciente.

Ricardo L. Lorenzetti enseña que:

“El facultativo es quien está en mejores condiciones de dar explicaciones al Juez sobre el acontecer dañoso pues posee no sólo los conocimientos necesarios sino también la vivencia directa y exclusiva del mismo (...) en el contrato médico hay una finalidad mediata, constituida por el provecho que buscan las partes a través del instrumento de la contratación que no es otro que una mejora en la salud del paciente. Además, existe un objeto-fin social constituido por la utilidad social que presta el mismo, que en nuestro caso consiste en la promoción de la persona a través de la prestación de salud. De manera que cuando el resultado final es adverso a ambos objetivos es posible presumir la existencia de una anormalidad, proveniente ya sea de la

(13) MOSSET ITURRASPE, JORGE, *Responsabilidad por daños*, Buenos Aires, 1998, tomo I, p. 191.

culpa del galeno o de un caso fortuito. Quien debía cumplir con la prestación es quien debe también cargar con la prueba de la existencia de la anormalidad. Tales argumentaciones nos llevan a postular que, por vía interpretativa y analógica, se admite la existencia de una presunción de adecuación del nexo causal (...) Así cuando se trata de casos en que pueden describirse científicamente muchas causas posibles pero hay una que sobresale y que es la que normalmente es apta para producir el resultado, se ha dicho que debe estarse a esa causa (...)" .⁽¹⁴⁾

Sobre el tema en particular, debe recordarse que el examen a efectuar debe hacerse a través del prisma del nexo adecuado de causalidad con el hecho productor del daño (art. 1726) y que en los contratos se responde por las consecuencias que las partes previeron o pudieron haber previsto al momento de su celebración (art. 1728). De ese modo, como sostiene Goldenberg,⁽¹⁵⁾ se establece si en el plano jurídico un suceso es causa de otro, por lo que es necesario realizar *ex post facto* un juicio o diagnóstico de probabilidad en abstracto, inquiriendo si la acción u omisión que se juzga era de suyo idónea para producir normalmente ese evento, según el curso ordinario de las cosas (art. 1727).

Por su parte, Zavala de González⁽¹⁶⁾ afirma:

"(...) la causalidad es prioritaria respecto de la culpabilidad o de factores objetivos de atribución; recién desde la causación de un daño, se averigua si concurre algún motivo para que alguien deba responder. Si a partir de un hecho era objetivamente previsible el resultado, se reputa al sujeto como autor. Si además el resultado era subjetivamente previsible, se concluye que el autor es culpable".⁽¹⁷⁾

(14) LORENZETTI, RICARDO, *Responsabilidad civil de los médicos*, op. cit., p. 239 y numerosa jurisprudencia allí citada.

(15) GOLDENBERG, ISIDORO H., "La relación de causalidad en la Responsabilidad Civil", 2da edición ampliada y con actualización jurisprudencial, Bs. As., La Ley, pp. 175 y ss.

(16) ZAVALA DE GONZÁLEZ, MATILDE, "Actualidad en la jurisprudencia sobre derecho de daños-Relación de causalidad", en *La Ley* 1997-D-1272.

(17) CAZEAUX, PEDRO N. y TRIGO REPESAS, FÉLIX A., *Derecho de las obligaciones*, 3ra edición aumentada y actualizada, La Plata, Editorial Librería Platense, 1994, tomo 4, p. 790.

La causa adecuada de un perjuicio no siempre es el antecedente temporal más próximo toda vez que la causalidad no requiere simultaneidad en el tiempo ya que lo que interesa es si un hecho posee aptitud para generar un resultado.⁽¹⁸⁾

La medicina es una actividad falible que maneja dos racionalidades posibles: el menor error posible y el mayor beneficio probable. En ese sentido, se ha definido⁽¹⁹⁾ al denominado “error en Medicina” como “acción desierta o equivocada que sucede en el ejercicio de la ciencia o arte de precaver o curar las enfermedades del cuerpo humano y se vincula con el error en el proceso de atención médica”. Señalan los autores que “el error depende de dos tipos de fracaso: una acción correcta no resulta como se preveía (error de ejecución) o una acción intentada simplemente no era la correcta (error de planeamiento)”.

En el caso puntual del anestesiólogo, hay que tener presente que se trata de un profesional médico que debe ser experto no sólo en la administración de la anestesia sino en diferentes disciplinas, tales como cardiología, neumonología, terapia intensiva, neurología, entre otras, y en todo lo que se halle relacionado con el cuidado del paciente antes, durante y después del acto operatorio.

La anestesiología reviste una gran importancia: no se trata del suministro de fármacos o de técnicas adecuadas para evitar todo dolor, sino del control constante durante el acto quirúrgico hasta que el paciente recupere su situación normal, lo que se traduce en la vigilancia permanente de las funciones vitales. En algunas situaciones comprende la realización de técnicas de reanimación imprescindibles para restablecer al enfermo, atento los parámetros clínicos.

Cabe destacar que el caso del médico anestesista no se diferencia de cualquier otro profesional del arte de curar. Sin embargo, hay que tener

(18) LORENZETTI, RICARDO (dir.), *Digesto Práctico La Ley, Daños y perjuicios I*, 1ra ed., Bs. As., Ed. La Ley, pp. 509 y ss.

(19) PIÑEIRO, DANIEL y FERRERES, ALBERTO “El error en la práctica médica”, en Delia Beatriz Iñigo (coord.), *La prueba científica y los procesos judiciales* (publicación de la Academia Judicial Internacional), Bs. As., La Ley, 2006.

en cuenta que su trabajo lo expone en mayor medida que a otros especialistas frente a los eventuales reclamos por resarcimiento de daños.⁽²⁰⁾

Los actos anestésicos conforman una gama de procedimientos sumamente heterogéneos, complejos, condicionados e influidos por factores quirúrgicos e, incluso, extra quirúrgicos, aleatorios y hasta sujetos a reacciones imprevisibles de ciertos pacientes.⁽²¹⁾

El art. 22 de la ley 17.132 establece que las anestias generales y regionales deberán ser indicadas, efectuadas y controladas en todas sus fases por médicos, salvo casos de fuerza mayor. En los quirófanos de los establecimientos asistenciales oficiales o privados deberá llevarse un libro registro en el que conste: las intervenciones quirúrgicas efectuadas, y los datos de identificación del equipo quirúrgico, del médico a cargo de la anestesia y del tipo de anestesia utilizada. El médico anestesista, el jefe del equipo quirúrgico, el director del establecimiento y la entidad asistencial serán responsables del incumplimiento de las normas precedentes.

Se ha realizado un examen exhaustivo de los precedentes jurisprudenciales referidos a las principales etapas que integran la prestación de la especialidad, los que revelan valiosos criterios de evaluación del factor subjetivo de atribución, a saber:

1. **Preadestesia:** a) los exámenes clínicos y tests preanestésicos, particularmente en cirugías programadas, se consideran indispensables, a punto tal que su simple omisión puede acarrear responsabilidad del especialista; b) detección anticipada de hipersensibilidad a los anestésicos, máxime en pacientes con antecedentes personales y familiares o cuando en su historia consta "intolerancia" o "alergia a anestésicos locales".
2. **Anestesia:** a) la elección inconveniente del tipo de anestesia; b) la administración excesiva; c) la prescindencia del monitoreo; d) el abandono del paciente en cualquier momento del intraoperatorio; e) el descuido de su observación continua e ininterrumpida; f) la ejecución tardía de las maniobras de reanimación que correspondieren en forma precoz; e) la ausencia de información en

(20) TRIGO REPESAS, FÉLIX A., "Responsabilidad Civil del Médico Anestesista", en Dr. Alberto J. Bueres (dir.), Elena Highton (coord.), *Código Civil y normas complementarias. Análisis doctrinario y jurisprudencial*, tomo 4-B, Bs. As., Hammurabi, 2007.

(21) WIKINSKI, JAIME A., "El anesestiólogo y su responsabilidad profesional como médico", en *Revista Argentina de Anestesiología*, n° 4, vol. 49, 1991, pp.193/196.

el parte anestésico de episodios acontecidos durante el acto quirúrgico que provoquen daño al paciente, conforman distintas situaciones que generan responsabilidad.

3. **Postanestesia:** a) Inadecuada vigilancia del paciente en el período postanestésico y b) omisión de los cuidados exigibles, son algunos de los ejemplos que pueden acarrear responsabilidad.

Por otro lado, se debe tener siempre en cuenta que la determinación del nexo causal entre una determinada conducta y el daño constituye una cuestión de hecho supeditada a las circunstancias fácticas de cada caso en particular y a su correspondiente acreditación en el proceso. En este sentido, la Suprema Corte de la Pcia. de Buenos Aires sostuvo que:

“(…) cierto es que no existe seguridad absoluta de cuál fue la causa que provocó el paro cardíaco, pero no lo es menos que pericialmente se ha determinado que sobrevino ‘probablemente’ por exceso de anestesia, circunstancia que sumada tanto al irregular funcionamiento del vaporizador como al proceder negligente de los médicos —que privó al paciente del método médico científico adecuado (el examen preoperatorio) para evaluar la situación real de riesgo en que se encontraba el paciente—, son elementos de juicio suficientes para tener por acreditada en este caso la relación causal adecuada entre la descripta conducta omisiva y el daño”.⁽²²⁾

El médico anestesista responde a sus reglas de conducta y rol profesional. Frente a ello, se ha planteado si esa autonomía científica y técnica impide la relación de subordinación con el médico cirujano o si, por el contrario, éste, en su calidad de jefe de equipo, en caso de comprobada mala praxis del anestesista, es responsable por no efectuar una debida vigilancia del obrar de aquél.

En relación a la definición de equipo médico, Ricardo L. Lorenzetti afirma que ésta responde a que se ofrece una prestación a cargo de un grupo de sujetos no elegidos por el paciente y que pueden actuar separada pero coordinadamente para el cumplimiento de la tarea. Distingue los supues-

.....

(22) SCBA, 22/12/92, Ac.44.440, “P.M. c/ C.C. y otros”.

tos en que el paciente contrata directamente al equipo, de aquellos casos en los que lo hace con un prestador y éste se hace ayudar por el equipo.⁽²³⁾

La actuación de un equipo médico implica actividades compartidas o trabajos realizados en colaboración, todo lo cual importa una limitación sensata del deber de cuidado del denominado "principio de confianza" de quien, sin que medien especiales para dudar o creer lo contrario, obra en la confianza de que el otro se comportará con ese deber de cuidado.⁽²⁴⁾

Las diferencias doctrinales se centran en la autonomía científica del anestesista con respecto al médico cirujano o jefe del equipo médico.

Javier Fernández Costales, reconocido jurista español, sostiene que la especialidad de Anestesiología y Reanimación ha sido incluida en el apartado de supuesto dudosos respecto de la relación contractual médico-paciente, porque "su finalidad propiamente dicha e inmediata no es la curación del enfermo sino que su objetivo es servir de medio para la curación a otra especialidad concretamente de tipo quirúrgico".⁽²⁵⁾

Por su parte, el maestro francés Christian Larroumet habla del riesgo y entiende que es inherente al cumplimiento de un acto médico, y el ejemplo que invoca es del médico anestesista, pero no define su autonomía o dependencia.⁽²⁶⁾

Alberto J. Bueres se inclina por la autonomía cuando hay división interna dentro del equipo, derivada de la obligación de cuidado en razón de su especialidad. Si bien el médico-jefe tiene deberes de supervisión, se sostiene que la garantía se refiere al hecho del personal auxiliar, como lo establece el art. 19, inc. 8, de la ley 17.132, y no hay tal garantía en los casos de los médicos con autonomía científica que integran el equipo.⁽²⁷⁾

(23) LORENZETTI, RICARDO L., *La Empresa Médica*, Santa Fe, Rubinzal-Culzoni Editores, 1998.

(24) *Revista El Derecho*, n° 114, p. 665.

(25) FERNÁNDEZ COSTALES, JAVIER, *El contrato de servicios médicos*, Madrid, Ed. Civitas, 1988.

(26) LARROUMET, CHRISTIAN, "Tendencias en materia de hecho generador de la responsabilidad médica", en *Derecho Privado. Libro Homenaje al Profesor Alberto J. Bueres*, Bs. As., Ed. Hammurabi, 2001.

(27) LORENZETTI, RICARDO, *Responsabilidad civil de los médicos*, Tomo I, Bs. As., Ed. Hammurabi, 1981.

En esa correspondencia hay que tener presente que la Corte Suprema de Justicia de la Nación en el fallo “Verón, Nilda c/ Knaus, Omar E. y otros” del 23 de abril de 2002 destaca la autonomía científica y técnica que caracteriza la función del anestesista, que obsta al establecimiento de una relación de subordinación con el equipo.

Lorenzetti expone que el médico jefe es garante por el hecho de sus auxiliares y personal auxiliar, siendo solidariamente responsable por el hecho ajeno. El médico jefe no es garante del hecho de los médicos con autonomía científica que actúan en el equipo sobre el que no tenga control. El médico jefe responde por el hecho propio cuando incurre en defectos de supervisión.⁽²⁸⁾

Roberto Vázquez Ferreyra, al referirse a la solidaridad legal, coincide con Lorenzetti y afirma: “(...) sólo concurren a la responsabilidad del médico jefe por el hecho de sus auxiliares o dependientes, no alcanzando a los facultativos que actúan individualmente”.⁽²⁹⁾

El Proyecto de Código Civil y Comercial de la Nación, al tratar la temática de los profesionales liberales, pone un manto de certidumbre en todo lo atinente a la responsabilidad médica y, en particular, al médico anestesista —que tanto ha abrumado a los mencionados profesionales y ha sido materia de debate en numerosos encuentros científicos y jurídicos—.

6 | Abogados

En la actualidad, nuestros Tribunales enfatizan el criterio que los letrados patrocinantes no sólo deben poner su conocimiento al servicio del cliente sobre la cuestión encomendada sino cumplir sus deberes profesionales, porque su actuación es imprescindible en los procesos judiciales de jurisdicción voluntaria o contenciosa (art. 56 del Código Procesal Civil y Comercial de la Nación).

También debe el profesional ajustar su conducta, en el ejercicio de su profesión, a las disposiciones de la ley 23.187, y actuar siempre de conformidad con las normas de ética profesional que, en el orden local, están sujetas al Tribunal de Disciplina del Colegio Público de Abogados de la

(28) LORENZETTI, RICARDO, *La Empresa Médica*, op. cit.

(29) VÁZQUEZ, FERREYRA, ROBERTO, *Daños y perjuicios en el ejercicio de la medicina*, Bs. As., Hammurabi, 1992.

Capital Federal (arts. 23, 39 y ss. de la referida ley). En el caso de que los profesionales actúen con mandato, si bien su conducta queda comprendida en el marco del art. 1768 del Proyecto de Código Civil y Comercial de la Nación, habrá de estarse a lo normado por la mencionada legislación en el ámbito de las obligaciones de hacer —art. 774, inc. c)—, ya que se obliga a procurar un resultado eficaz. El mencionado resultado estará vinculado al ejercicio conforme lo prometido pero dependiendo de su eficacia ya que actúa como apoderado y, en tal sentido, también debe ajustar su conducta a las previsiones de la ley 10.996 (texto según ley 22.892) del ejercicio de la procuraduría. No bastará con que prometa un resultado independientemente de su eficacia (inc. b), sino que lo alcanzan los deberes de la ley citada (art. 11, inc. 1). Pero, aún en el caso en el que no se compartiere esta postura, no hay que olvidar que el Proyecto de Código Civil y Comercial regula el contrato de mandato en el Capítulo octavo (art. 1319 y ss.) definiéndolo precisamente como un contrato —que se presume oneroso— en el que una parte se obliga a realizar uno o más actos jurídicos en interés de otra y, en caso de falta de acuerdo sobre la retribución, lo remite a las disposiciones legales y reglamentarias aplicables o al uso o, a falta de ambos, a su determinación por parte de un juez. También en este supuesto el Proyecto de Código Civil y Comercial de la Nación se enrola en los lineamientos de nuestra doctrina y jurisprudencia más destacada.

7 | Colofón

Resulta interesante señalar —en esta breve reseña— que, en el tratamiento de la responsabilidad profesional, el Proyecto de Código Civil y Comercial de la Nación ha seguido las directivas y lineamientos de la más destacada doctrina y jurisprudencia, como así también los del Proyecto de Código Civil de 1998.

Su articulado concreto y preciso ha eliminado las sutiles diferencias de ambos regímenes y ha disipado las dudas que se planteaban acerca de la existencia de una culpa profesional, distinta a la culpa en general.

Con excelente criterio y visión ha mantenido las pautas claves del régimen de responsabilidad civil en lo atinente a la necesidad de obrar con prudencia y pleno conocimiento de las cosas que se advierte, en particular, en el caso del ejercicio de las profesiones liberales.

Todo profesional liberal asume el deber de obrar con prudencia, pericia y dedicación para evitar —tal como expresamente legisla el Proyecto de Código Civil y Comercial de la Nación— “causar un daño no justificado”, sin perjuicio de que el acento lo coloca en la función preventiva ante una acción u omisión antijurídica que haga previsible la producción de un daño, su continuación o agravamiento... (art. 1710). El profesional debe desempeñarse con buena fe y precisión a través de lo que se denomina “*conducta debida*”, término que se relaciona, precisamente, con las pautas fijadas por el Proyecto al tratar la culpa y que se define como “(...) la omisión de la diligencia debida según la naturaleza de la obligación y las circunstancias de las personas, el tiempo y el lugar (...)”.

En esta breve reseña es fundamental señalar la relevancia que tiene el tratamiento de las responsabilidades de los profesionales liberales y, en ese marco, con respeto y admiración, hago mías las palabras que nuestro destacado Profesor Ricardo L. Lorenzetti pronunció al presentar el Proyecto a consideración: con profundo espíritu crítico expresó que “Lo importante es que este Proyecto respeta los grandes lineamientos de los anteriores y de la doctrina argentina (...) Sólo hace falta que tengamos la grandeza y la madurez que reclama nuestro pueblo (...)”.

Nuestra República Argentina merece una legislación civil y comercial compatible con el siglo que transitamos, la que contempla una adecuada tutela a la persona humana, al ciudadano, en el plano de la igualdad entendida —como afirma el Profesor Lorenzetti— como igualdad real, y desarrolla una serie de normas orientadas a plasmar una verdadera ética de los vulnerables.⁽³⁰⁾

Realmente es un avance significativo en nuestra sociedad que iluminará —sin lugar a dudas— a nuestro ordenamiento jurídico para sustentar la tan necesitada seguridad jurídica y plasmar, de ese modo, un definitivo acercamiento del Derecho a la realidad que nos circunda, ya transitados doce años del tercer milenio.

(30) LORENZETTI, RICARDO L., “Presentación del Proyecto”, en *Código Civil y Comercial de la Nación. Proyecto del Poder Ejecutivo de la Nación redactado por la Comisión de Reformas designada por decreto 191/2011*, Santa Fe, Rubinzal-Culzoni Editores, 2012.

Daños al consumidor: reflexiones sobre el Proyecto de Código Civil y Comercial de 2012

por **CARLOS A. HERNÁNDEZ**⁽¹⁾ y **SANDRA A. FRUSTAGLI**⁽²⁾

I | La constitucionalización del Derecho Privado y sus proyecciones en el Derecho de Daños

La reforma de la ley 17.711 cambió la filosofía liberal individualista del Código de Vélez Sársfield,⁽³⁾ haciéndolo permeable a la recepción de reglas

(1) Profesor Titular Asociado de la cátedra de Derecho Civil III (Contratos) de la Facultad de Derecho de la UNR, y Profesor Titular Ordinario de Derecho Civil III (Contratos) y de Derecho del Consumidor en la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales del Rosario (UCA); Director de la Carrera de Especialización en Derecho Inmobiliario, Urbanístico y de la Construcción de la Facultad de Derecho UNR; Profesor Estable e Invitado de Carreras de Doctorado, Maestrías y Especializaciones en diferentes Universidades Nacionales y Latinoamericanas; Miembro titular y Secretario del Instituto de Ciencias Jurídicas y Sociales – Santa Fe, dependiente de la Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Córdoba; Integrante del equipo de trabajo sobre “Actos Jurídicos”, designado por la “Comisión para la elaboración del Proyecto de ley de reforma, actualización y unificación de los Códigos Civil y Comercial de la Nación” integrada por los Dres. Ricardo Lorenzetti, Elena Highton y Aída Kemelmajer y creada mediante decreto presidencial 191 del 23 de febrero de 2011.

(2) Investigadora de la Carrera del Investigador Científico del la UNR y Presidente del Consejo de Investigaciones de la UNR. Profesora Adjunta ordinaria de las asignaturas Derecho Civil III y Defensa de los Consumidores y Usuarios en la Facultad de Derecho de la UNR. Profesora estable en la Maestría en Derecho Civil, en la Especialización en Derecho Inmobiliario, Urbanístico y de la Construcción y en la Especialización en Derecho Empresario de la Facultad de Derecho de la UNR.

(3) BORDA, GUILLERMO, *Tratado de derecho civil. parte general*, Bs. As., Ed. Perrot, 1980, Vol. I, p. 143 y ss.

axiológicas, encaminadas a la protección de la persona,⁽⁴⁾ en especial de aquellas caracterizadas por su debilidad o vulnerabilidad. Este proceso se consolidó mediante una extensa nómina de leyes especiales, y por la reforma habida a nuestra Carta Fundamental en el año 1994,⁽⁵⁾ cuyo art. 75 inc. 22, otorgó rango constitucional a los tratados que integran el denominado Derecho Supranacional de los Derechos Humanos,⁽⁶⁾ lo que ha supuesto, entre otros aspectos, reforzar la tutela de la persona⁽⁷⁾ y del grupo familiar,⁽⁸⁾ el derecho a ser indemnizado⁽⁹⁾ y la función social de la propiedad.⁽¹⁰⁾

De tal forma, la fuente histórica de referencia del Derecho Civil —esto es, el Código Civil— perdió la centralidad que originariamente tuvo, im-

(4) LORENZETTI, RICARDO L., "El derecho privado como protección del individuo particular", *Revista de Derecho Privado y Comunitario*, n°7, Santa Fe, Rubinzal-Culzoni, 1994, p. 77 y ss. y Las normas fundamentales de derecho privado, Rubinzal-Culzoni, Santa Fe, 1995; NICOLAU, NOEMÍ L., "Visión humanista de las obligaciones: acerca del pago, el beneficio de competencia y el término de gracia", en *Boletín del Centro de Investigaciones de Filosofía Jurídica y Filosofía Social*, Facultad de Derecho de la Universidad Nacional de Rosario, Rosario, 1995, N° 6, p. 49 y ss.

(5) FRESNEDA SAIEG, MÓNICA L – ESBORRAZ, DAVID F. y HERNÁNDEZ, CARLOS A. "La reforma constitucional: su incidencia en la evolución del Derecho Civil", *Trabajos del Centro de Investigaciones de Derecho Civil*, Facultad de Derecho de la Universidad Nacional de Rosario, Rosario, 1995, N° 1, pp. 51/57. En la misma publicación puede verse el valioso aporte de Noemí L. Nicolau titulado "La Constitución Nacional y los Códigos de Derecho Privado", op. cit., p. 33.

(6) Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre; Declaración Universal de Derechos Humanos; Convención Americana sobre Derechos Humanos; Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales; Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos; Convención sobre la Prevención y Sanción del Delito de Genocidio; Convención Internacional sobre la Eliminación de todas las formas de Discriminación Racial; Convención sobre la Eliminación de todas las formas de Discriminación contra la Mujer; Convención contra la Tortura y otros Tratos o Penas Cruelles, Inhumanos o Degradantes; y Convención sobre los Derechos del Niño.

(7) Ver Convención Americana de Derechos Humanos (art. 3), Declaración Universal de los Derechos Humanos (art. 6), Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (arts. 16, 17 y 19) y Convención Americana de los Derechos del Hombre (art. 11 inc. 1 y 2).

(8) Declaración Universal de los Derechos Humanos (art. 16), Convención Americana de Derechos Humanos (art. 17), Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (art. 23) y Convención de los Derechos del Niño.

(9) Convención Americana de Derechos Humanos (art. 10 y 13 inc. 2), Convención contra la Tortura y otros Tratos o Penas Cruelles, Inhumanos o Degradantes (art. 14), Convención Internacional sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación Racial (art. 6°), y Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (arts. 9, inc. 5 y 14, inc. 6).

(10) Constitución Nacional (art. 75, inc. 17) y Convención Americana de Derechos Humanos (art. 21, inc. 1).

pactando sobre la sociedad y los juristas. Este cambio de cultura jurídica, se proyecta sobre el Derecho Privado como conjunto referencial y sobre cada una de sus ramas, constituyendo un gran desafío para el civilista de nuestros días, el cual, debe repensar las instituciones y principios a fin de atender a una adecuada coherencia del ordenamiento jurídico.⁽¹¹⁾ Lo dicho explica además, la irrupción de nuevas ramas, como el “derecho del consumidor” y el “derecho ambiental”, que dialogan con el Derecho Civil, y los profundos cambios que se reconocen en la “teoría del acto jurídico”, en el “derecho contractual”, en los “derechos reales”, en el “derecho de familia”, y en el “derecho sucesorio”.

En lo que concierne a la “responsabilidad civil”,⁽¹²⁾ Daniel Pizarro ha dicho que:

“Mucho es lo que ha evolucionado el derecho de daños en los últimos cincuenta años. En lo conceptual y también en lo funcional. Se han alongado sus fronteras —a veces desmedidamente— como fruto de un fenómeno de expansión de sus presupuestos clásicos, que son ponderados hoy con una cosmovisión distinta de la que se tenía tiempo atrás. También se han expandido sus funciones, que van más allá de la reparación y se proyectan hacia el plano de la prevención del perjuicio y de la punición de ciertos ilícitos. Sin embargo, el cambio más importante que se advierte en el tema que nos ocupa en los últimos treinta años, anida en derredor del emplazamiento del derecho a la reparación como derecho constitucional, lo cual da un prisma completamente distinto a nuestra problemática y genera nuevos enfoques que merecen ser analizados”.⁽¹³⁾

(11) IRTI, NATALINO, *La cultura del diritto civile*, UTET, Torino y PALADIN, LIVIO, “*Costituzione, preleggi e Codice Civile*”, en *Rivista Di Diritto Civile*, Cedam, Padova, Anno XXXIX, N° 1 Gennaio-Febbraio 1993, p. 19 y ss. Asimismo ver en nuestra doctrina a Rivera, Julio C., “*El derecho privado constitucional*”, *Revista de Derecho Privado y Comunitario*, n° 7, op. cit., p. 50 y ss.

(12) La doctrina de la CSJN ha efectuado interesantes aportes en este sentido. Entre otros precedentes pueden consultarse con provecho los que a continuación se indican, a saber: “Santa Coloma, Luis F. y otros c/ Empresa Ferrocarriles Argentinos”, 05/08/86, “Gunther, Raúl F. c/ Ejército Argentino”, 05/08/1986; “Aquino, Isacio c/ Cargo Servicios Industriales”, 21/09/04. Ver en www.infojus.gov.ar

(13) Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Córdoba “*Modernas fronteras de la responsabilidad civil: el derecho a la reparación desde la perspectiva constitucional*”, ver texto en <http://www.acader.unc.edu.ar>

2 | Los horizontes del Derecho de Daños en el Proyecto de Reformas

El proceso de constitucionalización del Derecho Privado argentino iniciado con la reforma constitucional de 1994, se habrá de consolidar con la sanción del Proyecto de Código Civil y Comercial de 2012, con todas las consecuencias resultantes de ello. Al respecto no puede soslayarse que el art. 1 con el cual comienza su "Título Preliminar" afirma que:

"Los casos que este Código rige deben ser resueltos según las leyes que resulten aplicables. La interpretación debe ser conforme con la Constitución Nacional y los tratados en los que la República sea parte(...)". Concordantemente, el art. 2 dispone que "La ley debe ser interpretada teniendo en cuenta sus palabras, sus finalidades, las leyes análogas, las disposiciones que surgen de los tratados sobre derechos humanos, los principios y los valores jurídicos, de modo coherente con todo el ordenamiento".

Este esquema de fuentes supone explicitar un denominador común entre las normas constitucionales y el Derecho Privado, consistente en la protección de la persona, que posibilita entender mejor los cambios que el Proyecto imprime a todas las áreas que regula, con manifestaciones muy destacadas en lo concerniente al Derecho de Daños que aquí nos proponemos analizar.

Así, en sus normas principales afirma que "Las disposiciones de éste son aplicables a la prevención del daño, a su reparación, y a los supuestos en que sea admisible la sanción pecuniaria disuasiva" (art. 1708);

"Toda persona tiene el deber, en cuanto de ella dependa, de:
a) evitar causar un daño no justificado; b) adoptar, de buena fe y conforme a las circunstancias, las medidas razonables para evitar que se produzca un daño, o disminuir su magnitud; si tales medidas evitan o disminuyen la magnitud de un daño del cual un tercero sería responsable; tiene derecho a que éste le reembolse el valor de los gastos en que incurrió, conforme a las

reglas del enriquecimiento sin causa; c) no agravar el daño, si ya se produjo" (art.1710); "La sentencia que admite la acción preventiva debe disponer, a pedido de parte o de oficio, en forma definitiva o provisoria, obligaciones de dar, hacer o no hacer, según corresponda; debe ponderar los criterios de menor restricción posible y de medio más idóneo para asegurar la eficacia en la obtención de la finalidad" (art. 1713); y que "El juez tiene atribuciones para aplicar, a petición de parte, con fines disuasivos, una sanción pecuniaria a quien actúa con grave menosprecio hacia los derechos de incidencia colectiva(...)" (art. 1714).

Como se observa de la simple lectura de los textos transcritos, el Proyecto enriquece las funciones de la responsabilidad civil a fin de atender correctamente a las exigencias del Derecho Privado constitucionalizado.

3 | La incorporación de la categoría del consumidor en el Código Civil y Comercial proyectado

El Proyecto de Código Civil y Comercial de 2012 ha optado por regular ciertos aspectos de las relaciones de consumo, en especial, el contrato de consumo. La decisión, según expresa la Fundamentación del Anteproyecto —antecedente inmediato del proyecto normativo actualmente en tratamiento del Congreso de la Nación—, se apoya en la jerarquía constitucional que ostenta el principio protectorio del consumidor.⁽¹⁴⁾ Esta decisión se materializa a través de la consagración de normas que contemplan una protección de mínimos, sin derogar, el régimen especial establecido en la ley 24.240.

Así, las normas del Proyecto de Código referidas a la defensa de los consumidores y usuarios se han ubicado en el Libro Tercero, Título III, denomi-

(14) En ese sentido se argumenta que "En el ordenamiento jurídico argentino hay que considerar el rango constitucional de los derechos del consumidor, la amplia aplicación de estas normas en los casos judiciales y la opinión de la mayoría de la doctrina. Siguiendo estos lineamientos, es necesario no sólo avanzar en cuanto a la unificación de los contratos civiles y comerciales, sino también incorporar a los contratos de consumo".

nado "Contrato de consumo". Sin embargo, el Capítulo I del mismo, lleva por título "La relación de consumo", y sus disposiciones persiguen delimitar las categorías básicas tales como la "relación de consumo", el concepto de "consumidor", el "contrato de consumo", al tiempo que también reafirman la vigencia del principio protectorio del consumidor reconocido en el art. 42 de la Constitución Nacional, cuando se fijan las reglas rectoras de la interpretación e integración normativa y de la interpretación del contrato de consumo (arts. 1092 a 1094). Esa metodología pone en evidencia, desde una perspectiva hermenéutica, que las disposiciones contenidas en todo ese Título III están llamadas a actuar más allá del contrato de consumo, proyectándose entonces de manera amplia sobre la materia. Además, resultarán indiscutiblemente herramientas de suma importancia para coordinar el diálogo entre el sistema y el microsistema.

En ese marco, uno de los conceptos que se ha estimado necesario contemplar —y coordinar con la ley 24.240— es precisamente el que delimita la categoría jurídica de consumidor. Ello se explica en razón de la centralidad del concepto, pues siendo el fundamento del régimen tuitivo, y a la vez, el destinatario del mismo, se convierte en el elemento —por excelencia— que permite determinar el acceso al sistema normativo protectorio.

Sobre el particular, cabe recordar los intensos debates que ese concepto ha suscitado en nuestra doctrina y jurisprudencia, en especial a partir de la reforma efectuada a la ley 24.240 en el año 2008, que dio recepción a una concepción amplia de consumidor direccionada a proteger a la persona en las diversas situaciones de vulnerabilidad que pueda originarse en el mercado, más allá de los límites del campo contractual. Esta circunstancia, generó preocupación en ciertos sectores doctrinarios que miraron con desconfianza la expansión operada en la aplicación de este régimen normativo.

Las diversas corrientes de opinión surgidas en la doctrina y jurisprudencia nacional en torno al concepto de consumidor, como también los consensos y disensos gestados a su alrededor, se manifestaron en las XXII y XXIII Jornadas Nacionales de Derecho Civil, conforme se evidencia en las conclusiones de esos encuentros científicos.⁽¹⁵⁾

.....

(15) Recordamos que se celebraron en Córdoba (año 2009) y en Tucumán (año 2011), respectivamente. Merece especial consideración el despacho n° I de la Comisión n°8, del último encuentro citado, en tanto recomendara que, "1) La categoría jurídica de consumidor se

En gran medida, el Proyecto de Código Civil y Comercial unificado, parece haber tomado en consideración los consensos doctrinarios existentes sobre la categoría del consumidor. Así, el texto del art. 1092 proyectado, redacción que se trasvasa también al art. 1 de la ley 24.240 de acuerdo a la reforma que se propone, conserva los elementos estructuradores del concepto y sus diferentes supuestos o proyecciones.

La cuestión tiene especial significación en lo concerniente a la posibilidad de que las personas jurídicas puedan ser calificadas como consumidores. Al respecto se observa que la noción de consumidor que propone el Proyecto en análisis, se vale de la idea de destinatario final como elemento estructural de caracterización,⁽¹⁶⁾ lo que supone que las personas físicas o jurídicas que desenvuelven actividades económico-empresariales no pueden ser excluidas *a priori* del régimen de protección. Ello así, pues conforme se admite mayoritariamente entre nosotros "(...) en tales supuestos el carácter de destinatario final se entenderá configurado, si la operación realizada se sitúa fuera del ámbito de su actividad profesional específica, apreciado ello en función del objeto de la actividad económica junto a otras circunstancias relevantes del caso (vg. naturaleza de la relación de consumo, grado de vulnerabilidad, situación monopólica del proveedor, etc.)."⁽¹⁷⁾ Pretender darle un entendimiento diferente al texto del Proyecto no parece posible, puesto que para ello debería haberse recurrido a otros

.....

construye a partir de la existencia de dos elementos estructurales: a) la vulnerabilidad o debilidad, y b) el destino final de los bienes incorporados, para beneficio propio o de su grupo familiar o social. Dichos elementos justifican la especial tutela protectoria que le confiere el ordenamiento jurídico argentino. Tratándose de consumidores especialmente vulnerables, en razón de concretas condiciones personales tales como la minoridad, la ancianidad, la pobreza o la marginalidad, entre otras, debería acentuarse el principio protectorio. Excepcionalmente, el destino final se encuentra ausente en el caso del sujeto expuesto a una relación de consumo. 2) La tutela del *consumidor* abarca cuatro supuestos distintos, a saber: a. Quien adquiere bienes o servicios con un destino final, sea a título gratuito u oneroso (consumidor en sentido estricto). b. Quien utiliza bienes o servicios con un destino final sin ser parte de un contrato de consumo. c. El sucesor particular en los derechos adquiridos por el consumidor originario d. Los sujetos expuestos a una relación de consumo. 3) Las personas jurídicas son, en principio, consumidoras, en la medida en que se den los presupuestos antes señalados."

(16) Así se explicita en los fundamentos que acompañan al Anteproyecto. Ver *Código Civil y Comercial de la Nación*, op. cit., p. 618. El criterio también se consagra expresamente en ocasión de la definición de contrato de consumo (art. 1093).

(17) FRUSTAGLI, SANDRA A.- HERNÁNDEZ, CARLOS A., "El concepto de consumidor. Proyecciones actuales en el Derecho argentino", en *La Ley*, 2011-E, p. 997.

criterios, como el de “no profesionalidad”, lo que no ha ocurrido.⁽¹⁸⁾ De tal modo, creemos que la reafirmación del criterio del destinatario final contenida en el art. 1092 del Proyecto puede aportar a concluir con un debate que aún subsisten parcialmente.⁽¹⁹⁾

Una situación diferente se presenta con la variante del “sujeto expuesto a la relación de consumo”, tipificada en el derecho vigente a partir de la reforma introducida por la ley 26.361. Esta noción se sitúa fuera de la pauta delimitadora del “destinatario final”, como una categoría conceptual equiparada al consumidor. Si bien no constituye una novedad en el Derecho latinoamericano,⁽²⁰⁾ su recepción en nuestro país se efectuó con pretensiones de mayor generalidad al ser incorporada en el art. 1 de de la ley 24.240, disposición delimitadora del ámbito de aplicación subjetivo; a diferencia de otros ordenamientos normativos donde se admite su funcionamiento al sistematizar determinados institutos.⁽²¹⁾

Esa amplitud de la norma vigente, motivó críticas de parte de algunos sectores doctrinarios que destacaron las dificultades para precisar con exactitud su significación y alcances,⁽²²⁾ y particularmente, denunciaron algunas interpretaciones excesivamente abiertas, que subsumen en esa figura a situaciones como las del tercero damnificado en el seguro de responsabilidad civil.⁽²³⁾

.....

(18) Además, en un panorama más amplio, ha de valorarse que en el contexto del Mercosur, la Resolución 34-2011 del Grupo Mercado Común, también adopta el criterio del destinatario final para caracterizar al consumidor, señalando —para mayor precisión— que “no se considera consumidor aquel que sin constituirse en destinatario final adquiere, almacena, utiliza o consume productos o servicios con el fin de integrarlos como insumo directo a otros productos o servicios en proceso de producción, transformación, comercialización o prestación a terceros”. La expresión “insumo directo” que utiliza resulta altamente esclarecedora en orden a los alcances del concepto.

(19) Una explicación más extensa de estos antecedentes puede verse en FRUSTAGLI, SANDRA A.; HERNÁNDEZ, CARLOS A., “El concepto de consumidor. Proyecciones actuales en el Derecho argentino”, op. cit.

(20) LANNI, SABRINA, *América Latina e tutela del consumatore. Le prospettive del Mercosur tra problemi e tecniche di unificazioni del Diritto*, Milano, Giuffrè Editore, 2005, p. 389.

(21) Así por ejemplo el art. 29 del Código de Defensa del Consumidor de Brasil.

(22) STIGLITZ, RUBÉN S. y PIZARRO, RAMÓN D., “Reformas a la ley de defensa del consumidor”, La Ley 2009-B-954.

(23) STIGLITZ, RUBÉN S. y PIZARRO, RAMÓN D., op. cit.

Frente a ese estado de situación, el Proyecto de Código Civil y Comercial si bien admite a la figura del sujeto expuesto dentro de la categoría de consumidor, su actuación queda circunscripta al Capítulo 2, Sección 1° del Título III, en el ámbito específico de las "Prácticas abusivas". Así, el art. 1096 expresamente dispone que "Las normas de esta Sección son aplicables a todas las personas expuestas a las prácticas comerciales, determinables o no, sean consumidores o sujetos equiparados conforme a lo dispuesto en el artículo 1092".

La solución adoptada resulta opinable. Pese a ello, se comprende que la finalidad del Proyecto ha sido evitar interpretaciones y aplicaciones amplias de un régimen especial sustentado en el orden público económico de protección —más aún cuando el Derecho Comparado da cuenta de una regulación no tan abierta del instituto—.

Por lo demás, y aunque una primera apreciación puede hacer pensar que el texto proyectado restringe el funcionamiento de la figura del expuesto en aquellas situaciones donde pueda aparecer comprometida la seguridad de los productos y servicios incorporados al mercado por el proveedor, o de las cosas a través de las cuales la relación de consumo se establece,⁽²⁴⁾ lo cierto es que desde una perspectiva sistemática global, el Proyecto de Código Civil y Comercial de 2012 reconoce importantes instrumentos preventivos, especialmente al regular la Teoría General de la responsabilidad civil, dirigidos a evitar la causación de daños (así ocurre en los proyectados arts. 1710, 1711, 1712 y 1713), de modo que la limitación tiene un impacto más reducido.

(24) En tal entendimiento, antes de la reforma de la ley 26.361, se proyecta lo decidido por la CSJN en la causa "Mosca, Hugo A. c/ Provincia de Buenos Aires y otros", 06/03/2007, donde se sostuvo que "(...) la seguridad debe ser garantizada en el período precontractual y en las situaciones de riesgo creadas por los comportamientos unilaterales, respecto de sujetos no contratantes. Cada norma debe ser interpretada conforme a su época, y en este sentido, cuando ocurre un evento dañoso en un espectáculo masivo, en un aeropuerto, o en un supermercado, será difícil discriminar entre quienes compraron y quienes no lo hicieron, o entre quienes estaban adentro del lugar, en la entrada, o en los pasos previos. Por esta razón es que el deber de indemnidad abarca toda la relación de consumo, incluyendo hechos jurídicos, actos unilaterales, o bilaterales", en JA 2007 II 483, en el considerando 8, del voto impersonal de la mayoría.

4 | El régimen de daños al consumidor en el Proyecto de Código Civil y Comercial de 2012

4.1 | Consideraciones generales. Diálogo entre el Derecho común y el estatutario

La existencia de un régimen especial o estatutario en materia de defensa del consumidor nos llevó a pensar, junto a un sector importante de nuestra doctrina,⁽²⁵⁾ que la ley 24.240 había generado —al menos desde el plano teórico— una nueva órbita de la responsabilidad civil, rompiendo con el esquema binario que hoy diferencia, de acuerdo a sus fuentes, entre supuestos contractuales y extracontractuales.

En el plano normativo, esta perspectiva se vio fortalecida luego de la reforma introducida por ley 26.361. Así quedó reflejado en las conclusiones de la Comisión Interdisciplinaria de las XXII Jornadas Nacionales de Derecho Civil (Córdoba 2009), las cuales sostuvieron que:

“La reforma introducida a la ley 24.240 por la ley 26.361 ha contribuido a la conformación de un régimen de responsabilidad en materia de consumo caracterizado por: a) La objetivación de la responsabilidad del proveedor fundada en la necesidad de tutelar la confianza y seguridad de los consumidores; b) La expansión en materia de legitimados activos y, paralelamente, la ampliación del espectro de legitimados pasivos; c) El reconocimiento expreso de la vigencia del principio de reparación integral (art. 54, párr. 3); d) La explícita consagración de beneficios probatorios, en el art. 53, párr. 3; y, e) La vigencia de soluciones

(25) LORENZETTI, RICARDO, *Consumidores*, Santa Fe, Rubinzal-Culzoni Editores, 2009, p. 480; SOZZO, GONZALO, “Daños sufridos por consumidores (Jurisprudencia y cambios legislativos)”, en DPyC, 2002-1, p. 558; FRUSTAGLI, SANDRA A. - HERNÁNDEZ, CARLOS. A., “Régimen de responsabilidad por daños en el estatuto de defensa del consumidor”, RCyS, 2004-178 y HERNÁNDEZ, CARLOS. A. - FRUSTAGLI, SANDRA A., “Comentarios exegéticos a los artículos 5 y 6 de la ley 24.240”, en *Ley de Defensa del Consumidor. Comentada y anotada*, La Ley, 2009, vol. I, p. 75.

sancionatorias, a partir de la introducción de las indemnizaciones punitivas (art. 52 bis)“.

El panorama aquí descripto brinda el marco bajo el cual deben comprenderse las normas del Proyecto de Reformas en orden a la tutela del consumidor frente a los daños resarcibles. A los fines de determinar y ponderar adecuadamente el impacto de esas disposiciones sobre el régimen vigente, cabe recordar —conforme lo afirmado en el punto anterior— que el Proyecto mantiene la vigencia de la ley 24.240 —más allá de las reformas que introduce en algunas de sus normas a los efectos de lograr una mayor coherencia— y resistemiza la responsabilidad civil, desde nuevos postulados que parten de la unificación de las órbitas contractual y extra-contractual.

Frente a las normas del Proyecto, resulta obligado preguntarse acerca de la subsistencia de la órbita de la responsabilidad propia de las relaciones de consumo —con base en la ley de defensa del consumidor—, o si por el contrario, la vocación unificadora también habrá de alcanzarla.

Aunque el tema puede generar dudas, nos parece que el reformador intenta lograr —mediante múltiples esfuerzos— un régimen unificado, que ganando en sistematicidad, comprende también al microsistema del consumidor, no sólo al converger muchas de las normas proyectadas con criterios vigentes en la ley 24.240,⁽²⁶⁾ sino también al proponerse la sustitución de algunas fórmulas de la legislación estatutaria a fin de tornarlas concordantes con las proyectadas. En esa dirección se inscriben las normas en materia de prescripción y punición que el Proyecto propone modificar (arts. 50 y 52 bis, respectivamente). Dado que en este trabajo habremos de ocuparnos especialmente de los daños punitivos, abordare-

(26) Por ejemplo, la ley 24.240 dispone en su art. 53 párr. 3º que “Los proveedores deberán aportar al proceso todos los elementos de prueba que obren en su poder, conforme a las características del bien o servicio, prestando la colaboración necesaria para el esclarecimiento de la cuestión debatida en el juicio”, en tanto que en el Código proyectado se propone que: “Art. 1734.- Prueba de los factores de atribución y de las eximentes. Excepto disposición legal, la carga de la prueba de los factores de atribución y de las circunstancias eximentes corresponde a quien los alega”; Art.1735.- Facultades judiciales. No obstante, el juez puede distribuir la carga de la prueba de la culpa o de haber actuado con la diligencia debida, ponderando cuál de las partes se halla en mejor situación para aportarla. Si el juez lo considera pertinente, durante el proceso comunicará a las partes que aplicará este criterio, de modo de permitir a los litigantes ofrecer y producir los elementos de convicción que hagan a su defensa”. Algo similar ocurre con el principio de reparación integral.

mos ahora la propuesta de modificación sobre el régimen de prescripción, con grandes proyecciones teóricas y prácticas.

A tales efectos, comenzamos por recordar que la ley 26.361 buscó la integración de todas las normas relativas a las relaciones de consumo, sean estas generales o especiales; con esa vocación, ratificó la regla hermenéutica 'favor consumidor', y dispuso en el art. 50 que "(...) cuando por otras leyes generales o especiales se fijen plazos de prescripción distintos del establecido precedentemente [3 años], se estará al más favorable al consumidor o usuario".

Siguiendo esta decisión legislativa, nuestra jurisprudencia ha hecho una rica aplicación del criterio protectorio, especialmente en aquellas áreas en donde la estrechez de los plazos de prescripción conspiraban contra la tutela de los consumidores. Entre muchas otras decisiones judiciales, recordamos las más recientes, relativas al contrato de seguro,⁽²⁷⁾ a los vicios redhibitorios en las operaciones inmobiliarias,⁽²⁸⁾ y al transporte de pasajeros, en este último caso a partir de un valioso plenario de la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil.⁽²⁹⁾

.....

(27) Así se dijo que "Tratándose de la prescripción de una acción de daños y perjuicios contra una aseguradora, es aplicable el plazo previsto en el art. 50 de la Ley de Defensa del Consumidor, pues la accionada queda comprendida en el art. 2 de la citada ley por participar en la oferta de bienes y servicios al público indeterminado, a la vez que el demandante es un asegurado incluido en la categoría de usuario o consumidor", Cámara de Apelaciones en lo Civil y Comercial de Lomas de Zamora, sala I, "Gomez de Olivera Jorge Ruben |c/ Federación Patronal Seguros S.A. s/ Daños y Perj. Autom. s/ Lesiones", 22/05/2012, ED 21/06/2012 y RCyS 2012-VII , 248.

(28) En este ámbito se afirmó que "La acción *quanti minoris* interpuesta por el adquirente de una unidad funcional contra el responsable del emprendimiento urbano, debe ser encuadrada en las disposiciones de la ley 24.240, aun cuando la aplicación de dicha norma no hubiera sido invocada, ya que se encuentra acreditado que el accionado hizo construir el edificio a su costo para su posterior venta, constituyendo a tal fin una sociedad accidental y ofreciendo el negocio a personas indeterminadas a través de una red inmobiliaria(...)", Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil, sala F, "Mennah, Cristina Liliana c/ Fernández Sarcone, Claudia Aída y otros", 17/11/2010, DJ 13/04/2011, p. 77.

(29) "Saez González, Julia del Carmen c/ Astrada, Armando Valentín y otros s/ daños y perjuicios (Acc. Trán. c/ Les. o Muerte), 12/03/2012, La Ley, 2012-B-565, cuya doctrina sostuvo que "Es aplicable a las acciones de daños y perjuicios originadas en un contrato de transporte terrestre de pasajeros el plazo de prescripción establecido por el art. 50 de la ley de Defensa del Consumidor —ley 24.240— modificada por la ley 26.361". En el comentario favorable de Félix A. Trigo Represas se afirmó que "En rigor, tal solución ya había sido anticipada en distintos pronunciamientos de varias salas de esa misma Cámara Nacional en lo Civil: la "F", en su fallo del 19/10/2009, en autos "Barral, Marta Haydée c/ Transportes Metropolitanos Generales s/daños y perjuicios"; la "H", en fallos por mayoría de los Dres. Kiper y Giardulli

En definitiva, la ley 26.361 quiso extender —por vía oblicua— los plazos de prescripción, con impacto directo en supuestos particularmente breves. Quizás éste sea el punto de contacto con el Proyecto de Código Civil y Comercial de 2012.

Para apreciar en su cabal dimensión la reforma proyectada sobre el régimen general de prescripción, hay que recordar algunas de sus premisas básicas, que buscan: a) Generalizar sus normas en tanto sea posible. En tal sentido se inscribe la sustitución del art. 50 de la ley 24.240 cuyo contenido quedará limitado al ámbito estricto de las “sanciones” que la misma prevé⁽³⁰⁾, remitiéndose al Derecho Común la determinación de todos los plazos de prescripción; b) Ratificar la metodología del Código Civil vigente, estableciendo un plazo de prescripción genérico y regulando casos específicos; c) Actualizar los plazos regulados, “(...) intentando la unificación y la reducción en cuanto resulta conveniente y ajustado al valor seguridad jurídica y a la realidad actual”⁽³¹⁾.

A nuestro modo de ver mediante estas directrices se persigue un equilibrio entre la tutela del crédito y la protección del deudor, lo que se refleja en la reducción del plazo general y en la ampliación de los plazos más breves de los Códigos vigentes.

Por su impacto directo sobre las relaciones de consumo, recordamos los términos más relevantes que se proponen, a saber: “El plazo de la prescripción es de cinco (5) años, excepto que esté previsto uno diferente” (art. 2560); “El reclamo de la indemnización de daños derivados de la responsabilidad civil prescribe a los tres (3) años (art. 2561, párr. 2)”; “Prescriben a los dos (2) años: (...) d) el reclamo de los daños derivados del con-

del 04/07/2008, en autos “Martins Coelho, María Rosa c/ Cía. de Transporte La Argentina S.A. y otros” y del 28/04/2009, in re “Nuñez, Norma Gladys c/ Metrovías S.A. s/daños y perjuicios”; la Sala “I” en sentencia del 12/11/2009 en autos “Rodas Noguera, María Agustina c/ Transporte Larrazábal C.I.S.A. s/daños y perjuicios”; la sala “K” en autos: “Lezcano, Yolanda c/ Metrovías S.A. s/daños y perjuicios”, fallo del 26/02/2009; y la Sala “L” el 24/08/2010 en autos: “Ocampo, María Elena c/ Díaz, Hugo Alberto y otros s/daños y perjuicios”.

(30) El mismo dispone: “Las sanciones emergentes de la presente ley prescriben en el término de tres (3) años. La prescripción se interrumpe por la comisión de nuevas infracciones o por el inicio de las actuaciones administrativas”.

(31) Ver fundamentos expresados en *El Proyecto de Código Civil y Comercial de la Nación*, Santa Fe, Rubinzal-Culzoni, 2012, p. 703.

trato de transporte de personas o cosas" (art. 2562); "Prescriben al año: a) el reclamo por vicios redhibitorios (...)" (art. 2564)⁽³²⁾. La articulación de algunos de tales plazos puede generar dudas. Tal la situación resultante del incumplimiento de un contrato de consumo, con la consiguiente acumulación de daños y perjuicios. En dicho supuesto, como en otros similares, resultará determinante lo dispuesto en el art. 1094 proyectado, en cuanto establece que "Las normas que regulan las relaciones de consumo deben ser aplicadas e interpretadas conforme con el principio de protección del consumidor y el de acceso al consumo sustentable. En caso de duda sobre la interpretación de este Código o las leyes especiales, prevalece la más favorable al consumidor".

Todo lo afirmado hasta aquí no supone negar la existencia de efectos propios en las acciones de daños en las relaciones de consumo, pero no ya de tanta envergadura para admitir el mantenimiento de la órbita. Se quiere así que las normas generales contribuyan también a resolver los daños sufridos por consumidores y usuarios, mediante un diálogo más fecundo entre el sistema y el microsistema, a partir de una matriz —la responsabilidad civil o el Derecho de Daños—⁽³³⁾ con nuevas funciones y reglas. La decisión resulta justificada y valiosa, en particular al inscribirse en una regulación anclada en los nuevos paradigmas de protección de las víctimas.

4.2 | Proyecciones concretas de la función preventiva en las relaciones de consumo

4.2.1. Implicancias generales

Conforme se adelantó, la incorporación expresa de la categoría del consumidor en el Código proyectado habrá de incidir, entre otras cuestiones, en la hermenéutica de la ley especial. No se trata de desconocer la lógica propia del microsistema, sino de lograr su adecuada integración con el

(32) Lamentamos que las relaciones de consumo habidas en el marco de seguros no hayan merecido un tratamiento especial, que recogiera la experiencia de los últimos años emergente de nuestra doctrina y jurisprudencia. Ver al respecto nota 13.

(33) Sobre la cuestión terminológica ver Atilio A. Alterini, Soluciones del Proyecto de Código en materia de responsabilidad civil, La Ley 2012-D-1154.

sistema general.⁽³⁴⁾ La cuestión adquiere importancia dado que algunas figuras previstas en la ley 24.240 no cuentan con un régimen completo, lo que genera lagunas, cuya integración podrá efectuarse recurriendo a las normas del nuevo Código. Entre muchas otras situaciones, podemos reconocer los casos de conexidad contractual y los correspondientes a las operaciones realizadas fuera de los establecimientos comerciales, cuya insuficiencia normativa impide dar respuesta a muchos problemas relativos a sus respectivos funcionamientos.

Algo similar ocurre con algunos institutos que presentan una directa filiación al Derecho de Daños. En nuestra opinión, el ejemplo paradigmático se expresa en la obligación de seguridad.

Como sabemos, la seguridad viene reconocida como derecho fundamental de los usuarios y consumidores en el art. 42 CN y por diferentes normas infraconstitucionales que despliegan un razonable programa protectorio, que atiende de manera integrada a los intereses patrimoniales y extrapatrimoniales de aquellos. La ley 24.240,⁽³⁵⁾ especialmente después de sus sucesivas reformas, cuenta con valiosos instrumentos: la obligación de seguridad en sentido estricto (art. 5); el deber de advertencia (art. 6) y la responsabilidad por el vicio o riesgo de la cosa comercializada o por el servicio prestado (art. 40, reincorporado por la ley 24.999). De tal forma, se lo reconoce a fin de constreñir al deudor a incorporar al mercado productos y servicios seguros conforme a las exigencias normativas y a las expectativas legítimas del consumidor.

Sin embargo, conforme lo hemos señalado en otra oportunidad,⁽³⁶⁾ el contenido de la obligación de seguridad no aparece suficientemente desarro-

(34) En los fundamentos expresados por la Comisión Reformadora se ha dicho que "En el campo de la interpretación, se establece un 'diálogo de fuentes' de manera que el Código recupera una centralidad para iluminar a las demás fuentes. El intérprete de una ley especial recurrirá al Código para el lenguaje común de lo no regulado en la ley especial y, además, para determinar los pisos mínimos de tutela conforme con el principio de interpretación más favorable al consumidor". Ver *Proyecto Código Civil y Comercial de la Nación*, op. cit., p. 617.

(35) VÁZQUEZ FERREYRA, ROBERTO - ROMERA, OSCAR, *Protección y defensa del consumidor. Ley 24.240*, Bs. As., Depalma, 1994; FARINA, JUAN M., *Defensa del consumidor y del usuario*, 3ª ed., Bs. As., Astrea, 2004, p. 179; MOSSET ITURRASPE, JORGE, *Responsabilidad por daños*, Santa Fe, Rubinzal-Culzoni, 2003; Tomo IX; RINESSI, ANTONIO J., *El deber de seguridad*, Santa Fe, Rubinzal-Culzoni, 2007.

(36) HERNÁNDEZ, CARLOS. A. - FRUSTAGLI, SANDRA A., "Comentarios exegéticos a los artículos 5 y 6 de la ley 24.240", op. cit., p. 79.

llado en la ley especial. Por tal razón, y atendiendo a los horizontes preventivos, creemos que la prestación que conforma su contenido resulta variable y compleja, pues se expresa en conductas que pueden suponer, según los casos, un dar o un hacer, y que generan deberes de advertencia, subsanación, sustitución, retiro y recupero del producto a cargo del proveedor. Los mismos no son más que instrumentos al servicio del derecho a la seguridad de los consumidores —que exige en determinadas circunstancias integrarse con deberes accesorios a fin de su pleno afianzamiento—,⁽³⁷⁾ configurándose como manifestaciones del “deber de evitar el daño”.

La advertencia significa poner a disposición del consumidor la información necesaria y suficiente para alertarlo de aquellos riesgos que pueden entrañar un producto o servicio, con el propósito de impedir daños. No se agota en el momento de la comercialización del producto, toda vez que el art. 4 del decreto reglamentario 1798/94 lo impone a los proveedores de cosas o servicios cuando tomen conocimiento de su peligrosidad, aún con posterioridad a la introducción de aquellos en el mercado; frente a tal supuesto, están obligados a comunicar de inmediato tal circunstancia a las autoridades competentes y a los consumidores mediante anuncios publicitarios suficientes.⁽³⁸⁾ En paralelo con el deber de advertencia aparecen actuando otros deberes contenidos en la obligación de seguridad que imponen la subsanación de la causa determinante del peligro (vg. reemplazo de piezas defectuosas) y, en casos extremos, el retiro de los productos del mercado y/o su recupero de los que estuvieren en poder de los consumidores. Si bien nuestra legislación —en contraposición a las más modernas— no contempla estas soluciones de modo expreso,⁽³⁹⁾ nos

(37) Refiriéndose a la relación entre los deberes principales y accesorios de conducta, recuerda LUIS DíEZ- PICAZO que “(...) los casos originarios de aplicación de la figura de los deberes accesorios aparecen en torno a la idea del completamiento y ensanchamiento de un deber principal de prestación dentro de una relación obligatoria”, en *Fundamentos del Derecho Civil Patrimonial*, Madrid, Civitas, 1996, Tomo II, p. 119.

(38) Esta manifestación del deber de advertencia da cuenta de una carga implícita de mantenerse informado sobre los eventuales riesgos de los bienes puestos en el mercado, sea por su carácter intrínseco o por las condiciones de utilización.

(39) La Directiva 2001/95/CEE, relativa a la seguridad general de los productos, en su art. 5, punto 1 prevé el retiro del producto del mercado o la recuperación de los productos en poder de los consumidores como último recurso cuando otras acciones no sean suficientes para prevenir riesgos. Respecto de los alcances de la citada norma y las legislaciones de los países miembros que la desarrollan. Ver. GINEBRA MOLINS, ESPERANZA, “La seguridad general de los productos y la responsabilidad por productos defectuosos”, en AA. VV., *La armonización*

parece que la constitucionalización de los derechos a la información y a la seguridad en la relación de consumo, constituyen suficientes fundamentos para ello, así como también los desarrollos doctrinarios y jurisprudenciales relativos a la prevención del daño.

La interpretación que desde hace tiempo proponemos,⁽⁴⁰⁾ encuentra en el Proyecto de Código Civil y Comercial de 2012 sólidos fundamentos en las normas proyectadas, en particular, las que determinan las funciones de la responsabilidad civil y las facultades judiciales reconocidas para prevenir daños previsibles, que hemos citado en el punto II de este trabajo.⁽⁴¹⁾

4.2.2. La función preventiva y la figura del consumidor expuesto

El Proyecto también preserva —pese a los embates de un sector calificado de nuestra doctrina.⁽⁴²⁾— la categoría del consumidor expuesto, aunque a partir de una noción más restrictiva, que no niega los principales consensos habidos sobre la misma. Como habremos de verlo, la razón principal de la defensa de la figura, tiene que ver con su rol eminentemente preventivo.⁽⁴³⁾

del derecho de obligaciones en Europa, coordinado por Ferrán Badosa Coll y Esther Arroyo I Amayuelas (coords.), Tirant lo Blanch, Valencia, 2006, p. 476 y ss. CANNARSA, MICHEL, "La transposition de la Directive 2001/95/CE, relative a la sécurité générale des produits", en ídem, p. 525 y ss.

(40) HERNÁNDEZ, CARLOS. A. y FRUSTAGLI, SANDRA A., "Comentarios exegéticos a los artículos 5 y 6 de la ley 24.240", op. cit., p. 80 y ss.

(41) A algunos autores les preocupa que los criterios de prevención queden diferidos a decisiones judiciales sobre la base de criterios generales. Así Graciela Lovece se pregunta sobre el adjetivo razonable previsto en art. 1710 inc. b del Proyecto. Sobre el mismo afirma que "(...) es amplio, genérico y se acomoda y adecua a la conducta concreta ya que no es estructurado; por tanto es extensible a situaciones diversas y por tal razón queda librado a la interpretación judicial que tendrá a su cargo evaluar la razonabilidad de las medidas preventivas adoptadas de acuerdo a como establece el Proyecto a las circunstancias (de persona tiempo y lugar). Ahora bien el interrogante que nos planteamos es si análisis de razonabilidad será efectuado con un criterio cuantitativo (existían mayores medidas de las adoptadas) cualitativo (existen mejores medidas) o temporal (de acuerdo al nivel de desarrollo no se conocían otras medidas)", Ver LOVECE, GRACIELA "De los daños punitivos a la sanción pecuniaria disuasiva en el Proyecto de Código", diario *La Ley* del 02/08/ 2012. En lo personal, confiamos en el buen criterio de los jueces, como resulta de la experiencia habida en nuestro país a partir de la reforma del 68', anclada en estándares o principios generales.

(42) STIGLITZ, RUBÉN S. y PIZARRO, RAMÓN D., *Reformas a la ley de defensa del consumidor*, La ley, 2009-B- 494.

(43) Destacando la finalidad preventiva que subyace en la figura del "expuesto a la relación de consumo", se ha señalado que "la reforma de la ley 26.361 ha subjetivado el derecho de

La cuestión se emparenta con la noción de consumidor. Recordemos que el elemento determinante de la misma radica en el carácter de “destinatario final” que reviste aquél, más allá que excepcionalmente se admite su extensión hacia todo integrante de la sociedad de consumo que se encuentre “expuesto” a una relación de consumo. Ha de admitirse que esa exposición se verifica en el mercado de bienes y servicios frente a comportamientos de quienes actúan como proveedores profesionales de aquellos,⁽⁴⁴⁾ derivándose así efectos jurídicos del mero contacto social con el proveedor.⁽⁴⁵⁾ Así aparece reconocido en el derecho vigente luego de la reforma de la ley 26.361, que le dio carta de ciudadanía de manera general, ampliando la tutela legal dispensada a los consumidores *stricto sensu*.

En este punto, el Proyecto intenta circunscribir su funcionamiento al ámbito concreto de las prácticas abusivas, en sintonía con el Derecho latinoamericano.⁽⁴⁶⁾ Pese a esa restricción general, las normas proyectadas siguen reconociendo legitimación activa dentro del microsistema de defensa del consumidor, a quienes se encuentren frente a situaciones potenciales de afectación de sus intereses ante prácticas comerciales desplegadas por los proveedores en relación a sujetos indeterminados (vg.: publicidad, prácticas y cláusulas abusivas, etc.) que pueden amenazar o resultar lesivas de derechos de los destinatarios, al margen de la concreción de cualquier

.....

la colectividad a la prevención de daños, confiando a los terceros consumidores expuestos a las potenciales fuentes generadoras una legitimación reforzada que, hasta ahora, permaneció en el muchas veces inasequible terreno de los derechos difusos”, Ver. RUSCONI, DANTE, “Consumidores y proveedores alcanzados por la legislación”, en *RDPyC*, n° 2012-1, p. 346.

(44) Adviértase que con un criterio semejante al mencionado en el texto se interpreta el artículo 2 del Código de Defensa del Consumidor de Brasil (cuando señala que “Se equipara a consumidor a las colectividades de personas, aunque indeterminables, que hayan intervenido en las relaciones de consumo”), así, sostienen LIMA MARQUES, CLAUDIA – BENJAMIN, ANTÔNIO H.- MIRAGEM, BRUNO, *Comentários ao Código de Defesa do Consumidor*, Ed. Revista dos Tribunais, 2ª ed., p. 87, que “El punto de partida de esta extensión del campo de aplicación del CDC es la observación de que muchas personas, aun no siendo consumidores *stricto sensu*, pueden ser alcanzadas o perjudicadas por las actividades de los proveedores en el mercado (...)”.

(45) HERNÁNDEZ, CARLOS – FRUSTAGLI, SANDRA, “Las exigencias de seguridad en las relaciones de consumo”, en *Responsabilidad Civil Doctrinas Esenciales VI*, p. 439. Ver también en ese sentido RUSCONI, DANTE, *Manual de Derecho del Consumidor*, Bs. As., Rusconi, Abeledo Perrot, cap. 4, punto IV 1.2.2., quien cita la interesante observación de MIRAGEM, BRUNO, “*Diritto do consumidor*, *Revista dos Tribunais*, São Paulo, 2008, p. 81.

(46) LANNI, SABRINA, *América Latina e tutela del consumatore. Le prospettive del Mercosur tra problemi e tecniche di unificazioni del Diritto*, Giuffrè Editore, Milano, 2005, p. 389.

relación de consumo con sujetos individualizados. De esta forma, se desborda la tradicional tutela precontractual —donde los sujetos integrantes de la relación se encuentran individualizados—, para poner la mirada en el mercado y alcanzar a sujetos indeterminados que potencialmente pueden ver amenazados o afectados sus derechos como consumidor.⁽⁴⁷⁾

En definitiva, la tutela del sujeto “expuesto a la relación de consumo”, se despliega en el Proyecto de Código Civil y Comercial de 2012 con sustento principalmente en la función preventiva, ínsita en múltiples institutos del Derecho del Consumidor (vg: deber de informar, control de la publicidad y otras prácticas abusivas o fraudulentas, etc.), y orientada a evitar la causación de daños a personas indeterminadas que se hallan inmersas en la realidad socioeconómica generada por el mercado de bienes y servicios globalizado.

Por ello, entendemos que la situación alcanzaría también a aquellos supuestos en los cuales los consumidores potenciales puedan ver amenazados su derecho a la seguridad, lo que demuestra que la proyectada supresión de la figura del sujeto “expuesto a la relación de consumo”, no tendrá proyecciones tan extensas como pudiera sugerir la sola consideración de su eliminación del concepto enunciado en el art. 1092. Por esta vía, los redactores del Proyecto parecen haber seguido una de las interpretaciones posibles que se esbozaron en las conclusiones de las últimas Jornadas Nacionales de Derecho Civil (Tucumán 2011).⁽⁴⁸⁾

4.2.3. Relevancia de la función preventiva en materia de prácticas abusivas

La ley 26.361 introdujo el art. 8 bis en el esquema tuitivo de la ley 24.240; esa disposición avanzó positivamente en la regulación de las prácticas abusivas, fijando límites precisos a la licitud de las prácticas de comercialización. La norma citada formula una caracterización amplia de estas

(47) FRUSTAGLI, SANDRA - HERNÁNDEZ, CARLOS, *El concepto de consumidor. Proyecciones actuales en el Derecho argentino*, op. cit., p. 992 y ss.

(48) En la Comisión de Derecho del Consumidor se recomendó que el “...llamado sujeto expuesto a la relación de consumo habilita dos interpretaciones posibles: a) La que lo ciñe al damnificado real y efectivo como consecuencia de una relación de consumo de la que no es parte, y b) La que lo sitúa en un ámbito más amplio, que concierne a la tutela preventiva en el mercado y a los intereses colectivos”. La segunda interpretación es la que parece haber prevalecido.

prácticas, cuando afirma que los proveedores “deberán abstenerse de desplegar conductas que coloquen a los consumidores en situaciones vergonzantes, vejatorias o intimidatorias”. Todos los calificativos empleados, conducen a preservar el derecho del consumidor al trato digno y equitativo, en concordancia con el texto constitucional del art. 42. La amplitud de la fórmula utilizada permite subsumir múltiples comportamientos que despliegan los proveedores en el mercado cuando entran en contradicción con la dignidad, la libertad de elección o la buena fe negocial.⁽⁴⁹⁾

En el texto vigente del art. 8 bis encuentra desarrollo el derecho fundamental del consumidor a ser tratado con dignidad y equidad (art. 42 CN). Correlativamente se impone al proveedor un nuevo deber de conducta,⁽⁵⁰⁾ o modelo de comportamiento,⁽⁵¹⁾ que está obligado a observar en la relación de consumo.⁽⁵²⁾ En la conformación de ese estándar se integran armónicamente los intereses personalísimos referidos a la dimensión humana

(49) En la delimitación del estándar adoptado, hemos sostenido que “Por vergonzante cabe entender todo aquello que puede resultar deshonroso o humillante; lo vejatorio alude a conductas del proveedor representativas de maltratos, persecuciones, perjuicios o padecimientos para el consumidor; en tanto que lo intimidatorio refiere comportamientos que le infundan temor FRUSTAGLI, SANDRA A. - HERNÁNDEZ, CARLOS. A., *Primeras consideraciones sobre los alcances de la reforma a la ley de Defensa del Consumidor, con especial referencia a la materia contractual*, JA, 2008 - Vol.II, p. 1217. Ver también KIPER, CLAUDIO M., “Comentario al artículo 8 bis”, en AA. VV., *Ley de Defensa del Consumidor. Comentada y anotada*, directores Sebastián Picasso y Roberto Vazquez Ferreyra, Tomo I, Bs. As., La ley, 2009, p. 131.

(50) TOBIAS, JOSÉ W., *Persona, derechos personalísimos y Derecho del consumidor*, en AA. VV., *Ley de Defensa del Consumidor. Comentada y anotada*, op. cit., Tomo III, p. 114 y ss.

(51) SANTARELLI, FULVIO G., “Novedades en el régimen de contratación con el consumidor”, en *Suplemento especial La ley. Reforma a la ley de Defensa del Consumidor*, p. 143.

(52) La CSJN, en la causa “Ledesma, María Leonor c/ Metrovías S.A.”, ha precisado los alcances del trato digno al señalar —en el marco de un contrato de transporte— que “El trato digno al pasajero transportado significa — conforme art. 42 de la Constitución— que se deben adoptar medidas para que sea atendido como una persona humana con dignidad, contemplando la situación de quienes tienen capacidades diferentes, o son menores, o no tienen la instrucción necesaria para comprender el funcionamiento de lo que se le ofrece, lo cual incluye la adopción de medidas para que el pasajero no descienda — como en el caso— empujado por una marea humana con riesgo para su integridad física y de modo que viaje en forma razonablemente cómoda”, La Ley 2008-C, p.562, con nota de Sebastián Picasso, y también de Juan Manuel Prevot. Con anterioridad a la sanción de la ley 26.361, diversos pronunciamientos de nuestros tribunales ya habían convalidado el deber del proveedor de dispensar al consumidor un trato digno cuando condenaron a reparar el daño moral sufrido por el consumidor ante tratos vergonzantes, entre otros Ver. “Cuello, Fernando c/ Telecom Personal SA”, Cámara de Apelaciones en lo Civil y Comercial - Córdoba, sala 4ª, 29/03/2005, JA 2006- Tomo III-p.318; “Bauer de Hernández c/ Carrefour Rosario”, CCC Rosario sala II, 12/2/99, La Ley Litoral, 2000-553; CNCiv., sala I, “Montoya, Isabel M. y otro c/ Supermercados

del consumidor, como así también los intereses económicos implicados en la relación de consumo.⁽⁵³⁾

Creemos importante destacar que las conductas del proveedor, susceptibles de calificarse como práctica abusiva, no necesariamente habrán de situarse en la etapa precontractual, sino que podrán verificarse en cualquier momento de la relación de consumo,⁽⁵⁴⁾ como bien queda de manifiesto en diversos precedentes judiciales que aplicaron el derecho constitucional del consumidor al trato digno y equitativo.⁽⁵⁵⁾ Incluso debe ponderarse que la aplicación del estándar supone hacer actuar un concepto amplio de consumidor que exorbita los límites del contrato, es decir de la noción de consumidor *stricto sensu* o consumidor contratante.

El Proyecto de Código Civil y Comercial de 2012, dedica la Sección 1ª del Capítulo 2 (Formación del consentimiento) del Título III (De los contratos de consumo) a la regulación de las “Prácticas abusivas”. Así se establece que: “**Ámbito de aplicación.**

Las normas de esta Sección son aplicables a todas las personas expuestas a las prácticas comerciales, determinables o no, sean consumidores o sujetos equiparados conforme lo dispuesto en

.....

Coto C.I.C.S.A.”, 12/05/2005, Lexis n° 35001899; CCCyCA Río Cuarto, “Balmaceda, María A. c/ Super Vea Disco S.A. y otro”, 02/08/2004, JA 2005 II 189.

(53) FRUSTAGLI, SANDRA, “Notas sobre la contribución del derecho del consumidor a la calidad de vida: a propósito de las prácticas discriminatorias”, en *Revista Trabajos del Centro*, n° 6/7, p. 417; *Centro de Investigaciones de Derecho Civil de la Facultad de Derecho de la Universidad Nacional de Rosario*, ver revista electrónica accesible en: <http://cideci.org/revista/index.php/trabajos/article/viewFile/28/48>

(54) FRUSTAGLI, SANDRA, “Notas sobre la contribución del derecho del consumidor a la calidad de vida: a propósito de las prácticas discriminatorias”, op.cit., p. 418; Ver JAPAZE, BELÉN, “La publicidad comercial y las prácticas comerciales”, en *Manual de Derecho del Consumidor*, Dante Rusconi (coord.), Bs. As., Abeledo Perrot, 2009, p. 297.

(55) Así se observa en la causa “Machinandiarena Hernández, Nicolás c/ Telefónica de Argentina”, C1ªCyC Mar del Plata, del 27/05/2009, se obligó a la empresa demandada a reparar el daño moral y a paga una indemnización en concepto de multa civil a un cliente con capacidad motriz limitada que concurrió a uno de sus locales para formular un reclamo, pero no pudo ingresar al mismo porque no había una rampa de acceso para discapacitados. La conducta de la empresa fue calificada por el Tribunal como “un acto discriminatorio, por cuanto vulnera los derechos de igualdad y de autodeterminación del discapacitado”, subsuible en las previsiones del art. 8 bis de la ley 24.240. Ver La Ley 2009-C, 647. Ver también las sentencias citadas en la nota 50.

el artículo 1092” (art. 1096); “Trato digno. Los proveedores deben garantizar condiciones de atención y trato digno a los consumidores y usuarios. La dignidad de la persona debe ser respetada conforme a los criterios generales que surgen de los tratados de derechos humanos. Los proveedores deben abstenerse de desplegar conductas que coloquen a los consumidores en situaciones vergonzantes, vejatorias o intimidatorias” (art. 1097); “Trato equitativo y no discriminatorio. Los proveedores deben dar a los consumidores un trato equitativo y no discriminatorio. No pueden establecer diferencias basadas en pautas contrarias a la garantía constitucional de igualdad, en especial, la de la nacionalidad de los consumidores” (art. 1098); “Libertad de contratar. Están prohibidas las prácticas que limiten la libertad de contratar del consumidor, en especial, las que subordinan la provisión de productos o servicios a la adquisición simultánea de otros, y otras similares que persigan el mismo objetivo” (art. 1099).

Cabe poner de relieve que de sancionarse el Proyecto, estos preceptos coexistirán con el art. 8 *bis* de la ley 24.240, cuyo texto no está previsto derogar ni modificar; la cuestión resulta relevante si se considera que esta última disposición establece las consecuencias para el caso que el proveedor incurra en comportamientos prohibidos (indemnizaciones de daños, procedencia de las sanciones pecuniarias prevista en el art. 52 *bis*, etc.), mientras que las normas proyectadas —en línea principista— se limitan a prescribir deberes del proveedor con la consiguiente prohibición de desplegar ciertas conductas que se califican como violatorias de los derechos del consumidor correlativamente reconocidos (así, derecho al trato digno, al trato equitativo, al trato no discriminatorio, a la libertad de contratación), pero sin enunciar sanciones expresas.

En ese contexto, la lectura de las disposiciones transcriptas suscita alguna reflexión en orden al tratamiento que reciben las prácticas de comercialización abusivas en el Proyecto y su vinculación con la prevención del daño. En este sentido, el texto proyectado del art. 1096 extiende el ámbito de aplicación de esas disposiciones a “las personas expuestas a las prácticas comerciales”, conforme ya se señalara;⁽⁵⁶⁾ en nuestra opinión, subyace en

.....

(56) Ver punto IV, apartado 2.2. de este trabajo.

esa solución la relevancia que se le asigna en esta materia a la evitación de daños. En esa línea, el régimen proyectado acentúa el rol preventivo que el régimen de prácticas abusivas desempeña, en procura de evitar la proliferación de conductas y situaciones resultantes del abuso de posición dominante de los proveedores en el mercado de bienes y servicios. Este parece ser el sentido de otorgar legitimación para accionar a los sujetos determinados o indeterminados que resulten expuestos a las prácticas de comercialización resultantes del abuso de poder económico, en especial cuando se ponderan los alcances globales con que las mismas se proyectan, piénsese que se trata frecuentemente de comportamientos destinados al público o a un número indeterminado de clientes. Al respecto, los estándares generales de comportamientos descritos en los arts. 1097 a 1099 constituyen un claro ejemplo de lo que afirmamos, por cuanto buscan captar de manera genérica el sinfín de supuestos concretos que a diario exteriorizan situaciones de abusos del poder económico por parte de las empresas.

A los fines de la tutela preventiva, creemos que la caracterización amplia de las prácticas abusivas que contienen los arts. 1097 a 1099, debe conducir a considerar incluidas dentro de su ámbito, también a las cláusulas abusivas y las distintas formas de publicidad ilícita (engañosa, abusiva o discriminatoria), en tanto constituyen supuestos específicos de prácticas ilícitas. En efecto, el recurso a cláusulas abusivas o a tipos de publicidades prohibidas supone que el proveedor se ha valido de comportamientos que afectan los derechos básicos de los consumidores al trato digno, equitativo, no discriminatorio y a la información; por tanto carece de justificación negar la aplicación del régimen general que las rige.

En otro orden, y pese a la valoración positiva que nos merecen ese conjunto de disposiciones, cabe formular una observación de índole metodológica relativa a su ubicación. Nos parece que tratándose, en esencia, de la enunciación de derechos que se reconocen al consumidor en la relación de consumo —y que, consecuentemente, encuentran su antecedente inmediato en el art. 42 de la Constitución Nacional—, quizás hubiese sido preferible situarlas en el Capítulo 1 del Título III, a fin de no ligar innecesariamente su funcionamiento al período precontractual.

4.3 | Redefinición de la tutela punitiva en el Derecho del Consumidor

Otro de los tópicos sobre los cuales el Proyecto cambia es en lo concerniente a la tutela punitiva. Para comprender el sentido de la reforma hay que tener presente que, con independencia de la incorporación de la categoría realizada por la ley 26.361, es importante aceptar que el instituto presenta múltiples antecedentes en nuestro país.

a) Se trata de una figura sobre la cual existe un profundo y enriquecedor debate,⁽⁵⁷⁾ con voces históricas de adhesión⁽⁵⁸⁾ y crítica,⁽⁵⁹⁾ que dan cuenta de un largo proceso de reflexión; b) Desde la doctrina colectiva, se recomendó su incorporación en las Jornadas Nacionales de Derecho Privado (Corrientes, 1994); en las XV Jornadas Nacionales de Derecho Civil (Mar del Plata, 1995); en las Octavas Jornadas Bonaerenses de Derecho Civil, Comercial, Procesal y Tributario (Junín, 1998); en las XVII Jornadas Nacionales de Derecho Civil (Santa Fe, 1999); y más recientemente en las XXII Jornadas Nacionales de Derecho Civil y V Congreso Nacional de Derecho Civil (Córdoba, 2009).

c) La jurisprudencia nacional ha hecho una rica aplicación de los daños punitivos, superando —en gran medida— los severos defectos técnicos

.....

(57) Una expresión acabada del actual estado de situación en nuestro país previo a la presentación del Proyecto se observa en las tensiones que reflejan ciertas publicaciones obrantes. Ver "Daño Punitivo", en *Revista de Derecho de Daños*, n° 2011-2, Santa Fe, Rubinzal, 2011. Entre otros estudios allí incorporados se destacan los siguientes: MAYO, JORGE A – CROVI, LUIS D., "Penas civiles y daños punitivos" op. cit., p. 9; BUERES, ALBERTO J. - PICASSO, SEBASTIÁN, "La función de la responsabilidad civil y los daños punitivos", op. cit. p. 21; MOSSET ITURRASPE, JORGE, "El daño punitivo y la interpretación económica del Derecho (Dejar hacer o controlar el mercado)", op. cit., p. 151.

(58) TRIGO REPRESAS, FÉLIX A., "Daños Punitivos", en AA. VV *La responsabilidad*, homenaje al Profesor Doctor Isidoro H. Goldenberg, Bs. As., Abeledo Perrot, 1995, p. 283 y ss. Ver, PIZARRO, RAMÓN D. y VALLESPINOS, CARLOS G., *Instituciones de Derecho Privado. Obligaciones*, Bs. As., Hammurabi, 1999, Vol. 1, en la que explican que la necesidad de implementar un sistema de penas privadas destinado a dismantelar los efectos de graves ilícitos se erige, como uno de los "rasgos característicos del derecho de las obligaciones en la actualidad".

(59) BUSTAMANTE ALSINA, JORGE, *Teoría general de la responsabilidad civil*, Bs. As., Abeledo-Perrot, p. 682 y ss; Ver KEMELMAJER DE CARLUCCI, AIDA, "¿Conviene la introducción de los llamados daños punitivos en el derecho argentino?", en *Anales de la Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Buenos Aires*, Año XXXVIII, 2º época, n° 31, Bs. As., 1993, p. 71 y ss., aunque esta distinguida jurista propone opciones y alternativas que no la ubican en una posición absolutamente refractaria a la figura.

del art. 52 *bis* de la ley de Defensa del Consumidor, a fin de sortear los desbordes a que podría haber llevado una inadecuada aplicación de la figura;⁽⁶⁰⁾ d) Finalmente, debe ponderarse al Proyecto de Código Civil de 1998, que en gran medida, actuó como disparador de todo lo aquí reseñado.

El camino recorrido explica la razón por la cual el Proyecto de Código Civil y Comercial de 2012, decidió mantener la categoría, aunque para ello se hizo cargo de las observaciones efectuadas por buena parte de nuestra doctrina, enmendando los principales defectos técnicos señalados al art. 52 *bis* de la ley de Defensa del Consumidor.⁽⁶¹⁾ La perspectiva favorable del instituto, se explica además, por la voluntad de proyectarlo prudentemente hacia el Derecho Común, a través del art. 1714, que tiene simetría con el texto propuesto para el régimen estatutario de consumo.

El art. 52 *bis* proyectado dice:

“Sanción pecuniaria disuasiva. El juez tiene atribuciones para aplicar, a petición de parte, con fines disuasivos, una sanción pecuniaria a quien actúa con grave menosprecio hacia los derechos del consumidor. Su monto se fija prudencialmente, tomando en consideración las circunstancias del caso, en especial la gravedad de la conducta del sancionado, su repercusión social, los beneficios que obtuvo o pudo obtener, los efectos disuasivos de la medida, el patrimonio del dañador, y la posible existencia de otras sanciones penales o administrativas. La sanción tiene el destino que le asigne el juez por resolución fundada. Si la aplicación de condenaciones pecuniarias administrativas, penales o civiles respecto de un hecho, provoca una punición irrazonable o excesiva, el juez debe computarlas a los fines de

(60) Ver a HERNÁNDEZ, CARLOS A. – SOZZO, GONZALO, “La construcción judicial de los daños punitivos. Antecedentes y funciones de la figura en Argentina”, en *Revista de Derecho de Daños*, n° 2011-2, “Daño punitivo”, op. cit., p. 361 y ss. Una visión crítica puede verse en el valioso estudio de BUERES, ALBERTO J. - PICASSO, SEBASTIÁN, “La función de la responsabilidad civil y los daños punitivos”, op. cit., p. 68.

(61) Recordamos que la Comisión interdisciplinaria de las XXII Jornadas Nacionales de Derecho Civil y V Congreso Nacional de Derecho Civil (Córdoba, 2009) sostuvo que “La multa civil del art. 52 *bis* de la ley 24.240 presenta importantes deficiencias técnicas, pero éstas pueden ser corregidas por una aplicación racional y prudente por parte de los magistrados”.

lo previsto en este artículo. En tal supuesto de excepción, el juez puede dejar sin efecto, total o parcialmente, la medida”.

En lo sustancial el texto transcrito toma posición sobre varios aspectos que generaron polémica. En primer lugar, introduce una variante terminológica —“sanción pecuniaria disuasiva”— en clave con el horizonte preventivo al que responde,⁽⁶²⁾ destacándose así claramente la función persuasiva que también se asigna al instituto. Asimismo precisa su ámbito de aplicación, proponiendo que actúe no ya frente a cualquier incumplimiento de una obligación legal o convencional sino sólo cuando medie una conducta que suponga un grave menosprecio hacia los derechos individuales o colectivos del consumidor. Se deja en claro así la excepcionalidad de la herramienta, que mantiene una pertenencia subjetiva en el contexto de fuerte objetivación que caracteriza a la responsabilidad en las relaciones de consumo. Pensamos que no se trata de un retroceso,⁽⁶³⁾ sino de buscar la mayor eficiencia posible para un instrumento que requiere aún de esfuerzos para su consolidación definitiva. Se amplían también las pautas para la cuantificación del daño, y siguiéndose la propuesta del Proyecto de 1998 se admite que “La sanción tiene el destino que le asigne el juez por resolución fundada”.⁽⁶⁴⁾ Por lo demás, se faculta al juez a fin de morigerar o excluir la sanción cuando, de acuerdo a las circunstancias pueda resultar excesiva. Se trata de una solución de “equidad”, que encuentra explicación en la función disuasiva del instituto, y coincide con otras reglas del derecho vigente, provenientes muchas de ellas de la reforma de la ley 17.711 (vg. art. 666 bis), resultando de utilidad para dar respuesta a la seria objeción formulada a los daños punitivos en orden a la posible des-

.....

(62) Sobre la relación entre prevención y punición ver HERNÁNDEZ, CARLOS A. – SOZZO, GONZALO, “La construcción judicial de los daños punitivos. Antecedentes y funciones de la figura en Argentina”, op. cit., p. 397.

(63) En sentido contrario, GRACIELA LOVECE, “De los daños punitivos a la sanción pecuniaria disuasiva en el Proyecto de Código”, op. cit. sostiene que en “(...) esta norma se retrocede respecto al factor de atribución pasando de uno objetivo como es la actividad económica (art. 52 bis LDC) a uno subjetivo (grave menosprecio)”, en “De los daños punitivos a la sanción pecuniaria disuasiva en el Proyecto de Código”, op. cit.

(64) Esta solución permitirá que las sanciones pecuniarias disuasivas puedan estatuirse, según las circunstancias a favor de los consumidores, o bien de las entidades intermedias, tales como, las ligas de consumidores. Al respecto puede verse a HERNÁNDEZ, CARLOS A. – ANDRADA, ALEJANDRO D., “Reflexiones sobre las llamadas Penas Privadas” (A propósito de las XVII Jornadas Nacionales de Derecho Civil)”, *Revista de Responsabilidad Civil y Seguros*, Tomo 2000, p. 43.

.....

igualdad entre los damnificados por el mismo hecho.⁽⁶⁵⁾ En gran medida, los aspectos indicados responden a los aportes de la doctrina, expresadas en las conclusiones de las XXII Jornadas Nacionales de Derecho Civil y V Congreso Nacional de Derecho Civil (Córdoba, 2009).⁽⁶⁶⁾

Para concluir, recordamos que recientemente se ha criticado el artículo proyectado en materia de sanciones pecuniarias disuasivas, sosteniéndose que nada afirma que:

“(...) respecto a la solidaridad de los proveedores en cuanto a la responsabilidad como prevé el actual art. 52 bis; lo que consideramos es de suma importancia; porque no solo quiebra la estructura lógica de la ley de Defensa del Consumidor, sino que además la atribución subjetiva no determina per se la existencia de un único responsable, máxime si tomamos en cuenta las nuevas estructuras de producción, distribución y comercialización en las que interviene más de un agente económico entre los que existe un nexo funcional y económico y del cual todos obtienen beneficios comunes”.

Creemos que la observación es exagerada porque, como ya hemos tenido ocasión de señalarlo, las normas especiales tienen que ser enriquecidas por las normas del Derecho Común, en donde claramente se consagra la regla de la solidaridad cuando exista una coautoría o complicidad en el proceder.⁽⁶⁷⁾

.....

(65) BUERES, ALBERTO J. - PICASSO, SEBASTIÁN, “La función de la responsabilidad civil y los daños punitivos”, op. cit., p. 68.

(66) En sus principales recomendaciones sobre este aspecto se dijo que: “Los daños punitivos proceden únicamente en casos de particular gravedad, que trasuntan menosprecio por derechos individuales o de incidencia colectiva, abuso de posición dominante y también en los supuestos de ilícitos lucrativos, con la finalidad de dismantelar plenamente sus efectos”.

“Los daños punitivos sólo recaen sobre los proveedores autores del hecho sancionado, debiendo responder por los actos de los dependientes (en sentido amplio) del proveedor”.

Debe interpretarse que la solidaridad entre los proveedores dispuesta por el art. 52 bis presupone coautoría o complicidad, por lo que no puede ser condenado a su pago aquel proveedor cuya conducta no encuadra en los requisitos para la aplicación de la figura”.

(67) Sobre este aspecto, el proyectado artículo 1751, titulado “Pluralidad de responsables”, dispone que “Si varias personas participan en la producción del daño que tiene una causa única, se aplican las reglas de las obligaciones solidarias. Si la pluralidad deriva de causas

4.4 | La liquidación de los daños en sede administrativa

Para concluir con los aspectos salientes del régimen de daños en las relaciones de consumo, cabe mencionar la sustitución que el Proyecto propone al art. 40 *bis* de la ley 24.240, relativo a la liquidación de daños en sede administrativa.

Pensamos que a partir de su redacción, no podrá dudarse sobre la constitucionalidad de la norma.⁽⁶⁸⁾ También juzgamos acertado que se haya acotado su ámbito de aplicación,⁽⁶⁹⁾ lo que no sólo es saludable en términos institucionales,⁽⁷⁰⁾ sino que además contribuye a una mayor eficacia en el actual contexto de limitación de los recursos disponibles para las autoridades de aplicación. En tal sentido, la fórmula propuesta dice que:

.....

distintas, se aplican las reglas de las obligaciones concurrentes. El incumplimiento de las obligaciones de sujeto múltiple se rige por lo dispuesto en la Sección 3ª, Capítulo 3, Título I de este Libro, y por las normas particulares a ellas”.

(68) Este fue un tema de ardua discusión en las XXII Jornadas Nacionales de Derecho Civil y V Congreso Nacional de Derecho Civil (Córdoba, 2009). Allí hubo dos despachos: “Despacho A): No puede afirmarse a priori la declaración de inconstitucional del artículo 40 *bis* de la ley 24.240 (Hernández, Santarelli, Márquez, Tinti, Calderón, Franco, Rua, Gonzáles Zavala, Garzino, Brandalise, Córdoba, Ramírez, Canteros). Despacho B): El art. 40 *bis* de la Ley 24.240, en cuanto faculta a la autoridad administrativa de aplicar a fijar indemnizaciones por daños a favor de los consumidores, es inconstitucional, pues se encuentra en abierta pugna con los principios básicos de división de poderes. Asimismo, vulnera el art. 42 CN al consagrar un procedimiento ineficaz (Ramón Daniel Pizarro, Gabriel Stiglitz, Rubén Stiglitz, Parellada, Félix Trigo Represas, Oscar Ameal, Jorge Galdós, Carignano, Gonzáles, Krieger, Juanes, Rodríguez Fernández, Melchiori)”.

(69) En sentido contrario Fernando Shina quien de modo desmedido afirma que: “No me parece exagerado afirmar que si se convierte en ley, la reforma será la regresión más severa que experimente el Derecho del consumidor argentino en los últimos veinte años. La reforma proyectada sobre la norma mejora su redacción, pero empeora su contenido porque definitivamente impide que los daños morales sean incluidos dentro del daño directo”, Ver SHINA, FERNANDO, “El Daño directo en el Proyecto de Reforma del Código Civil y Comercial de la Nación. Por la senda del atraso”, en *Eldial.com*, DC1944.

(70) En tal sentido la norma proyectada afirma que “Esta facultad sólo puede ser ejercida por organismos de la administración que reúnan los siguientes requisitos: a) la ley de creación les ha concedido facultades para resolver conflictos entre particulares y la razonabilidad del objetivo económico tenido en cuenta por el legislador para otorgarles esa facultad es manifiesta; b) están dotados de especialización técnica, independencia e imparcialidad indubitadas; c) conforme con la ley de creación, sus decisiones gozan de autoridad de cosa juzgada y son susceptibles de cumplimiento forzoso según las reglas relativas a la ejecución de sentencias; d) sus decisiones están sujetas a control judicial amplio y suficiente”.

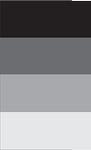
“Los organismos de aplicación pueden fijar las indemnizaciones para reparar los daños materiales sufridos por el consumidor en los bienes objeto de la relación de consumo (...) Este artículo no se aplica a las consecuencias de la violación de los derechos personalísimos del consumidor, su integridad personal, su salud psicofísica, sus afecciones espirituales legítimas, las que resultan de la interferencia en su proyecto de vida ni, en general, a las consecuencias no patrimoniales”.⁽⁷¹⁾

En síntesis, se concreta una nueva apuesta por esta alternativa coherente con el mandato constitucional de brindar la mayor cantidad de vías de acceso posible a la satisfacción de los intereses de los consumidores. El criterio no parece desprovisto de razonabilidad, y concordante con fuertes tendencias reconocibles en el Derecho Comparado.⁽⁷²⁾

.....

(71) La precisión contribuye a brindar una mayor seguridad jurídica en un régimen que había generado una fuerte incerteza. Sobre las interpretaciones posibles de la norma vigente y su perspectiva constitucional, puede verse el valioso comentario de Sebastián Picasso al artículo 40 bis en la obra bajo su codirección, *Ley de Defensa del Consumidor. Comentada y anotada*, op. cit., p. 532 y ss.

(72) Se ha dicho en España que “En el ámbito autonómico parece constatarse una tendencia expansiva en la regulación administrativa de consumo en la liquidación de daños irrogados al usuario”, RIBÓN SEISDEDOS, EUGENIO, “La liquidación de daños entre particulares en el marco del procedimiento administrativo sancionador de consumo”, *Estudios de Consumo*, n° 81.



Otros debates

La violencia de género en la experiencia nacional

por **CLAUDIA B. SBDAR**⁽¹⁾ y **MARIANA DATO**⁽²⁾

I | La violencia de género como objeto de intervención estatal

En la última década, acaso como expresión del fortalecimiento del sistema democrático, adquirió mayor visibilidad el fenómeno de la violencia de género y esto contribuyó a transformar la conciencia social sobre la vulnerabilidad de la vida y de la integridad física de las mujeres en el seno de la familia y en otros ámbitos de la sociedad, que merecen atención y amparo porque conforman un problema público y no privado. Un problema público es la explicitación y reconocimiento de ciertos temas de relevancia social que expresan el sufrimiento o la desventaja en la que se encuentra un colectivo determinado. Requieren objetivarse y definirse para luego convertirse en objeto de intervención estatal.

En la actualidad, el reto apunta a la incorporación en la planificación de las políticas públicas, la propia mirada de las mujeres sobre la problemática que viven. Se deben proponer, bajo el valor de la equidad, acciones que

.....

(1) Vocal de la Corte Suprema de Justicia de Tucumán.

(2) Secretaria Académica del Centro de Especialización y Capacitación Judicial.

garanticen el acceso a los derechos económicos, sociales y culturales y que estimulen condiciones de bienestar e igualdad social.

Hacia el año 2008 la problemática de género comenzó formalmente a ser parte de la agenda estatal argentina, y luego de un proceso de debate con actores sociales responsables en su abordaje (jueces y juezas, operadores del derecho, profesionales de la salud, representantes de la seguridad, organismos públicos y organizaciones de mujeres) se sancionó la ley nacional de protección integral a la mujer, 26.485.

La existencia de una ley de protección integral convoca a profundizar la voluntad política de tomar todas las medidas necesarias para prevenir y erradicar la violencia, creando espacios de atención, garantizando su acceso a justicia mediante el patrocinio jurídico gratuito, con eficiencia y celeridad, y generando políticas sociales de apoyo a las mujeres afectadas, entre otras cosas.

Resulta un desafío que la perspectiva de género se convierta en un eje transversal de las políticas públicas, sean éstas en materia de justicia, salud, educación, seguridad, legislación o desarrollo social. Permitirá la reflexión sobre los condicionamientos culturales que oprimen a las mujeres y que se naturalizan, producto de una sociedad históricamente patriarcal (porque la mirada de género no está supeditada sólo a la mujer, tiene que ver con una concepción del mundo y de la vida que demanda la comprensión de un complejo entramado social y de un alto compromiso para su transformación). Cabe decir también que las relaciones de desigualdad entre los géneros tienen efecto en la producción y reproducción de la discriminación, adquiriendo expresiones concretas en todos los ámbitos de la cultura: trabajo, familia, política, organizaciones, arte, salud, ciencia, sexualidad, historia, etc.

En este marco, se inscriben las acciones que se vienen impulsando desde la Corte Suprema de Justicia de Tucumán, siguiendo la política judicial de la Corte de la Nación, para mejorar el acceso a justicia de los sectores más vulnerables de nuestra sociedad, como lo son las mujeres víctimas de violencia doméstica y trabajando también hacia adentro del Poder Judicial, y articuladamente con el Poder Ejecutivo, en la incorporación de la perspectiva de género para erradicar la discriminación de la mujer y la violencia laboral, institucional y simbólica que a veces atraviesan nuestras prácticas y se naturalizan.

2 | Las normativas nacionales e internacionales vigentes: un punto de partida para las políticas públicas en materia de violencia de género

Toda la política descrita en materia de violencia de género, toma como punto de referencia a nivel nacional, como se mencionó al inicio, la ley 26.485, de protección integral para prevenir, sancionar y erradicar la violencia contra las mujeres en los ámbitos en que desarrollen sus relaciones interpersonales, sancionada en marzo de 2009 y promulgada en BO el 14 de abril del mismo año, y los tratados internacionales a los que ha adherido el Estado argentino.

La ley nacional no sólo se aplica a la violencia familiar, sino a otras modalidades de violencia contra las mujeres ejercidas en diferentes ámbitos, incluso perpetradas desde el Estado o por sus agentes: violencia institucional, laboral, contra la libertad reproductiva, violencia obstétrica y mediática (art. 6). Logra, de este modo, visibilizar las diferentes formas de violencia que se ejercen sobre la mujer, denotando el interés del Estado en dar una respuesta integral a la violencia de género.

Esta norma además, en su art. 3, garantiza todos los derechos reconocidos por la CEDAW, la Convención de Belem Do Pará, la Convención sobre los Derechos del niño y la ley nacional 26.061 de protección integral de los Derechos de Niñas, Niños y Adolescentes, en especial los referidos a: a) una vida sin violencia y sin discriminaciones; b) la salud, la educación y la seguridad personal; c) la integridad física, psicológica, sexual, económica o patrimonial; d) la intimidad y la libertad de creencias; e) de gozar de medidas de protección y seguridad; f) de acceso gratuito a la justicia en los casos comprendidos en la ley; g) de igualdad real de derechos, oportunidades y trato entre varones y mujeres; y f) un trato respetuoso de las mujeres que padecen violencia, evitando toda conducta, acto u omisión que produzca revictimización.

En esta misma línea, cabe decir que tanto la Declaración Universal de Derechos Humanos (1948), el Pacto de San José de Costa Rica —aprobado por ley nacional 23.054 de 1984— y la Convención sobre la Eliminación de

todas las formas de discriminación contra la mujer (CEDAW), han adquirido jerarquía constitucional a partir de la Reforma de 1994 (art. 75, inc. 22).

La CEDAW fue aprobada por la Asamblea General de Naciones Unidas el 28 de diciembre de 1979. Establece en su art. 15 que: "Los Estados partes reconocerán a la mujer la igualdad con el hombre ante la ley (...) reconocerán a la mujer en materias civiles, una capacidad jurídica idéntica a la del hombre y las mismas oportunidades para el ejercicio de esa capacidad (...)". A su vez, dispone en su art. 16 que:

"Los Estados parte adoptarán todas las medidas adecuadas para eliminar la discriminación contra la mujer en todos los asuntos relacionados con el matrimonio y las relaciones familiares y, en particular, asegurarán, en condiciones de igualdad entre hombres y mujeres (...) los mismos derechos y responsabilidades durante el matrimonio y en ocasión de su disolución y los mismos derechos personales como marido y mujer, entre ellos, el derecho a elegir apellido, profesión y ocupación".

Esta convención fue ratificada en nuestro país por ley 23.179 de 1985.

La convención de Belem Do Pará, para prevenir, sancionar y erradicar la violencia contra la mujer fue suscripta en Brasil en el año 1994. Reconoce expresamente la violencia de género y que ésta constituye una violación a los derechos humanos de las mujeres. En ella, los Estados Parte se comprometieron a: "adoptar medidas jurídicas para conminar al agresor a abstenerse de hostigar, intimidar, amenazar, dañar o poner en peligro la vida de la mujer de cualquier forma que atente contra su integridad o perjudique su integridad (art. 7, inc. d). Nuestro país la incorporó al derecho interno mediante ley 24.632 del año 1996.

Argentina forma parte del Sistema Interamericano de Protección a los Derechos Humanos. Ello surge de la firma y ratificación de tratados como los antes mencionados. Esta pertenencia implica un expreso compromiso que significa, no sólo respetar los derechos y libertades de referencia, sino adoptar todas las medidas que resultaran necesarias para hacer efectivos esos derechos y libertades.

En toda esta normativa se promueve la modificación de prácticas que se basen en la premisa de la inferioridad o superioridad de cualquiera de los

géneros y se convoca a los Estados a fomentar la educación y capacitación del personal en la administración de justicia, policial y demás funcionarios encargados de la aplicación de la ley, así como del personal a cuyo cargo esté la ejecución de las políticas de prevención, sanción y eliminación de la violencia contra la mujer.

3 | El acceso a justicia como política judicial en materia de violencia de género

El acceso a justicia es concebido en nuestra Carta Magna como una manifestación del derecho a la defensa en juicio, y este, claro está, se inserta en su plenitud en el debido proceso, entendido tanto en su aspecto formal como material. Tal manifestación comprende la posibilidad de concurrir ante los tribunales de justicia y obtener de ellos una sentencia útil, advirtiéndose que el ejercicio de ese derecho sólo puede ser real cuando el ordenamiento jurídico prevé procedimientos idóneos y tribunales imparciales. Se vincula entonces con el derecho formal a demandar, a ser oído en la oportunidad y forma que establece la ley, a contar con un defensor y una sentencia justa y oportuna.

La otra cara de la moneda, la configura el deber del Estado de asegurar el efectivo acceso a la jurisdicción y garantizar la protección y la restitución de aquellos derechos que han sido vulnerados. No está expresamente previsto en la Constitución Nacional pero se desprende de su texto, tanto de su preámbulo que alude al mandato de afianzar la justicia, como de su art. 18 que establece que la defensa en juicio de la persona y sus derechos son inviolables. La Constitución Nacional es la norma suprema de nuestro ordenamiento jurídico, y como tal, ciudadanos, jueces y los poderes públicos, están sujetos a ella.

Hablar de acceso a justicia es abrir el juego a otras modalidades de solución de conflictos que pueden convertirse en alternativas a la tradicional vía jurisdiccional, cooperar con ella dotándola de celeridad y eficiencia (como en el caso de las OVD que desarrollaremos luego), o bien, aportando a la reflexión sobre la práctica judicial para mejorar la calidad del servicio de justicia y evitar manifestaciones solapadas de discriminación, que

es a lo que apuntan los procesos de capacitación y sensibilización en perspectiva de género sobre los que estamos trabajando desde el año 2010.

El desafío que se nos presenta cada día es lograr que todas estas estrategias, que en su diseño y desarrollo han requerido el estudio y la profesionalización de los operadores del servicio de justicia, funcionen enlazadas a la justicia formal, trabajando y compartiendo contextos de conflicto y de posible solución en pos de garantizar el mandato constitucional de afianzar la justicia antes referido.

El Sistema Judicial debe estar cada vez más preparado para responder a las crecientes demandas de la sociedad porque de lo contrario, la institución justicia se verá debilitada en su razón de ser. El Estado tiene la obligación de arbitrar los medios necesarios para permitir a todos los miembros de una comunidad el acceso a justicia, lo que implica adoptar medidas que equilibren las limitaciones económicas, sociales y de cualquier otro tipo que impidan el ejercicio de tal derecho. De la calidad de las respuestas institucionales depende la real vigencia de los derechos consagrados en la Constitución, y a ello apuntamos con las políticas judiciales en materia de violencia de género, que específicamente apuntan a un sector vulnerable de nuestra sociedad, postergado culturalmente, que recién desde hace un tiempo ha comenzado a visualizarse como oprimido por una sociedad con características patriarcales que requiere de acciones concretas contra su padecimiento y la dominación que lo aqueja: las mujeres.

4 | Acciones desde el Poder Judicial de Tucumán

4.1 | La experiencia de la Oficina de Violencia Doméstica

La creación de una Oficina de Violencia Doméstica (OVD) dentro del Poder Judicial resultó un espacio institucional que se ofrece a las personas que se encuentren atravesando una situación de violencia doméstica, que trabaja desde un enfoque interdisciplinario. A nivel normativo, las referencias para su actuación son la ley nacional 26.485, y a la ley provincial 7264. Esto no excluye la competencia de los Defensores Oficiales, ni de los

servicios gratuitos dependientes del Colegio de Abogados y la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales de la Universidad Nacional de Tucumán.

Su modelo de funcionamiento ha sido diseñado a imagen de la OVD de la Corte Suprema de Justicia de la Nación, quien nos ha brindado, en diversas oportunidades, capacitación e intercambio de información, como así también nos ha proporcionado el *software* de trabajo que nos permite contar con una estadística exhaustiva mes a mes y elaborar un informe por caso que puede cooperar en la agilidad del trámite jurisdiccional en el caso que corresponda. La creación de esta oficina en Tucumán, implicó recorrer un camino de sensibilización y capacitación de todos los operadores del sistema a fin de concientizar sobre la necesidad de respuestas urgentes a este problema, que se reflejó en un aumento sustancial del número de causas vinculadas a violencia doméstica. Hoy, a 28 meses de funcionamiento, lleva atendidas 5212 personas, de ellas, 1607 acudieron solicitando información; las situaciones de 315 personas habían ocurrido fuera del ámbito de actuación de la OVD, y 3290 corresponden a casos que fueron atendidos por lo equipos interdisciplinarios.

Entre los antecedentes de su creación, se destaca el pronunciamiento de la Corte de Tucumán y los demás Tribunales que integran la Junta Permanente de Cortes y Superiores Tribunales de Justicia del NOA, en la ciudad de Rosario de la Frontera en agosto de 2008, en relación a la problemática de la violencia doméstica, declarando que se trata de situaciones que requieren ser materia de políticas públicas y apelan al compromiso de todos los sectores del Estado. Esto generó en la Provincia de Tucumán que seguidamente, en septiembre, organizáramos en el Centro de Especialización y Capacitación Judicial de Tucumán, talleres de discusión y formación con Jueces del Fuero Civil en Familia y Sucesiones, Fiscales de Instrucción, Jueces de Menores, Defensores Oficiales en lo Civil y Laboral, miembros del gabinete psicosocial. A esta instancia fueron invitados también profesionales del área de Desarrollo Social del Poder Ejecutivo de la provincia, para conocer y comprender con mayor profundidad la problemática de la violencia doméstica que se presenta en nuestra sociedad; realizar un análisis de la legislación internacional, nacional y provincial de la materia, y promover acciones de articulación institucional.

En el mes de abril de 2009, la Corte de Tucumán suscribió un convenio de cooperación con la Corte Suprema de Justicia de la Nación con el objetivo

de favorecer el desarrollo de actividades conjuntas de investigación, capacitación, difusión y promoción vinculadas con el acceso a la justicia de las personas afectadas por dicha problemática.

Considerando que un abordaje integral del asunto requería imperiosamente el compromiso y la acción de todos los sectores del Estado, desde el Poder Judicial de Tucumán organizamos una reunión entre los tres poderes del Estado de las cinco provincias del NOA (Salta, Jujuy, Santiago del Estero, Catamarca y Tucumán) para suscribir en mayo de 2009, en el Salón de Actos de la Corte de Tucumán, un acta compromiso para la atención de la violencia doméstica. Allí se dejó sentado que resulta imprescindible profundizar las acciones en curso, reforzar la cooperación institucional y abordar el análisis y el tratamiento orgánico de la violencia doméstica, orientado por cuatro principios fundamentales: prevenir, proteger, intervenir a tiempo y reparar la vida de las víctimas.

Los distintos sectores institucionales tienen diferentes implicancias en la concreción de estos objetivos. La protección está a cargo de los ámbitos policial y judicial, aunque también puede ser muy importante el papel del entorno familiar y las redes sociales que proporcionan asesoramiento y asistencia psicológica a las víctimas. En la provincia existe una red que se conforma con organismos que dependen del Poder Ejecutivo y que trabajan articuladamente con la OVD del Poder Judicial. La recuperación corresponde mayoritariamente a la tarea de los equipos interdisciplinarios de la salud y del área de políticas sociales quienes trabajan en mejorar la salud psíquica de las víctimas evitando que episodios de violencia dejen huellas imborrables que impidan el desarrollo de una vida normal.

Los caminos de la reparación de la vida de las víctimas son variados y singulares. Algunas mujeres logran la elaboración del problema sólo con ayuda psicológica, de sus afectos o del entorno, pero otras necesitan señales visibles de reparación institucionalizada y/o pública, como por ejemplo: el castigo penal o la sanción social del violador, indemnizaciones, etc. Desde la Oficina de Violencia Doméstica proponemos un trabajo articulado con las Fiscalías de Instrucción, el Fuero de Familia y las Defensorías para que efectivamente la ley, representada en la institución judicial, actúe como fuerza simbólica que pone fin al sufrimiento y ubica a cada parte involucrada en el lugar que corresponde. Ello implica el compromiso con la inves-

tigación penal, con la ejecución de medidas cautelares y la conclusión de los juicios en tiempo y forma.

Por acordada 810/2009, la Corte Suprema de Justicia de Tucumán dispuso crear la Oficina de Violencia Doméstica (OVD) que funciona en la planta baja del Palacio de Tribunales, bajo dependencia directa de la Corte.

Tiene como funciones:

- a. Ofrecer información pertinente a las personas que atraviesan situaciones de violencia doméstica, entendiendo por tales las definidas en la ley provincial 7264. Como experiencia piloto, se recepcionaron hasta ahora, los casos producidos en el radio de San Miguel de Tucumán, Tafí Viejo, Banda del Río Salí y Yerba Buena. Desde el mes de agosto d este año, se incorporaron las jurisdicciones de Concepción, Monteros y ciudad de Alderete a cargo de un equipo itinerante.
- b. Informar a las víctimas acerca de cuáles son los cursos de acción posibles, según el conflicto que manifiestan padecer de conformidad con su relato, y labrar las actas correspondientes.
- c. Coordinar acciones con las instituciones que trabajan con la problemática de la violencia doméstica.
- d. Realizar el seguimiento de los casos ingresados a la Oficina y elaborar estadísticas e informes de evaluación sobre su funcionamiento.

En el mes de noviembre de 2009, a fin de afianzar lo dispuesto en el Acta Compromiso suscripta en mayo, se firmó un Convenio de Cooperación con el Superior Gobierno de la Provincia para delinear acciones concretas a realizar por intermedio del Ministerio de Desarrollo Social para la atención de casos de violencia doméstica, y fomentar el trabajo en redes. Desde allí hasta la fecha se han llevado a cabo reuniones interinstitucionales, capacitaciones internas, encuentros entre OVD que apuntan a la evaluación continua de su funcionamiento para detectar fortalezas y debilidades en su accionar, y modificar lo que resulte necesario en pos de la protección y la atención a las víctimas.

Actualmente está en estudio en la Corte un proyecto para extender la atención de la OVD a los Centros Judiciales de Concepción y Monteros, y a la ciudad de Alderete, a cargo de un equipo interdisciplinario itinerante

que se traslade a esos lugares una vez por semana. De esta manera, mayor cantidad de población de la provincia tendrá acceso a este servicio que sólo estaba limitado a las ciudades de San Miguel de Tucumán, Tafí Viejo, Banda del Río Salí y Yerba Buena.

Debemos destacar la acción de la OVD en tres sentidos:

1. Hacia las víctimas, porque abre una nueva puerta de acceso a justicia, caracterizada por el abordaje interdisciplinario.
2. Hacia el interior del Poder Judicial, porque proporciona información precisa sobre la situación que la persona relata, facilitándole al órgano jurisdiccional que fuera a intervenir un informe del nivel de riesgo que la persona presentare y,
3. Hacia los otros poderes del Estado, porque materializa el compromiso institucional adoptado por la Corte Suprema de Justicia de Tucumán en los convenios suscriptos con los poderes ejecutivos, legislativos y judiciales de las provincias del NOA y con la Corte Suprema de Justicia de la Nación que mencioné, en los que se reconoció que la violencia doméstica es un problema social grave que requiere de respuestas urgentes por parte del Estado.

4.2 | Hacia el abordaje de la violencia de Género en las prácticas institucionales

En el marco de las políticas de acceso a justicia en materia de violencia de género, se vienen llevando a cabo, desde el año 2011, talleres de capacitación que replican la propuesta de la Oficina de la Mujer de la CSJN y que promueven que la perspectiva de género se incorpore tanto en el ámbito de las relaciones interpersonales como en las prácticas institucionales vinculadas al trámite jurisdiccional de las causas en general. Los talleres referidos, cuya ejecución se ha aprobado por acordada 150/2011, están destinados a magistrados, funcionarios y empleados que trabajan en base a tres protocolos elaborados y visibilizar la problemática de la discriminación de género e impulsar un proceso de incorporación de esta perspectiva en la prestación del servicio de justicia que garanticen la igualdad entre hombres y mujeres.

Estas actividades promueven la aplicación concreta, en el expediente, de la normativa nacional y de los tratados internacionales con jerarquía constitucional suscriptos por el Estado argentino cuyo contenido desarrollamos en el apartado anterior.

Otra actividad en la materia son los talleres de formación sobre género y trata de personas con fines de explotación sexual, realizados hasta ahora en dos oportunidades, noviembre de 2011 y febrero de 2012, de los que participaron alrededor de 150 personas. Lo descripto se enmarca en un proceso de profesionalización y especialización de los operadores judiciales implicados en el abordaje de la trata de personas, porque el acceso a justicia requiere de jueces y funcionarios idóneos que tomen decisiones acertadas y orientadas a investigar y sancionar ese delito.

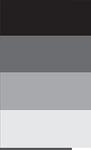
Recientemente, por acordada 721/2012, la Corte Suprema de Justicia de Tucumán creó la Oficina de la Mujer que se integrará a la red nacional de Oficinas de la Mujer de los poderes judiciales provinciales y de la Corte Suprema de Justicia de la Nación como las OM de los poderes judiciales de las provincias de Córdoba, Santiago del Estero, Jujuy y Río Negro. Se ocupará fundamentalmente de: acordar políticas con la Oficina de la Mujer de la Corte Suprema de Justicia de la Nación; coordinar acciones con los restantes poderes del Estado; desarrollar actividades de formación e investigación en perspectiva de género con las instituciones académicas, públicas y privadas vinculadas al Poder Judicial; organizar actividades de capacitación para todo el personal del Poder Judicial para la incorporación de la perspectivas de género; elaborar estadísticas e informes sobre su funcionamiento y colaborar con la actividad de las oficinas judiciales atendiendo a las necesidades que éstas tengan para cumplir adecuadamente con los compromisos internacionales sobre la materia apuntando a que su actividad se enmarque en tales exigencias normativas.

Se pretende que todas las tareas de la Oficina de la Mujer de Tucumán efectivicen un cambio en las prácticas institucionales hacia la igualdad de género, tanto en relación a quienes utilizan el sistema de justicia como a quienes desempeñan sus funciones en el Poder Judicial.

En este marco, se ha suscripto a principios de agosto un convenio de cooperación institucional con el Poder Ejecutivo provincial para extender el alcance de la capacitación en perspectiva de género en la que venimos trabajando hacia los otros poderes del Estado, convencidos de que una transformación real de nuestra sociedad implica políticas integrales y articuladas. Además de trabajar con formación en temas de género para los empleados estatales, la idea es que las fuerzas de seguridad, la Policía, se profesionalicen y capaciten en la problemática de la trata de personas con

finés de explotación sexual. En todo este proceso, contaremos con el apoyo de la Oficina de la Mujer de la CSJN y UFASE, que ya vienen trabajando en igual sentido con el Ministerio de Seguridad de la Nación.

Son muchos los avances realizados en materia de reformas legales: el reconocimiento de la capacidad jurídica plena, la igualdad de derechos y obligaciones entre cónyuges, la supresión de actitudes discriminatorias en materia laboral, la ley de protección integral a la mujer, entre otras. No obstante resulta fundamental operativizar estas normas, esto es, seguir profundizando los procesos de reflexión y toma de conciencia, como lo proponen las acciones de la OM, para vencer aquellas prácticas que aún subsisten en el ámbito privado y en la vida cotidiana de las instituciones que restringen la autonomía a la mujer y que tienen fuerza socializadora sobre éstas.



Fuentes citadas

Índice de fuentes citadas

- ACCIARRI, HUGO y TESTA, MATÍAS I., “La utilidad, significado y componentes de las fórmulas para cuantificar indemnizaciones por incapacidad y muertes”, en *Revista Jurídica La Ley*, 09/02/2011.
- ACUÑA ANZORENA, ARTURO, “Adiciones”, en SALVAT, RAYMUNDO M y ACUÑA ANZORENA, ARTURO, *Tratado de derecho civil argentino. Fuentes de las obligaciones*, Bs. As., TEA, 1958, tomo IV.
- ACUÑA ANZORENA, ARTURO, “La previsibilidad como límite de la obligación de resarcimiento de la responsabilidad extracontractual”, en *Estudios sobre la Responsabilidad Civil*, La Plata, Editora Platense, 1963.
- AGOGLIA, MARÍA M.; BORAGINA, JUAN C. y MEZA, JORGE A., “La prueba del daño moral”, en *Revista de Derecho de Daños. La prueba del daño-I*, Santa Fe, Rubinzal-Culzoni, 1998.
- AGUIAR, HENOCH D., *Hechos y actos jurídicos en las doctrinas y en la ley*, Bs. As., TEA, 1950, tomo II.
- ALTERINI, Atilio A., AMEAL, OSCAR J., LÓPEZ CABANA, ROBERTO M., *Derecho de Obligaciones. Civiles y Comerciales*, 4ta edición, Bs. As., Abeledo-Perrot, 2008.
- ALTERINI, Atilio A. y LÓPEZ CABANA, ROBERTO M., *Cuestiones modernas de responsabilidad civil*, Bs. As., La Ley, 1988.
- ALTERINI, Atilio A., “El caso fortuito como causal de liberación del deudor contractual”, en *Revista del Colegio Público de Abogados de la Capital Federal*, Bs. As., 1990, n° 1, p. 18.
- ALTERINI, Atilio Aníbal, *Responsabilidad civil. Límites de la reparación civil*, Bs. As., Abeledo-Perrot, 1970.
- ALTERINI, Atilio A., “Soluciones del Proyecto de Código en materia de Responsabilidad Civil”, en *Diario La Ley*, 30/07/2012.
- AMEAL, OSCAR, en Augusto C. Belluscio (dir.), Eduardo A. Zannoni (coord.), *Código Civil y leyes complementarias. Comentado, anotado y concordado*, Bs. As., Astrea, 1982, tomo 3.
- ANDORNO, L., “La responsabilidad civil y la obligación *in solidum*”, en *JA*, 1972-Doctrina.
- AUBRY, CHASRLÉS y RAU, CHARLES, *Cours de droit civil française d'après l'ouvrage allemand de C. S. Zachariae*, 5ta edición, París, Masrchal-Billasrd & Cie., 1902, tomo VI.
- BAUDRY-LACANTINERIE, G. y BARDE, L. *Trattato teorico pratico di diritto civile. Delle obbligazioni*, Milán, Ed. Francesco Vallardi, s/f., tomo IV.
- BOFFI BOGGERO, LUIS M., “El hecho jurídico complejo que genera el derecho a la indemnización”, en *Revista del Colegio de Abogados de La Plata*, año X, n° 20, enero-junio, 1968.
- BOFFI BOGGERO, LUIS M., *Tratado de las Obligaciones*, Bs. As., Astrea, 1977, tomo 2.
- BONASI BENUCCI, EDUARDO, *La responsabilidad civil*, Juan V. Fuentes Lojo y José Peré Raluy (trads.), Barcelona, Bosch, 1958.
- BONNECASE, JULIEN, “Supplément” al “*Traité théorique et pratique de droit civil*” de G. Baudry-Lacantinerie, París, Ed. Recueil Dalloz-Sirey, 1926, tomo III.

ÍNDICE DE FUENTES CITADAS

- BORDA, GUILLERMO A. “La reforma del Código Civil”, en *ED* 30.
- BORDA, GUILLERMO A., *Tratado de derecho civil. Obligaciones*, 9na edición Actualizada por Alejandro Borda, Bs. As., La Ley, 2008, tomo II.
- BORRELL MACIÁ, ANTONIO, *Responsabilidades derivadas de la culpa extracontractual civil*, 2da ed., Barcelona, Bosch, 1958.
- BREBBIA, ROBERTO H., “Caso fortuito y fuerza mayor”, en *Temas de derecho civil (Quintas Jornadas Sanrafaelinas de Derecho Civil)*, Bs. As., Ed. Universidad, 1980.
- BREBBIA, ROBERTO H., *Examen de la reforma al Código civil y su génesis*, en *Revista del Colegio de abogados de La Plata*, n° 21.
- BREBBIA, ROBERTO H., *Hechos y actos jurídicos*, Bs. As., Astrea, 1979, tomo I.
- BREBBIA, ROBERTO H., *La relación de causalidad en derecho civil*, Rosario, Juris, 1975.
- BREBBIA, ROBERTO H., *Problemática jurídica de los automotores*, Bs. As., Astrea, 1982, tomo I.
- BUERES, ALBERTO (dir.) y HIGHTON, ELENA I. (coord.), *Código Civil y normas complementarias: análisis doctrinal y jurisprudencial*, Bs As, Ed. Hammurabi, 1995-2001, tomos. 3 C y 4 A.
- BUERES, ALBERTO J. y PICASSO, SEBASTIÁN, “La responsabilidad por daños y la protección del consumidor”, en *Revista de Derecho Privado y Comunitario. Consumidores*, Santa Fe, Rubinzal-Culzoni, 2009.
- BUERES, ALBERTO J., “Comentario al art. 1066 del CC”, en Alberto J. Bueres (dir.) y Elena I Highton (coord.), *Código Civil y normas complementarias. Análisis doctrinario y jurisprudencial*, Bs. As., Hammurabi, 1999, tomo 3.
- BUERES, ALBERTO J., “El daño injusto y la licitud o ilicitud de la conducta”, en Félix A. Trigo Represas y Rubén S. Stiglitz, *Derecho de Daños. Libro homenaje al profesor Jorge Mosset Iturraspe*, Bs. As., La Rocca, 1996.
- BUERES, ALBERTO J., “La unidad sistemática del resarcimiento de daños (El Código Civil argentino y el Proyecto de Unificación de la legislación Civil y Comercial de 1987). Comparaciones con el derecho español”, en *Revista del Foro de Cuyo*, n° 4, Mendoza, ed. Dike, 1992.
- BUERES, ALBERTO J., *Responsabilidad civil de las clínicas y establecimientos médicos*, Bs. As., Abaco, 1981
- BUSNELLI, F., *L’obbligazione soggettivamente complessa*, Milano, Giuffrè editore, 1974.
- BUSSO, EDUARDO B., *Código civil anotado*, Bs. As., Ediar, 1949, t. III.
- BUSTAMANTE ALSINA, JORGE, “Equitativa Valuación del daño no mensurable”, en *Revista Jurídica La Ley*, 1990-A.
- BUSTAMANTE ALSINA, JORGE, *Teoría general de la responsabilidad civil*, 9na edición, Bs As, Abeledo-Perrot, 1997.
- CALVO COSTA, CARLOS A., “Obligaciones solidarias y obligaciones concurrentes: Similitudes y diferencias”, en *Revista Jurídica La Ley*, 31/03/2010.
- CAMMAROTA, ANTONIO, *Responsabilidad extracontractual. Hechos y actos ilícitos*, Bs As, Depalma, 1947, tomo I.
- CARBONNIER, JEAN, *Derecho civil*, trad. de la Ira ed. francesa de Manuel Ma. Zorrilla Ruiz, Barcelona, Bosch, 1971, tomo II, vol. II.
- CARRANZA, JORGE A., “Notas para un estudio de la relación causal en el acto ilícito civil”, en *La Ley* n° 145.

ÍNDICE DE FUENTES CITADAS

- CATALDI, ROQUE V., “Consecuencias de los hechos jurídicos”, en *La Ley*, n° 143.
- CAZEAX, PEDRO N. y TRIGO REPRESAS, FÉLIX A., *Derecho de las obligaciones*, 3ra edición aumentada y actualizada, La Plata, Editorial Librería Platense, 1994, tomo 4.
- CAZEAX, PEDRO N., “El artículo 521 del código civil, reformado por la ley 17.711”, en *Revista Jus*, n° 20, La Plata, Ed. Platense.
- CAZEAX, PEDRO N., “La inejecución dolosa de las obligaciones que no tienen por objeto sumas de dinero”, en *Examen y crítica de la reforma del Código civil*, La Plata, Editora Platense, 1971, tomo II.
- CIFUENTES, SANTOS, en Augusto C. Belluscio (dir.), Eduardo A. Zannoni (coord.), *Código Civil y leyes complementarias. Comentado, anotado y concordado*, Bs. As., Astrea, 1982, tomo 4.
- COLIN, AMBROSE y CAPITANT, HENRI, *Curso elemental de Derecho Civil*, trad. de la 2da ed. francesa de *Revista General de Legislación y Jurisprudencia*, 3ra ed. española, Madrid, Reus, 1951., tomo III.
- COLMO, ALFREDO, *Obligaciones en general*, 3ra ed., Bs. As., Kraft, 1944.
- COLOMBO, LEONARDO A., *Culpa aquiliana (Cuasidelitos)*, 2da ed., Bs. As., TEA, 1947.
- COMPAGNUCCI DE CASO, RUBÉN H., *Manual de obligaciones*, Bs. As., Astrea, 1997.
- COMPAGNUCCI DE CASO, RUBÉN H., “Responsabilidad civil y relación de causalidad”, en *Seguros y Responsabilidad civil*, Bs. As., Astrea, 1984.
- CHABAS, F., *L'influence de la pluralité de causes sur le Droit à réparation*, Paris, Librairie Générale de Droit et de Jurisprudence, 1967.
- CHAUSOVSKY, G., “Obligaciones concurrentes: su regulación en el Proyecto de Código Civil de 1998”, en *Obligaciones y contratos en los albores del siglo XXI. Homenaje al Profesor Doctor Roberto M. López Cabana*, Bs. As., Abeledo Perrot, 2001.
- DE ACUTIS, M., “La solidarietà nella responsabilità civile”, en *Riv. Dir. Civ.*, 1975.
- DE AGUIAR DIAS, JOSÉ, *La responsabilidad civil*, trad. de Juan Agustín e Ignacia Moyano, México-Lima-Bs. As., Ed. José M. Cajica Jr. SA, 1957, tomo II.
- DE CUPIS, ADRIANO, *El Daño*, Barcelona, Ed. Bosch, 1975.
- DE GÁSPERI, LUIS y MORELLO, AUGUSTO M., *Tratado de derecho civil*, Bs. As., TEA, 1964, tomo IV.
- DEMOGUE, RENÉ, *Traité des obligations en général*, París, Arthur Rousseau, 1925, t. V.
- DEMOLOMBE, CHARLES, *Cours de Code Napoléon*, 3ra ed., París, A. Durand-L. Hachette, 1927, tomo XXIV.
- DESCALZI, J., “Obligaciones concurrentes o in solidum”, en *DJ*, 2003-1.
- DIEZ PICAZO, LUIS, “Prólogo”, en Franz Wiecker, *El principio de la buena fe*, Madrid, Ed. Civitas, 1986.
- ECHVESTI, CARLOS A., en Alberto Bueres (dir.), Elena I. Highton (coord.), *Código Civil y normas complementarias. Análisis doctrinario y jurisprudencial*, Bs. As., Hammurabi, 1998, tomo 2-A.
- ENNECCERUS, LUDWIG y LEHMANN, HEINRICH, *Derecho civil. Obligaciones*, trad. de Blas Pérez González y José Alguer, Barcelona, Ed. Bosch, 1947, tomo I.

ÍNDICE DE FUENTES CITADAS

- EXNER, ADOLFO, *De la fuerza mayor en el derecho mercantil romano y actual*, trad. de Emilio Miñana y Villagra, Madrid, Ed. Victoriano Suárez, 1905.
- FERNÁNDEZ COSTALES. JAVIER, *El contrato de servicios médicos*, Madrid, Ed. Civitas, 1988.
- FERRER, CARLOS F. y GRUNDY, CELIA A., *El enjuiciamiento penal con jurados en la Provincia de Córdoba*, Córdoba, Ed. Mediterránea 2003.
- FERRER, CARLOS F. y GRUNDY, CELIA A., *El nuevo juicio penal con jurados en la Provincia de Córdoba Ley 9182 comentada*, Córdoba, Ed. Mediterránea; septiembre, 2005.
- FERRER, CARLOS F., “*El nuevo juicio con jurados y su inserción en el sistema de juzgamiento penal*”, en Colección Investigaciones y Ensayos, n° 3, Córdoba, Centro de Perfeccionamiento Ricardo C. Núñez, 2007.
- FLORIAN, EUGENIO, *Trattato di diritto penale*, Milán, Dott, Francesco Vallardi, s/f., tomo I, vol. I.
- GALDÓS, JORGE, “Los peatones y el cruce fuera de la senda de seguridad”, en *La Ley* 1994-B.
- GARRIDO, ROQUE y ANDORNO, LUIS O., *El art. 1113 del Código Civil*, Bs. As., Hammurabi, 1983.
- GARRIDO, ROQUE y ANDORNO, LUIS O., *Reformas al Código Civil. Ley 17.711 comentada*, Bs. As., Ed. Víctor P. de Zavalía, 1969, t. I.
- GARRIDO, ROQUE, “La responsabilidad objetiva y la culpa objetiva (El nuevo artículo 1113 del Código Civil)”, en *JA Doctrina* 1969.
- GIORGI, JORGE, “Teoría de las obligaciones en el derecho moderno”, trad. de *Revista General de Legislación y Jurisprudencia*, Madrid, Reus, 1911, tomo V.
- GOLDENBERG, ISIDORO H., *La relación de causalidad en la responsabilidad civil*, Bs. As., Astrea, 1984.
- GÓMEZ, RUBÉN V., “La conducta del deudor en la extensión del resarcimiento por inejecución de obligaciones no dinerarias”, en *ED* 41.
- GUILLERMO A., *La reforma de 1968 al Código Civil*, Bs. As., Perrot, 1971.
- HEDEMANN, J. W., *Derecho de obligaciones*, Jaime Santos Briz (trad.), Madrid, Ed. Revista de Derecho Privado, 1958, tomo III.
- JAPAZE, MARÍA BELÉN, “Muerte por contacto con cable de energía y responsabilidad civil objetiva”, en *Revista Jurídica La Ley*, mayo, 2001.
- JOSSERAND, LOUIS y BRUN, ANDRÉ, *Derecho civil*, trad. de Santiago Cunchillos y Manterola, Bs. As., EJEA, 1950, tomo 2, vol. I.
- JOSSERAND, LOUIS, *Derecho Civil, Teoría General de las obligaciones*, Bs. As., Ed. Bosch y Cia., T. II, Vol I.
- KEMELMAJER DE CARLUCCI, AÍDA “La responsabilidad civil en los albores del siglo XXI”, en *J.A.*, 1993-II.
- KEMELMAJER DE CARLUCCI, en Augusto C. Belluscio (dir), Eduardo A. Zannoni (coord.), *Código Civil y leyes complementarias. Comentado, anotado y concordado*, Bs. As., Astrea, 1982, tomo 4.
- LAFAILLE, HÉCTOR; BUERES, ALBERTO J. y MAYO, JORGE A., *Derecho civil. Tratado de las obligaciones*, 2da ed., Bs. As., La Ley - Ediar, 2009, tomo I.
- LAFAILLE, HÉCTOR, *Curso de Obligaciones*, Bs. As., Biblioteca Jurídica Argentina, 1926
- LARENZ, KARL, *Derecho de obligaciones*, Jaime Santos Briz (trad.), Madrid, Ed. Revista de Derecho Privado, 1958, t. I.

ÍNDICE DE FUENTES CITADAS

- LARROUMET, CHRISTIAN, “Tendencias en materia de hecho generador de la responsabilidad médica”, en *Derecho Privado. Libro Homenaje al Profesor Alberto J. Bueres*, Bs. As., Ed. Hammurabi, 2001.
- LEONFANTI, MARÍA A., “A propósito del nuevo artículo 906 del Código Civil”, en *ED* 37.
- LIZ, CARLOS ALBERTO y RIESGO, MARÍA GABRIELA, “¿Culpa de la víctima o hecho de la víctima?”, en *La Ley* 1994-D-1044.
- LÓPEZ OLACIREGUI, FERNANDO, “La fuerza mayor y la orden del soberano ante la teoría de la responsabilidad civil”, en *JA*, 1944-IV, n° II.
- LORENZETTI, RICARDO L. (dir.), *Digesto Práctico La Ley, Daños y perjuicios I*, Ira ed., Bs. As., Ed. La Ley.
- LORENZETTI, RICARDO L., *La Empresa Médica*, Santa Fe, Rubinzal-Culzoni
- LORENZETTI, RICARDO L., “Nuevos enfoques en la responsabilidad profesional”, en *La Ley*, 1996-C-1172.
- LORENZETTI, RICARDO L., “Presentación del Proyecto”, en *Código Civil y Comercial de la Nación. Proyecto del Poder Ejecutivo de la Nación redactado por la Comisión de Reformas designada por decreto 191/2011*, Santa Fe, Rubinzal-Culzoni Editores, 2012.
- LORENZETTI, RICARDO L., *Responsabilidad civil de los médicos*, Bs. As., Rubinzal-Culzoni Editores, 1997, t. I y II.
- LLAMBÍAS, JORGE J.; RAFFO BENEGAS, PATRICIO; SASSOT, RAFAEL., *Manual de Derecho Civil. Obligaciones*, 14ta. ed., Ed. Lexis Nexis. 2006.
- LLAMBÍAS, JORGE J., *Estudio de la reforma*, Bs. As., Jurisprudencia Argentina, 1969.
- LLAMBIAS, JORGE J., “Los distintos tipos de causalidad jurídicamente relevante”, en *Estudios de derecho civil en homenaje a Héctor Lafaille*, Bs. As., Depalma, 1968.
- MACHADO, JOSÉ O., *Exposición y comentario del Código Civil argentino*, 2da ed., Bs. As., Ed. M. A. Rozas, 1915., t. II.
- MARTÍNEZ RUIZ, “Obligaciones de medio y de resultado”, en *La Ley*, 90.
- MARTY, GABRIEL, *Derecho civil. Teoría general de las obligaciones*, José M. Cajica Jr. (trad. y ed.), Puebla, José M. Cajica Jr., 1952, t. I.
- MAYO, JORGE A., en Augusto C. Belluscio (dir.), Eduardo Zannoni (coord.), *Código Civil y leyes complementarias. Comentado, Anotado y Concordado*, Bs. As., Astrea, 1979, t. 2.
- MAZEAUD, HENRI, LÉON y JEAN, *Lecciones de derecho civil*, trad. de Luis Alcalá-Zamora y Castillo, Bs. As., EJEJA, 1960, Parte II, vol. I.
- MAZEAUD, HENRI, MAZEAUD, LEÓN y TUNC, ANDRÉ, *Tratado teórico y práctica de la responsabilidad civil delictual y contractual*, trad. de la 5ta ed. francesa de Luis Alcalá-Zamora y Castillo, Bs. As., EJEJA, 1963, T° 2, vol. II.
- MAZZIA, MARÍA DE LAS M., “Defensa de prescripción. Litisconsorcio facultativo y obligación solidaria”, en *Revista Jurídica La Ley*, 15/12/2011.
- MESSINEO, FRANCESCO, *Doctrina General del Contrato*, trad. de R. O. Fontanarrosa., S. Sentis Melendo y M. Volterra, Bs. As., EJEJA, t. I.
- MIGNOT, D., *Les obligations solidaires et les obligations in solidum en Droit privé français*, Paris, Dalloz, 2002.
- MILL, JOHN S., *Sistema de lógica inductiva y deductiva*, trad. de Eduardo Ovejero y Maury, Madrid, Ed. Daniel Jorro, 1917, lib. III, cap. V.

ÍNDICE DE FUENTES CITADAS

- MOIA, A., “Los acuerdos transaccionales en la cuantificación de la indemnización por daños. Su funcionamiento en las obligaciones concurrentes. A propósito de un fallo docente”, en *RCyS*, 2010.
- MOISSET DE ESPANES, L., “Reformas en materia de solidaridad”, en *JA*, 1969-73.
- MONTES, C., *Mancomunidad o solidaridad en la responsabilidad plural por acto ilícito*, Barcelona, Bosch, 1985.
- MORELLO, AUGUSTO M., *Indemnización del daño contractual*, Bs. As., Abeledo Perrot, 2003.
- MORO, E., “Responsabilidad objetiva. Obligaciones *in solidum*. Transacción entre el comitente y el damnificado-accionante: ¿liberación del co-deudor concurrente?”, en *LL Litoral*, 2010-833.
- MOSSET ITURRASPE, JORGE, “La condena como ‘guardián’ a la Empresa Provincial de la Energía (dueña y guardián de las instalaciones). El rechazo de la causa ajena: ¿hecho o culpa de la víctima?”, en *La Ley Litoral* 1999-531.
- MOSSET ITURRASPE, JORGE, *Responsabilidad por daños*, Bs. As., Ediar, 1971, tomo I.
- MULLER, E. y DELLAMONICA, “Perfiles actuales de las obligaciones *in solidum*”, en *Zeus*, enero/abril 2003.
- ORGAZ, ALFREDO, “El daño ‘con’ y ‘por’ la cosa”, en *La Ley*, t. 135.
- ORGAZ, ALFREDO, *El daño resarcible*, 2da edición, Bs. As., Ed. Bibliográfica Omeba, 1960.
- ORGAZ, ALFREDO, *La culpa (Actos ilícitos)*, Bs. As., Ed. Lerner, 1970.
- PALMERO, JUAN CARLOS, *El daño involuntario*, Bs. As., Astrea, 1973.
- PEIRANO FACIO, JORGE, *Responsabilidad extracontractual*, Bogotá, Temis, 1979.
- PIÑEIRO, DANIEL y FERRERES, ALBERTO “El error en la práctica médica”, en Delia Beatriz Iñigo (coord.), *La prueba científica y los procesos judiciales* (publicación de la Academia Judicial Internacional), Bs. As., La Ley, 2006.
- PIZARRO, RAMÓN D. y VALLESPINOS, CARLOS G., *Instituciones de Derecho Privado. Obligaciones*, Bs. As., Hammurabi, 1999, t. 2.
- PIZARRO, RAMÓN D., “Causalidad adecuada y factores extraños”, en *Derecho de daños. Homenaje al profesor Dr. Jorge Mosset Iturraspe*, Bs. As., La Rocca, 1989.
- PIZARRO, RAMÓN D., *Daño moral. Prevención. Reparación. Punición*, Bs. As., Hammurabi, 1996.
- PIZARRO, RAMÓN D., en Alberto J Bueres (dir.), Elena I. Highton (coord.), *Código Civil y normas complementarias. Análisis doctrinario y jurisprudencial*, Bs. As., Ed. Hammurabi, 1998, t. 2 A.
- PIZARRO, RAMÓN D., *Responsabilidad civil por el riesgo o vicio de la cosa*, Bs. As., Ed. Universidad, 1983.
- PIZARRO, RAMÓN DANIEL y VALLESPINOS, CARLOS GUSTAVO, *Instituciones de derecho privado. Obligaciones*, Bs. As., Hammurabi, 1999, tomo 2.
- PLANIOL, MARCEL; RIPERT, GEORGES y ESMEIN, PAUL, *Tratado práctico de derecho civil francés*, trad. de Mario Diaz Cruz, La Habana, Ed. Cultural, 1946, tomo 6.
- POTHIER, ROBERT J., *Tratado de las Obligaciones*, trad. de Guillermo Cabanellas de Torres, 2da. ed., Bs. As., Ed. Heliasta, 2007.
- PREVOT, JUAN M., “El daño extracontractual”, en *RCyS*, 2011-IX.

ÍNDICE DE FUENTES CITADAS

- PREVOT, JUAN M., "Obligaciones 'In solidum'", en *LLitoral*, 13/10/2011
- PUIG BRUTAU, JOSÉ, *Fundamentos de derecho civil*, Barcelona, Bosch, 1956, t. II.
- REZZÓNICO, LUIS MARÍA, *Estudio de las obligaciones en nuestro derecho civil*, 9na ed., Bs. As., Depalma, 1961, tomo II.
- RIPERT, GEORGES y BOULANGER, JEAN, *Tratado de derecho civil, según el Tratado de Planiol*, trad. de Delia García Daireaux, Bs. As., La Ley, 1965, t. IV.
- RODRÍGUEZ-ARIAS BUSTAMANTE, LINO, *Derecho de obligaciones*, Madrid, Ed. Revista de Derecho Privado, 1965.
- SAGARNA, FERNANDO A., "La culpa de la víctima-peatón como factor eximente en la responsabilidad civil por el riesgo creado", en *La Ley* 1994-E-376.
- SALAS, ACDEEL E., "Caso fortuito y ausencia de culpa" en *Juris* 15.
- SALAS, ACDEEL E., *Código Civil anotado*, 2da ed., Bs. As., Depalma, 1971, tomo I.
- SALAS, ACDEEL E., "La responsabilidad en la reforma del Código Civil" en *Obligaciones, contratos y otros ensayos*, Bs. As., Depalma, 1982.
- SALAS, ACDEEL E., "Responsabilidad civil contractual y extracontractual", en *Revista del Colegio de abogados de La Plata*, julio-diciembre de 1968.
- SALVAT, RAYMUNDO M. y GALLI, ENRIQUE V., *Tratado de derecho civil argentino. Obligaciones en general*, Bs. As., TEA, 1952, tomo I.
- SANTOS BRIZ, JAIME, *La responsabilidad civil*, 2da ed., Madrid, Montecorvo, 1977.
- SAVATIER, RENÉ, *Traité de la responsabilité civile en droit français*, 2da ed., París, Librairie Générale de Droit et de Jurisprudence, 1951, tomo I.
- SOLER, SEBASTIÁN, *Derecho Penal Argentino*, Bs. As., Ed La Ley, 1945, tomo I.
- SOTO NIETO, FRANCISCO, *El caso fortuito y la fuerza mayor. Los riesgos en la contratación*, Barcelona, Nauta, 1965.
- SPOTA, ALBERTO G., "El problema de la causación en la responsabilidad aquiliana", en *JA*, 1942-II.
- SPOTA, ALBERTO G., "La concurrencia de culpas en la responsabilidad aquiliana", en *J.A.* 1944-I-237
- SPOTA, ALBERTO G., *Sobre las reformas al Código civil*, Bs. As., Depalma, 1969.
- SPOTA, ALBERTO G., *Tratado de derecho civil. Parte general*, Bs. As., Depalma, 1957, t. I, vol. III.
- TALE, C., *Obligaciones solidarias: cuestiones controvertidas y soluciones*, 1994.
- TANZI, SILVIA Y., "Nuevamente la culpa de la víctima y el riesgo conviven en un fallo", en *La Ley* 1999-D-533.
- TRIGO REPRESAS, FÉLIX A. y LÓPEZ MESA, *Tratado de la responsabilidad civil*, 2da ed., Bs. As., La Ley, 2011, tomo II.
- TRIGO REPRESAS, FÉLIX A. "El caso fortuito como eximente en la responsabilidad por riesgo de la cosa", en *La Ley* 1989-D-457.
- TRIGO REPRESAS, FÉLIX A., "Casus y falta de culpa", nota a fallo, en *La Ley* 1981-B, n° IV.
- TRIGO REPRESAS, FÉLIX A., "La extensión del resarcimiento en la responsabilidad objetiva", en *La Ley* 1979-C.

ÍNDICE DE FUENTES CITADAS

- TRIGO REPRESAS, FÉLIX A., “Responsabilidad Civil del Médico Anestesiista”, en Dr. Alberto J. Bueres (dir.), Elena Highton (coord.), *Código Civil y normas complementarias. Análisis doctrinario y jurisprudencial*, Bs. As., Hammurabi, 2007, tomo 4-B.
- VALIENTE NOAILLES, LUIS H. (H.), *Comentario a las reformas al Código Civil*, Bs. As., Depalma, 1968.
- VÁZQUEZ FERREYRA, ROBERTO A., “El hecho del tercero o de la víctima como eximente en la responsabilidad objetiva”, en *La Ley*, 1996-C-148.
- VÁZQUEZ, FERREYRA, ROBERTO, *Daños y perjuicios en el ejercicio de la medicina*, Bs. As., Hammurabi, 1992.
- VÁSQUEZ FERREYRA, ROBERTO, A., *Responsabilidad por daños. Elementos*, Bs. As., Depalma, 1993.
- VILLANUEVA, ADOLFO, *Reformas al Código Civil, ley 17.711*, Rosario, Orbir, 1968.
- VON TUHR, ANDREAS, *Tratado de las obligaciones*, trad. W. Roces, Madrid, Reus, 1934, t. I.
- WIKINSKI, JAIME A., “El anestesiólogo y su responsabilidad profesional como médico”, en *Revista Argentina de Anestesiología*, n° 4, vol. 49, 1991.
- ZANNONI, EDUARDO A., *El daño en la responsabilidad civil*, 3ra. Ed., Bs. As., Astrea, 2005.
- ZAVALA DE GONZÁLEZ, MATILDE, *Resarcimiento de daños*, Bs. As., Hammurabi, 1999, t. 4.
- ZAVALA DE GONZÁLEZ, MATILDE, “Actualidad en la jurisprudencia sobre derecho de daños-Relación de causalidad”, en *La Ley* 1997-D-1272.

Índice Temático

A

ABUSO DEL DERECHO P. 5
prácticas de comercialización abusivas P. 205, 208, 209

ACCIONES DE PROTECCIÓN DEL PATRIMONIO DEL DEUDOR P. 13, 14

acción de fraude P. 13

acción de simulación P. 13

acción directa P. 13, 14, 15

acción subrogatoria P. 13, 14, 15

lesión P. 13, 56, 60, 84, 145, 146, 147, 149, 150, 151, 152, 153, 156, 157, 161, 164, 166, 168

ANTI JURIDICIDAD P. 42, 47, 79, 143

B

BUENA FE *Véase* PRINCIPIO DE BUENA FE

C

CARGA DE LA PRUEBA P. 140, 145, 165, 168, 173, 174, 175, 197

prueba de la relación de causalidad P. 140

prueba del daño P. 53, 144, 145, 155, 158, 165, 166, 167, 168, 219

CASO FORTUITO P. 12, 53, 64, 83, 106, 107, 110, 111, 112, 113, 114, 115, 117, 118, 119, 120, 121, 122, 124, 128, 129, 131, 132, 133, 134, 135, 136, 137, 138, 139, 140, 141, 142, 179, 219, 225

CLÁUSULA PENAL P. 8, 19

CONTRATO MÉDICO P. 178, 183

CULPA P. 29, 33, 39, 40, 44, 47, 50, 51, 52, 53, 54, 56, 57, 67, 68, 69, 78, 79, 85, 86, 87, 96, 102, 103, 104, 106, 107, 108, 109, 110, 111, 112, 115, 116, 118, 119, 124, 127, 129, 130, 131, 132, 138, 139, 144, 171, 172, 173, 174, 175, 177, 179, 185, 186, 197, 220, 222, 224, 225

diligencia debida P. 21, 79, 89, 90, 131, 172, 176

impericia P. 104, 171, 172

imprudencia P. 89, 104, 110, 130, 131, 171, 172, 186

negligencia P. 63, 103, 130, 171, 172

CULPA DE LA VÍCTIMA P. 44, 85, 108, 109, 111, 115, 224, 225

D

DAÑO ACTUAL P. 155, 156

DAÑO CIERTO P. 156, 161

DAÑO DIRECTO P. 154, 214

DAÑO EMERGENTE P. 81, 146, 157, 158, 159

DAÑO EXTRAPATRIMONIAL P. 81, 155, 161, 162, 164, 165, 167

DAÑO FÁCTICO P. 144, 145, 146, 147, 148, 153

DAÑO FUTURO P. 155, 156

DAÑO INDIRECTO P. 154

DAÑO JURÍDICO P. 146, 147, 149, 151, 153, 161

DAÑO MORAL P. 13, 39, 52, 59, 61, 71, 72, 74, 76, 87, 146, 151, 161, 162, 163, 164, 165, 166, 167, 168, 206, 207, 219

daño moral contractual P. 71, 74, 76

daño moral extracontractual P. 71, 72, 76

DAÑO PATRIMONIAL P. 72, 149, 150, 155, 160

DAÑO RESARCIBLE P. 39, 59, 62, 73, 76, 87, 91, 93, 95, 101, 105, 106, 143, 144, 146, 148, 150, 151, 153, 155, 157, 166, 168, P. 222, 224, 225

consecuencias casuales P. 93, 100, 101, 106, 107

consecuencias inmediatas P. 60, 61, 62, 76, 91, 100, 101, 102, 106, 107

consecuencias mediatas P. 62, 63, 100, 101, 105, 106, 107

consecuencias mediatas previsibles P. 76, 91, 101, 102, 106, 107

consecuencias mediatas imprevisibles	P. 101	factores subjetivos de atribución	P. 102, 103, 105, 181
DAÑO PATRIMONIAL	P. 157	FUERZA MAYOR	P. 111, 113, 114, 115
DERECHO AMBIENTAL	P. 189	I	
DERECHOS DEL CONSUMIDOR	P. 44, 66, 85, 153, 187, 189, 191, 192, 193, 194, 195, 196, 197, 198, 200, 201, 202, 203, 204, 205, 206, 207, 208, 209, 211, 212, 214, 215, 220	INTERESES	P. 9, 10, 12, 13, 19, 20, 34, 35, 41, 51, 53, 54, 62, 105, 117, 129, 138, 145, 146, 150, 152, 158, 161, 201, 204, 205, 206, 207, 215
concepto de consumidor	P. 192, 193, 194, 200, 203, 204, 205, 207	anatocismo	P. 19
consumo sustentable	P. 200	L	
contratos de consumo	P. 82, 191, 192, 207	LEGITIMACIÓN ACTIVA	P. 71, 72, 73, 154, 168, 194
defensa del consumidor	P. 66, 85, 191, 194, 196, 197, 201, 203, 204	LETRADO PATROCINANTE	P. 184
Ley de Defensa del Consumidor	P. 44, 194, 196, 197, 198, 203, 206, 215	LUCRO CESANTE	P. 52, 63, 81, 146, 153, 156, 160, 161
libertad de contratar del consumidor	P. 208	O	
principio protectorio del consumidor	P. 191, 192, 198, 200	OBLIGACIONES	P. 3, 4, 5, 6, 7, 8, 9, 10, 11, 12, 14, 16, 17, 18, 19, 20, 21, 22, 23, 24, 25, 26, 28, 29, 30, 31, 34, 35, 37, 38, 40, 41, 43, 44, 46, 48, 49, 50, 51, 52, 53, 54, 55, 57, 59, 61, 62, 64, 69, 70, 71, 75, 76, 78, 79, 80, 81, 83, 84, 85, 86, 87, 90, 96, 102, 104, 105, 117, 118, 120, 121, 122, 123, 124, 125, 126, 127, 128, 129, 131, 132, 133, 134, 135, 137, 138, 139, 141, 142, P. 143, 149, 157, 171, 174, 177, 183, 186, 201, 202, 212, 219, 220, 221, 222, 223, 224, 225, 226
relación de consumo	P. 44, 66, 85, 191, 192, 193, 194, 195, 197, 198, 199, 200, 203, 204, 205, 206, 207, 209, 212, 214, 215	<i>aestimatio rei</i>	P. 48, 49, 51, 52, 53, 54, 55, 56, 77, 80, 81
reparación integral del consumidor	P. 163, 196, 197	causa fuente	P. 4, 5, 26
sanción pecuniaria disuasiva	P. 211, 212	compensación	P. 10
DERECHO DE DAÑOS	P. 47, 179, 189, 195, 205, 226	confusión	P. 10
deber de advertencia	P. 201, 202	dación en pago	P. 11
deber de cuidado	P. 183	extinción del vínculo	P. 9, 83
deber de no dañar	P. 5, 37, 38, 46, 48, 64, 75, 79, 80, 162	fuentes de las obligaciones	P. 37
prevención del daño	P. 190, 203, 208, 209	<i>id quod interest</i>	P. 48, 49, 50, 51, 52, 53, 54, 55, 80
DERECHOS DE INCIDENCIA COLECTIVA	P. 146, 191	Imposibilidad de cumplimiento	P. 12, 53, 82, 124, 133
DISCERNIMIENTO	P. 56, 57, 81, 102, 110	novación	P. 11
edad a la que se adquiere el discernimiento	P. 56, 81	remisión y renuncia	P. 11
F		OBLIGACIONES ACCESORIAS	P. 8
FACTORES DE ATRIBUCIÓN	P. 24, 46, 47, 53, 62, 68, 78, 79, 89, 117, 173, 197, 212		
factores objetivos de atribución	P. 117, 179		

OBLIGACIONES CONCURRENTES P. 28

OBLIGACIONES DE DAR P. 16, 17, 18, 21, 35,

OBLIGACIONES DE HACER P. 10, 20,
21, 53, 79, 86, 127, 176, 177, 185

OBLIGACIONES DE NO HACER P. 20,
21, 127

OBLIGACIÓN DE SEGURIDAD P. 40,
41, 43, 44, 50, 59, 84, 85, 86, 87, 201, 202

obligación expresa de seguridad P. 85, 86

obligación tácita de seguridad P. 40,
84, 85, 86, 87

OBLIGACIONES DIVISIBLE P. 23

OBLIGACIONES ACCESORIAS P. 25

OBLIGACIONES ALTERNATIVAS P. 22

OBLIGACIONES CONCURRENTES
P. 28, 221

OBLIGACIONES CONJUNTAS P. 31

OBLIGACIONES DE MEDIOS Y DE RE-
SULTADO P. 41, 79

OBLIGACIONES DISYUNTIVAS P. 31

OBLIGACIONES FACULTATIVAS P. 23

OBLIGACIONES INDIVISIBLES P. 24

OBLIGACIONES PRINCIPALES P. 24

OBLIGACIONES SIMPLEMENTE
MANCOMUNADAS P. 25

OBLIGACIONES SOLIDARIAS P. 25,
26, 28, 29, 80, 220, 223, 225

P

PÉRDIDA DE CHANCE P. 52, 63,
145, 147, 148, 149, 153, 156, 167

PRINCIPIO DE BUENA FE P. 5, 7, 9,
15, 16, 17, 18, 62, 125, 133, 134, 186, 190, 206, 221

PROYECTO DE CÓDIGO CIVIL Y CO-
MERCIAL P. 33, 89, 144, 170, 171, 172, 173, 176, 177,
184, 185, 186, 187, 190, 191, 193, 195, 199, 203, 205, 207, 211

causal de exoneración P. 115, 132

causal de exoneración de responsabili-
dad P. 132

causal de liberación P. 114, 115, 118, 136, 219

circunstancias eximentes P. 173, 197

circunstancias que impiden la configu-
ración de la responsabilidad civil P. 116

concepto integral de indemnización
P. 48, 50, 51, 52, 53

derecho a la reparación como derecho
constitucional P. 189

enriquecimiento sin causa P. 5, 156, 191

exención de responsabilidad P. 115

eximente de responsabilidad P. 114, 129

eximir de responsabilidad P. 115, 132

hecho de un tercero P. 132

hecho de un tercero extraño por quien
no deba responder P. 132

liberación de responsabilidad P. 114

previsibilidad contractual P. 171

responsabilidad subjetiva P. 171, 176, 177

teoría de la "autonomía del cumpli-
miento por equivalente" P. 51

R

RELACIÓN DE CAUSALIDAD P. 61,
62, 63, 82, 89, 91, 92, 93, 94, 95, 96, 97, 98, 99, 102, 105, 106,
108, 110, 112, 116, 118, 119, 121, 122, 129, 133, 140, 148,
175, 179, 180, 220, 221, 222, 223, 226

causalidad adecuada P. 61, 62,
63, 82, 91, 93, 97, 153, 182

causalidad material P. 95

interrupción del nexo causal P. 108,
116, 129, 133

nexo adecuado de causalidad P. 91,
93, 105, 179

teoría de la causa eficiente o predomi-
nante P. 97

teoría de la causa próxima P. 96, 97

teoría de la equivalencia de las condi-
ciones P. 96, 98

RESPONSABILIDAD CIVIL P. 5, 28,
33, 34, 35, 36, 37, 38, 39, 41, 42, 43, 44, 45, 53, 67, 69, 71, 72,
74, 75, 76, 78, 80, 85, 86, 89, 91, 92, 98, 103, 104, 105, 111,
112, 116, 119, 120, 122, 129, 130, 131, 133, 135, 139, 143, 144,
145, 151, 168, 170, 172, 174, 185, 189, 191, 194, 195, 196, 197,
199, 200, 203, 210, 211, 213, 219, 220, 221, 222, 223, 225, 226

ÍNDICE TEMÁTICO

- circunstancias eximentes P. 114,
115, 116, 118, 129, 132, 173, 197
- concepto integral de indemnización
P. 48, 50, 51, 52, 53
- derecho a la reparación como derecho
constitucional P. 189
- enriquecimiento sin causa P. 5, 156, 191
- hecho de un tercero P. 132
- previsibilidad contractual P. 171
- RESPONSABILIDAD SUBJETIVA P. 171,
176, 177
- teoría de la autonomía del cumplimiento
por equivalente P. 51
- RESPONSABILIDAD CONTRACTUAL
P. 33, 35, 37, 38, 39, 40, 41, 42, 43, 44, 45, 46, 47, 49, 51, 52,
55, 59, 60, 61, 62, 64, 66, 67, 68, 69, 71, 73, 74, 75, 77, 78, 82,
84, 86, 87, 106, 107, 192
- responsabilidad contractual por hecho
ajeno P. 45, 66, 67, 68, 69, 70, 71
- RESPONSABILIDAD DEL PRINCIPAL
POR EL HECHO DEL DEPENDIENTE
P. 66, 67, 70, 83
- RESPONSABILIDAD EXTRACON-
TRACTUAL P. 34, 35, 36, 39, 40, 41, 43,
44, 45, 47, 56, 57, 59, 61, 64, 65, 66, 67, 68, 70, 71, 74, 75, 76,
79, 83, 84, 87, 91, 97, 100, 102, 110, 112, P. 170, 219, 221, 225
- RESPONSABILIDAD MÉDICA P. 65,
70, 178, 183, 184, 222
- culpa médica P. 172, 185
- mala praxis del anestésista P. 178, 180,
181, 182, 183, 184
- responsabilidad del médico jefe P. 184
- ## S
- SANCIONES CONMINATORIAS P. 8

Este libro con una tirada de 10.000 ejemplares, se terminó de imprimir en los Talleres Gráficos de la Cooperativa Campichuelo Ltda. en diciembre de 2012.



Campichuelo 553 - C.A.B.A. - C1405BOG - Telefax: 4981-6500 / 2065-5202
campichuelo@cogcal.com.ar www.cogcal.com.ar