

HOMENAJE A LOS CONGRESOS DE DERECHO CIVIL

(1927 - 1937 - 1961 - 1969)

TOMO III

DERECHO DE DAÑOS

FUNCIONES Y FINES DE LA RESPONSABILIDAD CIVIL

por AIDA KEMELMAJER DE CARLUCCI

“Indemnizar no borra el daño del mundo; simplemente, lo cambia de bolsillo”
(Fernando Pantaleón) ¹.

Sumario: 1. El derecho de daños en los Congresos Nacionales de Derecho Civil. 2. Introducción. 3. Terminología. La palabra responsabilidad. Orígenes. Calificativos que la acompañan. 4. Aproximación a algunos significados de la palabra responsabilidad. 5. El nombre, las funciones y los fines de la responsabilidad civil. 6. La evolución de la responsabilidad. 7. Fuerza expansiva de la responsabilidad. Sus inconvenientes. 8. El llamado “derecho de accidentes”. Crisis de crecimiento del derecho de la responsabilidad. El derecho *común* y el derecho *especial* de la responsabilidad. 9. Funciones de la responsabilidad civil. Diversidad de puntos de partida. 10. Síntesis de las opiniones de algunos autores pertenecientes a países a los que se está unido por una tradición común. 10.1. Una opinión reiteradamente citada: las funciones de la responsabilidad civil según André Tunc. 10.2. Opinión de Guido Alpa. 10.3. Las funciones según un autor alemán. 10.4. Las funciones según dos autoras latinoamericanas. 10.5. Las funciones de la responsabilidad civil o “derecho de los accidentes” según Calabresi y su análisis económico del derecho. 11. Análisis particularizado de las funciones de la responsabilidad según la doctrina reseñada. 12. La llamada “función demarcatoria”. 13. Función vindicativa. 14. Función preventiva. 15. Función sancionatoria. 16. Función resarcitoria o compensatoria. 17. Función distributiva. 18. La responsabilidad como garantía o reafirmación de los derechos de los ciudadanos. 19. Función sustitutiva de otros remedios. 20. Los funciones de la responsabilidad y el rol del juez.

1. El derecho de daños en los Congresos Nacionales de Derecho Civil

El llamado derecho de daños ha estado presente en todos los Congresos Nacionales de Derecho Civil celebrados en la ciudad de Córdoba.

El Primer Congreso de 1927 se adelantó en muchos años a la reforma de 1968, interpretó razonablemente el viejo art. 1078, y propició la reparación del daño moral aun en aquellos supuestos que no configuran un delito del derecho criminal.

Diez años más tarde, en el Segundo Congreso, se dio el puntapié necesario para indemnizar el daño voluntario más allá del enriquecimiento sin causa a través de la reforma al art. 907 C.C.; además, se fortaleció el derecho de la víctima al consagrarse la responsabilidad solidaria en los cuasidelitos y se dio un paso importante a favor de la unidad del régimen de la responsabilidad contractual y extracontractual.

El III Congreso insistió en el camino de la unificación y de la reparación del daño moral.

El IV Congreso, además de intentar desentrañar el nuevo art. 1113, que incorporó el factor riesgo expresamente al Código Civil, abordó especialmente la función resarcitoria o indemnizatoria, al analizar el texto reformado del art. 1083 y los modos cómo el daño debe ser compensado.

Creo, pues, rendir junto homenaje a estos encuentros a través del tema elegido, que los comprende a todos: funciones y fines de la responsabilidad civil.

2. Introducción

Carbonnier enseñó que el orden jurídico reposa en tres pilares principales: *familia, contrato y propiedad*. Indudablemente, a estos tres hoy se suma un cuarto, el de la *responsabilidad civil*. *“En un mundo en el que el accidente se encuentra en cada esquina, en cada lugar de trabajo, en cada casa, en el que las libertades individuales, aunque solemnemente proclamadas son cotidianamente lesionadas, es necesario reparar, reglamentar y sancionar”* ². Por eso, la noción de responsabilidad es una de las angulares del sistema; sin ella, entender el derecho sería

muy difícil, porque faltaría el elemento por el cual el ordenamiento reacciona ante una circunstancia que implica contradecirlo; de allí que se diga que “*la función coactiva del derecho sería difícilmente comprensible sin el concepto de responsabilidad*”³; que “*exigir responsabilidad jurídica frente a hechos lesivos es uno de los instrumentos clásicos del derecho para conseguir sus fines*”⁴; y que “*el mundo en el que cada una de las situaciones jurídicas está alojada está lleno de infinitas referencias relativas a la responsabilidad de cada uno de sus componentes*”⁵.

Quizás por esa amplitud, el derecho de la responsabilidad, sea civil, administrativa o penal, se presenta como un campo sujeto a múltiples interrogaciones de orden moral⁶, doctrinal, filosófico.

Es, como bien se ha dicho, “una realidad en observación”⁷.

Consecuentemente, antes de tratar la temática relativa a las funciones y fines de la responsabilidad es necesario delimitar el campo que se analiza.

3. Terminología. La palabra responsabilidad. Orígenes. Calificativos que la acompañan

Probablemente, la palabra responsabilidad sea una de las más usadas⁸; se dice: “un fuerte viento fue *responsable* de la caída de los árboles”; “los jóvenes creen que el gobierno es el *responsable* de la mala situación de la educación”; “mi vecino entiende que su mujer es la *responsable* del divorcio”, etc... De estos ejemplos se deriva que la palabra responsabilidad tiene connotaciones morales, sociológicas, jurídicas, o meramente indicativas de ser la causa de algo. Las líneas que siguen se refieren sólo a las jurídicas.

Geneviève Viney⁹ afirma que la expresión “responsabilidad” es de un uso tan constante, tan cotidiano, tan universal, que cuesta creer que su origen sea relativamente reciente; efectivamente, aunque sus raíces son antiguas y figuran en los textos romanos (*spondere, respondere*), en el diccionario de la lengua francesa la palabra *responsabilidad* festejó su bicentenario no hace demasiado (se la incorporó en 1789); poco antes, en 1780, apareció a ambos lados del Atlántico, bajo la pluma de dos hombres políticos, Jacques Necker y Alexander Hamilton, que hablaron de la *responsabilidad del gobernante*. Con la acepción que hoy se le da, comenzó a difundirse a mediados del siglo XIX, cuando los libros comenzaron a abandonar el método exegético, lo sustituyeron por un plan lógico y pedagógico y, consecuentemente, surgió la necesidad de forjar conceptos generales expresados con palabras simples alrededor de las cuales se puedan reagrupar diversas soluciones del derecho positivo.

Por otro lado, el sustantivo responsabilidad normalmente viene acompañado de un calificativo: civil, penal, administrativa, política, moral¹⁰. Este acompañamiento plural parece ser parte de la propia evolución de la responsabilidad jurídica. Se ha dicho que, en términos generales, “*la evolución de la responsabilidad como fenómeno cultural puede verse como la coincidencia de dos procesos interdependientes: uno, la desintegración de una noción unitaria de responsabilidad; otro, la formación de distintos conceptos parciales. Ambos procesos han acompañado la progresiva composición de sistemas normativos particulares*”¹¹.

Antropólogos e historiadores parecen coincidir en que las sociedades primitivas tenían una noción unitaria de responsabilidad, espejo del principio universal de *equilibrio* en el que se comprendía tanto a los hechos naturales como a las conductas humanas; todos los elementos de la naturaleza eran susceptibles de juicios de responsabilidad (el fuego, el mar, el viento, la lluvia, los animales y por supuesto las personas, tanto de manera individual cuanto colectiva). “*La concepción del universo, como una composición con intencionalidad propia que respondía a una voluntad trascendente, permitía entender los desórdenes de los elementos naturales. Así, la conducta humana se integraba junto a otros componentes naturales. El concepto relativo a las responsabilidades particulares se decantará mucho más tarde, al distinguir entre individuo y grupo, vida privada y pública, cuestiones divinas y humanas, etc.*”¹².

4. Aproximación a algunos significados de la palabra responsabilidad

La palabra “responsabilidad” indica muchas cosas porque la noción que expresa es compleja, versátil, ambigua, polisémica ¹³, escurridiza, rebelde y engañosa ¹⁴, en tanto su significado depende de un contexto complejo ¹⁵.

Algunas de las dificultades terminológicas quizás podrían superarse con el método propuesto por Bentham, quien sostuvo que la manera adecuada de tratar las palabras no es, como usualmente se hace, considerándolas en forma aislada, sino a través de frases enteras; así, por ej., no hay que tomar aisladamente la palabra derecho subjetivo, o responsabilidad, sino las frases que digan “X es responsable por Y”, etc. ¹⁶.

En esta línea, sirve el ejemplo proporcionado por Hart ¹⁷: “Como capitán de un barco, X era *responsable* por la seguridad de sus pasajeros y carga. Pero, en su último viaje, se embriagaba todas las noches y fue *responsable* de la pérdida del barco con todo lo que llevaba. Se rumoreaba que estaba loco, pero los médicos lo encontraron *responsable* de sus acciones. Durante el viaje, X se comportó muy *irresponsablemente* y varios incidentes que tuvo en su carrera demostraron que no era una persona *responsable*. El capitán siempre sostuvo que fueron las tormentas excepcionales las *responsables* de la pérdida del barco, pero en un proceso judicial que se le siguió fue encontrado *responsable* por la pérdida de vidas y bienes. Todavía vive y es moralmente *responsable* de la muerte de muchas mujeres y niños”.

De este texto, Hart deriva cuatro significados distintos de la palabra responsabilidad:

a) La responsabilidad como *rol* (*Role responsibility*) o sea, obligaciones o funciones derivadas de un cargo, relación, papel, status social: “*como capitán de un barco X era responsable (o había asumido la obligación de) por la seguridad de sus pasajeros*” ¹⁸.

b) La responsabilidad como *factor* o *relación causal* (*Causal responsibility*): se embriagaba todas las noches y fue *responsable*... fueron las tormentas excepcionales las *responsables* de la pérdida, etc. La palabra se usa tanto para las acciones humanas como para las de animales o de la naturaleza y carece de toda carga valorativa.

c) La responsabilidad como *capacidad* o *estado mental* (*Capacity responsibility*): el vocablo se usa para referirse a la plenitud de conciencia sobre los actos y sus consecuencias. En este caso, no se refiere siempre a un hecho censurable, sino que puede utilizarse como juicio sobre las capacidades generales del individuo. Esta acepción aparece en la frase “Se rumoreaba que estaba loco, pero los médicos lo encontraron *responsable* de sus acciones”.

d) La responsabilidad como *sanción* (*Liability responsibility*) como imputabilidad legal propiamente dicha, o respuesta del ordenamiento, o como punible o moralmente reprochable. “En el proceso judicial que se le siguió, el capitán del barco fue encontrado *responsable* por la pérdida de vidas y bienes”.

Algunos autores reducen estas cuatro acepciones a dos: una que mira al pasado; responsabilidad como *origen* del hecho; otra que mira al futuro, la responsabilidad como *atribución jurídica de consecuencias* ¹⁹.

5. El nombre, las funciones y los fines de la responsabilidad civil

Genéricamente, la responsabilidad implica la constatación de un hecho que exige una respuesta del derecho; o sea, el primer presupuesto es la existencia de un hecho que requiere una reacción del derecho contra quien ha creado un desorden, una perturbación social ²⁰. Esa reacción jurídica ha recibido distintas denominaciones a lo largo del tiempo: Delito-Ilícito-Responsabilidad civil-Derecho de daños ²¹-Derecho de los accidentes.

¿Qué importancia tiene el cambio de denominación?

Dice Michel Foucault: “*Por más que se diga, lo que se ve no se aloja en lo que se dice*” ²². Por el contrario, con lenguaje poético insuperable, Borges expresa:

*Si, como el griego afirma en el Cratilo,
el nombre es arquetipo de la cosa,
en las letras de rosa está la rosa
y todo el Nilo en la palabra Nilo.*

No importa cuál de los dos escritores nombrados tiene razón. Lo cierto es, como afirma Gilmore que “*Una rosa, aunque la llamemos con cualquier otro nombre, tendría el mismo perfume; sin embargo, si comenzamos a llamar a la rosa con otro nombre, algo ha pasado; nuestra concepción o percepción de la rosa ha cambiado; de otro modo, continuaríamos llamando rosa a la rosa*”²³.

O sea, la circunstancia de que el personaje cambie de nombre, y no sólo de nombre, puede ser un elemento de síntesis que permita comprender algunos aspectos peculiares del problema²⁴.

6. La evolución de la responsabilidad

Los hechos generadores de los “desórdenes” cambian a través del tiempo; ya en 1902, François Geny²⁵ decía que “*la teoría de la responsabilidad es la que ha producido mayores cambios en el campo del derecho civil*”. Por eso, analizar las funciones que cumple exige tomar conciencia de que la noción misma está en constante evolución.

Hasta alrededor de 1880, las normas reguladoras de la responsabilidad civil parecían responder a las necesidades reinantes. Por el contrario, en los inicios de lo que se llamó “la revolución industrial” las cosas cambiaron bruscamente. “La multiplicación de los accidentes provocados por la explotación de técnicas aún mal manejadas de los que fueron víctimas principalmente los obreros de la industria y luego los usuarios de los medios de transporte (por entonces en plena expansión) pusieron luz sobre la insuficiencia del sistema de responsabilidad individual y subjetiva; concomitantemente, empezó a adquirir el rol de *gran vedette del derecho civil* que desde entonces nunca abandonó”²⁶. En opinión de Josserand, el cambio obedeció a causas que son al mismo tiempo de orden social, mecánico, científico y material²⁷; para Starck, “*la multiplicación creciente de los accidentes y la imposibilidad de atribuirlos a un hecho culposo del hombre, o lo que es lo mismo, la imposibilidad de probar la culpa, es un fenómeno nuevo, que pone al mundo jurídico ante la siguiente alternativa: permanecer fiel a las concepciones clásicas, y entonces un gran número de daños quedarán sin resarcir, o revisar los conceptos fundamentales de la responsabilidad de manera de asegurar su reparación, tan completa como sea posible*”²⁸.

La doctrina es consciente de esta permanente mutación; no hay obra que “*no pague un tributo a los nuevos tiempos bajo la forma de una reseña de los daños que caracterizan nuestra era*”²⁹. No asombra, pues, que desde hace tiempo, muchos encuentros científicos tomen este cambio como eje central: en 1968, en Bâle, se realizó el Coloquio franco-germano-suizo sobre “*Les fondement et les fonctions de la responsabilité civile*”, cuyas comunicaciones se publicaron cinco años después³⁰. En agosto de 1975, en Buenos Aires, tuvieron lugar las Primeras Jornadas Italo Latinoamericanas de Derecho comparado; el tema exclusivo era *Nuevas fronteras de la responsabilidad civil*³¹. En 1987, la prestigiosa *Rivista critica del diritto privato* reprodujo en su número 1 del año V los trabajos presentados en las Jornadas de Noviembre de 1986 bajo el título *¿Quale futuro per la responsabilità civile?* En Poitiers, Francia, en mayo de 1997, organizado por las universidades de Montreal, de Nimègue y de Poitiers, se desarrollaron la Sextas Jornadas René Savatier con el nombre *Les métamorphoses de la responsabilité*³². El mismo año, en Roma, un congreso abordó las nuevas categorías civilistas europeas, y uno de los temas se denominó “*Las nuevas fronteras de la responsabilidad*”³³.

Todo este movimiento muestra que “la responsabilidad no está detenida ni estabilizada”³⁴, ni normativa, ni doctrinal ni jurisprudencialmente.

No podría estarlo, en razón del incesante avance tecnológico y científico. El desborde de la responsabilidad hacia distintos ámbitos acaece sin distinciones metodológicas, se haya regulado con el sistema llamado *monista*³⁵ (o sea, mediante una cláusula general, como en el derecho francés, argentino, español, cuyo origen está en el Medioevo cuando se incorpora el principio de la culpa como elemento moral) o por el sistema *pluralista* (o sea, regulando delitos especiales, de aparición mucho más temprana, que hoy permanece en el *common law*³⁶).

Actualmente, un gran número de los daños (los de mayor impacto comunitario) no son el efecto de conductas individuales sino el resultado de comportamientos sociales³⁷. En el Código francés de 1804 quien decía daños, decía daños individuales. El desarrollo del maquinismo, la circulación de los automóviles hizo aparecer una nueva categoría: *los accidentes*. Los accidentes son más anónimos, porque los protagonistas no están necesariamente en contacto; las causas son más difíciles de determinar, el número, la repetición, la expansión hacen que la socialización de esos daños aparezca una consecuencia casi natural³⁸. Más aun, en el siglo XXI enfrentamos la llamada sociedad de riesgo³⁹ con la que se entrecruza la necesidad social de seguridad. Las innovaciones científicas y tecnológicas en las cuales nuestra sociedad pone sus más grandes esperanzas confrontan con riesgos graves e inéditos⁴⁰. Durante mucho tiempo creímos que las nuevas tecnologías iban a reducir las incertezas; no obstante, parece que el progreso técnico y científico es la fuente de nuevos tipos de acciones cuya amplitud es paradójicamente más considerable que los pasos dados por la ciencia⁴¹.

En la mayoría de los casos, la verificación de peligros cada vez mayores viene acompañada de la necesidad creciente de protección. Aparece, así, la llamada sociedad "*assurancielle*" que ha llevado no sólo a vaciar a la culpa subjetiva de su contenido sino a privarla de su rol tradicional en la determinación del responsable⁴². Además, el seguro pretende cubrir riesgos que antes no existían. Así, por ej., el Sida no es la primera pandemia que golpea al mundo civilizado; sin embargo, el sida es la primera epidemia contemporánea de una sociedad "*assurantielle*" o sea, de una sociedad que ambiciona cubrir los riesgos que afectan al individuo en su persona o en sus bienes, por su "mutualización" sistemática⁴³.

La transformación ha sido tan profunda, que el propio Jossierand decía que es preferible hablar de *revolución* y no de evolución⁴⁴. En realidad, la transformación del derecho de la responsabilidad puede leerse por cambios sucesivos que, sin embargo, no son verdaderos paradigmas pues, aunque sobrepasan al precedente, no lo sustituyen completamente. "*No se trata de cambios radicales, pendulares, sino de cambios que engloban al que preceden. Al igual que una piedra tirada al agua, cada círculo concéntrico se expande sin borrar los precedentes; cada círculo, cada esfera, agranda el precedente sin abolirlo. La ruptura recién se produce cuando al paradigma dominante revela sus límites frente a la aparición de nuevos riesgos*"⁴⁵.

Según Viney, la evolución de la responsabilidad civil está sellada por dos signos: i) la declinación de la responsabilidad individual, y ii) el progreso de las responsabilidades objetivas, o de pleno derecho⁴⁶.

Estos cambios han implicado el desarrollo de un sistema de distribución de daños, o lo que ha dado en llamarse la "*socialización*" de los riesgos, fenómeno que, a su vez, ha creado nuevos problemas para distinguir el sistema de la responsabilidad civil y el de la socialización directa de los riesgos a través de la seguridad social.

La evolución parece, pues, favorable a la víctima; sin embargo, la ventaja no siempre opera, en tanto:

- en los hechos, no todos los daños que se sufren se indemnizan;
- el derecho acepta cláusulas limitativas y otras eximentes, como la culpa de la víctima, de un tercero, etc.;
- existe la llamada "lotería judicial" a la hora de juzgar nociones indeterminadas como hecho generador, causalidad, costas del juicio.

Por eso, Díez Picazo alerta: "*El derecho de la responsabilidad civil o derecho de daños se encuentra en un punto muy sensible de indefinición pues convergen las tendencias doctrinales y*

*jurisprudenciales que han empujado en las últimas décadas de su evolución hacia una muy significativa ampliación y, al mismo tiempo, factores que aconsejan someterlo a una cierta dosis de restricción; el deseo de favorecer al máximo la viabilidad de las indemnizaciones han puesto en cierta crisis el sistema legislativo”*⁴⁷.

La pregunta es si no obstante los cambios, el concepto de responsabilidad, en sí mismo, se mantiene; es decir, si como sistema, es “*autopoiético*”, o sea se auto reproduce. El término *autopoiético* es de origen biológico y designa la construcción autónoma de un organismo vivo cuyas células se renuevan sin cesar sin conducir a una transformación del ser renovado. Por ej., aunque las células del ser humano mueren y nacen sin cesar y las unas reemplazan las otras, el ser humano permanece esencialmente como el mismo sujeto durante el proceso de renovación: dos pies, dos brazos, etc.⁴⁸.

Parecería que la respuesta es afirmativa, como surge de los párrafos siguientes.

7. Fuerza expansiva de la responsabilidad. Sus inconvenientes

Si se tienen en consideración los cambios que se enumeran a continuación, la responsabilidad civil muestra una clara tendencia expansiva:

a) Del mismo modo que de la noción de propiedad se ha pasado a la empresa⁴⁹, la de *ilícito* ha sido sustituida por la de *responsabilidad*, a través de una tendencia creciente a la *despersonalización*⁵⁰.

b) La noción de *daño* ha sufrido un cambio de escala y otro de naturaleza.

Un cambio de *escala*, pues se pasa de daños puramente *individuales* a los que afectan a una *categoría* de individuos, reflejo de una sociedad marcada por los fenómenos de masa; por ej. los daños que sufren los consumidores, los derivados de sangre contaminada, etc., de allí que el empresario aparezca como nuevo personaje entre los dañadores⁵¹. El área del daño resarcible evoca la imagen de un universo en expansión. Nace así el llamado *derecho de accidentes*, definidos como acontecimientos dañosos que se producen contra la voluntad del participantes y que, raros o frecuentes, son estadísticamente inevitables.

Un cambio de *naturaleza*, en tanto hay una *multiplicación* y un *afinamiento* de los perjuicios.

Así, tradicionalmente, la privación de una mano se reparaba sólo en tanto instrumento de una actividad; si era la mano izquierda y el niño lesionado en el futuro esperaba ser escribano, el daño sería muy bajo; si hubiese sido un mecánico, el daño sería superior. Por el contrario, la visión moderna se acomoda a las modificaciones de la sociedad post industrial, que creó un nuevo modelo de riqueza. En la sociedad decimonónica la riqueza se dirigía al esquema del dominio material; la sociedad actual se desliga de este modelo. Los bienes producidos por la industria constituyen una masa de riqueza, pero no es la única. Hay una serie de cuestiones, como el honor, el placer de gozar el paisaje, etc.. que el mercado no puede evaluar. En una sociedad en la que sólo la propiedad constituía el modelo de riqueza, el mercado era el metro para evaluar cada perjuicio sufrido por el propietario; hoy la responsabilidad se enfrenta a un nuevo concepto de riqueza y, consecuentemente, debe encontrar nuevos modos de valoración⁵².

Los daños son, pues, cada vez son más *inmateriales* (prejuicio sexual, vida de relación, etc.), fenómeno que se visualiza, especialmente, en el ámbito de los derechos personalísimos, como las violaciones al derecho a la identidad (por ej., los casos de responsabilidad por falta de reconocimiento del padre, muy distintos al daño invocado en el famoso *leading case* “Zepeda v/ Zepeda”, en el que el hijo reconocido invocaba el daño derivado de haberlo hecho nacer en la categoría de extramatrimonial⁵³).

También son cada vez más *complejos*; aparece, incluso, el *daño moral a los valores culturales colectivos*, incorporado en la jurisprudencia nacional a través de una sentencia a la

que la doctrina adjudica, con razón, el carácter de un verdadero *leading case* en la materia. Me refiero a la decisión que lleva voto preopinante del Dr. Jorge Galdós⁵⁴, conocida como el caso de “Las Nereidas”; en el caso, un accidente de tránsito causó la destrucción de un grupo escultórico ubicado en la Municipalidad de Tandil; se entendió, con razón, que existía un daño moral colectivo; dado ese carácter, la reparación en dinero se destinó a patrimonios públicos de afectación específica, tal como hoy lo prevé la ley 25.675⁵⁵.

b) En razón de lo expuesto se habla de un “*corrimiento de las fronteras*” de la responsabilidad civil⁵⁶. Rúfolo repite feliz frase de Alpa: “Las fronteras de la responsabilidad aquiliana son *nobles y móviles*”⁵⁷.

Son *móviles* a la luz de los fines que han desarrollado.

Son *nobles*⁵⁸ porque al expandirse su fin, ha despojado al resarcimiento de la lógica escolásticamente patrimonial según la cual todo lo que no era inmediatamente traducible en dinero no era reparable. De allí los nuevos daños explicados en el párrafo anterior.

c) La responsabilidad civil ha evolucionado desde una responsabilidad basada en la *deuda* hacia una asentada en el *crédito*⁵⁹. En la responsabilidad como crédito, el derecho mira a la víctima; no le interesa castigar, sino reparar⁶⁰. Se atiende, como dice López Olaciregui, a la reparación del daño injustamente *sufrido* antes que al injustamente *causado*. La teoría del responder no es la teoría del acto *ilícito* sino la del acto o hecho *dañoso*, o si se quiere, la teoría del daño civil y su distribución; el daño causado ilícitamente es sólo un capítulo de otra materia más amplia, la del responder-distribución que funciona haya o no sido ilícito el acto que lo produjo⁶¹.

Esta visión ha generado nuevas definiciones de la responsabilidad civil. Así, por ej., se la describe como “una técnica jurídica que consiste, esencialmente, en transferir, por una intervención voluntaria que modifica el curso brutal de los acontecimientos, la carga de un daño de la persona que lo ha sufrido directamente en razón de leyes físicas, biológicas, psicológicas o sociales, a otra persona que se considera debe soportarlo”⁶². Para legitimar esta transferencia, es necesaria una relación entre el daño y la persona que lo soportará, una relación digna de jugar el rol de fundamento de la responsabilidad⁶³. En esta línea, Franzoni entiende que la palabra responsabilidad expresa la sujeción del patrimonio de una persona a la satisfacción de una pretensión de otro, pero a ese vínculo entre sujeto y patrimonio debe adicionarse otros elementos caracterizantes; por eso concluye que la responsabilidad consiste en una “*técnica para vincular a un sujeto con un evento dañoso, con el auxilio de un criterio de imputación (culpa, custodia, propiedad etc.) existiendo un vínculo de causalidad*”⁶⁴.

El causar y sufrir el daño no son, pues, hechos independientes sino tramos integrativos de un suceso único. Ambos sujetos (el que lo causa y el que lo sufre) son “coprogenitores del resultado dañoso” con lo cual cabe concluir, con expresión libre pero no inexacta, que para ellos el daño es un “mal en condominio”⁶⁵. La idea de “mal en condominio” lleva a las siguientes consecuencias: Si el daño civil comporta un resultado infausto (o sea un mal) a cuya producción han concurrido dos sujetos, corresponde que para asignarlo a uno o a otro, o bien para repartirlo entre ambos, los ordenamientos tengan en cuenta principios de justicia y equidad que correspondan a las circunstancias que califican el aporte de cada uno.

Frente al daño consumado, el problema de la atribución tiene tres posibles soluciones: a) dejarlo en cabeza del que lo sufrió; b) convertirlo en indemnización y transferirlo a quien lo causó; c) repartirlo entre ambos⁶⁶.

La solución que prevalece cuando la pérdida de un bien se produce por causas naturales (*res perit domino*) no puede ser extendida sin más a los casos en que la pérdida se opera por acción humana. Cada uno es padre de sus actos, aun de los involuntarios. El caso de un demente que por engendrar un hijo queda sometido a obligaciones alimentarias, no debería ser totalmente distinto al del demente que por causar un daño debe ser sometido a obligaciones indemnizatorias. Para liberarlo no es argumento válido sostener que no pudo haber incurrido en culpa al dañar, porque a ello se responderá que tampoco incurrió en culpa el sujeto dañado, por lo que es injusto atribuir inexorablemente al último la carga del daño que padeció⁶⁷.

En definitiva, todo litigio sobre responsabilidad es la expresión de un conflicto de intereses entre la víctima y el autor del daño ⁶⁸ y el operador del derecho tiene el deber de resolver la cuestión lo mejor posible, de conformidad a las exigencias de la justicia y de la utilidad social ⁶⁹.

d) Las áreas relativas al “ilícito” y “acto jurídico” operan como sectores complementarios; “como si fuesen las dos mitades del cielo, pero como el cielo es uno, si se restringe el área cubierta por una mitad se expande el área que cubre la otra mitad”. Esto es posible porque el análisis ha pasado del “sujeto” al “daño”. Definir el campo de la responsabilidad a partir del daño tendrá muchas ventajas, entre otras, terminar con la distinción entre responsabilidad contractual y extracontractual ⁷⁰.

Pero no todas son bondades. Esta evolución también produjo el surgimiento de las llamadas “*respuestas automáticas*”: frente a un daño, hay que favorecer a la víctima y encontrar a un responsable.

Esta automaticidad ha traído una enorme expansión de la llamada *tort litigation*; “*las reglas jurídicas alimentan la conflictualidad de las relaciones personales, y ejercitan una presión enorme y poco controlable en el sistema*” ⁷¹.

La exageración no es buena, en tanto provoca que el péndulo pase de un extremo al otro; por eso, curiosamente, a pesar de los esfuerzos para instalar el principio protectorio, aparecen leyes que no tienen por objeto principal reconocer derechos a las víctimas sino establecerle límites ⁷².

Por otro lado, las tendencias socializadoras han sacado ciertos daños del terreno de la responsabilidad para pasarlos a otros ámbitos (seguridad social, por ej.) ⁷³.

Más allá de estas tendencias pendulares, lo cierto es que la responsabilidad civil no está “superada”, ni consecuentemente, debe ser eliminada del sistema jurídico; por el contrario, se trata de re-sistematizarla en función de las nuevas circunstancias en las que opera.

8. El llamado “derecho de accidentes”. Crisis de crecimiento del derecho de la responsabilidad. El derecho *común* y el derecho *especial* de la responsabilidad

Los párrafos anteriores muestran dos tipos de crisis de la responsabilidad: crisis de *crecimiento*, frente a la multiplicación de regímenes particulares, y crisis de *identidad*, frente al desarrollo del seguro y de la seguridad social ⁷⁴.

La crisis de *crecimiento* es evidente. Tanto el Código Civil francés, como el argentino, no acordaron gran importancia a la responsabilidad civil; sólo algunas reglas generales, a los que se adjuntaron hipótesis específicas, como por ej., los daños causados por animales, por construcciones en ruina, probables reflejos de los accidentes de la época. La aparición de accidentes ligados al progreso tecnológico, especialmente en el ámbito de la producción industrial y el transporte, ha modificado profundamente la fisonomía del derecho común de la responsabilidad bajo el impulso de numerosa jurisprudencia. Esta crisis de crecimiento se muestra en un mosaico de textos generales y especiales cuya perfecta armonización no siempre es posible, suscitando problemas de coherencia ⁷⁵.

Denis Mazeaud afirma que un análisis atento de la responsabilidad en Francia permite distinguir dos grandes bloques normativos: a) el derecho *común* de la responsabilidad, contenido en pocas normas del Código Civil y de gran base jurisprudencial, y b) el derecho *especial* de los accidentes, protector, entre otras, de las víctimas de accidentes de circulación, del uso de productos defectuosos, de los actos de terrorismo, del síndrome de inmunodeficiencia humana, etc. ⁷⁶. En cada uno de estos mini-sistemas, se plantean cuestiones debatibles, a veces, una verdadera casuística bizantina, como por ej., en la ley Badinter, quién es el conductor (si lo es, por ej., el que va conduciendo el vehículo de una escuela de conducir que no es quien tiene la conducción); qué es un vehículo (si lo es un vehículo miniatura, conducido por un niño de cinco años) etc. Por eso, Tunc dice que “*el derecho de la responsabilidad ha devenido un cúmulo disparatado de casos particulares, causa de desventuras de los ciudadanos y sus abogados*” ⁷⁷.

“En 1804 Portalis tenía por principal preocupación anticiparse a las dificultades y formular reglas suficientemente generales para que ellas pudiesen resistir al tiempo; por el contrario, el legislador actual más que actuar, reacciona (*réagit plus qu’il n’agit*); multiplica las intervenciones circunstanciales; prevalece el caso por caso; así, para responder a los sentimientos provocados por el caso de la sangre contaminada elaboró una disposición cuyo objeto era facilitar la indemnización de las víctimas; al poco tiempo, explota el escándalo del amianto y el legislador prende su pluma y saca una ley destinada a satisfacer la indemnización experimentada por las víctimas, demanda percibida como legítima por la opinión pública, etc.”

⁷⁸.

Por todo esto, la doctrina hoy se pregunta si debe hablarse de la responsabilidad o las responsabilidades ⁷⁹.

Para solucionar este problema se propicia la creación de un régimen único de accidentes, un verdadero “derecho de accidentes”, que indemnice los daños corporales, cualquiera sea su origen (doméstico, profesional, de transporte, de rutas, médicos, etc) contractuales o extracontractuales, de pleno derecho y tarifado. Este derecho de los accidentes evitaría las miles discusiones sobre la causalidad, los tipos de daños (daño a la persona, daño al proyecto de vida, etc), las presunciones de responsabilidad (verdaderas ficciones), los plazos diversos de prescripción ⁸⁰, etc..

9. Funciones de la responsabilidad civil. Diversidad de puntos de partida

El desarrollo de los puntos anteriores permite ingresar, ahora sí, al tema de las “funciones” de la responsabilidad.

Podría pensarse que la responsabilidad civil, resultado de una evolución casi tan extensa como la humanidad misma, tiene funciones bien establecidas y claramente definidas. No es así ⁸¹.

Se critica al legislador por no tener claro *ab initio*, antes de regular, cuáles son las funciones del derecho de daños ⁸². Los artículos de la doctrina no escapan a esta crítica; en este sentido, Díez Picazo dice que los estudios tradicionales de las normas no han examinado detenidamente las funciones económicas y sociales a las que sirven ⁸³.

La omisión imputada al legislador y al doctrinario es preocupante porque el estudio de la o las funciones sirve como eje imprescindible para *interpretar* las reglas que se ocupan de la responsabilidad, acomodando su sentido al cumplimiento de los propósitos perseguidos por la institución, y como guía para *integrar* la disciplina cuando encuentra lagunas.

Algunos autores sostienen que la responsabilidad civil no es un instrumento polivalente de la ingeniería social sino una institución elemental del derecho civil que afronta el daño; tendría, entonces, una sola función ⁸⁴; consecuentemente, critican a quienes entienden que las funciones son varias y heterogéneas y señalan el exceso en el que incurrir ⁸⁵. Las causas de este exceso serían:

- a) La relativa simplicidad del mecanismo para encontrar otro sujeto responsable más solvente que aquel que está obligado por vínculos jurídicos;
- b) La irresistible tentación de resolver en daños y perjuicios problemas que en otros contextos históricos sociales no habrían sido traídos como problemas jurídicos;
- c) La necesidad de los intérpretes de la ley de recurrir a la responsabilidad como si fuese una oficina de “primeros auxilios”, teorizando sobre la cláusula general de responsabilidad.

Desde una perspectiva más objetiva, en Brasil, Judith Martins entiende que el problema de la multiplicidad de funciones se debe, esencialmente, a dos factores: i) la gran plasticidad del instituto, y ii) las nuevas necesidades sociales ⁸⁶.

Con visión más apocalíptica se dice que la multiplicidad de funciones provocará la “muerte de la responsabilidad, la crisis, o el ocaseo” ⁸⁷. Como dice Galgano, “se anuncia su muerte inminente, pero al mismo tiempo se realizan jornadas para analizar su futuro” ⁸⁸.

Finalmente, no faltan quienes defienden la existencia de una única función (la reparatoria) y argumentan que algunas de las otras funciones atribuidas son, simplemente, “la otra cara”⁸⁹.

10. Síntesis de las opiniones de algunos autores pertenecientes a países a los que se está unido por una tradición común

En los párrafos que siguen pasaré revista a las opiniones de reconocidos autores de otros países; la tarea es útil; se ha dicho que toda comparación conduce a considerar al otro como uno mismo; para ello, hay que liberarse de las propias hábitos mentales⁹⁰; afortunadamente, cada vez más, se afirma la idea de la comparación como toma de conciencia de la alteridad, de la distancia, de las diferencias culturales, o sea, de las singularidades inscriptas en ciertas tradiciones jurídicas; se habla, incluso, de análisis diferencial de las juris-culturas, para señalar su función “*eminente crítica, subversiva frente al dogmatismo y las concepciones estereotipadas*”⁹¹. Claro está, lo expuesto requiere encontrar similitudes y diferencias; una similitud demasiado grande haría inútil la comparación; a la inversa, sería estéril si las diferencias fueron demasiado profundas⁹².

10.1. Una opinión reiteradamente citada: las funciones de la responsabilidad civil según André Tunc⁹³

Tunc, autor citado por la mayoría de los autores que se refieren al tema, entiende que, a través de los siglos, la responsabilidad parece haber servido a estas funciones:

- a) castigo del culpable; es el llamado “*responder-sanción*”⁹⁴;
- b) venganza de la víctima;
- c) indemnización a la víctima;
- d) restablecimiento del orden social, y
- e) prevención de los comportamientos antisociales,

Aclara que la importancia de cada una de estas funciones fue cambiando con el tiempo, los períodos, los lugares.

10.2. Opinión de Guido Alpa⁹⁵

Alpa entiende que las cuatro funciones tradicionales son:

- a) resarcir al sujeto dañado;
- b) volver al sujeto al estado en el que se encontraba antes del hecho dañoso;
- c) reafirmar el poder sancionatorio o punitivo del Estado;
- d) incentivar a que no se comenten nuevamente sea culposa o dolosamente.

A estas cuatro principales se sumarían otras subsidiarias referidas especialmente a los efectos económicos, cuales son: i) la distribución de las pérdidas; o sea, sacar la pérdida de donde estaba para trasladarla a otro; ii) la determinación de los costos asumidos con el riesgo conexo al verificarse el daño; estos costos pueden ser repartidos entre operaciones de prevención y de resarcimiento del daño.

Las funciones tradicionales, dice, modernamente no se mantienen con la antigua claridad: la segunda no es posible en muchos tipos de daños y la tercera ha pasado decididamente al derecho penal.

10.3. Las funciones según un autor alemán

Para un autor alemán, la función principal de la responsabilidad civil es establecer si se ha verificado un daño y determinar quién es el responsable. La explica de la siguiente manera: uno puede imaginar un sistema dominado por la idea de que cada uno debe soportar el daño que sufre; los daños se ven así como obra del destino o de la mala fortuna. Una sociedad que abraza esta idea o alguna parecida no tiene necesidad del derecho de la responsabilidad civil. Apenas se entienda que el daño debe ser compensado por otro que no es el que lo sufrió surge el problema de saber cuáles son los presupuestos para que la responsabilidad pueda serle atribuida a un sujeto. Por lo tanto, la imputación del daño es el tema central de la responsabilidad ⁹⁶.

10.4. Las funciones según dos autoras latinoamericanas

La jurista brasileña Judith Martins Costa sostiene que la función de la responsabilidad civil consiste en restaurar los daños causados por otros, *recolocando a la víctima en la situación en la que estaría si el acto dañoso no se hubiese producido*. Esta fórmula, dice, es una de las tantas ficciones sobre las cuales el derecho se apoya, pues existen daños verdaderamente irreparables; por eso, la palabra indemnización no debe ser tomada rigurosamente en su sentido etimológico, o sea, tornar *in demne*, o sin daño; su significado es, pues, aproximativo o conjetural ⁹⁷.

La chilena Carmen Domínguez ⁹⁸ entiende que la responsabilidad basada en la culpa (como es la que, en general, recoge las codificaciones civiles decimonónicas) responde al siguiente esquema: la culpa, o en su caso el dolo justificaban: a) La reparación del perjuicio causado a la víctima; b) el reproche o castigo que la condena importa; c) el desincentivo de la repetición futura de la misma conducta. Por eso, la responsabilidad tenía tres fines: i) reparador; ii) punitivo; iii) Preventiva. Concluye que el sistema chileno, pese a que en numerosos aspectos sigue anclado en las concepciones clásicas, ha decantado un acento puramente resarcitorio.

10.5. Las funciones de la responsabilidad civil o “derecho de los accidentes” según Calabresi y su análisis económico del derecho

El análisis económico del derecho es objeto de adhesiones y rechazos. Algunos autores, incluso, utilizan un lenguaje peyorativo para referirse a los del “banco contrario” ⁹⁹.

Cualquiera sea la posición que se asuma, ningún estudioso del tema puede ignorar este modo de interpretar el derecho; cabe pues, al menos, reseñar la opinión de Calabresi ¹⁰⁰, figura relevante de una de las escuelas que llevan adelante tal análisis. El citado profesor estudia el sistema sueco y sobre esta base normativa, enuncia cinco funciones del derecho de accidentes:

a) La *prevención* o la *seguridad*, cuya finalidad es reducir los costos de los accidentes y los costos de seguridad. En otras palabras, alcanzar un nivel óptimo de seguridad. No obstante, asume que algunos accidentes, algunos daños, no pueden ser evitados, al menos, con la actual tecnología.

b) La *distribución* o la *compensación*, que impone que ningún individuo o empresa sea desintegrado por tener que soportar los costos de los accidentes, resultando así, un significativo daño adicional para él o para la sociedad. Es decir, si la seguridad y los costos de los accidentes alteran dramáticamente el status económico del dañador o de la víctima, tales cambios en la riqueza son costosos en sí mismos.

c) La *distribución moral*, que implica poner la carga del costo de los accidentes y de seguridad sobre aquellos que deben soportarlos por razón de su comportamiento o de sus relaciones con el dañador o con la víctima.

d) La *distribución general*, que significa poner la carga de los costos de los accidentes y de seguridad en aquellos que están mejor situados para soportarlos por razones de riqueza o status

en la sociedad. De este modo, cualquier sistema de derecho de accidentes puede ser visto como un sistema de impuestos, y su deseabilidad debe ser medida por su justicia ínsita.

e) La *eficiencia*, que tiende a alcanzar una mezcla de los otros objetivos deseados.

Con un criterio más general, se ha dicho que, desde el análisis económico del derecho, las funciones de la responsabilidad civil serían: internalizar el costo de los accidentes; repartir los riesgos; incitar a tomar medidas de precaución ¹⁰¹.

Además, en algunos casos, aparece la función de *subsidiar*, que se explica del siguiente modo: La atribución de costes hecho por el sistema de responsabilidad civil tiene importancia al momento de alentar o no ciertas actividades. En tal sentido, subsidia o no tales actividades, aunque tal finalidad puede y debe lograrse más adecuadamente a través del sistema fiscal.

11. Análisis particularizado de las funciones de la responsabilidad según la doctrina reseñada

En los párrafos que siguen analizaré las distintas funciones atribuidas por la doctrina según la reseña antes realizada.

12. La llamada “función demarcatoria”

Con bastante frecuencia, en la vida en comunidad, lícitamente las personas causan daños que no resultan resarcibles: el éxito de un industrial o comerciante priva de clientes a su competidor; quien vence en un concurso deja al vencido sin un cargo; quien construye priva de vistas al vecino, etc. ¹⁰².

Salvador Coderch y María T. Castiñeira Palou ¹⁰³ mencionan estos casos y se refieren a la función demarcatoria de la responsabilidad civil; explican que hay una línea divisoria entre el deber de reparar y el ámbito de libertad de actuación de las personas; esa línea intenta resolver la tensión existente entre la protección debida a la libertad de cada individuo y a los bienes de los demás. En el derecho privado, dicen, el punto de partida es favorable a la libertad de actuar, no a la prohibición; por eso, la regla es que cada uno soporta los daños que sufre; para trasladarlos a otro sujeto, debe existir una razón jurídica que permita imputarlos a ese tercero.

El conflicto entre libertad-derecho a dañar y responsabilidad fue planteado por Starck. Para este autor, la responsabilidad se reduce a una cuestión de conflicto de derechos subjetivos: de un lado, el derecho a la seguridad de la víctima; del otro, el derecho de actuar o de dañar del autor del daño. La solución del conflicto depende de la naturaleza del daño sufrido por la víctima. En el caso de daños corporales y materiales, el derecho de cada uno a la seguridad impone al otro el deber general de no dañar; por lo tanto, quien daña, es responsable. En cambio, en el caso de los daños puramente económicos o morales, la libertad de actuar de cada uno se impone a la víctima si el daño es lícito y no contraría las normas ¹⁰⁴.

Otros autores no niegan la función demarcatoria, pero entienden que pertenece al derecho en general y no sólo al derecho de daños ¹⁰⁵.

13. Función vindicativa

Históricamente, en los primeros pasos de la responsabilidad, el daño fue ignorado; el objetivo prioritario era la venganza ¹⁰⁶. En las sociedades primitivas, el dolor y la cólera provocados por el daño debían expiarse; la carga de la expiación se imponía a cualquier persona, aun al inocente. En este contexto, la estructura de la norma se expresaría así: toda vez que se produzca un daño (antecedente) debe expiarse el dolor causado (consecuencia jurídica) sin referencia alguna a la culpabilidad, a la relación causal ni a la ilicitud. La relación jurídica se

traba entre la víctima y quien la sociedad indica como obligado a reparar, aun cuando no sea el verdadero autor del daño ¹⁰⁷.

Los extremos siempre conducen a otro extremo y, por eso, durante un importante período, se reaccionó ante el dolor, la catástrofe o la injusticia en clave de resignación o de fatalidad que, en el mejor de los casos, posponía a una vida ultraterrena la reparación de los sufrimientos padecidos en ésta ¹⁰⁸.

14. Función preventiva

El movimiento pendular referido en el punto anterior intenta encontrar puntos de equilibrio y, de allí, la aparición de la función *preventiva*.

Algunos autores vinculan la función preventiva a la función normativa o demarcatoria, antes reseñada, y señalan dos finalidades:

a) En primer lugar, sancionar a quien produjo el daño ¹⁰⁹.

b) En segundo lugar, y dentro de cierta medida, disuadir la realización del daño por el temor legítimo a la sanción pecuniaria que ella engendra; o sea, disuadir a que no se actúe antisocialmente, asegurar una coexistencia pacífica de los habitantes y, de este modo, contribuir al orden social.

Se distingue, así, entre *prevenir* y *sancionar* (o castigar). Castigar implica prevenir, pero lo recíproco no es cierto; muchas normas que intentan prevenir los delitos no son sancionadoras ¹¹⁰.

La función normativa presenta, así, un doble aspecto: una función moral de *retribución* y una función social de *regulación*; asegura el castigo de los autores de comportamientos culposos, peligrosos, aun los hechos sin dolo, efectos de simples errores humanos, asimilables a la negligencia y a la imprudencia; al mismo tiempo, moraliza las conductas individuales para prevenir o disuadir de estos comportamientos ¹¹¹.

En Francia, Geneviève Viney, en coincidencia con Tunc, aclara que el poder disuasorio es muy escaso en las responsabilidades objetivas, o sea, en los accidentes causados por el uso de cosas peligrosas, desde que en la mayoría de los casos son imputables a la vez al azar, a la imperfección técnica de los objetos o aparatos utilizados, a las deficiencias físicas o psicológicas que el hombre normal no puede siempre evitar, etc. En cambio, el efecto disuasorio es posible en las responsabilidades profesionales, aun cuando se esté cubierto con el seguro ¹¹².

La doctrina se pregunta si es necesario crear una responsabilidad jurídica preventiva ¹¹³. Un numeroso grupo de autores reconocen la necesidad ética y vital de anticiparse a las amenazas de daños graves al ambiente o a la salud; otros, por el contrario, se oponen a esta idea; pero la resistencia es de tipo técnica, en tanto sostienen que esta prevención desnaturaliza la responsabilidad civil. Entienden que la prevención debe desarrollarse por otras vías; así, en el terreno judicial, a través de cautelares; se trata aquí de un rol profiláctico, que emerge tanto del derecho interno cuanto del derecho comunitario ¹¹⁴.

Finalmente, no puede silenciarse que en España, Fernando Pantaleón ha criticado fuertemente a quienes sostienen que la responsabilidad tiene una función preventiva: *“Niego que precaver la realización de conductas irrazonablemente peligrosas sea una función normativa de la responsabilidad extracontractual en el derecho español. No puede partirse de la esquizofrenia del legislador; ninguna nota de la responsabilidad extracontractual se compadece con la pretendida función preventiva. No se autoriza al juez a graduar la cuantía indemnizatoria conforme a la mayor o menor necesidad de prevención de la conducta dañosa: ni la mayor o menor peligrosidad, ni la situación económica de su autor, ni la mayor o menor probabilidad de que evite la sanción indemnizatoria se han contado nunca entre los criterios de imputación objetiva de daño. No se autoriza al juez a imponer una indemnización sin daño, por peligrosa que haya sido la conducta que ha tenido enorme suerte de no causarlo, por cifra negra que ese tipo de conducta tenga, no por potentado que sea su autor. No hay tal desincentivación; nadie se desincentiva”* ¹¹⁵.

15. Función sancionatoria

Los medios de comunicación social han comprobado que el derecho sólo es noticia cuando ha sucedido alguna tragedia por la que alguien debería “recibir su merecido”¹¹⁶. Pareciera, pues, que para el hombre medio sólo el derecho penal es derecho.

Los operadores del derecho debieran saber que esto no es ni debe ser así.

Geneviève Viney¹¹⁷ enseña que la respuesta a la perturbación social, teniendo por sujeto en un caso a la sociedad (derecho penal) y en el otro al dañado (responsabilidad civil) tiene interpenetraciones de uno y otro lado; en primer lugar, porque en algunas áreas, una de las dos responsabilidades tiende a borrarse; así, por ej., en algunos ámbitos, la responsabilidad civil ha sido sustituida por el sistema de la seguridad social; en otros casos, se ha borrado del derecho penal por la despenalización de ciertas conductas. En respuesta a estos movimientos, aparece la noción de pena privada, especialmente en una de sus variantes, los daños punitivos¹¹⁸.

Cabe aclarar, antes de referirse a los daños punitivos, que las *sanciones* privadas no se confunden con la *justicia* privada. En efecto, la pena privada no se corresponde a la venganza, ni a las penas aplicadas por “los privados”¹¹⁹.

Hasta el año 2008, en coincidencia con parte de la doctrina española¹²⁰, la jurisprudencia argentina venía negando la aplicación de daños punitivos. Así, por ej., se ha decidido que “Es improcedente el reclamo en concepto de daño punitivo porque: a) No ha merecido hasta el momento recepción en nuestro derecho positivo, y b) la sanción invocada derivaría de la supuesta existencia de ganancias indebidamente percibidas por la demandada que sólo encuentra sustento en cálculos precarios a partir de cifras antojadizas carentes de respaldo probatorio”¹²¹; en el mismo sentido se ha resuelto que “si el daño no existe o no se prueba, nada debe repararse. La violación del ordenamiento jurídico, por sí sola, no hace presumir el daño; es necesario probarlo. La sola comprobación de la existencia de una colilla de cigarrillo en una gaseosa que lleva la marca de la demandada no es suficiente para generar la obligación de indemnizar. No obstante el resultado, la Justicia no puede permanecer impassible ante el hecho que la originó. Como quedó acreditado, la demandada incumplió en alguna de sus etapas con el control de calidad e higiene del producto; por eso, en defensa de los intereses difusos que están en juego, corresponde se oficie a la Secretaría del Comercio del Ministerio de Economía a fin de que por su intermedio pongan en conocimiento de los organismos de control que correspondan el hecho que dio origen a este juicio”¹²².

La tendencia negativa también se manifiesta en las sentencias que dicen: “No corresponde condenar al pago de una suma adicional, además de la reparación del daño moral y la restitución de las facturas por los períodos en los cuales el servicio telefónico no se prestó, si no se ha acreditado que la falta de teléfono disminuyese las ganancias del titular de la línea durante los 163 días que se vio privado del servicio, desde que los daños punitivos no han merecido recepción, hasta el momento, en el derecho argentino”¹²³. “Los daños punitivos no están previstos en el ordenamiento argentino. Además, por su finalidad (punir graves inconductas y prevenir su reiteración en el futuro), no tendrían justificación en el caso atento a que la nulidad en la causa penal fue dictada temporáneamente por el propio Poder Judicial y el principal responsable de las operaciones y procedimientos nulos recibió su sanción institucional, pública y social, materializada en el procedimiento del juicio político, que culminó con sus destitución, y en la condena dictada en sede penal”¹²⁴.

Sin embargo, los daños punitivos pudieron colarse a través del art. 280 C.P.C.C.N., en una sentencia de la Corte Federal que declaró inadmisibile el recurso extraordinario contra la decisión que no obstante desestimar la demanda por mala praxis médica, aplicó a la clínica codemandada una sanción ejemplar por no haber custodiado la historia clínica (art. 280 C.P.C.C.N.). Por el contrario, razonablemente, la minoría estimó que “Es arbitraria la sentencia que no obstante desestimar la demanda por mala praxis médica, aplicó a la clínica codemandada

una sanción ejemplar por no haber custodiado la historia clínica, que no fue ofrecida como prueba ¹²⁵.

Indudablemente, la tendencia jurisprudencial negatoria sufrirá un fuerte vuelco en el derecho del consumo a la luz de lo que hoy dispone el art. 52 bis de ley 26.361: “*Daño punitivo*. Al proveedor que no cumpla sus obligaciones legales o contractuales con el consumidor, a instancia del damnificado, el juez podrá aplicar una multa civil a favor del consumidor, la que se graduará en función de la gravedad del hecho y demás circunstancias del caso, independientemente de otras indemnizaciones que correspondan. Cuando más de un proveedor sea responsable del incumplimiento responderán todos solidariamente ante el consumidor, sin perjuicio de las acciones de regreso que les correspondan. La multa civil que se imponga no podrá superar el máximo de la sanción de multa prevista en el artículo 47, inciso b) de esta ley”.

16. Función resarcitoria o compensatoria

La mayoría de la doctrina nacional y comparada coincide en que, en la actualidad, la principal función de la responsabilidad civil es restablecer a la víctima en la situación en la que estaba antes de la producción del daño; desde esta perspectiva, la responsabilidad civil es restauradora, compensatoria, resarcitoria, reparadora ¹²⁶, restitutoria, indemnizatoria, reintegradora, retributiva, satisfactoria, refaccionaria o equilibrante ¹²⁷, todos calificativos que implican la ficción jurídica por la cual se vuelve al estado anterior y se deviene *indemne*, o sea, sin perjuicio, sin daño ¹²⁸. En esta tendencia, y con lenguaje poético Carbonnier decía: “*Il faut réparer le mal; faire qu’il semble n’avoir été qu’un rêve*” ¹²⁹.

Este concepto también coincide con el significado etimológico de reparación, que proviene del latín *reparatio*, de *reparare*, que quiere decir “preparar de nuevo”, volver a poner en estado ¹³⁰. En consonancia con esta visión, el Diccionario de la Real Academia Española menciona como segunda acepción de la palabra responsabilidad la siguiente: “deuda, obligación de reparar y satisfacer, por sí o por otro, a consecuencia de un delito, de una culpa o de otra causa legal”.

Desde esta perspectiva, la Corte de Casación francesa, al igual que la jurisprudencia argentina, dice que el fin de la responsabilidad civil es restablecer, lo más exactamente posible, el equilibrio destruido por el daño, y ubicar a la víctima, a cargo del responsable, en la situación en la que ella estaría si el acto dañoso no hubiese tenido lugar; la indemnización concedida a la víctima debe reparar el perjuicio sufrido sin que resulte ni pérdida ni beneficio ¹³¹.

Con lenguaje económico podría decirse que el fin, el resultado perseguido, no es otro que el restablecimiento del equilibrio roto por el hecho dañoso: consiste en poner los elementos pasivos y activos del patrimonio de la víctima en el mismo estado en que se encontraban antes del hecho.

La fórmula ayuda a comprender que se quiere poner a la víctima en una situación *equivalente* a la que se encontraba antes de la producción del daño. En efecto, no se puede volver al pasado, por lo que es necesario aceptar la idea que no se repara volviendo al *statu quo ante*, sino que se repara construyendo otra cosa *nueva*. Por eso, los ingleses utilizan dos palabras diferentes: *restitutio in integrum* cuando el perjuicio toca a bienes que son reemplazables, y daños (*damages*) cuando se está en presencia de un perjuicio unido a un bien irremplazable, como por ej., el daño corporal.

Debe distinguirse entre *reparación* y *cesación del ilícito* ¹³². La supresión del ilícito tiende a la protección del derecho o interés jurídicamente protegidos que fueron violados hacia el futuro; pone fin al origen del hecho dañoso, pero no repara. Así, por ej., una construcción clandestina que daña al vecino puede ser destruida, pero esto no repara los daños que pudieron haberse sufrido. La distinción entre reparación y cesación del ilícito no es sólo teórica. En la Argentina, el crédito por reparación soportará los efectos de la insolvencia; la cesación del ilícito, en cambio no está afectado por el hecho de la insolvencia. La prueba a rendir en una y otra pretensión tampoco es la misma; la pretensión por cesación del ilícito, normalmente, no

requerirá una prueba tan exigente como la que reclama la reparación, que exige la evidencia del daño sufrido, sus consecuencias y alcances, etc.¹³³.

De cualquier modo, se advierte que si esta es la única función, la responsabilidad civil intervendría siempre *ex post*, o sea, después que el daño ha ocurrido¹³⁴.

Finalmente, cabe señalar que en numerosos sistemas jurídicos, la finalidad reparadora se tradujo en la voluntad de indemnizar cada vez *más*; sin embargo, indemnizar *más* no siempre es indemnizar *mejor*. Para una persona que ha sufrido un daño, lo importante no es necesariamente la proliferación de los perjuicios indemnizable sino *cómo* y *cuándo* será reparado, especialmente, si quien debe indemnizar es insolvente¹³⁵.

17. Función distributiva

En algunos países (entre los cuales no se incluye la Argentina) las coberturas sociales y los seguros privados han provocado una disminución del interés en el aspecto indemnizatorio de los daños corporales.

En efecto, si la sociedad desea proteger a ciertos grupos vulnerables tiene el camino de los seguros obligatorios, de la seguridad social, etc.¹³⁶. En esta línea, un sector de la doctrina afirma que, progresivamente, deberían ir eliminándose todas las causales de eximentes, como la culpa de la víctima, el caso fortuito, etc. atribuyendo al sindicado como responsable, incluso, los actos que están fuera de su control.

A esta función se la denomina distributiva, o de *dilución* de la carga de los daños¹³⁷. En estos casos, generalmente, estos daños pasan a la seguridad social, o al derecho administrativo; por ej., las indemnizaciones a las víctimas de actos terroristas, etc..

Para algunos autores, estos supuestos no tienen vínculos con la responsabilidad, o son muy pocos; por lo tanto, no pueden ser regidos por las mismas reglas¹³⁸. Si no se quiere salir del ámbito de la responsabilidad civil, la protección debería pasar por establecer regímenes de responsabilidad estricta, generar mecanismos de pronto pago, etc..

Para otros, en cambio, la función distributiva es propia de la responsabilidad civil. Se trata de distribuir *ex ante* (incentivando, por ej, la contratación de un seguro de responsabilidad civil) y *ex post* (forzando, mediante la condena a indemnizar, transferencias de recursos de dañador a víctima).

La función distributiva se asocia a la creación lícita de un riesgo legalmente definido, o sea, a la responsabilidad objetiva. La creación del riesgo y su concreción obliga al agente a internalizar los daños; los costes del accidente se distribuyen, entonces, en la comunidad de oferentes y demandantes del producto o de la actividad peligrosa¹³⁹.

Una función distributiva específica se visualiza en los casos en que el tribunal condena a pagar los daños causados según la participación que la empresa productora del daño se haya tenido en el mercado. En esta tendencia, la Corte de apelaciones de París condenó a las compañías aéreas del aeropuerto de Orly a reembolsar a las comunidades vecinas los gastos de consolidación e insonorización de las viviendas en proporción a la utilización del aeropuerto por cada una de las empresas. En el caso, como la única que quedaba a la época de comisión de los ruidos era Air France, se la condenó a un porcentaje cercano al 13%¹⁴⁰. Una solución semejante encontró la Corte de California para el daño producido por los fabricantes de un producto que causó cáncer a las hijas mujeres de las embarazadas que lo ingirieron sin poder determinar a cuál de las empresas correspondía el que cada una de ellas había tomado¹⁴¹.

18. La responsabilidad como garantía o reafirmación de los derechos de los ciudadanos

Viney se refiere a la función de "*afirmación de ciertos derechos subjetivos*"¹⁴². Sostiene que en algunos supuestos, cuando no existe una vía más específica, la acción de responsabilidad

aparece como el medio de afirmar ciertas prerrogativas y hacerlas respetar. En este sentido, con belleza en el lenguaje, Tarride dijo: *La loi veille sur les citoyens: qui souffre d'un préjudice trouvera toujours un réparateur* ¹⁴³.

Desde esta misma visión, Lorenzetti afirma: *“La ciencia no debe repetir lo que se dice en las calles, sino dar solución a esos reclamos. Por ello, la responsabilidad asume una función de garantía cuando supera el estadio declamativo y diseña los instrumentos específicos para proteger bienes jurídicos de los individuos. Nuestra materia no puede ocuparse de todos los problemas, pero puede aportar algunas herramientas”* ¹⁴⁴.

19. Función sustitutiva de otros remedios

En Italia se ha sostenido que la responsabilidad también tiene por función sustituir otros remedios, como la nulidad y los consiguientes remedios restitutorios ¹⁴⁵.

Por ej., en el art. 2504 *quater* del C.C. italiano dispone que la nulidad de la fusión societaria no puede ser peticionada después de la inscripción en el registro. En tal caso, se deja a salvo *el derecho al resarcimiento del daño eventualmente esperable a los socios y a los terceros dañados por la fusión*.

20. Los funciones de la responsabilidad y el rol del juez

El rol del juez frente a la multiplicidad de funciones que la doctrina atribuye a la responsabilidad civil es enorme, especialmente, si se tiene en cuenta que este derecho está construido a partir de escasos preceptos legales; por eso, el derecho de daños es, en gran medida, un derecho judicial; *“son los jueces los que, al desarrollar una labor permanente de interpretación recreadora, de mirada atenta a una realidad social cambiante, con su correlativa alteración de las mentalidades, han completado la ordenación legal con un complejo de reglas, fruto de la necesidad de resolver los conflictos multiformes con criterios que no fluyen con sencillez de unas previsiones legales extremadamente sincopadas”* ¹⁴⁶.

Por eso, con su habitual maestría, Galgano dice en palabras que comparto: *“Cuando se habla de responsabilidad civil se piensa en una especie de comedia; esta comedia no tiene un libreto sino tan sólo un boceto. El juez no aplica reglas preestablecidas, preconstituidas, sino una cláusula general, a cuya luz crea, él mismo, la regla de derecho, o sea, la trama de la comedia. El protagonista de la comedia es el juez; el rol que la jurisprudencia tiene en esta materia es dominante. En este rol hay un gran riesgo pues el juez puede dejar de ser el juez de la ley para convertirse en el juez de la sola equidad. El límite a estas facultades está en que en esta comedia también hay un director, y el director somos todos nosotros, que debemos controlar esa función judicial. En el fondo, no hay que lamentarse de la evolución que ha tenido la responsabilidad; ha sido gradual y ha tomado pausas e intervalos; sin embargo, los jueces deben ser conscientes que los dañadores hoy mas frecuentes (las empresas) necesitan saber a qué atenerse; por eso, el juez debe aplicar las cláusulas indeterminadas con mucha prudencia; de lo contrario, normalmente, frente a una jurisprudencia desquiciante aparece el legislador para reglamentar con límites no siempre razonables”* ¹⁴⁷.

Una vez más, la responsabilidad política reside en seleccionar buenos jueces.

NOTAS:

¹ Fernando PANTALEÓN, “Cómo repensar la responsabilidad civil extracontractual. También la de las administraciones públicas”, en obra por él dirigida, *La responsabilidad en el derecho*, Madrid, Universidad Autónoma y Boletín Oficial del Estado, 2001, pág. 174, y en J.A. Moreno Martínez (coordinador) *Perfiles de la responsabilidad civil en el nuevo milenio*, Madrid, Dykinson, 2000, pág. 439 y ss..

² Suzanne CARVAL, *La responsabilité civile dans sa fonction de peine privée*, París, LGDJ, 1995, N° 20, pág. 21.

³ Abraham SANZ ENCINAR, *El concepto jurídico de responsabilidad en la teoría general del derecho*, en Fernando Pantaleón (director), *La responsabilidad...* cit., pág. 28.

⁴ Fernando MOLINA FERNÁNDEZ, *Presupuestos de la responsabilidad jurídica. Análisis de la relación entre libertad y responsabilidad*, en Fernando Pantaleón, (director), *La responsabilidad...* cit., pág. 69.

⁵ Angel SÁNCHEZ DE LA TORRE, *Noción de responsabilidad jurídica*, en Sánchez de la Torre (editores) *¿Por qué se es responsable jurídicamente?* Madrid, Dykinson y Real Academia de Jurisprudencia y Legislación, 2007, pág. 10.

⁶ La doctrina clásica destaca que la prohibición de “causar daño injustamente a otro” es una vieja regla moral (ver: Jean DABIN, *La philosophie de l'ordre juridique positif, spécialement dans les rapports de droit privé*, París, Sirey, 1929, pág. 506).

⁷ Thierry KIRAT, *Les mondes du droit de la responsabilité: regards sur le droit en action*, París, LGDJ, 2003, pág. 9.

⁸ Abraham SANZ ENCINAR, *El concepto jurídico de responsabilidad en la teoría general del derecho*, en Fernando Pantaleón (director), *La responsabilidad...* cit., pág. 27; conf. Fernando MOLINA FERNÁNDEZ, *Presupuestos de la responsabilidad jurídica. Análisis de la relación entre libertad y responsabilidad*, en Fernando Pantaleón (director), *La responsabilidad...* cit., pág. 58.

⁹ Geneviève VINEY, *À propos de la responsabilité: apparition et évolution d'un concept juridique*, en Paolo Cendon (a cura di) *Scritti in onore di Rodolfo Sacco. La comparazione giuridica alle soglie del 3° millennio*, Milán, Giuffrè, 1994, t. I, pág. 1179. El artículo analiza el ingreso de esta palabra en el campo de la moral.

¹⁰ Massimo FRANZONI, *L'illecito*, Milán, Giuffrè, 2004, pág. 3.

¹¹ Pablo LARRAÑAGA, *El concepto de responsabilidad*, México, Fontamara, 2000, pág. 18.

¹² Pablo LARRAÑAGA, *El concepto de...* cit., pág. 19.

¹³ Carlos DE CORES, “Acerca de las funciones de la responsabilidad civil”, en *Estudios de derecho civil en homenaje al profesor Jorge Gamarra*, Montevideo, Fundación de Cultura Universitaria, 2001, pág. 111; José J. LÓPEZ JACOITE, “Las filosofías de la responsabilidad civil”, en *Anales de la Real Academia de Jurisprudencia y Legislación*, Madrid, 2002, N° 32, pág. 149, quien se refiere a una “lingüística abierta”.

¹⁴ Antonio VALDECANTOS y Nicotina TEODICEA, en Manuel Cruz (coordinador) *El reparto de la acción. Ensayos en torno a la responsabilidad*, Madrid, Trotta, 1999, pág. 61.

¹⁵ Philippe LE TOURNEAU, “Fondement, bilan et perspectives de la responsabilité civile en droit français”, en *Estudios de derecho civil, obligaciones y contratos. Libro homenaje a Fernando Hinestrosa*, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2003, t. II, pág. 210.

¹⁶ Compulsar Pablo LARRAÑAGA, *El concepto de...* cit., pág. 90. El autor recuerda que la recomendación de Betham fracasó porque él mismo complicó la exposición de su teoría agregando elementos que no se ajustaban del todo a las características del lenguaje jurídico.

¹⁷ Herbert Hart, *Responsabilità e pena. Saggi di filosofia del diritto*, trad. Mario Jori, Milán, ed. Di Comunità, 1981, pág. 240 y ss. Aclaro que la obra está dirigida a la situación penal del sujeto, mas pienso que es trasladable al derecho en general. El párrafo de Hart que se transcribe en el texto, o las ideas que de él se derivan están citados en diversas obras; ver, entre otros, Luis M. DIEZ PICAZO, *La criminalidad de los gobernantes*, Barcelona, Grijalbo, 1996, pág. 77; Carlos S. NIÑO, “El concepto de responsabilidad”, en *La responsabilidad. Homenaje al profesor Isidoro Goldenberg*, dirigida por A.A. Alterini y R. López Cabana, Buenos Aires, Perrot, 1995, pág. 15.

¹⁸ Para un desarrollo de la responsabilidad como rol en Hart ver Pablo LARRAÑAGA, *Responsabilidad de rol y directrices*, Doxa, N° 24, 2001, pág. 559.

¹⁹ Fernando MOLINA FERNÁNDEZ, “Presupuestos de la responsabilidad jurídica. Análisis de la relación entre libertad y responsabilidad”, en Fernando Pantaleón (director), *La responsabilidad en el derecho*, Madrid, Universidad Autónoma y Boletín Oficial del Estado, 2001, pág. 58 y ss..

²⁰ VINEY, Geneviève, *À propos de la responsabilité: apparition et évolution d'un concept juridique*, en Paolo Cendon (a cura di), *Scritti in onore di Rodolfo Sacco. La comparazione giuridica alle soglie del 3° millennio*, Milán, Giuffrè, 1994, t. I, pág. 1187; de la misma autora, *Les métamorphoses de la responsabilité. Rapport de synthèse*, en París, Presses Universitaires de France, 1997, pág. 324.

²¹ La expresión “Derecho de daños” no es exclusiva de la doctrina argentina. El maestro Luis DIEZ PICAZO tituló uno de sus libros *Derecho de daños*, Madrid, Civitas, 1999.

²² “*On a beau dire, ce qu'on voit ne loge pas dans ce qu'on dit*”.

²³ GILMORE, cit. por Carlo CASTRONOVO, *La nuova responsabilità civile. Regola e metaforma*, Milán, Giuffrè, 1991, N° 23, nota 147.

²⁴ Ugo RUFFOLO, *L'obbligazione e le sue fonti: la responsabilità civile. Presentazione*, en Michele Sesta (a cura di) *Per i cinquant'anni del codice civile*, Milán, Giuffrè, 1994, pág. 175.

²⁵ François GENY, “Risques et responsabilité”, en Rev. Trim. De Droit Civil, 1902-1-812.

²⁶ Geneviève VINEY, *Traité de droit civil. Introduction à la responsabilité*, París, LGDJ, 1995, N° 17. La preocupación de la doctrina por el tema no ha sido idéntica en todos los países. En Italia, en 1964, Rodotà se quejaba de la falta de atención de los autores al tema de la responsabilidad civil (Stefano RODOTÀ, *Il problema della responsabilità civile*, Milán, Giuffrè, 1964, pág. 31, N° 4).

²⁷ Louis JOSSEMAND, “L’*évolution de la responsabilité*”, en *Elutions et actualités. Conférences de droit civil*, París, Recueil Sirey, 1936, pág. 30.

²⁸ B. STARCK, *Essai d’une théorie générale de la responsabilité civile considérée en sa double fonction de garantie et de peine privée*, París, ed. Rodstein, 1947, pág. 13.

²⁹ Stefano RODOTÀ, ob. cit., pág. 16, N° 3.

³⁰ Citado por Geneviève VINEY, *Traité de droit civil. Introduction...* cit., 2ª ed., N° 23, nota 5.

³¹ Compulsar Jorge H. BUSTAMANTE ALSINA, “El perfil de la responsabilidad civil al finalizar el siglo XX”, en L.L. 1997-C-1029.

³² Los trabajos presentados por ilustres juristas pueden compulsarse en *Les métamorphoses de la responsabilité*, París, Presses Universitaires de France, 1997.

³³ Fueron ponentes los profesores Francesco Busnelli, Giorgio Cian y Giovanni Iudica. En el trabajo presentado por el segundo, titulado: *La sistematica della responsabilità e il diritto europeo*, se mencionan una serie de trabajos que se refieren a las fronteras (ver Nicolò LIPARI (a cura di) *Diritto privato europeo e categorie civilistiche*, Nápoles, Scientifiche Italiane, 1998, pág. 97).

³⁴ Graciela MESSINA DE ESTRELLA GUTIÉRREZ, “Función actual de la responsabilidad civil”, en Trigo Represas-Stiglitz (directores) *Derecho de daños. Libro homenaje a Jorge Mosset Iturraspe*, Buenos Aires, La Rocca, 1989, pág. 37.

³⁵ Todo el que por su culpa o negligencia ocasiona un daño a otro está obligado a la reparación del juicio.

³⁶ Geneviève VINEY, *Les métamorphoses de la...* cit., 1997, pág. 324.

³⁷ Jorge H. BUSTAMANTE ALSINA, “El perfil de la responsabilidad...” cit..

³⁸ Catherine THIBIERGE, “Libres propos sur l’*évolution du droit de la responsabilité*” (Vers un élargissement de la fonction de la responsabilité civile), en Rev. Trim. De Droit Civil, 1999, pág. 565.

³⁹ La expresión se atribuye a Ulrik BECK, *La sociedad de riesgo. Hacia una nueva modernidad*, trad. por Jorge Navarro y otros, Barcelona, Paidós, 2006.

⁴⁰ Para este tema ver especialmente Laurent NEYRET, *Atteintes au vivant et responsabilité civile*, París, LGDJ, 2006.

⁴¹ Guillaume CANSÉLIER, “Le risque de développement”, en Thierry KIRAT, *Les mondes du droit de la responsabilité : regards sur le droit en action*, París, LGDJ, 2003, pág. 195. Ver, de mi autoría: “El principio de precaución en un documento de la UNESCO”, en *Anales de la Academia Nacional de Derecho de Buenos Aires*, Año L, Segunda Epoca, N° 43, 2005, pág. 271; compulsar, también. “Responsabilidad civil, principio de precaución y transgénicos”, en *Principio de precaución, biotecnología y derecho* (Carlos María Casabona ed.), Fundación BBVA, Bilbao; Comares, Granada, 2004, pág. 319; en *Conceptos*, Boletín de la Universidad del Museo Social Argentino, año 79, N° 1, 2004-9; y en “Riesgo y precaución. Pasos hacia una bioética ambiental”, publicación del Seminario (29/3/03), coordinada por Jesús Buxó y María Casado, Barcelona, España, 2005, pág. 169.

⁴² Ewald FRANÇOIS, citado por Cadiet LOÏC, *Les métamorphoses du préjudice*, en *Les métamorphoses de la responsabilité*, París, Presses Universitaires de France, 1997, pág. 39.

⁴³ Philippe PIERRE, “Les implications assurantielles de la pandémie”, en *Le sida. Aspects juridiques*, bajo la dirección de B. Feuillet Le Mintier, París, ed. Económica, 1995, pág. 71.

⁴⁴ Louis JOSSEMAND, “L’*évolution de la responsabilité*”, en *Evolutions et actualités. Conférences de droit civil*, París, ed. Recueil Sirey, 1936, pág. 29. Las palabras fueron pronunciadas en la conferencias dadas por el maestro en diversas ciudades del mundo, entre otras, Lisboa, Coimbra, Belgrado, Bucarest. Bruselas, Rabat, Casablanca. Decía que en su época, cuando él estudiaba derecho, el profesor de derecho civil trataba la responsabilidad en una única lección, como si se tratase de un sujeto absolutamente secundario. Igual aseveración respecto de las pocas clases dadas en aquellos tiempos se lee en Henri Capitant, prólogo a la primera edición del *Tratado teórico y práctico de la responsabilidad civil delictual y contractual de los hermanos Mazeaud* (trad. por Alcalá Zamora y Castillo, Buenos Aires, EJE, 1977).

⁴⁵ Catherine THIBIERGE, “Libres propos sur l’*évolution du droit de la responsabilité* (Vers un élargissement de la fonction de la responsabilité civile)”, en Rev. Trim. De Droit Civil, 1999, pág. 579.

⁴⁶ Geneviève VINEY, *Traité de droit civil. Introduction à la responsabilité*, 2ª ed., París, LGDJ, 1995, N° 18.

⁴⁷ José Luis DIEZ PICAZO, *Derecho de daños*, Madrid, Civitas, 1999, pág. 19.

⁴⁸ Grégory MAITRE, *La responsabilité civile à l’épreuve de l’analyse économique du droit*, París, LGDJ, 2005, pág. 7 y nota 28; Martins MATEIRO, *Un abordaje autopoietico de la responsabilidad*, en *La responsabilidad. Homenaje al profesor Isidoro Goldenberg*, dirigida por A.A. Alterini y R López Cabana, Buenos Aires, Perrot, 1995, pág. 45.

⁴⁹ Ugo RUFFOLO, “L’*obbligazione e le sue fonti: la responsabilità civile. Presentazione*”, en Michele SESTA, (a cura di) *Per i cinquant’anni del codice civile*, Milán, Giuffrè, 1994, pág. 175.

⁵⁰ Renée SAVATIER, *Personnalité et dépersonnalisation de la responsabilité civile*, cit. por Cadiet Loïc, “Les métamorphoses du préjudice”, en *Les métamorphoses de la responsabilité*, París, Presses Universitaires de France, 1997, pág. 38.

⁵¹ Francesco GALGANO, “La commedia della responsabilità civile”, en Riv. Critica del Diritto Privato, anno V, N° 1, marzo 1987, pág. 191.

⁵² Massimo FRANZONI, “I nuovi compiti della responsabilità civile”, en Michele SESTA, (a cura di) *Per i cinquant'anni del codice civile*, Milán, Giuffrè, 1994, pág. 204.

⁵³ Ver Julio C. CUETO RÚA, “Lógica y experiencia en el derecho. A propósito de Zepeda vs Zepeda”, en L.L. 1991-D-954; para una crítica a las argumentaciones de Cueto Rúa, ver Roberto VERNENGO, “Lógica y experiencia. Otra lectura de Zepeda v/ Zepeda”, en *Anuario de Filosofía Jurídica y Social* N° 13, 1993, pág. 143.

⁵⁴ Cámara C. y C. de Azul, 22/10/1996, J.A. 1997-III-224, con nota de Ricardo Lorenzetti, *Daño moral colectivo; su reconocimiento jurisprudencial*; E.D. 171-378, con nota de Trigo Represas, *Un caso de daño moral colectivo*; Buenos Aires, L.L. 1997-272, con nota de Matilde Zavala de González, *Los daños morales colectivos y su resarcimiento dinerario*; de la misma autora, *Los daños morales colectivos*, en Voces Jurídicas, L.L. Gran Cuyo 1997-5-11. El prestigioso magistrado bonaerense, autor de la citada sentencia, escribió luego varios artículos doctrinales sobre el tema (ver, Jorge GALDÓS, “Derecho ambiental y daño moral colectivo: algunas aproximaciones”, J.A. 1998-IV-224; “Daño moral colectivo, daños punitivos y legitimación procesal activa”, en Rev. de Daños, N° 6, Santa Fe, Rubinzal-Culzoni). Para el tema, ver también Jorge BUSTAMANTE ALSINA, “El daño moral colectivo es daño jurídico resarcible”, L.L. 1998-A-1033; Ricardo LORENZETTI, “Responsabilidad colectiva, grupos y bienes colectivos”, L.L. 1996-D-1072; María D. PEREIRO DE GRIGARAVICIUS, “Visión actual de la responsabilidad civil”, L.L. 2005-C-1121.

⁵⁵ Así lo había propiciado la doctrina antes de la sanción de la ley; ver Tomás HUTCHINSON, “Responsabilidad pública ambiental”, en Mosset ITURRASPE, HUTCHINSON y DONNA, *Daño ambiental*, Santa Fe, Rubinzal-Culzoni, 1999, t. II, pág. 136; Ricardo LORENZETTI, “Responsabilidad colectiva, grupos y bienes colectivos”, L.L. 1996-D-1058. Para la cuestión en el derecho español ver Guillermina YANGUAS MONTERO, *El daño no patrimonial en el derecho del medio ambiente*, Madrid, Civitas, 2006.

⁵⁶ Ricardo LORENZETTI, “Las nuevas fronteras de la responsabilidad por daños”, L.L. 1996-B-1107.

⁵⁷ *I confini della responsabilità aquiliana sono nobili e sono mobili*.

⁵⁸ También habla de “fronteras nobles” Carlo CASTRONOVO, *La nuova responsabilità civile. Regola e metaforma*, Milán, Giuffrè, 1991, pág. 3 y ss. El capítulo primero del libro se denomina “Le frontiere nobili della responsabilità civile”.

⁵⁹ Yvonne LAMBERT-FAIVRE, “La evolución de la responsabilidad civil. De una deuda de responsabilidad a un crédito de indemnización”, trad. de Eliana Núñez, en *Responsabilidad civil y seguros*, 1999, pág. 971; Ricardo LORENZETTI, “El sistema de la responsabilidad civil: ¿Una deuda de responsabilidad, un crédito a la indemnización o una relación jurídica”, L.L. 1993-D-1140; del mismo autor, “Las nuevas fronteras de la responsabilidad por daños”, L.L. 1996-B-1109.

⁶⁰ Fernando A. SAGARNA, “La responsabilidad civil en el último año del siglo XX. Síntesis de una evolución”, L.L. 2000-D-1000.

⁶¹ José M. LÓPEZ OLACIREGUI, “El derecho de la responsabilidad civil como un sistema de daños según principios subjetivos de justicia y equidad”, *Responsabilidad civil y seguros*, año IX, setiembre 2007, pág. 111; del mismo autor, “Esencia y funciones de la responsabilidad civil”, Rev. D. Com. y de las Obligaciones, 1978, t. 2, pág. 941.

⁶² León HUSSON, *Les transformations de la responsabilité*, París, Puf, 1947, pág. 329. El autor reconoce, en nota 1, como fuente inspiradora de esta definición a François Geny, “Risques et responsabilité”, en Rev. Trim. De Droit Civil, 1902-1-812. Adhiere a la definición, El Charkawi, Soad, *Comment repenser la responsabilité administrative et la responsabilité civile. Possibilités d'évolution*, Le Caire, Anglo-Egyptian Bookshop, 1967, pág. 5.

⁶³ G. CORNÚ, *Etude comparée de la responsabilité délictuelle en droit privé et en droit public*, París, 1951, pág. 253.

⁶⁴ Massimo FRANZONI, *L'illecito*, Milán, Giuffrè, 2004, pág. 4.

⁶⁵ José M. LÓPEZ OLACIREGUI, “El derecho de la responsabilidad civil como un sistema de daños según principios subjetivos de justicia y equidad”, *Responsabilidad civil y seguros*, año IX, setiembre 2007, pág. 112.

⁶⁶ François GENY, “Risques et responsabilité”, Rev. Trim. De Droit Civil, 1902-1-812.

⁶⁷ José M. LÓPEZ OLACIREGUI, “El derecho de la responsabilidad civil...” cit., *Responsabilidad civil y seguros*, año IX, setiembre 2007, pág. 114.

⁶⁸ Grégory MAITRE, *La responsabilité civile à l'épreuve de l'analyse économique du droit*, París, LGDJ, 2005, pág. 18.

⁶⁹ François GENY, *Méthode d'interprétation et sources en droit privé positif*, París, LGDJ, 1919, reprint, t. II, pág. 173; puede compulsarse, asimismo, la versión en español, *Método de interpretación y fuentes en derecho privado positivo*, Madrid, Reus, 1902, pág. 579.

⁷⁰ Geneviève VINEY, *Les métamorphoses de la responsabilité, Rapport de synthèse*, París, Presses Universitaires de France, 1997, pág. 332. Otros autores, por el contrario, entienden que ésta es todavía una cuestión abierta a la discusión (ver Giuseppe VETTORI, “La responsabilità civile fra funzione compensativa e deterrente”, en *Liber Amicorum per Francesco D. Busnelli*, Milán, Giuffrè, 2008, t. I, pág. 693).

⁷¹ Guido ALPA, “Nuovi aspetti della responsabilità civile”, en *Consiglio Nazionale forense, Seminari di aggiornamento professionale*, 2005, Milán, Giuffrè, 2006, pág. 102.

⁷² Ricardo LORENZETTI, “Las nuevas fronteras de la responsabilidad por daños”, L.L. 1996-B-1108.

⁷³ Ana María MEDINA ALCOZ, “La función de la responsabilidad civil extracontractual”, en *Anuario de la Academia Aragonesa de Jurisprudencia y Legislación*, 2002/2004, pág. 490; para este pase en la responsabilidad médica en Francia ver, de mi autoría, “Derecho de la salud. Nuevos perfiles de la responsabilidad médica. Análisis

comparativo de la ley francesa de 2002 y la jurisprudencia argentina”, en *El derecho de la salud*, XVI Reunión conjunta de las Academias Nacionales de Derecho y Ciencias Sociales de Córdoba y Buenos Aires, 13 y 14 de octubre de 2005, Serie II, Obras, N° 31, pág. 157, Buenos Aires, 2007.

⁷⁴ Horatia MUIR WATT, prólogo al libro de Grégory MAITRE, *La responsabilité civile à l'épreuve de l'analyse économique du droit*, París, LGDJ, 2005, pág. VI.

⁷⁵ Grégory MAITRE, *La responsabilité civile à l'épreuve de l'analyse économique du droit*, París, LGDJ, 2005, pág. 19.

⁷⁶ Denis MAZEAUD, “Le droit français contemporain de l'indemnisation des dommages médicaux”, en *Estudios de derecho civil, obligaciones y contratos. Libro homenaje a Fernando Hinestrosa*, Bogotá, Universidad del Externado de Colombia, 2004, t. II, pág. 363. En la Argentina, algunos autores parece propiciar la sistematización de este derecho de los accidentes, con principios propios (ver Ricardo LENS, “Responsabilidad civil: presente, futuro y distorsiones del sistema”, en *Responsabilidad civil y seguros*, año X, N° 7, Julio 2008, pág. 17).

⁷⁷ Philippe LE TOURNEAU, “Fondement, bilan et perspectives de la responsabilité civile en droit français”, en *Estudios de derecho civil, obligaciones y contratos. Libro homenaje a Fernando Hinestrosa*, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2003, t. II pág. 259.

⁷⁸ Julie TRAUILLÉ, *L'éviction de l'article 1382 du code civil en matière extracontractuelle*, París, LGDJ, 2007, pág. 2.

⁷⁹ Lina BIGLIAZZI GERI, “La responsabilità o le responsabilità”, en *Rapporti giuridici e dinamiche sociali*, Milán, Giuffrè, 1998, pág. 1073.

⁸⁰ Philippe LE TOURNEAU, “Fondement, bilan et perspectives de la responsabilité civile en droit français”, en *Estudios de derecho civil, obligaciones y contratos. Libro homenaje a Fernando Hinestrosa*, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2003, t. II pág. 260.

⁸¹ Giulio PONZANELLI, *La responsabilità civile*, Bologna, Il Mulino, 1992, pág. 9. Para el autor italiano es más fácil definir qué es la responsabilidad civil que señalar cuáles son sus fines.

⁸² CARRASCO PERERA, “Comentario a la sentencia del Supremo Tribunal español del 14/12/1991”, en *Cuadernos Civitas de Jurisprudencia Civil*, N° 33, pág. 1111.

⁸³ José Luis DIEZ PICAZO, *Derecho de daños*, Madrid, Civitas, 1999, pág. 42.

⁸⁴ Ana María MEDINA ALCOZ, “La función de la responsabilidad civil extracontractual, en *Anuario de la Academia Aragonesa de Jurisprudencia y Legislación 2002/2004*, pág. 493; la autora sigue a Fernando PANTALEÓN, “Cómo repensar la responsabilidad civil extracontractual. También la de las administraciones públicas”, en obra por él dirigida, *La responsabilidad en el derecho*, Madrid, Universidad Autónoma y Boletín Oficial del Estado, 2001, pág. 172 y en J.A. Moreno Martínez (coordinador) *Perfiles de la responsabilidad civil en el nuevo milenio*, Madrid, Dykinson, 2000, pág. 439.

⁸⁵ Carlo CASTRONOVO, *La nuova responsabilità civile. Regola e metaforma*, Milán, Giuffrè, 1991, N° 22.

⁸⁶ MARTINS-COSTA, *Comentários ao novo código civil. Do inadimplemento das obrigações*, Río de Janeiro, Gen-Forense, 2009, pág. 143, N° 7.1.3.

⁸⁷ Ver las expresiones vertidas en el texto en Massimo Franzoni, “I nuovi compiti della responsabilità civile”, en *Per i cinquant'anni del codice civile*, Milán, Giuffrè, 1994, pág. 204

⁸⁸ Francesco GALGANO, “La commedia della responsabilità civile”, en *Riv. Critica del Diritto Privato*, anno V, N° 1, marzo 1987, pág. 191.

⁸⁹ Compulsar Eugenio LLAMAS POMBO, “Prevención y reparación, las dos caras del derecho de daños”, en J.A. Moreno Martínez, (coord), *La responsabilidad civil y su problemática actual*, Madrid, Dykinson, 2007, pág. 445. El autor aclara que este trabajo constituye una segunda versión de otro que publicó bajo el título “La tutela inhibitoria del daño. La otra cara del derecho de daños”, en *Estudios jurídicos en homenaje al Profesor Luis Diez Picazo*, Madrid, Thomson-Civitas, 2003, t. II, pág. 2203 y en *Responsabilidad civil y seguros*, año IV, N° 4, agosto 2002, pág. 7.

⁹⁰ Grégory MAITRE, *La responsabilité civile à l'épreuve de l'analyse économique du droit*, París, LGDJ, 2005, pág. 12.

⁹¹ Judith MARTINS-COSTA et Mariana SOUZA, “Us et abus de la fonction punitive (dommages-intérêts punitifs et le droit brésilien)” en *Rev. Internationale de Droit Comparé*, 2006-4-1147.

⁹² Grégory MAITRE, *La responsabilité civile à l'épreuve de...* cit., pág. 11, nota 35. Compulsar Lydie REISS, *Le juge et le préjudice. Etude comparée des droits français et anglais*, Marsella, Presse Universitaire d'Aix-Marseille, 2003, pág. 21, N° 4 y ss...

⁹³ André TUNC, *La responsabilité civile*, París, ed. Economica, 1981, N° 160.

⁹⁴ Así, por ej., en sus orígenes, la responsabilidad de los constructores tuvo naturaleza penal. El Código de Hammurabi sancionaba al constructor con la ley del talión: si por efecto del derrumbe moría el dueño de la obra, debía darse muerte al constructor; si fallecía el hijo del dueño, era el hijo del constructor quien debía ser privado de la vida. Aun hoy, los códigos penales contienen disposiciones relativas a las indemnizaciones civiles. (Para el tema, ver Gonzalo QUINTERO OLIVARES, “La función de la responsabilidad civil y del perjuicio en la política penal”, en *Homenaje a don Antonio Hernández Gil*, Madrid, Centro de Estudios Ramón Areces, 2001, t. III, pág. 3201).

⁹⁵ Guido ALPA, *Trattato di diritto civile*, t. IV, *La responsabilità civile*, Milán, Giuffrè, 1999, pág. 131 y ss..

⁹⁶ Maximilian FUCHS, “I caratteri fondamentali del sistema della responsabilità civile tedesca”, en *Danno e responsabilità*, N° 12, 2001, pág. 1133.

⁹⁷ Judith MARTINS-COSTA, *Comentários ao novo código civil. Do inadimplemento das obrigações*, Río de Janeiro, Gen-Forense, 2009, pág. 143, N° 7.1. Aclaro que para esta autora, la función resarcitoria es la principal, pero no la única función, en tanto agrega la compensatoria (del daño moral), sancionatoria o punitiva y preventiva. Explica que las palabras *reparación, indemnización y resarcimiento* están vinculadas a la función principal del instituto pero no son sinónimos; tienen un sentido amplio y un sentido estricto. En sentido amplio, la palabra *indemnización* engloba tanto la reparación cuanto el resarcimiento. En sentido estricto, la diferencia está en que *indemnización* es la concreción del resarcimiento, que consiste en la sustitución del bien por su equivalente en dinero; en cambio, *reparación* expresa la restitución en natura del bien damnificado.

⁹⁸ Carmen DOMÍNGUEZ HIDALGO, “Los principios que informan la responsabilidad en el Código Civil: versión original y mirada del presente”, en *Sesquicentenario del Código Civil de Andrés Bello*, Santiago, Buenos Aires, Lexis Nexis, 2005, t. II, pág. 824.

⁹⁹ Refiriéndose a Salvador Coderch, Fernando Pantaleón habla de los “*autoproclamados lawyers economists patrios*”, “Cómo repensar la responsabilidad civil extracontractual. También la de las administraciones públicas”, en obra por él dirigida, *La responsabilidad en el derecho*, Madrid, Universidad Autónoma y Boletín Oficial del Estado, 2001, pág. 170.

¹⁰⁰ Guido CALABRESI, “Policy of the ‘Swedish Alternative’”, en *34 American Journal of Comparative Law*, (1986-b), pág. 657.

¹⁰¹ Thierry KIRAT, *Les mondes du droit de la responsabilité: regards sur le droit en action*, París, LGDJ, 2003, pág. 68.

¹⁰² Pietro BARCELLONA, *Diritto privato e società moderna*, Nápoles, Jovene, 1996, capítulo 13, pág. 524 y ss..

¹⁰³ S. CODERCH. y M.T. CASTIÑEIRA PALOU, *Prevenir y castigar. Libertad de información y expresión, tutela del honor y funciones del derecho de daños*, Madrid, Marcial Pons, 1997, pág. 103. Expresiones análogas se leen en Luis DIEZ PICAZO, *Derecho de daños*, Madrid, Civitas., 1999, pág. 43. En la Argentina, se refiere específicamente a esta función; LÓPEZ HERRERA, *Teoría general de la responsabilidad civil*, Buenos Aires, Lexis Nexis, 2006, pág. 39.

¹⁰⁴ B. STARCK, *Essai d’une théorie générale de la responsabilité civile considérée en sa double fonction de garantie et de peine privée*, París, Rodstein, 1947, pág. 157. Una autora francesa señala que aunque hablar de un “derecho a dañar” pueda ser chocante, hay que reconocer que es una verdadera prerrogativa con límites definidos y que debe ser asegurada gracias al poder judicial (ver Laurent NEYRET, *Atteintes au vivant et responsabilité civile*, París, LGDJ, 2006, N° 350).

¹⁰⁵ Ana María MEDINA ALCOZ, “La función de la responsabilidad civil extracontractual”, en *Anuario de la Academia Aragonesa de Jurisprudencia y Legislación 2002/2004*, pág. 489.

¹⁰⁶ Lydie REISS, *Le juge et le préjudice. Étude comparée des droits français et anglais*, Marsella, Presse Universitaire d’Aix-Marseille, 2003, pág. 16, N° 1.

¹⁰⁷ Noemí NICOLAU, “Panorama de la responsabilidad civil en el derecho occidental: retrospectiva y tendencias”, en *La responsabilidad. Homenaje al profesor Isidoro Goldenberg*, dirigido por A.A. Alterini y R López Cabana, Buenos Aires, Perrot, 1995, pág. 45.

¹⁰⁸ Manuel CRUZ, “Acerca de la necesidad de ser responsable”, en Manuel Cruz, (coordinador) *El reparto de la acción. Ensayos en torno a la responsabilidad*, Madrid, Trotta, 1999, pág. 11.

¹⁰⁹ Geneviève VINEY, *Traité de droit civil. Introduction à la responsabilité*, 2ª ed., París, LGDJ, 1995, N° 39; Philippe LE TOURNEAU, “Fondement, bilan et perspectives de la responsabilité civile en droit français”, en *Estudios de derecho civil, obligaciones y contratos. Libro homenaje a Fernando Hinestrosa*, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2003, t. II, pág. 212; Suzanne CARVAL, *La responsabilité civile dans sa fonction de peine privée*, París, LGDJ, 1995, N° 14; Laurent NEYRET, *Atteintes au vivant et responsabilité civile*, París, LGDJ, 2006, N° 287, pág. 197 (esta última aclara que se trata de una función accesoria frente a la principal, que es la indemnizatoria).

¹¹⁰ S. CODERCH y M.T. CASTIÑEIRA PALOU, *Prevenir y castigar. Libertad de información y expresión, tutela del honor y funciones del derecho de daños*, Madrid, Marcial Pons, 1997, pág. 9.

¹¹¹ Laurent NEYRET, *Atteintes au vivant et...* cit., N° 345, pág. 235.

¹¹² Geneviève VINEY, *Traité de droit civil. Introduction à la responsabilité*, 2ª ed., París, LGDJ, 1995, N° 41.

¹¹³ Catherine THIBERGE, *Avenir de la responsabilité, responsabilité de l’avenir*, en *Recueil Dalloz*, 2004, N° 9, pág. 577.

¹¹⁴ Philippe LE TOURNEAU, “Fondement, bilan et perspectives de la responsabilité civile en droit français”, en *Estudios de derecho civil, obligaciones...* cit., t. II, pág. 212.

¹¹⁵ Fernando PANTALEÓN, “Cómo repensar la responsabilidad civil extracontractual. También la de las administraciones públicas”, en obra por él dirigida, *La responsabilidad en el derecho*, Madrid, Universidad Autónoma y Boletín Oficial del Estado, 2001, pág. 172 y en J.A. Moreno Martínez (coordinador) *Perfiles de la responsabilidad civil en el nuevo milenio*, Madrid, Dykinson, 2000, pág. 439.

¹¹⁶ Fernando PANTALEÓN, Prólogo al libro por él dirigido, *La responsabilidad en el derecho*, Madrid, Universidad Autónoma y Boletín Oficial del Estado, 2001, pág. 13.

¹¹⁷ Geneviève VINEY, “À propos de la responsabilité: apparition et évolution d’un concept juridique”, en Paolo CENDON, (a cura di), *Scritti in onore di Rodolfo Sacco. La comparazione giuridica alle soglie del 3° millennio*, Milán, Giuffrè, 1994, t. I, pág. 1202.

¹¹⁸ Ver, de mi autoría, “¿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, Segunda Epoca, N° 31, 1993, y sus citas.

¹¹⁹ Judith MARTINS-COSTA, et Mariana SOUZA, “Us et abus de la fonction punitive (dommages-intérêts punitifs et le droit brésilien)” en *Rev. Internationale de Droit Comparé*, 2006-4-1153.

¹²⁰ El más enconado enemigo de los daños punitivos en el derecho español es, sin duda alguna, Fernando Pantaleón (ver, entre otros artículos, “Cómo repensar la responsabilidad civil extracontractual. También la de las administraciones públicas”, en libro por él dirigido, *La responsabilidad en el derecho*, Madrid, Universidad Autónoma y Boletín Oficial del Estado, 2001, pág. 170.

¹²¹ CNCom., Sala A, 31/3/04; E.D. 208-187 (consumidor que se queja de no haber podido acceder a transmisiones deportivas por TV).

¹²² CNCiv., Sala F, 5/12/95; J.A. 1997-III-195 (voto de la Dra. Conde; adhesión de las Dras. Highton y Posse Saguier).

¹²³ CNCiv. y Com. Fed., Sala 2ª, 15/10/98; J.A. 1999-II-303.

¹²⁴ CNFed.Cont. Adm., 6/12/05; L.L 2006-C-387.

¹²⁵ CSN, 19/9/02, J.A. 2003-I-7.63. En minoría votaron Belluscio, Petracchi, López y Bossert.

¹²⁶ Marie Eve ROUJOU DE BOUBÉE, *Essai sur la notion de réparation*, París, LGDJ, 1974, pág. 23. Adviértase que la noción de “reparación” es de contenido variable; se la encuentra cuando se habla de la demolición de una construcción irregular, en la nulidad de un acto jurídico, en la publicación de una sentencia, en la condenación pecuniaria que pretende borrar el perjuicio afectivo, en la indemnización tarifada otorgada en un accidente de trabajo, en la proliferación de técnicas de protección de las víctimas, etc..

¹²⁷ Ver, entre muchos, Ana María MEDINA ALCOZ, “La función de la responsabilidad civil extracontractual”, en *Anuario de la Academia Aragonesa de Jurisprudencia y Legislación 2002/2004*, pág. 493; Guillermo BORDA, *Responsabilidad extracontractual: fundamentos y tendencias*, en Trigo Represas-Stiglitz (directores) *Derecho de daños. Libro homenaje a Jorge Mosset Iturraspe*, Buenos Aires, La Rocca, 1989, pág. 37.

¹²⁸ Judith MARTINS-COSTA et Mariana SOUZA, “Us et abus de la fonction punitive (dommages-intérêts punitifs et le droit brésilien)” en *Rev. Internationale de Droit Comparé*, 2006-4-1151.

¹²⁹ “Es necesario reparar el mal; hacer como si no hubiese sido sino un sueño”, cit. por Christelle COUTANT-LAPALUS, *Le principe de la réparation intégrale en droit privé*, Marsella, Université Aix-Marseille, 2002, pág. 17.

¹³⁰ Christelle COUTANT-LAPALUS, *Le principe de la réparation intégrale en droit privé*, Marsella, Université Aix-Marseille, 2002, pág. 21.

¹³¹ Ver esta fórmula en Laurent NEYRET, *Atteintes au vivant et responsabilité civile*, París, LGDJ, 2006, N° 934, pág. 595.

¹³² Marie Eve ROUJOU DE BOUBÉE, *Essai sur la notion de réparation*, París, LGDJ, 1974, pág. 69.

¹³³ Christelle COUTANT-LAPALUS, *Le principe de la réparation intégrale en droit privé*, Marsella, Université Aix-Marseille, 2002, pág. 35.

¹³⁴ LÓPEZ HERRERA, *Teoría general de la responsabilidad civil*, Buenos Aires, Lexis Nexis, 2006, pág. 41.

¹³⁵ De allí, que nuevas tendencias en el derecho concursal prevean un privilegio para el crédito proveniente de la obligación de reparar según las normas de la responsabilidad extracontractual (ver, entre muchos, Albert SÁNCHEZ GRAELLS, *Los acreedores involuntarios*, Madrid, Thomson-Civitas, 2008).

¹³⁶ Enrique BARROS BOURIE, *Tratado de responsabilidad extracontractual*, Santiago, Jurídica de Chile, 2007, N° 12.

¹³⁷ Philippe LE TOURNEAU, “Fondement, bilan et perspectives de la responsabilité civile en droit français”, en *Estudios de derecho civil, obligaciones y contratos. Libro homenaje a Fernando Hinestrosa*, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2003, t. II, pág. 212.

¹³⁸ Adrian POPOVICI, “Tendences récentes du droit de la responsabilité civile au Québec”, en *Les métamorphoses de la responsabilité*, París, Presses Universitaires de France, 1997, pág. 130.

¹³⁹ S. CODERCH, y M.T. CASTIÑEIRA PALOU, *Prevenir y castigar. Libertad de información y expresión, tutela del honor y funciones del derecho de daños*, Madrid, Marcial Pons, 1997, pág. 107.

¹⁴⁰ 19/3/1979, Dalloz 1979-429.

¹⁴¹ Compulsar de mi autoría, “La responsabilidad colectiva y los daños producidos por los productos elaborados”, *Revista Jurídica de San Isidro (Buenos Aires)*, N° 24, 1988, pág.133; también recordado por Ivonne LAMBERT-FAIVRE, “La evolución de la responsabilidad civil. De una deuda de responsabilidad a un crédito de indemnización”, trad. de Eliana Núñez, en *Responsabilidad civil y seguros*, 1999, pág. 980.

¹⁴² Geneviève VINEY, *Traité de droit civil. Introduction...* cit., 2ª ed., N° 43.

¹⁴³ “La ley cuida a los ciudadanos: quien sufre un daño encontrará siempre uno que repare”. Palabras de Tarride durante los trabajos preparatorios del Código Civil francés. Sin embargo, el texto del 1382 no siguió la solución con esta amplitud sino con la que enseñaba Domat, porque los autores del Código francés fundaron la cláusula general de responsabilidad en la culpa (Philippe LE TOURNEAU, “Fondement, bilan et perspectives de la responsabilité civile en droit français”, en *Estudios de Derecho civil, obligaciones y contratos. Libro homenaje a Fernando Hinestrosa*, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2003, t. II pág. 219)

¹⁴⁴ Ricardo LORENZETTI, “El sistema de la responsabilidad civil: ¿una deuda de responsabilidad, un crédito de indemnización o una relación jurídica?” en L.L. 1993-D-1140.

¹⁴⁵ Massimo FRANZONI, *I nuovi compiti della responsabilità civile*, en *Per i cinquant'anni del Codice Civile*, Milán, Giuffrè, 1994, pág. 204.

¹⁴⁶ Ana María MEDINA ALCOZ, “La función de la responsabilidad civil extracontractual”, en *Anuario de la Academia Aragonesa de jurisprudencia y legislación 2002/2004*, pág. 490. Para la cuestión en Italia, ver Giovanni CAZZETTA, *Responsabilità aquiliana e frammentazione del diritto comune civilistico 1865/1914*, Milán, Giuffrè, 1991, especialmente el capítulo primero: “I giuristi e i cinque articoli ‘écrits sur le roc’”; Giuseppe VETTORI, “La responsabilità civile fra funzione compensativa e deterrente”, en *Liber Amicorum per Francesco D. Busnelli*, Milán, Giuffrè, 2008, t. I pág. 706.

¹⁴⁷ Francesco GALGANO, “La commedia della responsabilità civile”, en *Riv. Critica del Diritto Privato*, anno V, N° 1, marzo 1987, pág. 192.

REGÍMENES DE RESPONSABILIDAD CIVIL CONTRACTUAL Y EXTRA CONTRACTUAL EN NUESTRO DERECHO POSITIVO

por FÉLIX A. TRIGO REPRESAS

SUMARIO: 1. La cuestión; 2. Supuestas desemejanzas entre ambos regímenes. a. Distinta naturaleza de la obligación violada. b. Mora. c. Carga probatoria. d. Competencia. e. Capacidad; f. Posibilidad de ampliación o reducción de la responsabilidad. g. Reparación del daño moral. H. Facultad judicial de atenuación de la responsabilidad. i. Responsabilidad refleja por el hecho de otro. j. Responsabilidad por daños causados con intervención de cosas. k. Distintos factores atributivos de la responsabilidad. 3. Verdaderas diferencias entre ambos regímenes. a. La mancomunación entre los corresponsables. b. Extensión del resarcimiento. c. Plazo de prescripción de la acción indemnizatoria. 4. El problema de la opción. 5. Posibilidad de unificación de los regímenes.

1. La cuestión

Conocido es el debate iniciado en Francia sobre la unidad o dualidad de la culpa, en torno a dos normativas del Código Napoleón que tendrían, al menos en apariencia, distintas implicaciones: el art. 1137 que en materia contractual somete a quién tiene la obligación de dar, a “todos los cuidados de un buen padre de familia”, y el art. 1382 que en punto a hechos ilícitos hace responsable del daño causado a todo el que haya obrado con culpa o imprudencia.

De tal forma, la apreciación por los jueces de la culpa contractual estaría enmarcada dentro de los límites estrictos del concepto del *bonus pater familiae*, o sea que se respondería por la culpa leve *in abstracto* del derecho romano; en tanto que en el campo de lo cuasidelictual los magistrados gozarían de una mayor amplitud de criterio para juzgar las diversas circunstancias de las cuales habría de depender la existencia o no de culpa. Y además, a esa concepción teórica diferente, se sumaría el hecho de que cada una de esas culpas se hallaría regida por reglas prácticas dispares¹.

No obstante, también es sabido que frente a la inicial postura doctrinaria pluralista, se alzó luego la de la unidad de las culpas, que fuera sostenida primeramente por Lefèvre en 1886 en un trabajo intitulado “*De la responsabilité delictuelle et contractuelle*”². Tesitura ésta que fue de inmediato combatida por Labbé en una nota jurisprudencial³, y más tarde retomada en sendas tesis doctorales de Grandmoulin y Aubin, hasta que finalmente fue acogida y auspiciada por Marcel Planiol⁴; lo cual, obviamente, influyó sobremanera entre los defensores de la dualidad, muchos de los cuales fueron cambiando de parecer y adoptando criterios menos radicales.

Entre nosotros la dualidad de regímenes de responsabilidad civil aparece expresamente consagrada en el art. 1.107 del C.C., que carece de una norma similar en el Código Napoleón y en cuyo texto Vélez Sársfield siguió a Aubry y Rau; norma ésta que dice: “*Los hechos u omisiones en el cumplimiento de las obligaciones convencionales, no están comprendidos en este título (que es el IX de la Sección II, libro II: ‘Hechos ilícitos que no son delitos’), si no degeneran en delitos del derecho criminal*”.

Pero pese a tan terminante postulado y a la cantidad de diversidades entre ambos regímenes que se habrían ido hallando por la doctrina⁵; lo cierto es que cuando se procura precisar las que verdaderamente los distinguen, se advierte que en definitiva no son tantas, que muchas de ellas han ido desapareciendo o, en fin, que resultan superables mediante una adecuada hermenéutica.

2. Supuestas desemejanzas entre ambos regímenes

Entre otras pretendidas diferencias que en definitiva no son tales, o que pueden dejar de serlo mediante una interpretación superadora, se han mencionado entre nosotros a las siguientes:

a) *Distinta génesis y naturaleza de la obligación violada.* En la responsabilidad contractual la obligación violada ha nacido con anterioridad, del juego de dos o más voluntades proyectadas en un contrato; presuponiendo por ende un pacto preexistente, que determina la naturaleza particular y extensión de la obligación, e igualmente puede graduar la culpa.

En la extracontractual en cambio, es la ley, por su solo ministerio, la que regula la medida y las condiciones de la responsabilidad, deber éste que, además, surge por vez primera recién al producirse el daño ⁶. Puesto que en efecto, la infracción del deber jurídico existe siempre que se ejecute un hecho que por culpa o imprudencia de su autor, ocasione un daño a otro, en cuyo caso la obligación de reparar resultante “*es regida por las mismas disposiciones relativas a los delitos del derecho civil*” (arts. 1109 y 1067 C.C.); pudiendo decirse que el deber jurídico entonces violado es el del “*alterum non laedere*” o de “no dañar a los demás” de la compendiosa fórmula de Ulpiano, o sea: un deber de conducirse en la vida en sociedad con la debida prudencia y diligencia, de forma tal que el comportamiento de cada uno no ocasione perjuicios a los otros individuos, sea en sus personas o en los bienes y cosas de su pertenencia ⁷. Pudiendo recordarse sobre el respecto a los tres fallos de la Corte Suprema Nacional del día 5 de Agosto de 1986, recaídos en los autos: “Santa Coloma c/ Ferrocarriles Argentinos” ⁸, “Gunther c/ Estado Nacional” ⁹, y “Luján c/ Nación Argentina” ¹⁰, en los que se afirma que: “la responsabilidad que fijan los arts. 1109 y 1113 del C.C. sólo consagra el principio general establecido en el art. 19 de la Constitución Nacional que prohíbe a los ‘hombres’ perjudicar los derechos de un tercero. El principio del *alterum non laedere*, entrañablemente vinculado a la idea de reparación, tiene raíz constitucional y la reglamentación que hace el Código Civil en cuanto a las personas y las responsabilidades consecuentes no las arraiga con carácter exclusivo y excluyente en el derecho privado, sino que expresa un principio general que regula cualquier disciplina jurídica”; criterio éste luego reiterado por el mismo Tribunal, con otras integraciones, en distintas oportunidades ¹¹. Es que en definitiva, el *alterum non laedere* constituye el primer precepto jurídico y moral a respetarse en una sociedad civilizada, siendo asimismo un principio general del derecho que se puede deducir de numerosas preceptivas ¹².

Pero volviendo a la pretendida diferencia de naturaleza entre la responsabilidad civil contractual y extracontractual, lo cierto es que en verdad la misma no existe. Lo cual se advierte a poco que se toma en cuenta el proceso evolutivo y graduado de creación de las normas jurídicas, al que alude Kelsen ¹³. En efecto, observando el modo como se producen las normas, se advierte que la creación de las mismas está regulada por otras preceptivas jurídicas: por ejemplo, el establecimiento de las leyes ordinarias está regulado por la Constitución; el modo y la forma de emitirse los reglamentos se halla pautado en ciertas leyes; los fallos judiciales están condicionados por preceptos jurídicos legales y reglamentarios, tanto de índole sustantiva como de carácter objetivo, etc. ¹⁴. La norma fundamental pues, delega, se limita a establecer que algo debe ser, pero el “cómo” lo deja para que otras preceptivas lo llenen: la ley, el reglamento, la resolución administrativa, el acto jurídico, el contrato, la sentencia, son todas normas jurídicas creadas por delegación y cada una de ellas deriva su validez de una preceptiva jerárquicamente más alta; y de esta manera se llega por un lado a la norma fundamental y por otro a la individualización de las normas, poniéndose de manifiesto que la ley y el contrato son sólo momentos, gradaciones, en la creación normativa del derecho, y que ambos resultan en definitiva actos del Estado. No existiendo, por lo tanto, una verdadera antítesis entre la ley, concebida como norma general, y el contrato en cuanto norma individualizada, ya que la diferencia residiría en el grado de producción y no en su naturaleza.

En suma se puede afirmar pues, que para que exista responsabilidad extracontractual es necesaria la violación de un deber establecido por la ley, y que para que exista responsabilidad contractual se requiere que el agente haya contravenido una obligación resultante de un contrato ¹⁵; por lo cual cabe concluir que las llamadas responsabilidades “contractual” y “extracontractual”, tienen idéntica naturaleza, por lo que no se justifica desde esta perspectiva la pretendida dualidad de sistemas ¹⁶.

b) *Mora.* Antes de la reforma introducida por la ley 17.711, en las obligaciones convencionales resultaba indispensable la constitución en mora del deudor, para que la reparación fuese procedente (arts. 508 y 509 del C.C.); en tanto que en la responsabilidad

extracontractual el deber de indemnizar surge de la fuerza misma del hecho culposo, sin necesidad de interpelación alguna ¹⁷. Diversidad ésta que derivaría de la propia naturaleza de la obligación violada, ya que en la obligación contractual la demora se supone tolerada en tanto no medie requerimiento del acreedor al deudor, mientras que cuando se trata de un deber legal, no hay razón para presumir que la inactividad del damnificado obedezca a tolerancia ¹⁸.

Pero en definitiva esta supuesta diferencia tampoco es tal. Aparte de que existían hipótesis en que la mora se operaba sin necesidad de interpelación (arts. 509 incs. 1º y 2º, casos de mora *ex lege* de los arts. 1242, 1322, 1721, 1949, 1950, etc., del C.C.); además, en las obligaciones de no hacer el deudor incurre en mora desde el mismo momento en que ejecuta el hecho del cual se debía abstener, sin necesidad de requerimiento alguno, lo cual se admite en nuestro derecho pese a la ausencia de una norma expresa en tal sentido como la del art. 1145 del Código Napoleón ¹⁹. Y sucede que en los casos de responsabilidad extracontractual, en general el deber originario cuya violación habrá de darle nacimiento, consiste en un hecho negativo; por lo que, como en cualquier obligación de no hacer, el deber de resarcir habrá de surgir con la mera violación del mismo, lo cual torna de por sí innecesaria a la interpelación ²⁰.

Y a mayor abundamiento, después de la reforma de la ley 17.711, entre nosotros el principio general pasó a ser el de la mora automática por el solo vencimiento del plazo (art. 509 C.C.); lo cual, claro está, torna en muy buena medida superabundante, todo el planteo precedente.

c) *Carga probatoria*. Se ha sostenido que en materia contractual al acreedor le bastaría con invocar la existencia de la obligación resultante del contrato y su incumplimiento, correspondiendo al deudor en su caso demostrar su irresponsabilidad ²¹; y que a la inversa, en la responsabilidad extracontractual el demandante debe acreditar no sólo la existencia del hecho ilícito, sino también el dolo o la culpa de su autor ²².

Planiol ya había combatido esta presunta diferencia, haciendo notar que en las obligaciones de carácter negativo, fuesen convencionales o legales, el acreedor no podía reclamar nada mientras no quedase establecido el hecho de la infracción, o sea que el *onus probandi* pesaba siempre sobre el acreedor: “la prueba del acto de contravención es la condición necesaria de toda condena en contra del deudor”. La carga de la prueba se distribuiría pues, en su entender, conforme a la naturaleza positiva o negativa del objeto de la obligación y no según que ella fuese contractual o legal ²³. Sin embargo resulta ser mucho más completo para aclarar este tema, el distingo entre obligaciones de medios y de fines propuesto por Demogue ²⁴: si el deudor promete un resultado, la prueba del incumplimiento de la obligación surge del hecho de no haberse logrado lo prometido; mientras que si el compromiso ha sido sólo de conducirse con prudencia y diligencia en un sentido dado, para probar el incumplimiento no basta ya con la no obtención del resultado, sino que además se deberá demostrar que ello obedeció a la culpa del deudor, quién no se habría comportado con la medida y diligencia debidas ²⁵.

d) *Competencia*. Se ha dicho que el juez competente para conocer en las acciones de responsabilidad, varía según que ellas deriven del incumplimiento de un contrato o de la comisión de un hecho ilícito ²⁶. Cuando la demanda se funda en un incumplimiento contractual, el juez competente es el del lugar del cumplimiento de la obligación (art. 5, inc. 3º de los Códigos Procesales en lo civil y comercial de la Nación y de la provincia de Buenos Aires, y disposiciones análogas de otros códigos); mientras que cuando la demanda lo es por indemnización de daños y perjuicios resultantes de un hecho ilícito, la jurisprudencia, luego de muchas vacilaciones, ha entendido que el juez competente es el del lugar en donde acaeció el hecho, aunque con la posibilidad para el accionante de elegir entre aquél y el juez del domicilio del demandado ²⁷; lo cual inclusive ha sido expresamente establecido por algunas legislaciones locales, como el art. 15 del Código de Procedimiento Civil de San Luis y el art. 5, inciso 4º de los Códigos Procesales en lo Civil y Comercial de la Nación y de la provincia de Buenos Aires.

Mas en rigor no es exacto que la competencia varíe según la materia, contractual o extracontractual, de la responsabilidad. En efecto, el lugar en el que se comete un hecho ilícito, es precisamente el sitio en el cual el obligado **no cumplió** o infringió el deber legal que da nacimiento a su deber de reparar el daño causado; o sea que tanto en ese caso como en el de la

responsabilidad por incumplimiento contractual, la regla general sobre la competencia judicial es siempre la misma: deberá conocer el magistrado del sitio en el que la obligación se debía cumplir²⁸.

e) *Capacidad*. Se sostuvo que la responsabilidad aquiliana es más amplia que la contractual, en razón de que para ser responsable por un hecho ilícito basta con la edad de 10 años, en que se adquiere el discernimiento con relación a los mismos (arts. 921, 1076 del C.C.); mientras que en cuanto a los actos lícitos y la responsabilidad emergente del incumplimiento contractual, el discernimiento comienza recién a los 14 años (arts. 127, 921, 1a. parte del C.C.), aunque por lo general se exige la mayoría de edad (arts. 126 y 127 del mismo Código)²⁹.

Pero se ha observado con acierto, que cuando se habla de capacidad contractual y delictual, se está aludiendo a dos supuestos diversos, ya que la primera se requiere para la formación del contrato y nacimiento de la obligación contractual; en tanto que la segunda presupone la previa existencia de una preceptiva obligatoria que impone un deber jurídico, lo que nada tiene que ver, por lo tanto, con la creación de tal deber. Como se ha dicho en términos muy expresivos, lo que sucede es que la capacidad contractual versa sobre la creación de la norma y la delictual sobre su violación³⁰.

f) *Posibilidad de ampliación o reducción de la responsabilidad*. Con referencia únicamente a la responsabilidad contractual, resulta posible por ejemplo, que por convenio de partes se establezca: el tarifamiento anticipado del monto de los daños y perjuicios, por medio de una cláusula penal (arts. 652 y ss. del C.C.); o que el obligado tome a su cargo y comprometa su responsabilidad aun por las consecuencias de un caso fortuito (arts. 513 y 889 C.C.); o, a la inversa, que se contemple una reducción o incluso una exoneración de responsabilidad; etcétera³¹.

Pero en definitiva todo ello es factible a mérito del principio de la autonomía de la voluntad en materia contractual (art. 1197 C.C.); por lo que, en rigor, no se puede pretender que ello configure una verdadera diversidad entre los regímenes de ambos tipos de responsabilidad.

g) *Reparación del daño moral*. En lo referente al daño moral se ha dicho que, en tanto su reparación debe ser acordada por el Juez en materia de hechos ilícitos, conforme a lo dispuesto por el art. 1.078 del C.C.; en materia de responsabilidad contractual es facultativo del magistrado hacer o no lugar al resarcimiento, ya que conforme al art. 522 reformado por la ley 17.711: “el juez podrá (o no) condenar al responsable a la reparación del agravio moral que hubiere causado de acuerdo a la índole del hecho generador de la responsabilidad y circunstancias del caso”³².

Sin embargo hoy en día la doctrina mayoritaria se inclina a sostener que, a pesar de los términos quizá no muy felices en que fuera redactado el art. 522, lo real es que de estar acreditada la existencia de un daño moral causado por un incumplimiento contractual, el juez no puede estar facultado para denegar el resarcimiento, lo que sería discrecional y arbitrario, sino que debe otorgarlo³³; entendimiento éste con el cual este pretendido diferendo se desvanece.

h) *Facultad judicial de atenuación de la responsabilidad*. En materia de hechos ilícitos culposos, el art. 1069 *in fine* del C.C., agregado por la ley 17.711, confiere al juez una facultad de atenuación o moderación de la responsabilidad, que no tiene correlato en el ámbito de la responsabilidad contractual³⁴.

Empero, una parte de nuestra doctrina y jurisprudencia ha entendido que dicha norma también sería aplicable por analogía a este último tipo de responsabilidad³⁵; lo cual, de ser aceptado plenamente, borraría tal diferencia.

i) *Responsabilidad refleja por el hecho de otro*. Para algunos otra diferencia consistiría en que existe responsabilidad extracontractual por el hecho ajeno, conforme al primer párrafo del art. 1113 del C.C.; mientras que ello no ocurre en el sector de la responsabilidad contractual, dada la ausencia a su respecto de una norma similar.

Pero pese a ello, doctrina y jurisprudencia han coincidido en que corresponde extender el régimen del art. 1113 a la responsabilidad contractual por daños causados por subordinados o auxiliares del deudor, lo que además está expresamente previsto para determinados contratos en

algunos preceptos específicos, como los de los artículos: 1516, 1561 y 1563 en la locación de cosas, el 1631 en la locación de obra, y el 2230 en punto al contrato de hospedaje; etc.³⁶.

j) *Responsabilidad por daños causados con intervención de cosas*. El mismo art. 1113 del Código Civil se ocupa, en su segundo párrafo, de la responsabilidad extracontractual del dueño o guardián, por el daño causado “con” o “por” cosas de su propiedad o bajo su cuidado; lo que tampoco sucede con relación a la responsabilidad contractual, por ausencia de normas semejantes. Sin embargo también se ha aceptado la existencia de un implícito sistema de responsabilidad contractual por el hecho de las cosas, basado en un deber de seguridad o garantía a cargo de quién ha entregado una cosa o se vale de ella para el cumplimiento de su obligación; inducido igualmente de algunas normas expresas de nuestro Código Civil: el art. 1525 en la locación de cosas, el 2176 sobre vicios redhibitorios, el 2247 y el 2286 sobre tales vicios en los contratos de mutuo y comodato respectivamente, etc.³⁷.

k) *Distintos factores atributivos de la responsabilidad*. En opinión de Bustamante Alsina, en la responsabilidad contractual el factor de atribución de la misma es esencialmente subjetivo, consistiendo en la imputabilidad por culpa del deudor en la inejecución del contrato; aunque excepcionalmente pueda aparecer el factor objetivo del riesgo profesional en el contrato de trabajo (ley 9688), y el del deber de seguridad en el contrato de transporte (art. 184 del Código de Comercio). En la extracontractual también sería esencialmente subjetivo el factor atributivo de tal responsabilidad: la culpa del autor del hecho; aunque existen numerosos casos en que ella tiene otro fundamento distinto, tratándose de diversos factores: el riesgo, la garantía, la equidad, etc., que integran un sistema donde la culpa cede su lugar a un número considerable de excepciones que escapan al principio de la responsabilidad subjetiva³⁸.

Pero de todas maneras, de lo expuesto resulta que en ambos regímenes existe un factor básico de atribución que es subjetivo: la imputabilidad por culpa o dolo, y que también en ambos juegan otros factores objetivos de responsabilidad.

3. *Verdaderas diferencias entre ambos regímenes*. En nuestro entender sólo existen en realidad tres verdaderas disimilitudes entre ambos regímenes de responsabilidad y en rigor una sola de significación.

La primera, que constituye una diferencia práctica importante, aunque no lo es en rigor desde un punto de vista conceptual, es la mancomunación entre los corresponsables; la segunda, que en cambio carece de mayor relevancia práctica, es la relativa a la extensión del resarcimiento; y la restante, que otorga relevante interés al distingo, es la referente al término de prescripción de las respectivas acciones resarcitorias.

a) *La mancomunación entre los corresponsables*. Esta constituye como se ha dicho, una diferencia práctica de trascendencia.

En efecto, los distintos coautores o copartícipes en un hecho ilícito son solidariamente responsables frente al damnificado, de conformidad con lo establecido por los arts. 1081 y 1109 del C.C..

En tanto que la co-responsabilidad contractual es en principio simplemente mancomunada, por lo que cada corresponsable adeuda únicamente su respectiva cuota parte (arts. 675 y 691 del C.C.); pudiendo ser solidaria sólo si así resulta sin lugar a dudas (art. 701 C.C.) del título constitutivo de la obligación o de una disposición legal (art. 699 C.C.). Siendo esto último verbigracia lo que sucede con la ley de defensa del consumidor 24.240, desde las reformas introducidas por la ley 24.999; la que prácticamente vino a restablecer la vigencia de los textos vetados al sancionarse la primera, cuyos arts. 13 y 40 instituyen ahora un sistema de responsabilidad objetiva derivada del vicio o defecto de la cosa o del servicio y una amplia legitimación pasiva solidaria entre los co-responsables: **Art. 13:** “*Son solidariamente responsables del otorgamiento y cumplimiento de la garantía legal, los prestadores, importadores, distribuidores y vendedores de las cosas comprendidas en el art. 11*”; y **Art. 40:** “*Si el daño al consumidor resulta del vicio o riesgo de la cosa o de la prestación del servicio, responderá el productor, el fabricante, el importador, el distribuidor, el proveedor, el vendedor*

y quien haya puesto su marca en la cosa o servicio ...La responsabilidad es solidaria, sin perjuicio de las acciones de repetición que correspondan. Sólo se liberará total o parcialmente quien demuestre que la causa del daño le ha sido ajena”.

Pero de todas maneras, esta diferencia está circunscripta a los supuestos de pluralidad de responsables, y no rige en los casos de un único obligado; lo cual evidencia su carácter no esencial. Y además, conceptualmente el principio es siempre el mismo para ambas responsabilidades: la solidaridad debe ser expresa o resultar claramente del título de la obligación (art. 701 C.C. y su doctrina); sólo que en materia de hechos ilícitos ello es así por categórica disposición de la ley (arts. 1081 y 1109, párr. 2º C.C.), en tanto que en materia contractual, donde impera la autonomía de la voluntad, deben ser las propias partes quienes lo establezcan con precisión en sus convenciones, ya que de lo contrario se aplica el régimen básico general de la simple mancomunación³⁹.

b) *Extensión del resarcimiento.* En cuanto a esto, el régimen de los daños e intereses en el incumplimiento contractual se encuentra legislado en los arts. 519 a 522 del C.C.; en tanto que para los hechos ilícitos rige lo dispuesto en los arts. 901 y ss. del mismo Código.

En el primer caso, si el incumplimiento es culposo, el deber de reparar se limita a los daños que sean consecuencia inmediata y necesaria de aquél (art. 520 C.C.), y en el doloso o “malicioso” el mismo alcanza también a las consecuencias mediatas (art. 521 C.C.); pero nunca se responde por las consecuencias casuales.

En cambio en todos los hechos ilícitos, culposos o dolosos, se responde siempre de las consecuencias inmediatas (art. 903 C.C.) y de las mediatas previsibles (art. 904 C.C.); amén de que en los delitos puede inclusive llegarse a responder de ciertos “casos fortuitos” o consecuencias casuales no remotas. Tal ante todo, de consecuencias casuales para la generalidad de los individuos pero que no lo fueron para el autor del hecho, quién por sus especiales conocimientos las tuvo en sus miras al ejecutarlo, es decir que las previó y las quiso (art. 905 C.C.), de forma tal que en rigor se trata a su respecto de “consecuencias mediatas” previstas y queridas, pese a que en general o en abstracto fuesen “casuales”⁴⁰; aunque es obvio que tratándose de consecuencias “mediatas” previstas y queridas por el agente del daño, la misma responsabilidad cabría en el incumplimiento contractual doloso o “malicioso”, conforme a lo previsto en el art. 521 del C.C.. E igualmente puede existir responsabilidad por ciertos “casos fortuitos” que no habrían llegado a acontecer de no haberse producido con anterioridad el hecho ilícito (arts. 1091, 2435, 2436, etc. del C.C.); lo que por otra parte no se contradice con lo establecido en el art. 513 del C.C. para el incumplimiento contractual, que hace responsable al deudor del caso fortuito cuando éste se hubiese producido por su culpa, y por ende, con tanta mayor razón, si lo hubiese sido por dolo.

c) *Plazo de prescripción de la acción indemnizatoria.* En punto a prescripción la diferencia es en cambio mucho más notoria, puesto que es en general de diez años para la acción resarcitoria por incumplimiento contractual, que se rige por la prescripción decenal ordinaria del art. 4023 del C.C., y de sólo dos años para la responsabilidad civil extracontractual, que se encuentra expresamente contemplada en el art. 4037 del C.C..

Sin embargo, precisamente en el caso del contrato de transporte oneroso de personas, que es típicamente comercial, se suscitó entre nosotros una controversia doctrinal sobre si a la acción indemnizatoria por incumplimiento del mismo, que se da cuando el pasajero no llega sano y salvo a su lugar de destino (art. 184 y su doctrina del Cód. de Comercio), le era aplicable la prescripción ordinaria, también decenal, del art. 846 del Código de Comercio, o si el transporte de personas encuadraba en el art. 855 de dicho Código (texto reformado por la ley 22.096) que fijaba en un año el plazo de prescripción para “*las expediciones realizadas en el interior de la República*” y en dos años para las dirigidas a cualquier otro lugar.

Ahora bien, al margen de cual hubiese podido ser la solución con el texto primitivo del citado art. 855; lo cierto es que éste fue modificado por la ley 22.096 del 30 de setiembre de 1979 y hoy preceptúa que: “*Las acciones que derivan del contrato de transporte de personas o cosas y que no tengan fijado en este Código un plazo menor de prescripción, se prescriben: 1) por un año, en los transportes realizados en el interior de la República; 2) por dos años, en los*

transportes dirigidos a cualquier otro lugar". Y conforme al texto actual, la acción indemnizatoria del pasajero contra el transportista por un transporte cumplido dentro del país, el término de prescripción es el de un año del art. 855 inc. 1º del Cód. de Comercio reformado por la ley 22.096⁴¹; salvo que el damnificado pudiese optar conforme al art. 1107 del C.C. por la acción de responsabilidad civil extracontractual, en cuyo supuesto el término de prescripción sería el de 2 años conforme al art. 4037 C.C.

Ahora bien, la existencia de esta prescripción especial de un año para la acción indemnizatoria derivada de daños sufridos durante un transporte oneroso de personas, dio lugar a que, estando ya prescripta la acción de responsabilidad contractual contra la empresa transportista, se intentara no obstante una acción de responsabilidad civil extracontractual contra el conductor empleado de la misma, con quien -se sostuvo- el damnificado no tenía ninguna vinculación contractual, para así involucrar a aquélla por vía refleja o indirecta en su condición de principal o patrona del chofer; y ésta fue precisamente la postura adoptada por una parte importante de nuestra doctrina y jurisprudencia⁴². Sin embargo se registraron también algunas disidencias en la Cámara Nacional en lo Civil de Capital Federal, dado que la Sala C en su fallo del 15 de agosto de 1989, en el que además modificara su anterior criterio en el otro sentido ya señalado, se pronunció sosteniendo que el chofer, dependiente de la empresa de transporte, también asume la obligación de llevar sano y salvo al pasajero a su destino, que *"es la misma que la del empresario. Hay identidad de objeto y de acreedor. También de causa, y al deudor principal se suma el conductor del vehículo"*, y que a su vez *"el pasajero admite que lo conduzca el chofer que está a cargo del rodado, sin que pueda indagar si es patrón o dependiente"*; calificándose en definitiva de *"contractual ...(a) la acción que le asiste al pasajero contra el chofer, sobre la base del contrato... (que) reside en considerar al dependiente como agente del cumplimiento de la obligación del transportista"*⁴³. Empero, la jurisprudencia de dicho tribunal finalmente se unificó en el sentido de que la responsabilidad civil del conductor de vehículo de transporte de pasajeros es extracontractual, en el plenario del 26 de Octubre de 1993, recaído en los autos *"Corsetti de Patrignani c/ Martínez"*⁴⁴.

4. El problema de la opción

Si la responsabilidad fuese una sola, ya provenga de la comisión de un hecho ilícito o del incumplimiento de obligaciones contractuales, la "opción" no constituiría un problema jurídico; pero si lo es cuando, como entre nosotros, la responsabilidad varía según la naturaleza de la obligación violada y es necesario conservar para cada una su radio de aplicación, evitando que se entremezclen los principios que las rigen⁴⁵. En nuestro derecho Vélez Sársfield, siguiendo las enseñanzas de Aubry y Rau⁴⁶, se decidió por la inadmisibilidad de tal opción, estableciéndolo así en el art. 1107 del C.C., aunque con excepción del supuesto de que el incumplimiento contractual degenera asimismo en un delito del derecho criminal⁴⁷. Aunque en rigor son dos las hipótesis que pueden encuadrarse dentro de tal excepción: 1) Inejecución contractual que implica al mismo tiempo un cuasidelito civil constitutivo además de un delito penal; y 2) Inejecución contractual que degenera en delito del derecho penal.

El primer supuesto está específicamente contemplado en el art. 1107, por lo que la solución no es dudosa: cuando el daño se origina en una violación de obligaciones exclusivamente contractuales, la acción resarcitoria deberá sustanciarse y resolverse de acuerdo a las disposiciones sancionadas para este tipo de responsabilidad, sin que sea posible utilizar las que reglamentan los cuasidelitos⁴⁸; pudiendo recordarse concretamente a un fallo de la Sala D de la Cámara Nacional en lo Civil, en el que se resolviera que: *"Nuestro Código Civil adoptó un régimen de incompatibilidad entre los institutos de responsabilidad contractual y aquiliana, de modo que un único hecho que es a la vez incumplimiento de un contrato y contrario a la obligación general de no dañar, debe necesariamente ser analizado desde el ámbito de la responsabilidad contractual, salvo que se de el supuesto del art. 1107 de dicho ordenamiento"*⁴⁹.

Pero sin embargo queda por ver como se resuelve el inevitable conflicto entre las dos acciones resarcitorias, tanto para evitar que el perjudicado obtenga dos veces lo que le era debido, como para impedir que una errónea elección de la vía correspondiente pueda privar de la indemnización a quien tiene derecho a ella. No obstante hoy se admite en general, que la tarea del demandado se concreta en lo esencial, en la exposición de las circunstancias de hecho a las que asigne una especial consecuencia jurídica (*causa petendi*), pero que habrá de ser el juez quien decida si se ha operado o no la consecuencia jurídica pretendida; siéndole indiferente la designación técnica que el actor le pueda haber dado a la situación de hecho, por cuanto a mérito del principio *iura novit curia*, puede elegir libremente la o las normas que conceptualicen el caso sometido a su decisión. Más que un problema de opción se trata pues de uno de “delimitación” del campo propio de cada una de las dos responsabilidades, tarea que en última instancia le concierne al juez de la causa.

Empero existen algunos casos que pueden hacer dudar de la generalidad de la regla: los de la responsabilidad de dueños de hoteles, casas públicas de hospedaje, establecimientos públicos, capitanes de buque y patrones de embarcación, con relación a los daños causados en los efectos introducidos por los pasajeros en aquéllas o embarcados en estos últimos, sobre los que legislan los arts. 1118 y 1119 del C.C. -Título IX, Sección II del Libro I-, y también el capítulo VI del título XV, Sección III del mismo libro, dedicado al “depósito necesario” (art. 2229 y ss. del C.C.); al punto que el art. 2230 aparece casi como una repetición del 1118 y que en el 1120 se hace una expresa remisión a las normas sobre el depósito necesario. En estos casos podría parecer *prima facie*, y así lo ha entendido una parte de la doctrina, que la víctima tiene opción entre la acción cuasidelictual fundada en el art. 1118 y la contractual resultante del art. 2230, ambos del C.C.⁵⁰ Pero la mayoría sostiene que en estos supuestos se trataría de una responsabilidad puramente contractual, ya que los arts. 1118 y 1119 estarían erróneamente ubicados en el título de los cuasidelitos⁵¹; de forma tal que el damnificado sólo gozaría de la acción derivada del incumplimiento contractual.

Finalmente, si se tratase de la inejecución de un contrato que a la vez degenera en delito del derecho criminal, aparece entonces si la posibilidad de optar por el régimen de la responsabilidad civil extracontractual, en razón de que tal delito supone por si mismo, la violación de un deber legal independiente de la mera inejecución del contrato⁵²; sin que importe desde el punto de vista civil que tal delito criminal sea constitutivo de un delito o de un cuasidelito, ya que al no hacer distingos el art. 1107, la responsabilidad será siempre extracontractual. Sobre el respecto algunos autores extranjeros sostuvieron que aun este supuesto la responsabilidad seguiría siendo exclusivamente contractual⁵³; lo que entre nosotros empero aparece contradicho por el propio texto del art. 1107 del C.C.. Otros en cambio han considerado que la responsabilidad sería puramente delictual, excluyendo las normas relativas al incumplimiento contractual, atento que el contrato sólo tendría una importancia secundaria, ya que no habría sido más que el medio para cometer el delito penal⁵⁴. Y finalmente la mayoría entiende que en este caso especial, el damnificado tiene efectivamente la posibilidad de optar por la acción que le resulte más conveniente para obtener la reparación; puesto que sería absurdo que las acciones penales, introducidas para reforzar ciertas obligaciones, pudieran traer como consecuencia la destrucción de la esencia misma del contrato que se trataba de asegurar⁵⁵. Y recientemente se ha sostenido por algunos autores, que también es viable la opción, cuando el incumplimiento de la obligación por el deudor es realizado con el deliberado propósito de causar un daño al acreedor, sin que sea necesario entonces que tal acto configure un delito del derecho criminal, por cuanto la intención dañosa configura de por si el delito civil, y “*en materia de delitos, a diferencia de lo que ocurre tratándose de cuasidelitos, no hay una norma separativa similar a la del art. 1107, que le impida al acreedor acogerse al régimen de la responsabilidad delictual*”⁵⁶.

En consecuencia, ínterin no se modifique nuestro Código Civil en esta materia, en toda labor interpretativa será siempre útil tener en cuenta lo señalado por Morello, sobre que: “*la norma específica (alude al art. 1.107 del C.C.) no se resiente de rigidez, porque su cometido es esencialmente el de ordenador de regímenes que giran sobre ejes propios, los que si bien no toleran que puedan ser usados de modo combinado, tampoco excluyen que, frente a las*

particularidades de cada caso, evaluándose la conducta integral del agente, se admitan las aperturas necesarias... Hay que huir de toda uniformidad deformante que pretenda reducir los problemas reales, de por sí complejos, a moldes cerrados (como 'chalecos de fuerza') con miras a una simplificación recomendable pero imposible”⁵⁷.

5. Posibilidad de la unificación de los regímenes

Sobre la conveniencia de la unificación de ambos regímenes existe una uniforme opinión doctrinaria⁵⁸.

Además ello ha sido objeto de coincidentes declaraciones en distintos congresos y encuentros científicos, a partir del Tercer Congreso Nacional de Derecho Civil celebrado en Córdoba en el año 1961 -Tema 7, recomendación 16-⁵⁹; las “Quintas Jornadas de Derecho Civil” de Rosario, año 1971 -punto 2do. de la Recomendación aprobada para el Tema 5-⁶⁰; las “Primeras Jornadas Australes de Derecho” de Comodoro Rivadavia, año 1980 -punto IV.1 del Tema A-⁶¹; en 1986 las “Segundas Jornadas Bonaerenses de derecho civil, comercial y procesal” de Junín - Comisión N° 2, punto II.1.⁶², las “Terceras Jornadas Sanjuaninas de Derecho Civil” -Comisión N° 4, recomendación de *lege ferenda*, letra A), N° 1, 2 y 3⁶³-, y las “Jornadas Nacionales sobre unificación de las obligaciones civiles y comerciales”, organizadas por el Instituto Argentino de Derecho Comercial del Colegio de Escribanos de la Capital Federal-⁶⁴; el “II Congreso Internacional de Derecho de Daños” de Buenos Aires, año 1991 -Comisión N° 2, Despacho de *lege lata* N° 1-⁶⁵; y las “Terceras Jornadas de Derecho Civil y Comercial de la Provincia de La Pampa”, de Santa Rosa, año 1991 -Comisión N° 2, , punto I.1.⁶⁶.

Y en esa misma dirección se han orientado los últimos Proyectos de reforma a nuestro Código Civil, lo que además se proclama estentóreamente en el propio texto del de 1998, según resulta de su primer preceptiva sobre responsabilidad civil, el artículo 1581, que dice: “*Las disposiciones de este título son aplicables cualquiera que sea la fuente del deber jurídico de cumplir o de reparar el daño*”⁶⁷.

Empero, la verdad es que en definitiva tampoco se logró en los mismos una completa unificación, siempre en función de las desemejanzas que se dejan subsistentes en punto a los distintos plazos de prescripción liberatoria de las respectivas acciones. Así en los dos Proyectos de 1993 y en el de 1998, se hace regir por el término ordinario de cinco años en los dos primeros (arts. 4023 del Proyecto de la Comisión designada por la Cámara de Diputados y 3993 del Proyecto de la comisión creada por el P.E.) y de cuatro en el último (art. 2501), a la prescripción de la acción indemnizatoria por responsabilidad contractual; en tanto que los daños y perjuicios derivados de accidentes de tránsito, o resultantes del contrato de transporte de personas, van a prescribirse a los dos años en todos los proyectos (arts. 4030 incisos 4° y 5° del Proyecto de 1993 de la Comisión de Diputados; 3994 incs. 2) y 6) del Proyecto de 1993 de la Comisión del P.E. y 2502, incs. b) y d) del de 1999).

Y es más llama poderosamente la atención, que también en los Proyectos de 1993 de la Comisión del P.E. y de 1998, sin que se brinde ninguna explicación sobre el respecto⁶⁸, se asignen inclusive diferentes plazos de prescripción a dos distintos supuestos de responsabilidad por hechos ilícitos: el de dos años ya visto para las acciones de reparación por perjuicios derivados de accidentes de tránsito y del contrato de transporte de personas (arts. 3994 incs. 2) y 6) del primero y 2502, incs. b) y d) del segundo), y nada más que un año para las acciones de indemnización de daños provenientes de ataques al honor, a la intimidad y a la imagen (art. 3995 inc. 5) del de 1993 y art. 2503 inc. d) del de 1998).

Todo lo cual sin lugar a dudas, afecta a la perseguida unificación del régimen de la responsabilidad civil, también pregonada en los “Fundamentos” del Proyecto de 1998, curiosamente en la misma parte dedicada al tema de la prescripción extintiva⁶⁹, en el que empero se mantiene la diversidad.

Aunque en rigor, pensamos que es correcto lo señalado en cuanto a que: se trata de “unificación” y no de “identidad”; atento que hay que “*tener en cuenta que ciertas diferencias entre las órbitas contractual y extracontractual de la responsabilidad no pueden ser eliminadas en cuanto conciernen a metodologías diversas... Así como la moda unisex no convierte al hombre en mujer, ni a la mujer en hombre, la unificación de regímenes en materia de responsabilidad no diluye ni puede diluir la distinta estructura del contrato respecto del hecho ilícito*”⁷⁰.

NOTAS:

¹ C. AUBRY Y C. RAU, *Cours de droit civil français d'après la méthode de Zachariae*, 5ª ed., Paris, Marchal et Billard, 1902, t. VI, pág. 371, § 446, N° 7 y nota 7; G. BAUDRY-LACANTINERIE y I. BARDE, *rattato teorico pratico di diritto civile. Delle Obbligazioni*, trad. italiana, Milano, ed. Francesco Vallardi, s/f., t. I, pág. 413 y ss., N° 356; E. COLMET DE SANTERRE, *Cours analytique du Code Napoleon*, Paris, Henri Plon, t. V, pág. 486 y ss., N° 256 bis-IV; Charles DEMOLOMBE, *Cours du Code Napoleon*, 3ª ed., Paris, Durand - Hachette, 1927, t. XXXI, pág. 407 y ss., N° 472 y ss.; Théophile HUC, *Commentaire théorique et pratique du Code Civil*, Paris, F. Pichon, 1.894/95, t. VII, pág. 142 y ss., N° 95 y t. VIII, pág. 560 y ss., N° 424; M. L. LAROMBIÈRE, *Théorie et pratique des obligations*, Paris, A. Durand, 1847, t. V, pág. 689, art. 1382, N° 8; F. LAURENT, *Principios de derecho civil*, trad. española, La Habana, ed. Juan Buxo, 1917, t. XVI, pág. 323, N° 230 y t. XX, pág. 581, N° 463 y pág. 606, N° 523.

² En *Revue Critique de Legislation et Jurisprudence*, Paris, 1.886, pág. 485 y ss.

³ Nota en *Recueil Sirey*, Paris, 1.886, 4a. parte, pág. 25.

⁴ Marcel PLANIOL, su “nota” en *Dalloz Périodique*, 1896, 2ª parte, pág. 457; Paul ESMEIN, “El fundamento de la responsabilidad contractual comparado con la responsabilidad delictual”, trad. española, en el N° 3 de la *Revista Crítica de Jurisprudencia*, Buenos Aires, 1934, pág. 49 a 60 y 73 a 84; PEIRANO FACIO, Jorge *Responsabilidad extracontractual*, Bogotá, ed. Temis, 1979, pág. 59 y ss., N° 34 y ss.; SALAS, Acdeel Ernesto “*Responsabilidad contractual y responsabilidad delictual*” en *Estudios sobre la responsabilidad civil*, Buenos Aires, Valerio Abeledo, 1947, pág. 10 y ss., N° 7; Félix A. TRIGO REPRESAS, “Unificación de la responsabilidad por daños” en *Derecho de daños. Homenaje al profesor doctor Jorge Mosset Iturraspe*, Buenos Aires, La Rocca, 1989, pág. 73 y ss., N° 1.

⁵ Atilio Aníbal ALTERINI, *Responsabilidad civil. Límites de la reparación civil*, Buenos Aires, Abeledo-Perrot, 1970, pág. 35 y ss., N° 23 y ss.; Atilio ALTERINI Aníbal - Oscar José AMEAL - Roberto M. LÓPEZ CABANA, *Derecho de Obligaciones. Civiles y Comerciales*, 4ª ed., Buenos Aires, Abeledo-Perrot, 2008, pág. 166 y ss., § 2.

⁶ Ambrose COLIN - Henri CAPITANT, *Curso elemental de derecho Civil*, trad. Demófilo De Buen, Madrid, Reus, 1951, t. III, pág. 840 y ss.; G. P. CHIRONI, *Culpa contractual*, trad. A. Posada, Madrid, Reus, 1898, pág. 18, N° 6 y 23 y ss., N° 9; Jorge GIORGI, *Teoría de las obligaciones en el derecho moderno*, trad. española, Madrid, Reus, 1911, t. V, pág. 207 y ss., N° 140; J. W. HEDEMANN, *Derecho de las obligaciones*, trad. Jaime Santos Briz, Madrid, Ed. Revista de Derecho Privado, 1958, pág. 112 y ss.; Louis JOSSERAND - André BRUN, *Derecho civil*, trad. Santiago Cunchillos y Manterola, Buenos Aires, EJE, 1950, t. 2, vol. 1, pág. 304, N° 422.

⁷ ALTERINI, *Responsabilidad civil cit.*, pág. 72 y ss., N° 74; Luis María BOFFI BOGGERO, *Tratado de las obligaciones*, Buenos Aires, Astrea, 1973, t. 2, pág. 93 y ss., § 396; Alberto J. BUERES, “El daño injusto y la licitud e ilicitud de la conducta” en *Derecho de daños. Homenaje al profesor Dr. Jorge Mosset Iturraspe*, Buenos Aires, Ediciones La Rocca, 1989, pág. 149 y ss., n.ºs. 3 y 4; Jorge BUSTAMANTE ALSINA, *Teoría general de la responsabilidad civil*, 9ª ed., Buenos Aires, Abeledo-Perrot, 1997, pág. 111, N° 177; Carlos Alberto GHERSI, “Reparación de daños”, Buenos Aires, Universidad, 1989, pág. 175 y ss., N° 1 y 2; Aída KEMELMAJER DE CARLUCCI, en el *Código Civil y leyes complementarias. Comentado, anotado y concordado*, director Augusto C. Belluscio, coordinador Eduardo A. Zannoni, Buenos Aires, Astrea, 1984, t. 5, pág. 5, § 8; Jorge Joaquín LLAMBIAS, *Tratado de derecho civil. Obligaciones*, Buenos Aires, Perrot, 1973, t. III, pág. 614 y ss., N° 2208-b y nota 13; Cám. Nac. Civil, Sala C, 15/8/89, “Polino c/ Volpato”, L.L. 1990-A-334 y J.A. 1989-IV-467; id. 6/9/88, “Parras c/ Arzobispado de Bs. As.”, L.L. 1989-B-491; S.C.B.A., 3/5/83, “Claudel c/ Furst Zapiola”, E.D. 105-174; Cám. Civ. Com. San Martín, Sala II, 11/11/86, “A. Q., J. R.”, *Doctrina Judicial* 1987-1-845; Cám. Civ. Com. Morón, Sala 2ª, 5/2/87, “Altamirano c/ Cerámica Martín SA”, L.L. 1987-D-373; etc. Comparar: Jorge MOSSET ITURRASPE, *Responsabilidad por daños*, Buenos Aires, Ediar, 1971, t. I, pág. 37, N° 16; Alfredo ORGAZ, *La ilicitud (Extracontractual)*, Córdoba-Buenos Aires, Ediciones Lerner, 1973, pág. 28, N° 4; Georges RIPERT - Jean BOULANGER, *Tratado de derecho civil según el Tratado de Planiol*, trad. de Delia García Daireaux, Buenos Aires, La Ley, 1965, t. V, pág. 24, N° 899.

⁸ C.S.N., 5-8-86, “Santa Coloma c/ Ferrocarriles Argentinos”, J.A. 1986-IV-625, E.D. 120-649 y “Fallos” 308:1160.

⁹ C.S.N., 5/8/86, “Gunther c/ Gob. Nac.”, “Fallos” 308:1118, J.A. 1987-IV-653 y E.D. 120-524, con nota de Germán J. Bidart Campos “Base constitucional del resarcimiento por daños sufrido en acto de servicio militar”.

¹⁰ C.S.N., 5-8-86, “Luján c/ Gob. Nacional”, “Fallos” 308:1109.

¹¹ C.S.N., 1/4/92, “Gómez c/ Clerici”; 24-8-95, “P., F. F. c/ Ferrocarriles Arentinos”, L.L. 1995-E-17; 25/9/97, “Lew, B. J. c/ Policía Federal argentina”, L.L. 1998-E-528 y J.A. 1998-I-97; 17-3-98, “Peón c/ Centro Médico del Sud”, L.L. 2000-D-467, E.D. 181-489, J.A. 1999-IV-256 y RCyS 1999-1106; 21-9-2004, “Aquino c/

Cargo Servicios Industriales S.A.”, L.L. 2004-F-95 y E.D. 209-563; y 5-4-2005 “Angel Estrada y Cía SA c/ La Secretaría de Energía y Puertos”, L.L. 2005-C-740.

¹² BUERES “El daño injusto...” en Derecho de daños. Homenaje al prof. Dr. Jorge Mosset Iturraspe, cit., pág. 150, N° 3; Roberto A. VÁZQUEZ FERREYRA, *Responsabilidad por daños (Elementos)*, Buenos Aires, Depalma, 1993, pág. 131 y ss., N° 5.

¹³ Hans KELSEN, *La teoría pura del derecho*, trad. de la edición francesa de Neuchâtel, 1953, de Moisés Nilve, Buenos Aires, Eudeba, 1979, pág. 147 y ss., N° 5; idem *Teoría general del Estado*, trad. de Luis Legaz y Lacambra, México, ed. Nacional, 1965, pág. 304 y ss.; idem *Compendio de la teoría general del Estado*, trad. de Luis Recasens Siches y Justino de Azcárate, Barcelona, Bosch, 1934, pág. 189 y ss..

¹⁴ Luis RECASENS SICHES, “Estudio preliminar” a Kelsen, *Compendio de la teoría general del Estado* cit., pág. 58 y ss., N° 30; Hans KELSEN, *El contrato y el tratado analizados desde el punto de vista de la teoría pura del derecho*, trad. de Eduardo García Maynez, México, Imprenta Universitaria, 1943, págs. 11 a 14, 55, 56, 149, 150 y 159 a 164.

¹⁵ Acdeel E. SALAS, “Responsabilidad contractual y responsabilidad delictual” en “*Estudios sobre la responsabilidad civil*”, Buenos Aires, Valerio Abeledo, 1947, pág. 8, N° 4; Julien BONNECASE, *Elementos de derecho civil*, trad. de José M. Cajica (Jr.), Puebla (México), ed. J. M. Cajica (Jr.), 1946, t. II, pág. 412 y ss., N° 78; René DEMOGUE, *Traité des obligations en général*, Paris, ed. Arthur Rousseau, 1925, t. V, pág. 545, N° 1239; Paul ESMEIN, “El fundamento de la responsabilidad contractual comparado con la delictual” en el N° 3 de la Revista Crítica de Jurisprudencia, Buenos Aires, 1934, pág. 49 y ss., N° 29; Henri y Léon MAZEAUD - André TUNC, *Tratado teórico y práctico de la responsabilidad civil delictual y contractual*, trad. de Luis Alcalá Zamora y Castillo, Buenos Aires, EJE, 1962, t. 1, vol. I, pág. 117 y ss., N° 100; Mircea MIOC, *La securité de la personne physique et la responsabilité contractuelle*, Paris, Librairie de Jurisprudence ancienne et Moderne, 1938, pág. 62 y ss.; Georges RIPERT - Jean Boulanger, *Tratado de derecho civil según el tratado de Planiol*, trad. de Delia García Daireaux, Buenos Aires, La Ley, 1965, t. V, pág. 34, N° 911; Biagio BRUGI, *Instituciones de derecho civil*, trad. Jaime Simo Bofarull, México, Uthea, 1946, pág. 140 y ss., N° 26; GIORGI, ob. cit., t. V, pág. 205, N° 137.

¹⁶ SALAS, “Responsabilidad contractual y responsabilidad delictual” en *Estudios sobre la responsabilidad civil* cit., pág. 12 y ss., n^{os} 8 y 9.

¹⁷ Antes la jurisprudencia distinguía entre delitos y cuasidelitos, admitiendo la mora automática para los primeros y no para los segundos (plenario de la Cám. Civil de Cap. Fed., 13/3/43, “Iribarren c/ Sáenz Briones y Cía”, L. L. 29-704 y J.A. 1943-I-844; confr. Llambías, Jorge J. “*Estudio sobre la mora en las obligaciones*”, Buenos Aires, Perrot, 1965, pág. 45). Luego prevaleció en el país la doctrina de que la mora es automática en todos los hechos ilícitos (C.S.N., 14/7/61, “Lucena c/ Gob. Nac.”, L.L. 107-354 y J.A. 1962-II-177; Cám. Civ. en pleno Cap. Fed., 16/12/58, “Gómez c/ Empr. Nac. de Transportes”, L.L. 93-667; Cám. Nac. Comercial, Sala A, 31/10/62, “Farro c/ Transportes Bs. As.”, E.D. 5-172; S.C.B.A., 14/4/59, “Yantorno c/ Larrado”, J.A. 1959-VI-196; Cám. Civ. 2a. La Plata, Sala Ila., 14/10/60, “Rodríguez c/ Pcia. de Bs. As.”, L.L. 102-23; id. Sala IIIa., 19/5/61, “Rollié c/ Soc. Autobús Dardo Rocha”, L.L. 105-735; Cám. Ap. Rosario, 2/1/60, “Ferrari de Atencio c/ Vitantonio”, L. L. 105-349; idem Sala IIIa., 9/11/61, “Incica c/ Empr. de Transporte Rosario”, L.L. 106-204; Sup. Trib. Entre Ríos, 9/8/61, “Mosser c/ Porfirio”, L.L. 105-636; Cám. Fed. Paraná, 26/10/59, “Gob. Nac. c/ Nadalén”, J.A. 1960-V-582; etc.

¹⁸ Arturo ACUÑA ANZORENA, “Responsabilidad contractual por el hecho de otro” en J.A. t. 53, secc. doctrina, pág. 26; BAUDRY-LACANTINERIE-BARDE, ob. cit., t. I, pág. 501, N° 473 y t. IV, pág. 602, N° 2878; André BRUN, *Rapports et domaines des responsabilités contractuelle et delictuelle*, Paris, 1931, Librairie du Recueil Sirey, pág. 41 y ss., N° 22; COLIN-CAPITANT, ob. cit., t. III, pág. 37 y ss.; JOSSERAND-BRUN, ob. cit., t. 2, vol. I, pág. 366 y ss., N° 485 y 501, N° 621; Raymundo M. SALVAT - Arturo ACUÑA ANZORENA, *Tratado de derecho civil Argentino. Fuentes de las obligaciones*, 2ª ed., Buenos Aires, TEA, 1958, t. IV, pág. 131, N° 2878 y nota 2-h; Cám. Nac. Comercial, Sala B, 15/10/51, “Córdova c/ Jobke y Neidig”, L.L. 65-93.

¹⁹ Guillermo A. BORDA, *Tratado de derecho civil. Obligaciones*, 9ª ed. actualizada por Alejandro Borda, Buenos Aires, La Ley, 2008, t. I, pág. 83, N° 70; Eduardo B. BUSSO, *Código Civil anotado*, Buenos Aires, Ediar, 1949, t. III, pág. 268, N° 115; Alfredo COLMO, *De las obligaciones en general*, 3ª ed., Buenos Aires, Gmo. Kraft, 1944, pág. 249 y ss., N° 366; Héctor LAFAILLE, *Tratado de las obligaciones*, Buenos Aires, Ediar, 1950, t. II, pág. 90, N° 963; LLAMBIÁS, *Estudio sobre la mora...* cit., pág. 50, N° 31; Baldomero J. LLERENA, *Concordancias y comentarios del Código Civil argentino*, 2ª ed., Buenos Aires, Jacobo Peuser, 1900, t. III, pág. 114, art. 633, N° 2; Augusto M. MORELLO, *La mora en el N° 751 de la Revista Notarial*, La Plata, noviembre-diciembre de 1963, pág. 1905, N° 18; Raymundo M. SALVAT - Enrique V. GALLI, *Tratado de derecho civil argentino. Obligaciones en general*, 6ª ed., Buenos Aires, TEA, 1952, t. I, pág. 119, N° 107; S.C.B.A., 8/7/41, “Aparicio c/ F.C.Sud”, Ac. y Sent. Serie 17, t. IX, pág. 183.

²⁰ MIOC, ob. cit., pág. 23 y ss.; Marcel PLANIOL, “Nota” en el *Dalloz Périodique*, 2ª parte de 1896, Paris, pág. 457; RIPERT-BOULANGER, ob. cit., t. V, pág. 35, N° 912; SALAS “*Responsabilidad contractual y responsabilidad delictual*” en *Estudios sobre la responsabilidad civil* cit., pág. 18, N° 13; Alberto G. SPOTA, “Acto ilícito e intereses de la suma de dinero representativa de la indemnización” en J.A. 1956-II, pág. 61.

²¹ Cám. Nac. Civil, Sala D, 4/7/69, “Muiño c/ Salto”, E.D. 28-218.

²² BRUN, ob. cit., pág. 58 y ss., N° 44 y 62 y ss., N° 48; BAUDRY-LACANTINERIE y BARDE, ob. cit., t. I, pág. 415, N° 356; COLIN - CAPITANT, ob. cit., t. III, pág. 843 y ss.; HUC, ob. cit., t. VII, pág. 142 y ss., N° 95; Gian A. MICHELI, *La carga de la prueba*, trad. de Santiago Sentís Melendo, Buenos Aires, EJE, 1970, pág. 441; Raymond SALEILLES, *Etude sur la théorie générale de l'obligation d'après le premier projet de Code Civil pour l'empire allemand*, Paris,

Librairie Générale de Droit et de Jurisprudence, 1914, pág. 436 y ss., N° 333; Cám. Nac. Comercial, Sala B, 15/10/51, “Córdova c/ Jobke y Neidig”, L.L. 65-93.

²³ Marcel PLANIOL, “Nota” cit. en el *Dalloz Périodique*, 2a. parte de 1896, pág. 457; Ripert-Boulanger, ob. cit., t. V, pág. 35, N° 912; HENOCCH D. AGUIAR, *Hechos y actos jurídicos en la doctrina y en la ley*, Buenos Aires, TEA, 1950, t. II, pág. 374 y ss., N° 58-e); COLMO, ob. cit., pág. 84 y ss., N° 110; LAFAILLE, ob. cit., y I, pág. 173 y ss., N° 180.

²⁴ Obligación de medios es la que sólo impone diligencia y aptitud para cumplir las medidas que, normalmente, conducen a un resultado, pero sin asegurar la obtención del mismo; obligación de fines es la que compromete un resultado determinado (DEMOGUE, ob. cit., t. V, pág. 545 y ss., N° 1239 y ss.; MAZEAUD-TUNC, ob. cit., t. 1, vol. I, pág. 126 y ss., N° 103-2 a 103-6; Henri, Léon y Jean MAZEAUD, *Lecciones de derecho civil*, trad. de Luis Alcalá Zamora y Castillo, Buenos Aires, Ejea, 1960, t. I, pág. 21 y ss., N° 21; Dalmiro A. ALSINA ATIENZA, “La carga de la prueba en la responsabilidad del médico. Obligaciones de medio y obligaciones de resultado” en J.A. 1958-III-592; Enrique V. GALLI, “Obligaciones de resultado y de medios” en el N° 1 de la Revista Jurídica de Buenos Aires, Facultad de Derecho de la U.B.A., 1958, pág. 1 y ss.; Roberto MARTÍNEZ RUIZ, “Obligaciones de medio y de resultado” en L.L. 90-756; SALVAT-GALLI, ob. cit., t. I, pág. 32 y ss., N° 23-c y d.

²⁵ DEMOGUE, ob. cit., t. V, pág. 538 a 544, N° 1237; E. BONASI BENUCCI, *La responsabilidad civil*, trad. de Juan V. Fuentes Lojo y José Peré Raluy, Barcelona, Bosch, 1958, pág. 1; MAZEAUD-TUNC, ob. cit., t. 1, vol. II, pág. 420, n°s 699 y 701; Salas “Responsabilidad contractual y responsabilidad delictual” en *Estudios sobre la resp. civil* cit., pág. 19 y ss., N° 14.

²⁶ Tomás JOFRÉ, “Notas” en J.A. t. I, págs. 207 y 390 y t. VI, pág. 347; David LASCANO, *Jurisdicción y competencia*, Buenos Aires, Gmo. Kraft, 1941, pág. 263; AUBRY Y RAU, ob. cit., t. VI, pág. 333, § 443-II; MAZEAUD-TUNC, ob. cit., t. 3, vol. I, pág. 397 y ss., N° 2236 a 2242; Marcel PLANIOL - Georges RIPERT - Paul ESMEIN, “*Tratado práctico de derecho civil francés*”, trad. de Mario Díaz Cruz, La Habana, ed. Cultural, 1946, t. VI, pág. 770 y ss., N° 557.

²⁷ Hugo ALSINA, *Tratado teórico-práctico de derecho procesal civil y comercial*, 2ª ed., Buenos Aires, Ediar, 1957, t. II, pág. 530, N° 9-e; Leonardo A. COLOMBO, *Culpa aquiliana (cuasidelitos)*, 2ª ed., Buenos Aires, TEA, 1947, pág. 83 y ss., N° 20 y 925, N° 278 y jurisprudencia cit. en notas 1272 a 1276; Raymundo L. FERNÁNDEZ, *Código de procedimiento civil comentado*, Buenos Aires, 1955, pág. 89, en nota; J. Ramiro PODETTI, *Tratado de la competencia*, Buenos Aires, Ediar, 1954, pág. 434 y ss., N° 189; SALAS, “Responsabilidad contractual y responsabilidad delictual” en *Estudios sobre la responsabilidad civil*, cit., pág. 14 y ss., N° 11 y jurisprudencia cit. en nota 38; C.S.N., 10/7/50, “Llan de Rosos c/ Llobel Guerrero”, L.L. 60-423; S.C.B.A., 2/7/40, “Iglesias c/ Thomas y Cía.”, J.A. 71-184 y L.L. 19-1036; Cám. Civ. 1a. Cap. Fed., 17/4/47, “Feldman de Zimmermann c/ Expreso Bs. As.”, L.L. 46-336; Cám. Civ. 2a. Cap. Fed., 10/11/48, “Gavassi de Martino c/ García, Pérez, Condal y Cía”, L.L. 52-778 y J.A. 1948-IV-674; etc.

²⁸ SALAS, “Responsabilidad contractual y responsabilidad delictual” en *Estudios sobre la resp. civil*, cit., pág. 15 y ss., N° 11.

²⁹ COLOMBO, ob. cit., pág. 83, N° 20-e; MIOC, ob. cit., pág. 26 y ss.; PLANIOL-RIPERT-ESMEIN, ob. cit., t. VI, pág. 684, N° 490; SALVAT-ACUÑA ANZORENA, ob. cit., t. IV, pág. 135, N° 2787-e.

³⁰ AGUIAR, ob. cit., t. II, pág. 383 y ss.; BRUN, ob. cit., pág. 23, N° 12; MIOC, ob. cit., pág. 27; SALAS, “Responsabilidad contractual y responsabilidad delictual” en *Estudios sobre la responsabilidad civil* cit., pág. 16 y ss., N° 12.

³¹ ALTERINI, *Responsabilidad civil* cit., pág. 39, N° 35 y 38.

³² Guillermo A. BORDA, “La reforma del Código Civil: responsabilidad contractual” en E.D. 29, pág. 765, N° II; Pedro Néstor CAZEAUX, “El daño moral en la inexecución contractual” en *Examen y crítica de la reforma del Código Civil*, La Plata, Librería Editora Platense, 1971, t. 2, pág. 67 y ss., N° 6; Néstor D. CICHERO, “La reparación del daño moral y la reforma civil de 1968” en E.D. 66, pág. 174 y ss., n°s. XII y XIII; Carlos E. HUBERMAN, “El daño moral en la responsabilidad contractual” en L.L. 149, pág. 527, N° IV; Cám. Nac. Civ., Sala A, 9/6/76, E.D. 69-391; idem Sala B, 30/8/74, L.L. 1975-C-378; idem Sala C, 23/5/74, E.D. 60-227; Cám. Nac. Com., sala B, 29/4/83, L.L. 1983-C-233; Cám. Nac. Fed., Sala Ia. Civ. y Com. 13/10/76, E.D. 70-308; Cám. 1a. Civ. Com. Bahía Blanca, 17/4/70, L.L. 140-557 y E.D. 33-328; Cám. 1a. Civ. Com. San Martín, 9/5/74, L.L. 156-894; Cám. 1a. San Isidro, Sala I, 28/8/80, Supl. Pcial. La Ley 1981-20; Cám. Civ. Com. Paraná, Sala II, 30/11/79, Zeus, v. 19, secc. Jurispr., pág. 194; etc.

³³ Roberto H. BREBBIA, “El resarcimiento del daño moral después de la reforma del decreto ley 17.711” en E.D. 58, pág. 244, nota 16; Néstor Cichero, su voto en fallo de la Cám. Nac. Civil, Sala E, 5/2/79, “Iablonsky c/ Anszelowicz”, L.L. 1979-C-473; Jorge MOSSET ITURRASPE, “La pequeña comunidad habitacional y el daño moral” en L.L. 1979-C, pág. 463 y en *Estudios sobre responsabilidad por daños*, Santa Fe, Rubinzal-Culzoni, 1980, t. I, pág. 229 y ss., N° 4; Ramón Daniel PIZARRO, “Daño moral contractual” en J.A. 1986-IV, pág. 918 y ss., N° VI-2 y 3; idem *Daño moral*, 2ª ed., Bs. As. Hammurabi, 2004, pág. 191 y ss., § 32 - a)2., b) y c); Acdeel E. SALAS, “La responsabilidad en la reforma del Código Civil” cit. en J.A. Doctrina 1969, pág. 427, N° 30 y en *Obligaciones, contratos y otros ensayos*, Buenos Aires, Depalma, 1982, pág. 383, N° 30; SPOTA, *Sobre las reformas al Código Civil*, Buenos Aires, Depalma, 1969, pág. 17; Cám. Nac. Civil, Sala D, 10/3/86, “Brozgi c/ Club Atl. Banco Prov. de Bs. As.”, J.A. 1986-III, Síntesis; idem Sala E, 5/2/79, Iablonsky c/ Anszelowicz”, L.L. 1979-C-473; Cám. 1a. Civ. Com. Bahía blanca, sala Ila., 9/4/81, “Crugeiro c/ Hospital Regional Español”, D.J.B.A. 121-210 y E.D. 94-279; Cám. Civ. y Com. Rosario, Sala I, 14/12/93, “Sperenza c/ Empr. Transp. U.P. Línea 4”, J.A. 1994-IV-319; etc. Ver asimismo las “Actas” del Tercer Congreso Nacional de Derecho Civil de Córdoba, Córdoba, ed. Universidad Nacional de Córdoba, 1961, t. II, pág. 661.

³⁴ Jorge BUSTAMANTE ALSINA, *Teoría general de la responsabilidad civil*, 9ª ed., Buenos Aires, Abeledo-Perrot, 1.997, pág. 88 y ss., N° 144-g).

³⁵ Luis María BOFFI BOGGERO, *Tratado de las obligaciones* cit., Buenos Aires, Astrea, 1981, t. 5, pág. 581, § 1.983; Pedro N. CAZEUX - Félix A. TRIGO REPRESAS, *Derecho de las obligaciones*, 3ª ed., La Plata, Librería Editora Platense, 1987, t. I, pág. 453 y ss., N° 294; Despacho Comisión 2 de “*lege lata*”, punto N° 5, en las “XII Jornadas Nacionales de Derecho Civil” de San Carlos de Bariloche, en J.A. 1989-II, pág. 896, en *El derecho privado en la Argentina. Conclusiones de Congresos y Jornadas de los últimos treinta años*, Buenos Aires, Universidad Notarial Argentina, 1991, pág. 58, *in fine*, y en *Congresos y Jornadas Nacionales de Derecho Civil. 1927-2003*, Buenos Aires, La Ley, 2005, pág. 96; Cám. Nac. Civil, Sala C, 21/2/79, “Gallo c/ Asociación civil Santísima Cruz”, E.D. 82-471; Cám. Nac. Fed., Sala IIa. Civ. y Com., 13/12/77, “Banco Nación Argentina c/ Echevarría”, L.L. 1978-D-343.

³⁶ BORDA, *Tratado de derecho civil. Obligaciones*, cit., t. I, pág. 104 y ss., N° 97 y ss.; Busso, ob. cit., t. III, pág. 288 y ss., N° 89 y ss.; CAZEUX-TRIGO REPRESAS, ob. cit., t. I, pág. 361, N° 230; Luis María REZZÓNICO, *Estudio de las obligaciones*, 9ª ed., Buenos Aires, Depalma, 1961, t. I, pág. 165 y ss.; SALVAT-GALLI, ob. cit., t. I, pág. 146, N° 138-a); Geneviève VINEY - Patrice JOURDAIN, “Les conditions de la responsabilité”, en el *Traité de droit civil*, dirigido por Jacques Ghestin, 2ª ed., Paris, 1998, L.G.D.J., pág. 917 y ss., N° 820 y ss.

³⁷ BUSTAMANTE ALSINA, ob. cit., pág. 381 y ss., N° 922 y ss.; Alberto J. BUERES, *Responsabilidad civil de los médicos*, 2ª ed., Buenos Aires, Hammurabi, 1992, t. I, pág. 504 y ss., § 35-b)-1; CAZEUX-TRIGO REPRESAS, ob. cit., t. I, pág. 378 y ss., N° 238; Félix A. TRIGO REPRESAS, “Responsabilidad civil de los médicos por el empleo de cosas inanimadas en el ejercicio de la profesión” en L.L. 1981-B, pág. 780 y ss., Cap. II, C; idem “Unificación de la responsabilidad civil” en *Derecho de daños. Homenaje al profesor doctor Jorge Mosset Iturraspe*, Buenos Aires, Ediciones La Rocca, 1989, pág. 85, letra j); Roberto A. VÁZQUEZ FERREYRA, *Prueba de la culpa médica*, Buenos Aires, Hammurabi, 1.991, pág. 125, § 14; BRUN, ob. cit., pág. 294 y ss., N° 269 bis; MAZEAUD-TUNC, ob. cit. t. 2, vol. I, pág. 436 y ss., N° 1.401 y 1.403; VINEY-JOURDAIN, ob. cit., pág. 697 y ss., N° 741 y ss.

³⁸ BUSTAMANTE ALSINA, *Teoría general de la responsabilidad civil* cit., pág. 89, N° 144-h).

³⁹ Félix A. TRIGO REPRESAS, *Responsabilidad civil del abogado*, Buenos Aires, Hammurabi, 1.991, pág. 83, § 12-l).

⁴⁰ AGUIAR, ob. cit., t. I, pág. 271, N° 203 y t. II, pág. 238, N° 36 y nota 33; Roque Vicente CATALDI, “Consecuencias de los hechos jurídicos” en L.L. 143, pág. 149, N° 3; Jorge Joaquín LLAMBIAS, *Tratado de derecho civil. Parte general*, 7ª ed., Buenos Aires, Perrot, 1978, t. II, pág. 276 y ss., N° 1.412; Alfredo ORGAZ, “La acción de indemnización en los casos de homicidio” en *Estudios de derecho civil*, Buenos Aires, TEA, 1947, pág. 90, nota 31; Acdeel E. SALAS, “La responsabilidad civil en la reforma del Código Civil” en J.A. Doctrina 1969, pág. 428, N° 32 y en *Obligaciones, contratos y otros ensayos* cit., pág. 385, N° 32; Raymundo M. SALVAT - José María LÓPEZ OLACIREGUI, *Tratado de derecho civil argentino. Parte General*, Edición del Cincuentenario, Buenos Aires, TEA, 1964, t. II, pág. 208 y ss., N° 1.608; CAZEUX-TRIGO REPRESAS *Derecho de las obligaciones* cit., t. IV, 1994, pág. 769 y ss., N° 2.525; Alfredo VÉLEZ MARICONDE, *Acción resarcitoria*, Córdoba, Talleres Graf. de la Univ. Nacional, 1965, pág. 53, N° 42.

⁴¹ Aída KEMELMAJER DE CARLUCCI, “El transporte de personas y la prescripción de la acción contra el porteador” en J.A. 1980-I, pág. 771 y ss.; Félix A. TRIGO REPRESAS - Rubén H. COMPAGNUCCI DE CASO, *Responsabilidad civil por accidentes de automotores*, 2ª ed., Buenos Aires, Hammurabi, 2008, t. I, pág. 185 y ss., letra f); Cám. Nac. Especial en lo Civ. y Com. en pleno, 24/2/81, “Velloso Penayo c/ Empr. Transportes El Punete S.A., línea colectivos N° 32”, E.D. 97-738. En una posición muy particular, que no ha tenido recepción en nuestra doctrina, Roberto H. Brebbia ha pretendido distinguir el incumplimiento del contrato en sí, regido por el art. 855 del Código mercantil, de la reparación de daños por quebrantamiento del contrato y haberse violado el deber de seguridad de las personas transportadas, en cuyo caso para este autor regiría la prescripción de 2 años del art. 4037 C.C. (*Problemática jurídica de los automotores*, Buenos Aires, Astrea, 1984, t. II, pág. 36, § 16).

⁴² Enrique Carlos BANCHIO, *Responsabilidad obligacional indirecta*, Buenos Aires, Astrea, 1973, pág. 97 y ss., N° 37; Jorge BUSTAMANTE ALSINA, “La responsabilidad delictual o aquiliana es de derecho común y la contractual es de excepción” en J.A. 1989-IV, pág. 475 y ss. y en *Responsabilidad civil y otros estudios II*, Buenos Aires, Abeledo-Perrot, 1.992, pág. 173 y ss.; Eduardo L. GREGORINI CLUSELLAS, “Daños al pasajero y su acción de responsabilidad frente al transportista y al conductor en relación de dependencia” en L. L. 1992-B, pág. 203 y ss., N° II-B; Aída KEMELMAJER DE CARLUCCI, en el *Código Civil y leyes complementarias. Comentado, anotado y concordado* cit. director Augusto C. Belluscio, coordinador Eduardo A. Zannoni, t. 5, pág. 330, § 4-b y nota 21; Jorge Joaquín LLAMBIAS, *Tratado de derecho civil. Obligaciones* cit., t. III, pág. 563, N° 2.715; C.S.N., 17/3/92, “Maccia de Prieto c/ Empr. Transp. La Cabaña”, E.D. 148-527; Cám. Nac. Federal Civ. y Com., Sala 1a., 28/12/90, “Deich c/ Leguizamón”, L. L. 1992-B-202; id. 29/5/85, “Sánchez c. Rosales”, J. A. 1986-II-461; Cám. Nac. Civil, Sala C, 21/9/76, “Esnaola c/ Cía. Transportes 27 de Setiembre SA”, E. D. 71-397; idem Sala D, 31/12/64, “Gandulfo c/ Contigiani”, L. L. 118-13, J. A. 196-III-407 y E. D. 11-127; Cám. Nac. Comercial, Sala A, 6/9/65, “Candelario de López c/ Línea Colectivos N° 5”, L. L. 121-379 y J. A. 1965-V-253.

⁴³ Cám. Nac. Civil, Sala C, 15/8/89, “Polino c/ Volpató”, J. A. 1989-IV-469 y L. L. 1990-A-334; idem Sala L, 15/4/91, “Maccia de Prieto c/ Empr. Transportes La Cabaña”, E. D. 148-527. Obsérvese que algo similar había sido sostenido por Mosset Iturraspe, aunque en concreta referencia a la responsabilidad de los médicos, en los casos en que el contrato había sido celebrado entre el paciente y el sanatorio o establecimiento asistencial, cuando decía que la responsabilidad “*in genere*” del “auxiliar”, “*es una responsabilidad accesoria, que se modela, por tanto, sobre la que incumbe al deudor*”, y que “*incurre en ella, no cualquier ‘tercero’, pero si la persona elegida por el deudor para el cumplimiento; persona que entra en contacto con el acreedor y realiza, con su conformidad, el*

comportamiento encaminado a ese fin” (Jorge MOSSET ITURRASPE, *Responsabilidad civil del médico*, Buenos Aires, Astrea, 1979, pág. 117, N° 8; ver asimismo: Elena I. HIGHTON, “Responsabilidad médica ¿contractual o extracontractual?” en J. A. 1983-III, pág. 659).

⁴⁴ E. D. 156-47, D.J. 1993-2-1.006 y Juris 93-145.

⁴⁵ Arturo ACUÑA ANZORENA, “Incumplimiento de contrato y responsabilidad por el hecho de las cosas inanimadas. Inadmisibilidad de la opción y del cúmulo” en L.L. 24-645 y en *Estudios sobre la responsabilidad civil*, La Plata, Platense, 1963, pág. 157; MAZEAUD-TUNC, ob. cit., t. I, vol. I, pág. 115 y ss., N° 97 y ss.; Mioc, ob. cit., pág. 53 y ss.; PEIRANO FACIO, ob. cit., pág. 89, N° 52.

⁴⁶ AUBRY Y RAU, ob. cit., t. VI, pág. 371, § 446, nota 7.

⁴⁷ ACUÑA ANZORENA “Incumplimiento...” cit. en *Estudios sobre la responsabilidad civil* cit., pág. 159 y ss.; COLOMBO, ob. cit., pág. 86 y ss., N° 22; Augusto Mario MORELLO, *Indemnización del daño contractual*, 3ª ed., La Plata - Buenos Aires, Librería Editora Platense - Lexis Nexis. Abeledo-Perrot, 2003, pág. 207 y ss., N° II; Salas “Responsabilidad contractual y responsabilidad delictual” en “*Estudios sobre la resp. civil*” cit., pág. 28, N° 25; Lisandro SEGOVIA, *Código Civil de la República Argentina*, Buenos Aires, La Facultad, 1933, t. I, pág. 316, art. 1108; SALVAT-ACUÑA ANZORENA, ob. cit., t. IV, pág. 136, N° 2788.

⁴⁸ ACUÑA ANZORENA, “Incumplimiento...” cit. en *Estudios sobre la responsabilidad civil* cit., pág. 160, N° 6; ALTERINI, *Responsabilidad civil* cit., pág. 55 y ss., N° 60 y ss.; BUSTAMANTE ALSINA, *Teoría gral. de la responsabilidad civil* cit., pág. 91, N° 151; LLAMBÍAS, *Tratado... Obligaciones* cit., t. III, pág. 559 y ss., N° 2175; Augusto Mario MORELLO, “¿Responsabilidad aquiliana o contractual?” en J.A. 1965-V, pág. 123; Jorge MOSSET ITURRASPE, *Responsabilidad por daños*, Buenos Aires, Ediar, 1971. cit., t. I, pág. 356 y ss., N° 116; SALAS, *Estudios...* cit., pág. 28, N° 25; SALVAT-ACUÑA ANZORENA, ob. cit., t. IV, pág. 136, N° 2788 a); fallos de: CSN, 11/8/1988, “Giráldez c/ Kingsland”, Fallos 74-381; id. 16/4/45, “F.C. Estado c/ Pcia. Santa Fe”, L.L. 40-417; Cám. Nac. Comercial, 30/4/47, “Rotger c/ F.C. Oeste”, L.L. 46-446; id. 5/5/51, “Terol c/ Anrgentina Sono Film!”, J.A. 1951-IV-514; id. Sala A, 22/3/63, “Gómez c/ Lafitur SRL”, J.A. 1963-IV-40; idem Sala B, 3/7/64, “Bertozzi c/ Gilotaux SA”, J.A. 1964-VI-190; Cám. Nac. Civil, Sala A, 26/10/77, “De Consoli de Colman c/ Micromar SA”, L.L. 1978-C-363; id. 16/8/73, “Boston c/ Transportes Peper”, E.D. 51-453; idem Sala D, 21/8/61, “Mallo López c/ Barreiro”, E.D. 1-399; id. 19/10/64, “Fénix del Río de la Plata c/ Empr. F.C. Estado”, L.L. 116-515, J.A. 1965-I-37 y E.D. 14-214; idem Sala F, 23/12/71, “Fernández c/ Foigelman”, L.L. 149-554 (29.779-S); Cám. Nac. Paz, Sala I, 13/3/63, “Martínez c/ Krovovetzky”, E.D. 6-882; Cám. Nac. Especial Civ. y Com., Sala VI, 30/6/88, “Espinoza c/ Microómnibus Ciudad Bs. As.”, L.L. 1989-B-622, Jurispr. Agrup. N° 6029; Cám. Fed. Cap. Federal, sala Civ. y Com., 13/9/62, “Cía. Argentina Electricidad c/ Gob. Nac.”, J.A. 1963-II-293; Cám. Nac. Federal Civil y Com., Sala III, 16/9/88, “Ferrari de Viotti c/ Villalba”, L.L. 1989-B-622, Jurispr. Agrup. N°6028; S.C.B.A., 5/12/44, “Rodríguez c/ Griño”, J.A. 1945-I-619; Cám. Civ. Com. Mercedes, Sala II, 21/6/83, “Gioscio c/ La Lujanera SA”, E.D. 205-276. Habiéndose incluso resuelto que: “la obligación creada por textos legales a los contratantes como tales, es decir al uno respecto del otro, no son en realidad obligaciones legales cuya violación constituya delito o cuasidelito, sino obligaciones convencionales cuya violación implica un incumplimiento contractual y generan una responsabilidad del mismo carácter; pues son textos simplemente interpretativos de la voluntad de las partes, las cuales al no derogarlos mediante cláusula contraria, los incorporan a su convención”(S.C.B.A., 1/6/65, “Simonetti c/ Munic. Gral. Pueyrredón”, J.A. 1965-VI-610). *En contra* se ha resuelto que la víctima de un accidente de tránsito puede optar entre la acción civil derivada del contrato de transporte o la emergente de la responsabilidad extracontractual (Cám. Paz Letrada, Sala III, 8/11/50, “Bordon c/ Corporación Transportes Buenos Aires”, J.A. 1951-II-482), y que inclusive puede invocar en su favor las normas que regulan aquélla, sin perder las ventajas que le puede reportar la acción contractual (Cám. 1ª La Plata, 2/6/50, “Biosca c/ Río de la Plata”, J.A. 1950-III-567; y en similar sentido: Cám. Nac. Federal, Sala Ia. civ. y com., 11/8/72, “Océano c/ Adm. Puertos”, L.L. 150-725 (30.208-S); idem Sala II civ. y com., 17/123/71, “Iwan c/ Adm. Puertos”, J.A. 15-1972, pág. 146. Confr. Giorgi, ob. cit., t. V, pág. 216, N° 140, y fallos cits. por Bonnecase, ob. cit., t. II, pág. 418, N° 488).

⁴⁹ Cám. Nac. Civil, Sala D, 16-4-97, “L.E.H. c/ Grillo”, L.L. 1197-D-364 y D.J. 1998-2-121.

⁵⁰ Arturo ACUÑA ANZORENA, “Responsabilidad contractual por el hecho de terceros” en J.A. t. 54, secc. doctrina, pág. 55, N° 45; Enrique Carlos BANCHIO, *Responsabilidad obligacional indirecta*, Buenos Aires, Astrea, 1973, pág. 95 y ss., N° 35-b); Roque F. GARRIDO, “Hoteles y responsabilidad civil” en L.L. 1981-C, pág. 962, punto VII; Aída KEMELMAJER DE CARLUCCI, en el *Código civil y leyes complementarias. Comentado, anotado y concordado*, director Augusto C. Beluscio y coordinador Eduardo A. Zannoni, Buenos Aires, Astrea, 1985, t. 5, art. 1118, pág. 643, § 1 *in fine*.

⁵¹ BUSTAMANTE ALSINA, *Teoría general de la responsabilidad civil* cit., pág. 402, N° 1.000; Raúl J. CORNEJO, *Responsabilidad extracontractual por el hecho ajeno*, Buenos Aires, Depalma, 1943, pág. 7 y ss., N° 7; Alfredo ORGAZ, *Responsabilidad por el hecho ajeno*, Córdoba, 1931, N° 9, citado por CORNEJO, ob. cit., pág. 8, nota 4; Llambías “*Trat... Obligaciones*” cit., t. IV-A, pág. 435 y ss., N° 2548 y ss.; MOSSET ITURRASPE, *Responsabilidad por daños*, cit., t. I, pág. 127 y nota 175 y t. II-A, pág. 398 y ss., N° 194; Daniel OVEJERO, “Responsabilidad por el hecho de terceros” en J.A. t. 54, secc. doctrina, pág. 28; Salas “Responsabilidad contractual y responsabilidad delictual” en *Estudios sobre la responsabilidad civil* cit., pág. 29, N° 26; CAZEAUX-TRIGO REPRESAS, ob. cit., t. IV, pág. 511 y ss., N° 2415; Matilde ZAVALA DE GONZÁLEZ, *La responsabilidad por el hecho del dependiente*, Buenos Aires, Abaco, 1980, pág. 21.

⁵² ACUÑA ANZORENA, “Incumplimiento...” cit. en *Estudios sobre la responsabilidad civil* cit., pág. 160, N° 6; G. CHIRONI, *La culpa en el derecho civil moderno. Culpa extracontractual*, trad. de la 2ª. ed. italiana de C. Bernaldo de Quirós, Madrid, Hijos de Reus, 1904, t. I, pág. 63 y ss., N° 17; Demogue, ob. cit., t. V, pág. 556, N° 1244;

DEMOLOMBE, ob. Cit., t. XXXI, pág. 414, N° 478; Laurent, ob. cit., t. XX, pág. 581, N° 463; René SAVATIER, *Traité de la responsabilité civile en droit français*, 2ª ed., Paris, Librairie Générale de Droit et Jurisprudence, 1954, t. I, pág. 152, N° 154.

⁵³ MAZEAUD-TUNC, ob. cit., t. I, vol. I, pág. 284 y ss., N° 202.

⁵⁴ LABBÉ, M. nota en el “*Recueil Sirey*”, 1886, 1a. parte, pág. 1.

⁵⁵ Acuña Anzorena “adiciones” a SALVAT, *Fuentes de las obligaciones* cit., t. IV, pág. 137, nota 2-q); ALTERINI, *Responsabilidad civil*, ob. cit., pág. 56 y ss., N° 60; Brun, ob. cit., pág. 235, N° 210; BUSTAMANTE ALSINA, *Teoría general de la responsabilidad civil* cit., pág. 92, N° 154; Henri LALOU, *Traité pratique de la responsabilité civile*, 4ª ed., Paris, Dalloz, 1949, pág. 415, N° 622; LLAMBIAS, *Tratado... Obligaciones* cit., t. III, pág. 564 y ss., N° 2177; Alfredo ORGAZ, *Responsabilidad por el hecho ajeno* en L.L. t. 50, pág. 255 y ss., N° 5 y en *Nuevos estudios de derecho civil*, Buenos Aires, Ed. Bibliográfica Argentina, 1954, pág. 198 y ss., N° 5; SAVATIER, ob. cit., t. I, pág. 152, N° 154; CAZEAUX-TRIGO REPRESAS, ob. cit., t. IV, pág. 513 y ss., N° 2415; Cesare VIVANTE, “Colpa contrattuale e colpa aquiliana” en “*Rivista di Diritto Commerciale e delle obbligazioni*”, 1905, 2a., parte, pág. 119; Cám. Nac. Civil, Sala B, 8/9/70, “Magariños c/ Wainrub”, E.D. 43-352.

⁵⁶ BORDA, *Tratado... Obligaciones*, cit., t. I, pág. 91, N° 81; BOFFI BOGGERO *Tratado de las obligaciones* cit., t. 2, pág. 130, § 416; BUSTAMANTE ALSINA *Teoría general de la responsabilidad civil* cit., pág. 92, N° 153 y 154; KEMELMAJER DE CARLUCCI en el *Código Civil...* cit. de BELLUSCIO-ZANNONI, t. 5, pág. 333 y ss., art. 1107, § 5-b); LLAMBIAS, *Tratado... obligaciones* cit., t. III, pág. 567 y ss., N° 2178 y nota 144; CAZEAUX-TRIGO REPRESAS, ob. cit., t. IV, pág. 515, N° 2415; Roberto A. VÁZQUEZ FERREYRA, *Responsabilidad por daños (Elementos)*, Buenos Aires, Depalma, 1993, pág. 61, N° 3-A). En contra: ALTERINI, *Responsabilidad civil* cit., pág. 57, nota 81.

⁵⁷ MORELLO, *Indemnización del daño contractual* cit., pág. 209 y ss., N° II.

⁵⁸ SALAS, “Responsabilidad contractual y responsabilidad delictual” cit. en *Estudios sobre la responsabilidad civil* cit., pág. 13, N° 9; idem en *Actas del Tercer Congreso Nacional de Derecho Civil*, Córdoba, ed. Universidad Nacional de Córdoba, 1962, t. II, pág. 621 y 625.

⁵⁹ *Tercer Congreso Nacional de Derecho Civil*, cit., t. II, pág. 778 y ss.

⁶⁰ *El derecho privado en la Argentina...* cit., pág. 27; *Congresos y Jornadas Nacionales de Derecho Civil* cit., pág. 45 y ss.

⁶¹ *Responsabilidad civil. Jornadas Australes de Derecho. Comodoro Rivadavia*, Córdoba, ed. Universidad Nacional de Córdoba, 1984, pág. 190; *El Derecho Privado en la Argentina...* cit., pág. 224.

⁶² *El derecho privado en la Argentina...* cit., pág. 109.

⁶³ *El derecho privado en la Argentina...* cit., pág. 85.

⁶⁴ Roberto M. LÓPEZ CABANA, “El proyecto de unificación de la legislación civil y comercial” en La Ley 1987-D, pág. 847 y ss., N° 6; Isidoro H. GOLDENBERG, “La unidad de los regímenes de responsabilidad y la relación causal en el proyecto de unificación” en La Ley 1988-A, pág. 801, núm. 1-A-c).

⁶⁵ *El derecho privado en la Argentina...* cit., pág. 307.

⁶⁶ *El derecho privado en la Argentina...* cit., pág. 317.

⁶⁷ Aunque en rigor la norma debió haberse referido a las disposiciones de “este Capítulo”, es decir al “Capítulo I” de su Título IV, que está específicamente dedicado a la “Responsabilidad civil”, y no a las de “este Título” (el IV), que se ocupa de “otras fuentes de las obligaciones”, a más de las de origen contractual.

⁶⁸ Efectivamente nada se dice en los “Fundamentos” del Proyecto de 1999; en tanto que en el Proyecto de 1993 se menciona como fuente de su art. 3995 al: “C.C., art. 4034” (*Reformas al Código Civil* cit., Buenos Aires, Astrea, 1993, pág. 409), el cual en realidad sólo se refiere a otro supuesto distinto: la prescripción de “la acción de injuria hecha al difunto, para pedir la revocación de un legado o donación”.

⁶⁹ “Proyecto de Código Civil de la República Argentina unificado con el Código de Comercio”, Buenos Aires, Abeledo-Perrot, 1999, pág. 150, N° 322, tercer párrafo.

⁷⁰ ALTERINI-AMEAL-LÓPEZ CABANA, *Derecho de obligaciones. Civiles y comerciales*, cit., pág. 170, N° 370 ter.

UNIFICACIÓN DEL RESARCIMIENTO EN MATERIA DE RESPONSABILIDAD CONTRACTUAL Y EXTRA CONTRACTUAL

por ALEJANDRO BORDA

SUMARIO: I. El Tercer Congreso Nacional de Derecho Civil. II. La reforma de 1968. III. Los posteriores proyectos de reforma del Código Civil. 1. El Proyecto de 1987. 2. El Proyecto de 1993. 3. El Proyecto “federal” de 1993. 4. El Proyecto de 1998. IV. La legislación comparada. V. Cuestiones finales.

I. El Tercer Congreso Nacional de Derecho Civil

Es por todos conocida la influencia decisiva que tuvo el Tercer Congreso Nacional de Derecho Civil, celebrado en la ciudad de Córdoba, durante el año 1961, en la reforma del Código Civil sancionada en el año 1968, con la ley 17.711. Sin embargo, en materia de unificación del resarcimiento en materia de responsabilidad contractual y extracontractual, esta reforma se apartó de la recomendación N° 16 del mencionado Congreso. En cambio, incorporó en buena medida la recomendación N° 17 que establecía que el juez podrá condenar al responsable a la reparación del agravio moral que hubiere causado, en todos los casos de indemnización por responsabilidad contractual o extracontractual

Veamos lo ocurrido.

1) Ante todo, es conveniente tener presente lo que disponían los arts. 520 y 521 del código velezano. En la primera de las normas citadas, aún vigente hoy en día, se establece que *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*. El art. 521, por su parte, disponía que *aun cuando la inexecución de la obligación resulte del dolo del deudor, los daños e intereses comprenderán sólo los que han sido ocasionados por él, y los que el acreedor ha sufrido en sus otros bienes*.

El texto del art. 521 transcrito corresponde la edición oficial de *Nueva York*; sin embargo, en la edición *La Pampa* aparece intercalado el vocablo “no” entre los términos “y” y “los” de la última frase.

Esta diversidad de versiones, no sólo generó una fuerte polémica en el seno del Congreso, sino que dio paso a un debate más amplio, sobre si debían unificarse o no los regímenes de responsabilidad contractual y extracontractual.

El Dr. Lázaro S. Trevisán, en su ponencia, sostuvo que solamente la edición de *Nueva York* era oficial, y que por eso debía ser aceptada. Pero ello no le impidió poner de manifiesto que la redacción era impropia pues, por un lado, se usa la palabra “sólo”, que es excluyente (limitando la reparación, por tanto, a los daños e intereses ocasionados por el deudor), y por otro lado, se añade los daños que el acreedor hubiera sufrido en sus otros bienes. Por lo demás, sostuvo la conveniencia de reformar tanto los arts. 520 y 521, de manera de aclarar que la responsabilidad debe estar agravada cuando hay dolo, respecto de los supuestos de culpa, pues ello representa la lógica jurídica¹.

A partir de la referida ponencia, se presentaron tres dictámenes preliminares.

El primero de ellos, redactado por mi amado padre, Guillermo A. Borda, destacó la imprecisión ya apuntada de la edición de *Nueva York* y añadió que la distinción entre dolo y culpa carece de relevancia cuando se trata del incumplimiento contractual, lo que lo llevó a sostener la autenticidad de la versión *La Pampa*, que conducía a dicha interpretación².

Los restantes dictámenes, uno firmado por el Dr. Roberto H. Brebbia, y el otro por los Dres. Edgard A. Ferreyra, Rolando Moroni Petit y Enrique C. Banchio, avanzaron aún más³. Sostuvieron que el resarcimiento debe ser integral, aplicable tanto a la responsabilidad contractual como a la extracontractual, y que la medida de la reparación se extiende a todo daño

que guarde conexión causal adecuada con el hecho generador de la responsabilidad civil, es decir, que la reparación -como regla- abarca todas las consecuencias previsibles, pero no las casuales. En otras palabras, se pregonó la unificación de los regímenes de resarcimiento, tanto contractual como extracontractual, tomando en cuenta sólo la relación de causalidad y descartando toda diferencia fundada en la culpa y en el dolo, pues tal modo de obrar no incide en el daño que la víctima ha sufrido y que es, en definitiva, lo que debe repararse.

A su vez se presentaron dos observaciones a los dictámenes preliminares. El Dr. Acdeel E. Salas adhirió en lo sustancial al dictamen del Dr. Brebbia y sostuvo que no existe ninguna razón para distinguir el régimen del resarcimiento de los daños causados por un hecho ilícito de los que se derivan del incumplimiento contractual, ni tampoco la hay para diferenciar, en materia de hechos ilícitos, según que el dañador haya obrado con dolo o con culpa, pues de lo que se trata es de reparar y no de castigar⁴.

El Dr. Jorge Joaquín Llambías, en la segunda de las observaciones mencionadas, en cambio, pregonó la necesidad de diferenciar entre el daño causado con dolo y el provocado culposamente, haciendo hincapié en el contenido espiritual de los actos humanos. Sostuvo por ello, con cita de Ihering, que quien ha causado un daño a un tercero, a sabiendas, no puede sustraerse a una reparación completa, pues ha sabido y ha querido lo que ha hecho. Añadió que la responsabilidad debe ser regulada en función de la efectiva posibilidad del agente de conocer y aceptar las derivaciones de sus actos voluntarios; por ello, afirma que la obligación de resarcir es una sanción legal contra el autor del daño causado, que debe ser condigna a la gravedad de la falta cometida, pues de otro modo se violaría la justicia distributiva⁵.

Con todos los antecedentes mencionados, la comisión se abocó a debatir el despacho definitivo elaborado por los Dres. Salas, Racciatti, Brebbia, Moroni Petit, Ferreira, Connte y Banchio, *que finalmente fue aprobado*, y que recomendaba lo siguiente: “1) La reparación ha de sancionarse según fórmula integral y modificada, aplicable tanto a la responsabilidad contractual cualquiera sea la naturaleza de la prestación, como a la extracontractual, sea que los hechos configuren o no delitos del derecho criminal. 2) La reparación consistirá en la reposición de las cosas a su estado anterior, salvo cuando ella fuese imposible, cuando el damnificado optase por ella, o cuando por las circunstancias del caso el Juez considerase que se agrava innecesariamente la situación del deudor. 3) la medida del resarcimiento se extiende a todo daño que guarde conexión causal adecuada con el hecho generador de la responsabilidad civil”.

El precedente despacho tuvo defensores y críticos, aunque -como ya se dijo- finalmente fue aprobado.

Quienes lo defendieron argumentaron que: (i) no hay diferencia entre la responsabilidad civil contractual y la extracontractual, en tanto la dualidad derivada de la violación de uno y otro tipo de normas sólo puede resultar del distinto grado en que ésta se encuentra, pero no de la naturaleza misma de la ilicitud, que resulta idéntica; (ii) la unidad conceptual de la responsabilidad civil impide justificar las diferencias técnicas que existen entre uno y otro tipo de responsabilidad; (iii) no hay razón para diferenciar según que el daño haya sido causado dolosa o culposamente, ni ello tiene relevancia para fijar la extensión del resarcimiento, pues el problema debe verse exclusivamente desde la óptica de la víctima; (iv) hay responsabilidad cuando se viola un deber jurídico que origina obligación de resarcir, y ese deber jurídico puede estar consignado tanto en una norma legal, como en una contractual, que es -en forma mediata- una norma legal; (v) la extensión del daño, de todo daño, debe ser considerada sobre la base de la causa adecuada; (vi) no es menos importante incumplir un contrato que causar un daño por un hecho ilícito; y, (vii) no puede tenerse en cuenta la intención del dañador pues, si con ello se morigerara el resarcimiento, se le estaría cargando a la víctima las consecuencias que son imputables enteramente a la otra parte⁶.

Los críticos del despacho, sin negar para nada la necesidad de contemplar la reparación desde el ángulo de la víctima, sostuvieron que no debe prescindirse del todo del elemento culpa; el cual no puede ser dejado de lado por los jueces, aun cuando existiere una ley que expresamente sancione el principio de la reparación integral, igual y única, para delitos y contratos. Es que, dentro de los márgenes que el juez tiene para fijar el monto resarcitorio, considerará diferentes cuestiones, incluso la culpa del autor del hecho. Por otra parte,

consideraron que cuando se incumple un contrato, se afecta primordialmente un interés particular, aunque mediatamente juegue un interés público; en cambio, el hecho ilícito afecta primariamente un interés público, lo que deriva en la razonabilidad de que la ley sea más severa en este caso. Finalmente, la extensión del resarcimiento fundado en la causalidad adecuada, que puede no distinguir el caso de dolo, del caso de culpa, sí diferencia el criterio subjetivo de la previsibilidad, esto es, que quien actúa culposamente no puede responder por lo imprevisible, en tanto que quien lo hace dolosamente debe reparar íntegramente el daño causado⁷.

2) En cuanto a la reparación del daño moral, el debate demostró la existencia de una firme línea reformista del código velezano.

El original texto del art. 1078 establecía que *si el hecho fuese un delito de derecho criminal, la obligación que de él nace no sólo comprende la indemnización de pérdidas e intereses, sino también del agravio moral que el delito hubiese hecho sufrir a la persona, molestándole en su seguridad personal, o en el goce de sus bienes, o hiriendo sus afecciones legítimas*.

Este texto conducía a sostener que sólo en los casos en que el hecho fuese un delito de derecho criminal correspondía indemnizar el daño moral. Sin embargo, a raíz del juego que podía hacerse con los arts. 1068, 1075 y 1083, se habían generado tres posturas diferentes en la jurisprudencia y en la doctrina, como recordó el Dr. Brebbia⁸: una restringida, que es la antes expuesta; otra intermedia, que admitía la reparación del agravio moral en todos los casos de hechos ilícitos civiles, sean o no delitos criminales; y una última -amplia- que propiciaba la reparación del daño moral no sólo en los casos de hechos ilícitos sino también ante el incumplimiento contractual.

Esta última posición, sostenida por todos los miembros de la comisión⁹, solamente fue parcialmente observada por el Dr. Llambías¹⁰, quien estimó aconsejable abrir la reparación del agravio moral en todo supuesto de hecho ilícito o incumplimiento de obligaciones, en la medida que se hubiere obrado con dolo, es decir con conocimiento del mal moral que se podía producir y que de hecho se habría producido.

El Dr. Brebbia bien sostuvo que no había argumentos que pudieran rebatir la postura amplia. Comenzó por explicar que no había inmoralidad alguna en el hecho de reparar el daño moral sufrido, porque el dinero cumple no sólo una función compensatoria, sino también un rol de satisfacción. Además, recordó que si bien el agravio moral -por su especial naturaleza- no puede ser apreciado adecuadamente en metálico, debe tenerse presente que con el dinero obtenido por la indemnización se pueden alcanzar satisfacciones y goces espirituales que compensen el desa-sosiego sufrido. Finalmente, afirmó que los jueces están facultados -discrecional pero no arbitrariamente- para fijar el monto indemnizatorio considerando las circunstancias particulares del caso¹¹.

En base a estos argumentos, la comisión recomendó *que en todos los casos de indemnización por responsabilidad contractual o extracontractual, el juez podrá condenar al responsable a la reparación del agravio moral que hubiere causado, de acuerdo con la índole del hecho generado de la responsabilidad y las circunstancias del caso*.

II. La reforma de 1968

La ley 17.711 mantuvo el texto original del art. 520¹², pero modificó el art. 521, disponiendo que *si la inejecución de la obligación fuese maliciosa los daños e intereses comprenderán también las consecuencias mediatas*. Por otra parte, modificó los arts. 1078 y 522. Respectivamente, en lo pertinente, dispuso que *la obligación de resarcir el daño causado por los actos ilícitos comprende, además de la indemnización de pérdidas e intereses, la reparación del agravio moral ocasionado a la víctima, y que en los casos de indemnización por responsabilidad contractual el juez podrá condenar al responsable a la reparación del agravio moral que hubiere causado, de acuerdo con la índole del hecho generador de la responsabilidad y circunstancias del caso*.

Vayamos por partes.

1) Ya dije que la Reforma de 1968 se apartó de la recomendación del Tercer Congreso Nacional de Derecho Civil, que pregonó la unificación de los regímenes de resarcimiento, tanto contractual como extracontractual, tomando en cuenta sólo la relación de causalidad y descartando toda diferencia fundada en la culpa y en el dolo. En definitiva, se sostuvo que la reparación de la víctima debía ser integral en cualquier supuesto.

La ley 17.711 coincide con la idea de la reparación integral, lo que implica ver el problema desde el ángulo de la víctima, pero no descarta tener en cuenta la conducta del dañador, que puede llevar a agravar su responsabilidad.

Es importante, para entender claramente el objetivo de la Reforma, advertir que ha prescindido del término *dolo* y lo ha sustituido por *malicia*. Y ambos vocablos no tienen idéntico sentido, como se verá seguidamente.

Ante todo, conviene tener presente que la palabra *dolo* no tiene un significado unívoco. Una cosa es el dolo en materia contractual y otra lo es en materia extracontractual. En el primer caso, dolo significa solamente intención de no cumplir; en cambio, en el segundo, importa la intención de causar un daño. La diferencia, como se ve, es clara. En el primer caso, el incumplimiento doloso no es sustancialmente diferente al incumplimiento culposo; en ambos se incumple, en un caso intencionadamente, en otro caso por descuido. En ambos supuestos, lo que se procura es restablecer la situación querida contractualmente por las partes, que el incumplimiento ha impedido; en otras palabras, se busca resarcir las consecuencias inmediatas, es decir, las que acostumbran a suceder según el curso natural y ordinario de las cosas (art. 901).

En cambio, cuando se trata de un daño extracontractual, si bien existe diferencia conceptual entre el obrar doloso y el culposo, claramente se procura dejar indemne a la víctima o repararlo íntegramente, lo que lleva a resarcirlo no sólo de las consecuencias inmediatas, sino también de las mediatas (esto es, las que resultan de la conexión de un hecho con un acontecimiento distinto).

Volvamos a la Reforma. Como se dijo, el nuevo art. 521 prescinde del término *dolo* y usa la palabra *malicia*. ¿Qué es lo que ha querido el legislador? Malicia no es equivalente a dolo sino que es un dolo calificado por alguna de estas circunstancias: a) la intención de causar un daño, b) la indiferencia del incumplidor ante las consecuencias dañosas que muy probable y previsiblemente surgirán al acreedor del incumplimiento¹³. Cuando existe este obrar malicioso es razonable que la indemnización se agrave, que no se limite a cubrir las consecuencias inmediatas del daño, sino también las mediatas.

2) En materia de resarcimiento del daño moral, la Reforma de 1968 siguió la recomendación del Tercer Congreso Nacional de Derecho Civil.

En efecto, suprimió el art. 1078 y dispuso que el agravio moral debía ser resarcido siempre que se produjere un daño causado por un acto ilícito; en cambio, en materia contractual, estableció que el juez puede condenar al responsable a la reparación del agravio moral que hubiere causado, de acuerdo con la índole del hecho generador de la responsabilidad y circunstancias del caso (arts. 1078 y 522).

Más allá de la diferente redacción entre una norma y otra, la idea es la misma. En la medida que exista daño moral, éste debe ser resarcido. La diferente redacción obedece a que, en materia de actos ilícitos, siempre que existe un daño material, existe casi siempre un daño moral. En cambio, en materia contractual, la existencia de daño moral es más excepcional. Por ello, la norma establece que el juez *podrá condenar*; pero que quede claro, no se trata de una facultad discrecional del juez, sino que podrá o no condenar a resarcir el daño moral en la medida que se pruebe o no su existencia. Si se la prueba, debe resarcirlo¹⁴.

3) Por último, debe señalarse que la Reforma de 1968 también ha seguido al Tercer Congreso Nacional de Derecho Civil en otro aspecto importante: el nuevo art. 906, establece que *en ningún caso son imputable las consecuencias remotas* (que no son otras que las casuales¹⁵), *que no tienen con el hecho ilícito nexo adecuado de causalidad*, y ello implica consagrar la idea de que la medida del resarcimiento debe extenderse a todo daño que guarde conexión

causal adecuada con el hecho generador de la responsabilidad civil, lo que fue recomendado por ese Congreso.

Conviene señalar que el art. 905 establece que las consecuencias casuales (esto es, las que no pueden preverse, conforme lo dispone el art. 901) no son imputables al autor del hecho; sin embargo, añade que sí lo son en el caso de que tales consecuencias debieran resultar según las miras que el autor tuvo al ejecutar el hecho. La norma debe ser interpretada en sus justos términos. Las consecuencias casuales son exclusivamente aquellas que no pudieron preverse; si el autor, las tuvo en mira al ejecutar el hecho, las consecuencias no son casuales sino mediatas, y por ello son indemnizables.

Una cuestión final: ¿qué significa el criterio de causalidad adecuada? Que sólo deben repararse aquellas consecuencias que, según el curso ordinario de la vida y la experiencia, puede ocasionar un daño¹⁶, con lo que vuelve a excluirse las consecuencias remotas o casuales.

III. Los posteriores proyectos de reforma del Código Civil

1. El Proyecto de 1987

Este proyecto se enroló en la línea de la unificación de ambos regímenes de responsabilidad¹⁷. Para ello, derogaba los arts. 1066 y 1107 y modificaba los arts. 520, 521 y 522 del Código Civil.

Con la derogación de los arts. 1066¹⁸ y 1107¹⁹ se procuraba poner en claro que el eje de la responsabilidad es el daño sufrido por la víctima y no por el hecho ilícito en sí mismo o por la culpa del autor del hecho, y que la reparación del daño es una cuestión ajena a la existencia o no de un delito de derecho criminal. Por esa misma razón, se suprimían los arts. 520 y 521. De esta manera se dejaba de lado la idea de indemnizar las consecuencias inmediatas de la falta de cumplimiento de la obligación y el agravamiento de la responsabilidad por el obrar malicioso. El foco, claramente, se ponía en la reparación integral de la víctima, para lo cual se prescinde del obrar del autor del daño²⁰.

Por último, sustituía el art. 522 por un texto simple: *la indemnización comprende el daño moral*. Como se ve, no se hace distinción alguna según que se trate de un daño contractual o extracontractual. En ambos casos se debe el daño moral, siempre que se haya probado su existencia.

2. El Proyecto de 1993

La comisión designada por el decreto 468/92 promovió una profunda reforma del Código Civil. En la Sección Tercera del Libro Segundo, se incorporó la Parte Cuarta, titulada “De la Responsabilidad Civil”, en donde se consagró claramente la idea de la unificación de la responsabilidad contractual y extracontractual.

Establece que *la violación de deber de no dañar a otro genera la obligación de reparar el daño causado, conforme a las disposiciones de este Código* (art. 1549, 1ª parte). De esta manera, no se plantean distinciones según el origen del daño (esto es, si proviene de un incumplimiento contractual o de un acto ilícito). Mientras se pruebe el daño, cuyo carga se pone en cabeza de quien lo alega, salvo que surja notorio de los propios hechos o que la ley o la convención lo presuman (art. 1568), éste debe ser reparado.

La mención que la norma transcrita hace *a las disposiciones de este Código*, nos introduce en las excepciones que existen a la regla general de no dañar. Entre ellas cabe mencionar (i) al daño causado en el ejercicio regular de un derecho o facultad, salvo disposición legal en contrario (art. 1550); (ii) al daño inevitable, para conjurar un daño mayor e inminente que amenazare al agente o a un tercero, si el peligro no se originó en un hecho suyo (art. 1551, 1ª

parte); (iii) como regla, al daño causado por el hecho de la víctima o de un tercero por quien no se deba responder, o por caso fortuito o fuerza mayor (arts. 1559 y 1561); (iv) al daño sufrido por una persona por una causa que le es directa o indirectamente imputable (art. 1562, 1ª parte); y (v) al daño que el acreedor habría podido evitar usando la diligencia ordinaria (art. 1562, 3ª parte).

Para este Proyecto, *existe daño siempre que se cause a otro algún perjuicio a su persona, a su patrimonio o a sus intereses no reprobados por la ley* (art. 1565), y *la reparación comprende -salvo disposición en contrario- el valor del menoscabo sufrido y el de la utilidad dejada de percibir* (art. 1566).

Resulta de lo expuesto que se procura consagrar el principio de la reparación integral del daño; sin embargo, la conducta del autor no es inocua.

Ante todo, debe tenerse presente que el Proyecto establece en otra norma que *toda persona que por su culpa, dolo o malicia cause un daño a otro, está obligado a la reparación del perjuicio* (art. 1552), lo que pone de relieve que, al calificarse el comportamiento del autor del daño, tal conducta tiene cierta importancia. Incluso, define el concepto de culpa (art. 1553)²¹ y diferencia entre dolo y malicia, siendo el primero la deliberada intención de no cumplir las obligaciones previamente asumidas, y el segundo la acción ejecutada a sabiendas y con intención de dañar a otro (art. 1555).

Cierto es que el Proyecto consagra el principio de la causalidad adecuada²² y dispone que, salvo disposición legal en contrario, se deben indemnizar las consecuencias inmediatas y las mediatas previsibles, disponiendo -además- que las consecuencias mediatas que no puede preverse se llaman “consecuencias casuales” (art. 1557). Pero después vuelve a valorar la malicia, al establecer que *las consecuencias casuales son imputables al autor del hecho malicioso cuando debieron resultar según las miras que tuvo al ejecutarlo o cuando la convención o una disposición legal ponen a su cargo el caso fortuito*. Incluso, declara la invalidez de las cláusulas que liberan anticipadamente del daño causado por malicia o dolo del deudor (art. 1578, 2ª parte); e impide al juez atenuar la indemnización por equidad, considerando la situación patrimonial del deudor, cuando el daño le fuese imputable a su dolo o malicia (art. 1572).

Para terminar esta parte, dos cuestiones más: a) en el plano de la unificación ya comentada, el Proyecto establece que *la indemnización comprende el daño material y el moral* (art. 1567), sin distinguir -una vez más- según que su origen sea contractual o extracontractual; b) se consagra la idea de la prevención, facultando a los jueces a *disponer medidas tendientes a evitar la producción de daños futuros, salvo que ellos afecten garantías constitucionales*, y a las asociaciones representativas de intereses colectivos a *iniciar acciones preventivas vinculadas a su objeto* (art. 1549).

3. El Proyecto “federal” de 1993

En el mismo año 1993, se aprobó en la Cámara de Diputados otro proyecto de reforma parcial del Código Civil, elaborado por la denominada Comisión Federal de la Cámara de Diputados de la Nación.

Una idea central del proyecto fue la de unificar, en todo lo que sea posible, los regímenes de responsabilidad contractual y extracontractual.

En esta línea, mantuvo los textos actuales de los arts. 901 a 905 en lo que hace a las consecuencias indemnizables, pero modificó el art. 906 para que dispusiera que *la extensión de la responsabilidad derivada de incumplimiento obligacional o de hechos ilícitos se rige por los artículos precedentes y abarca los daños que estén en relación de causalidad adecuada*. Como se ve, ratifica el principio de la causalidad adecuada, y lo aplica tanto a la responsabilidad derivada del incumplimiento de una obligación como a la reparación de un acto ilícito.

También en esa línea se unificaban los plazos de prescripción, que se fijaban en cinco años para toda acción personal por deuda exigible, sin perjuicio de las excepciones especiales que pudieren existir (art. 4023).

Y también en esa línea se proponía derogar los arts. 1107²³, 520 y 521, despejando toda duda acerca de que la medida del resarcimiento está dado, para todos los casos, por los arts. 901 a 905.

Finalmente, esta tendencia unificadora se pone de relieve en materia de daño moral. Así se dispuso que *la obligación de resarcir los perjuicios causados por los actos ilícitos comprende el daño moral* (art. 1078) y que en casos de responsabilidad contractual, *la indemnización comprende el daño moral* (art. 522). En otras palabras, siempre debe resarcirse el daño moral.

4. El Proyecto de 1998

Este proyecto promovió una reforma integral del Código Civil. Introdujo en el Libro IV, Título IV, un largo capítulo (el I) dedicado a la responsabilidad civil, incorporando cuestiones que ya hemos venido viendo y otras novedosas.

Una de las ideas centrales fue la de unificar los regímenes derivados de la responsabilidad contractual y de la extracontractual. Por ello dispuso que *las disposiciones de este Título son aplicables cualquiera que sea la fuente del deber jurídico de cumplir o de reparar el daño* (art. 1581), pero -de manera expresa- estableció que lo regulado en este Título no derogaba las disposiciones que contienen una regulación especial, ni afectaba a las estipulaciones que modifican, limitan o excluyen la responsabilidad, en cuanto no contravengan una disposición legal indisponible (art. 1582).

También consagró la reparación integral del daño, aunque se la hizo convivir con un sistema de limitación cuantitativa en los casos de responsabilidad objetiva, tema al que me referiré al final de este párrafo. Respecto de la reparación integral, dispuso que *son reparables el daño patrimonial y el daño extrapatrimonial, sea directo o indirecto, así como el daño futuro cierto, y la pérdida de probabilidades en la medida en que su contingencia sea razonable* (art. 1601), obligando (i) a reponer el bien al estado anterior al hecho generador de la responsabilidad, (ii) al responsable a restituir lo que está obligado a devolver o lo que obtuvo indebidamente, y (iii) a resarcir el valor del daño patrimonial, a satisfacer el valor del daño extrapatrimonial, y, en su caso, a reembolsar el valor de gastos e inversiones (art. 1621).

La mención a los daños patrimonial y extrapatrimonial impone determinar qué se entiende por ellos. El art. 1600 estableció que el daño patrimonial abarca el daño emergente y el lucro cesante; y que el daño extrapatrimonial *comprende al que interfiere en el proyecto de vida, perjudicando a la salud física o psíquica o impidiendo el pleno disfrute de la vida, así como el que causa molestias en la libertad, en la seguridad personal, en la dignidad personal, o en cualesquiera otras afecciones legítimas*. Esta norma también incluye el llamado daño al interés negativo (que había querido ser incorporado por el proyecto de 1987) estableciendo que *comprende los gastos comprometidos con la finalidad de celebrar el contrato frustrado y, en su caso, una indemnización por la pérdida de probabilidades concretas para celebrar otro negocio similar*, debidamente probado.

El proyecto dispuso, como regla, que el factor de atribución de la responsabilidad es la culpa (art. 1602), y ella junto con el dolo son los únicos factores de atribución subjetivos (arts. 1603 y 1605), eliminando -consiguientemente- la noción de malicia. Desde luego, recepta la responsabilidad objetiva como otro factor de atribución, definiéndola como aquella en la cual la conducta diligente del sindicado como responsable no es suficiente para excluirla, pues existe una norma o una cláusula contractual que así lo impone (art. 1606).

También incorporó el principio de la causalidad adecuada, disponiendo que la responsabilidad comprende las consecuencias inmediatas y las mediatas previstas o previsibles, excluyendo las consecuencias casuales (art. 1609). Sin perjuicio de ello, se prevé la posibilidad de que la responsabilidad sea excluida o limitada por la incidencia de una causa ajena, del caso

fortuito, o la incidencia del hecho del damnificado en la causación del daño (arts. 1610, 1613 y 1611), o cuando el daño se genera por el incumplimiento causado por un impedimento ajeno a la voluntad del autor (art. 1615)²⁴.

La carga de la prueba del daño y de la relación causal se impuso a quien lo alega, excepto que la ley lo impute o lo presuma, o que su existencia sea presumible conforme a las reglas de la experiencia (arts. 1618 y 1620).

Por otra parte, se facultó al tribunal a atenuar la responsabilidad, por razones de equidad, cuando el autor obró sin dolo (y no se tratare de una cosa riesgosa, o residuos industriales actual o potencialmente peligrosos o radiactivos, o una actividad especialmente peligrosa), o si el hecho dañoso causare ventajas al acreedor, o se tratare de un hecho involuntario o cuando la ley lo disponga (art. 1641). La omisión de toda particular referencia permite afirmar que se otorgó esta facultad a todo tipo de responsabilidad²⁵.

Al igual que el proyecto de 1993, procuró prevenir el daño, obligando a toda persona a evitar causar un daño no justificado, a adoptar las medidas razonables para evitar que se produzca el daño o disminuir su magnitud, y a no agravar el daño si ya se ha producido (art. 1585) y otorgó al tribunal las *atribuciones para disponer conforme a las circunstancias, medidas tendientes a evitar la producción de daño futuro* (art. 1586).

De manera novedosa, introdujo los denominados daños punitivos, que el proyecto nombra como multa civil. Facultó a los tribunales a aplicar tal multa *a quien actúa con grave indiferencia respecto de los derechos ajenos o de los intereses de incidencia colectiva* y a determinar su destino; y para fijar su monto obligó a tomar en consideración, las circunstancias del caso y los beneficios que el autor obtuvo o pudo haber obtenido de su conducta (art. 1587).

Finalmente, proyectó un sistema de limitación cuantitativa de la responsabilidad objetiva, quedando excluido este tope cuando el responsable actuó sin diligencia o no adoptó las medidas de prevención razonablemente adecuadas, cuando el responsable razonablemente debió haber asegurado ese riesgo y no lo hizo, o si el damnificado directo sufre una gran discapacidad (art. 1634).

IV. La legislación comparada

Más allá de las indemnizaciones de equidad que la legislación comparada concede ante daños, definitivos o transitorios, causados por incapaces, y de la nulidad de las cláusulas de dispensa anticipada de responsabilidad previstas normalmente, temas estos que no he de desarrollar en esta ocasión, procuraremos ver las tendencias que existen en el extranjero respecto de las cuestiones que he venido tratando; esto es, unificación de los regímenes de responsabilidad, daño resarcible e indemnización del daño moral.

Parece clara la tendencia a admitir la reparación del daño moral causado tanto por el incumplimiento contractual como por el acto ilícito²⁶. Sin embargo, pueden advertirse también supuestos de exclusión o limitación. Así, el art. 846 del BGB que prevé esta indemnización para casos de lesión al cuerpo o a la salud o en el caso de privación de la libertad (lo que parece ser una enumeración taxativa), o el art. 2059 del Código Civil italiano que la establece para los casos determinados por la ley.

En cuanto al proceso unificador de las responsabilidades contractual y extracontractual, la cuestión no es tan clara; incluso, cabe señalar que normalmente se las regula en normas separadas.

La reparación tampoco es idéntica según se trate del daño contractual o extracontractual. Mientras, como se verá más adelante en este mismo punto, en la responsabilidad extracontractual prevalece la idea de la reparación integral, en la responsabilidad contractual, si bien se procura pagar a la víctima los daños sufridos y sus intereses (art. 1147, C.C. francés; art. 104, Cód. de las Obligaciones suizo; art. 806, C.C. portugués)²⁷, la conducta del dañador no resulta inocua.

En efecto, cuando se trata del daño contractual, prevalece la idea de fundar la responsabilidad en la culpa o en el dolo ²⁸, incluso liberando al deudor por diferentes circunstancias, ya sea por el caso fortuito (art. 1148, C.C. francés, art. 393, C.C. brasileño), ya sea porque la prestación deviene imposible por causa no imputable al deudor (art. 1256, C.C. italiano), ya sea porque el acreedor pudo evitar el daño usando la ordinaria diligencia (art. 1227, C.C. italiano), ya sea porque la falta no es imputable al dañador (art. 97, Cód. de las Obligaciones suizo). Incluso, la malicia -prevista por nuestro Código para agravar la responsabilidad- es admitida por el Códigos Civil francés ²⁹, aunque como se ha visto en la nota anterior, el comportamiento del autor del daño es normalmente tenido en cuenta a los efectos de fijar la indemnización.

La reparación integral parece más clara, en cambio, cuando se trata de indemnizar el daño causado por un acto ilícito. Así, puede advertirse una tendencia clara en el sentido de indemnizar todo el daño causado, sin diferenciar según haya habido un obrar doloso o negligente ³⁰. A pesar de ello, debe señalarse que en algunas legislaciones la culpa se presenta como una circunstancia que permite, en ciertos casos, morigerar la indemnización ³¹. El concepto de daño indemnizable a causa de un acto ilícito está bien expresado en el BGB en cuanto establece que se extiende al detrimento que el acto ocasione en las ganancias o prosperidad de la víctima (art. 842). Esa búsqueda de la reparación integral ha permitido en ciertas legislaciones prever la posibilidad del resarcimiento en especie (arts. 2058, 947 y 1857, códigos civiles italiano, brasileño y paraguay, respectivamente)

Los plazos de prescripción son, en general diferentes ³². En tanto que la carga de la prueba de la culpa del autor de la lesión recae normalmente en la víctima ³³.

V. Cuestiones finales

Lo que hemos visto en los párrafos anteriores, nos permite establecer algunas conclusiones.

1) Aunque no del todo nítido en el derecho comparado, en nuestro derecho existe una clara tendencia en asimilar (o no diferenciar) los regímenes del resarcimiento de los daños causados por un hecho ilícito de los que se derivan del incumplimiento contractual. Lo que se procura es reparar el daño sufrido, restablecer a la víctima en la situación en que se encontraba antes de sufrir el daño. Claro está, que se prevén supuestos de excepción al deber de reparar, tales como el daño sufrido por caso fortuito o fuerza mayor, o por la culpa de la propia víctima, o el causado a raíz del ejercicio regular -no abusivo- del derecho.

Ahora bien, ¿qué implica restablecer a la víctima en la situación en que se encontraba? ¿cuáles son los alcances de esta reparación?

No parece posible dar una respuesta única para todos los supuestos. Es acá, cuando se llega a la reparación en concreto, donde parece ser necesario diferenciar entre el daño contractual y el daño extracontractual, por un lado, y por el otro, considerar la conducta del dañador

1.1) Cuando se trata de un daño contractual, en principio, poco importa que el dañador haya obrado con culpa o dolo, pues, estando pacíficamente receptada la teoría de la causalidad adecuada, en ambos supuestos deben repararse las consecuencias inmediatas y necesarias de la falta de cumplimiento.

Sin embargo, la cuestión merece otro enfoque, si por dolo no se interpreta la mera intención de no cumplir, sino la intención de causar un daño, o la indiferencia ante las consecuencias dañosas que muy probable y previsiblemente surgirán al acreedor del incumplimiento, es decir, lo que nuestra ley ha calificado como obrar malicioso (art. 521, C.C.), entonces la reparación debe ser más amplia y comprender las consecuencias mediatas.

1.2.) En el campo de la responsabilidad extracontractual, también se valora la conducta del dañador. En efecto, más allá de que deban indemnizarse las consecuencias inmediatas y las mediatas previstas o previsibles (arts. 903 y 904, C.C.), tanto que el dañador obre de manera

culposa como que obre de manera dolosa, se advierte una tendencia a morigerar el monto indemnizatorio cuando esa conducta sea culposa.

1.3.) La valoración de la conducta, como agravante de la responsabilidad, ha tenido en los últimos años nuevas repercusiones.

Aunque con muchas resistencias, se viene introduciendo en nuestro derecho interno, una figura del derecho anglosajón. Me refiero a los daños punitivos. Ellos fueron receptados en el proyecto de 1998, como ya hemos visto, y, han sido incorporados a nuestro orden jurídico a través del art. 52 bis³⁴ de la ley de defensa del consumidor N° 24.240, con la modificación de la ley 26.361.

Cierto es que esta última norma ha recibido importantes cuestionamientos. Se la ha calificado de inconstitucional, y se ha sostenido que (i) no fija los presupuestos mínimos de aplicación de la multa, (ii) dota al juez de una amplísima discrecionalidad, y (iii) da lugar a un enriquecimiento sin causa del consumidor, entre otras críticas³⁵.

Pero, a mi juicio, estos cuestionamientos parecen partir de ciertos presupuestos que no conciben con la realidad. Daría la impresión de que se está pensando en una sociedad virtuosa, en la que los deudores procuran por todos sus medios cumplir con sus obligaciones, en la que los incumplimientos solamente se fundan en verdaderas imposibilidades o dificultades económicas y no en particulares conveniencias. Lamentablemente, muchas veces el deudor hace un estimación de costos, aprecia diferentes circunstancias, tales como bajas tasas de interés frente a la inflación o valora el factor tiempo que insume el proceso judicial, y prefiere incumplir o provocar el daño. Y esto debe ser sancionado. No tengo dudas respecto de que las graves inconductas y los beneficios obtenidos a través de la actividad dañosa deben merecer un ejemplar castigo.

También se ha criticado que la multa del daño punitivo genera un enriquecimiento sin causa del acreedor, que percibe el valor de la multa sin un daño a reparar, ni una obligación que cumplir. Y esto resultaría inadmisibles.

Por mi parte, no estoy convencido de ello. Ante todo, como criterio general, la multa no debe ir necesariamente al acreedor. En efecto, una posibilidad que no puede descartarse si se decide incluir los daños punitivos en una futura ley, con un criterio de aplicación general, es que el destino sea fijado por el juez, tal como lo preveía el proyecto de 1998. Pero, incluso, de seguirse los lineamientos de la ley 26.361, tampoco es del todo clara la existencia de un enriquecimiento sin causa. Es que siempre es difícil determinar la verdadera entidad del daño y hay aspectos sumamente complejos de mensurar, lo que permite sostener que no existe certeza cabal de que la indemnización, simplemente reparadora, en el caso concreto, alcance su propósito.

Por lo demás, más allá de que exista o no un enriquecimiento sin causa, el objetivo de los daños punitivos es otro: se trata de sancionar a quien comete graves inconductas u obtiene beneficios a través de una actividad dañosa, y provocar en el ánimo de los deudores una mayor intención de cumplimiento.

2) En cuanto al daño moral, sí puede afirmarse que existe un criterio pacífico respecto de la procedencia de su resarcimiento, sin importar que el origen del daño sufrido sea contractual o sea extracontractual.

Y en este punto, también es advertible una tendencia jurisprudencial que atribuye una doble función a la indemnización por daño moral; esto es, una función reparadora y otra función sancionatoria. Es que, como se ha resuelto, debe procurarse reparar a quien padeció las consecuencias afflictivas, pero también sancionar, de manera ejemplar, el proceder reprochable de quien las hubo causado³⁶, de manera de desalentar conductas contrarias al interés general³⁷.

3. Para cerrar este trabajo, sólo queda por puntualizar otras dos tendencias que parecen firmes. Por un lado, la búsqueda de la prevención del daño; por el otro, poner en cabeza de la víctima la prueba del daño y de la relación causal, salvo disposición legal en contrario o supuestos de responsabilidad objetiva.

NOTAS:

- ¹ *Tercer Congreso Nacional de Derecho Civil*, Ed. Universidad Nacional de Córdoba, 1962, t. II, pág. 619.
- ² *Tercer Congreso Nacional de Derecho Civil*, Ed. Universidad Nacional de Córdoba, 1962, t. II, pág. 619.
- ³ *Tercer Congreso Nacional de Derecho Civil*, Ed. Universidad Nacional de Córdoba, 1962, t. II, pág. 620 y 621.
- ⁴ *Tercer Congreso Nacional de Derecho Civil*, Ed. Universidad Nacional de Córdoba, 1962, t. II, pág. 621.
- ⁵ *Tercer Congreso Nacional de Derecho Civil*, Ed. Universidad Nacional de Córdoba, 1962, t. II, pág. 622.
- ⁶ Argumentos de Salas, Brebbia, Spota y Ferreyra, *Tercer Congreso Nacional de Derecho Civil*, Ed. Universidad Nacional de Córdoba, 1962, t. II, págs. 625/30 y 636/42.
- ⁷ Argumentos de Borda y Barcia López, *Tercer Congreso Nacional de Derecho Civil*, Ed. Universidad Nacional de Córdoba, 1962, t. II, págs. 630/36.
- ⁸ Quien actuó como ponente, presentó un dictamen preliminar y fue el miembro más activo de la comisión, *Tercer Congreso Nacional de Derecho Civil*, Ed. Universidad Nacional de Córdoba, 1962, t. II, págs. 649, 650, 653/6 y 671.
- ⁹ Así los dictámenes preliminares presentados por el Dr. Borda, y por los Dres. Ferreyra, Moroni Petit y Banchio, la observación del Dr. Salas, y las exposiciones de los Dres. Barcia López, León, Racciatti, May Zuviría y Ferreyra, *Tercer Congreso Nacional de Derecho Civil*, Ed. Universidad Nacional de Córdoba, 1962, t. II, págs. 665/0, 651, 657/60.
- ¹⁰ *Tercer Congreso Nacional de Derecho Civil*, Ed. Universidad Nacional de Córdoba, 1962, t. II, pág. 652.
- ¹¹ *Tercer Congreso Nacional de Derecho Civil*, Ed. Universidad Nacional de Córdoba, 1962, t. II, pág. 656.
- ¹² *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.*
- ¹³ Conf. Guillermo A. BORDA, *La Reforma de 1968 al Código Civil*, N° 131, Buenos Aires, Perrot, 1971.
- ¹⁴ Conf. Guillermo A. BORDA, *La Reforma de 1968 al Código Civil*, N° 132, Buenos Aires, Perrot, 1971.
- ¹⁵ Conf. Guillermo A. BORDA, *La Reforma de 1968 al Código Civil*, N° 144, Buenos Aires, Perrot, 1971.
- ¹⁶ Conf. Guillermo A. BORDA, *La Reforma de 1968 al Código Civil*, N° 143, Buenos Aires, Perrot, 1971.
- ¹⁷ Véanse sus “notas explicativas” en *Ley de Unificación de la legislación civil y comercial de la Nación*, Buenos Aires, Abeledo-Perrot, 1987, pág. 37.
- ¹⁸ El art. 1066 dispone que *ningún acto tendrá el carácter de ilícito, si no fuere expresamente prohibido por las leyes ordinarias, municipales o reglamentos de policía; y a ningún acto ilícito se le podrá aplicar pena o sanción de este Código, si no hubiere una disposición de la ley que la hubiese impuesto.*
- ¹⁹ El art. 1107 establece que *los hechos o las omisiones en el cumplimiento de las obligaciones convencionales, no están comprendidas en los artículos de este título, si no degeneran en delitos de derecho criminal.*
- ²⁰ Los arts. 520 y 521 eran remplazados por otros textos en este proyecto, incorporando la noción del interés negativo y la responsabilidad por el obrar del tercero introducido en la ejecución de la obligación por el obligado principal. El art. 520 del proyecto disponía que *en este Código se denomina “interés negativo” a los gastos y pérdidas sufridos en el proceso de formación de un contrato.* Y el art. 521 establecía que *el obligado responde por los terceros que haya introducido en la ejecución de la obligación, y por las cosas de que se sirve o tenga a su cuidado.*
- ²¹ *Es la omisión de las diligencias debidas conforme a la naturaleza de la obligación y las circunstancias de persona, tiempo y lugar. Comprende la imprudencia, la negligencia, la impericia en el arte o profesión y la inobservancia de los reglamentos o de los deberes a cargo del responsable.*
- ²² La norma, en su parte pertinente, dispone que *son reparables las consecuencias dañosas que tienen nexo adecuado de causalidad con el hecho productor del daño.*
- ²³ *Los hechos o las omisiones en el cumplimiento de las obligaciones convencionales, no están comprendidas en los artículos de este título, si no degeneraren en delitos de derecho criminal.*
- ²⁴ Norma tomada de la Convención de Viena de 1980 sobre compraventa internacional de mercaderías, ratificada por ley 22.765. Véase “Fundamentos del Proyecto de Código Civil” en *Proyecto de Código Civil de la República Argentina*, Ed. San Isidro Labrador, pág. 97, 1999.
- ²⁵ Conf. “Fundamentos del Proyecto de Código Civil” en *Proyecto de Código Civil de la República Argentina*, pág. 98, Ed. San Isidro Labrador, pág. 1999.
- ²⁶ Como mero ejemplo, pueden citarse los arts. 1322 y 1984 del Código Civil peruano.
- ²⁷ Por excepción, el BGB sólo se refiere al deber del deudor de indemnizar el daño contractual sufrido por el acreedor (arts. 280, 282 y 283).
- ²⁸ Así lo prevé: (i) el art. 276 del BGB, que admite la posibilidad de que esté determinada una responsabilidad mayor o menor, según el caso, (ii) el art. 1151 del Código Civil francés en cuanto a la conducta dolosa, (iii) el art. 1225 del Código Civil italiano que dispone que si el incumplimiento no depende del dolo del deudor, el resarcimiento se limita al daño que pudo preverse al tiempo en que nació la obligación, (iv) el art. 99 del Código de las Obligaciones suizo que responsabiliza al deudor de toda falta, y que en sus arts. 104 y 106 fija los daños e intereses en la tasa legal, excepto que el daño sea superior a esa tasa y el deudor no pruebe que la falta no le es imputable; (v) el art. 798 del Código Civil portugués, aunque luego, en otras normas, presume la culpa por el incumplimiento o

cumplimiento defectuoso (arts. 799 y 801); (vi) el Código Civil brasileño que distingue entre contratos gratuitos y onerosos: en los primeros responde por simple culpa el contratante a quien el contrato aprovecha y por dolo el contratante a quien no favorezca; en cambio, en los contratos onerosos, cada parte responde por su culpa, salvo excepción legal (art. 392); (vii) el Código Civil peruano, que también prevé la culpa leve (art. 1321).

²⁹ Permite el pago de intereses superiores a los legales (art. 1153).

³⁰ Así, el art. 823 del BGB obliga a quien dolosa o negligentemente dañe la vida, al cuerpo, a la salud, a la libertad, a la propiedad o a otro derecho de otra persona, a indemnizar cualquier daño causado por esto. La negligencia es invocada, también, por el art. 1383 del Código Civil francés. El art. 2043 del Código Civil italiano dispone que el hecho doloso o culposo que cause a otro un daño injusto obliga al dañador a resarcirlo. En cambio, y en sentido opuesto a lo que se viene señalando, las legislaciones latinoamericanas se limitan a obligar a reparar el daño causado por el acto ilícito, sin calificar la conducta del autor (art. 927, C.C. brasileño; art. 1833, Código Civil paraguayano (art. 1833), o presume la existencia de dolo o culpa, poniendo en cabeza del autor la prueba de su falta de dolo o culpa (art. 1969, C.C. peruano).

³¹ Así, el art. 483 del C.C. portugués, que faculta a morigerar la indemnización si la responsabilidad se fundare en la mera culpa, considerando el grado de culpabilidad del dañador, su situación económica y la del lesionado y las demás circunstancias del caso (art. 494). Por su parte, el Cód. de las Obligaciones suizo, aunque funda la responsabilidad en el dolo o culpa (art. 41), obliga también a indemnizar el daño causado sin dolo ni culpa, facultando al juez a morigerarla atendiendo a la situación particular del deudor (art. 44) y exime de responsabilidad al autor que ha actuado en legítima defensa (art. 52).

³² Véanse arts. 2262 y 2271-1 del Código Civil francés; los arts. 60 y 127 del Código de las Obligaciones suizo; los arts. 309 y 498 del Código Civil portugués; los arts. 205 y 206 del Código Civil brasileño; el art. 2001, C.C. peruano, y los arts. 659 y 663, C.C. paraguayano.

³³ Salvo que exista presunción legal de culpa (art. 487, C.C. portugués), o en el caso del Código Civil peruano que presume la culpa leve (art. 1329).

³⁴ La norma dispone que *al proveedor que no cumpla sus obligaciones legales o contractuales con el consumidor, a instancia del damnificado, el juez podrá aplicar una multa civil a favor del consumidor, la que se graduará en función de la gravedad del hecho y demás circunstancias del caso, independientemente de otras indemnizaciones que correspondan*. La norma añade que la multa no puede exceder la suma de \$ 5.000.000.

³⁵ Véase sobre el tema, un reciente trabajo de Juan Manuel PREVOT, “¿Prevenir, punir o resarcir? La finalidad de la responsabilidad civil”, diario L.L. del día 18/2/09, donde sintetiza las críticas formuladas a la ley, a las que él se suma.

³⁶ CNCom., Sala C, 19/4/05, “Travetto, Oscar Horacio y otro c/ Sevel Argentina S.A. s/ordinario”, E.D. (derecho de seguros) N° 26, diario del día 17/10/06; CNCom., sala C, 15/8/06, “Pardini, Fabián c/ Compañía Fredel”, J.A. t. 2006-IV, fasc. 7, pág. 83; CNCom., Sala C, 18/9/07, “N., D. c/B., G. y otros s/daños y perjuicios”, E.D. fallo N° 55.195; CApel. C.C. Mercedes, Sala I, 28/6/07, “Coronel, Pedro A. y otro c/ La Nueva Bailanta (NB) s/daños y perjuicios”, E.D. N° 54.850; CNCiv., Sala G, 5/6/07, “Martín de Freire, Julia Hermenegilda y otro c. Navarro Escobar Solano y otros s/daños y perjuicios”, E.D. fallo N° 55.203; CNCiv., Sala G, 7/5/07, “Roldán, Víctor Enrique y otro c/ Genovart, Cristhian Marcelo y otros s/daños y perjuicios”, E.D. fallo N° 55.397.

³⁷ CNCiv., Sala G, 9/8/06, “Ortiz, Pablo D. c/ TGR. Hipotecaria S.A.”, J.A. t. 2007-I, fasc. N° 4, pág. 48.

**SOBRE LA (PRETENDIDA) DISTINCIÓN DE LA
RESPONSABILIDAD CIVIL CONTRACTUAL
(RECTIUS: POR INEJECUCIÓN DE
LAS OBLIGACIONES)
Y LA RESPONSABILIDAD CIVIL
EXTRACONTRACTUAL O AQUILIANA**

por JUAN ESPINOZA ESPINOZA

El Código Civil peruano de 1984, como la mayoría de sus homólogos, adopta un sistema binario: tenemos regulada la responsabilidad contractual en el Libro VI, Las Obligaciones, Sección Segunda, Efectos de las Obligaciones. Título IX, Inejecución de las Obligaciones, y la responsabilidad extracontractual, en el Libro VII, Fuentes de las Obligaciones, Sección Sexta ¹.

A continuación, presento un cuadro comparativo de ambos regímenes de responsabilidad civil.

Semejanzas y diferencias entre las (denominadas) responsabilidad civil contractual y la extracontractual ²

A poco de examinar la distinción (si se quiere, de fondo) entre ambos tipos de responsabilidad, observo que es artificiosa y confusa, por cuanto, como bien se señala “el deber genérico del *neminem laedere* probablemente es un modo de espejismo que, por mucho tiempo, ha ilusionado y continúa ilusionando a los juristas. Este deber genérico no es, en realidad, más que la síntesis de todos los deberes específicos impuestos a cada uno con respecto a los demás sujetos. El *aliquem laedere* es paralizado por el *suo iure uti* en la fórmula elemental: *qui iure suo utitur neminem laedit*. Y el deber genérico de usar el propio derecho, vale decir, de no actuar más allá del propio derecho, es una fórmula vana en tanto no se determine cuál sea el propio derecho y cuál sea el derecho ajeno. Por consiguiente, no se puede decidir que un acto *aliquem laedit*, si no se establece que quien lo cumple, lo hace *iure suo non utitur*, y no se puede establecer esto sin establecer si se tiene, o no, una obligación de abstención” ³. En este mismo sentido, se advierte que “un deber específico preexiste tanto en la aparición del daño extracontractual como en el nacimiento del daño contractual; el sujeto no está vinculado sólo por el deber de cumplir la obligación, sino también por otros deberes específicos que le vienen impuestos por el ordenamiento jurídico; en cuanto perjudica al interés de otro violando uno de tales deberes, ocasiona un daño que, en contraposición al contractual, se conoce como extracontractual” ⁴.

En atención a ello, el deber genérico del *neminem laedere* se encuentra presente, tanto en la responsabilidad contractual como en la extracontractual. Lo que sucede con este último supuesto, es que recae en la generalidad de los individuos. No se olvide que ambos tipos de responsabilidad tienen, desde un punto de vista funcional, la misma finalidad, vale decir, “*la de ejercitar un control cualitativo sobre la circulación de la riqueza, tal de consentir una equitativa distribución de los recursos a través del resarcimiento del daño*” ⁵. Incluso, el mismo término “responsabilidad contractual”, es inadecuado, por cuanto éste no sólo se presenta en los negocios jurídicos patrimoniales contractuales, sino en otro tipo de figuras, que técnicamente no son contratos, a saber: gestión de negocios (art. 1950 C.C), promesa unilateral (art. 1956 C.C.), entre otros. En efecto, aun siguiendo -como hace el formante legislativo nacional- la diferencia entre responsabilidad civil contractual y extracontractual, conviene aclarar que “nuestro Código Civil, en cambio utiliza un criterio de distinción diferente: la relación obligatoria. En tal sentido, el capítulo relativo a “Inejecución de las Obligaciones” comprende la lesión de crédito de todas las relaciones obligatorias, sean éstas de fuente contractual como de fuente no contractual. La responsabilidad extracontractual supone, entonces, la violación del deber general de no causar un daño a otro (o los hechos lesivos de los intereses jurídicamente tutelados en la vida de relación). Dentro de este orden de cosas debería hablarse, con mayor precisión, de “responsabilidad obligacional” y de ‘responsabilidad no obligacional’” ⁶.

Suelen presentarse “zonas grises”⁷, vale decir, situaciones en las cuales se discute si lo que se ha producido es un supuesto de responsabilidad contractual o extracontractual, tal es el caso del daño sufrido por el viajero durante el transporte o el cirujano que deja un bisturí en el vientre del paciente que ha operado, entre otros⁸. Como observa una atenta doctrina argentina⁹ existen dos corrientes que pretenden resolver este tipo de responsabilidad.

a. Tesis de la incompatibilidad, que sobre la base de la distinta regulación legal que tienen la responsabilidad contractual y extra-contractual, se sostiene que ambas son irreconciliables y, en los casos mencionados, se tiene que resolver en función de las reglas de la responsabilidad contractual, sobre la base de la “fuerza absorbente del contrato o, más latamente, de la obligación”¹⁰.

b. Tesis de la compatibilidad, que se basa en el hecho que, si en estos casos “concurren, al mismo tiempo, los presupuestos de la responsabilidad por incumplimiento y la aquiliana, no se comprende por qué la víctima no pueda escoger entre su pretensión como acreedor a realizar el interés deducido en obligación y la acción de resarcimiento que, incluso, prescindiendo del vínculo obligatorio, la ley le atribuye por el daño injusto soportado”¹¹. Esta posición tiene más respaldo en la doctrina, y puede ejercerse por dos vías:

i) *Opción*, el dañado puede elegir entre accionar la vía contractual o la extracontractual. Al respecto, se afirma que “la opción -que en el lenguaje corriente significa facultad de elegir- no es otra cosa que el derecho para un contratante víctima del daño proveniente de la inejecución de una obligación contractual, de elegir a su gusto entre la responsabilidad contractual y la responsabilidad delictual para reclamar la indemnización del perjuicio sufrido, teniendo en cuenta las ventajas que podría depararle una u otra”¹². Ello nos hace concluir, en posición que comparto, que “al admitir la opción no se está sino reconociendo la unidad esencial del sistema de la responsabilidad civil”¹³.

ii) *Cúmulo*, aquí, se permite al dañado “la obtención de una ventaja que con el ejercicio de una de las acciones no ha sido lograda”¹⁴. Así, el dañado elige lo que más le convenga de cada una de estas vías (plazo prescriptorio, carga de la prueba, entre otras). Se critica esta posición, porque “mal se podría hablar de “cúmulo”, donde no existe acumulación de acciones”¹⁵ y, como se observa, “huelga comentar que esta figura híbrida no ha recibido cabida en la doctrina”¹⁶. Sin embargo, esta figura es de perfecta aplicación en la experiencia jurídica italiana. Así, “el cúmulo es solicitado sólo si el dañado puede ganar algo por su concesión, y su concesión se traduce siempre en un mejoramiento de la posición del dañado y, contrariamente, en un empeoramiento de la del dañante”¹⁷.

Hace algunos años expresé, siguiendo a la corriente dominante de la doctrina jurídica contemporánea, que: “la discusión sobre la distinción entre la responsabilidad contractual y extracontractual se torna en bizantina, por cuanto, en ambas se produce un daño y el derecho debe intervenir para repararlo. No importa el origen del daño, sino cómo solucionar sus consecuencias. No importa el agente dañoso sino el dañado”¹⁸. Actualmente, con satisfacción, puedo comprobar que ésta es la orientación de la doctrina nacional más autorizada¹⁹. Con razón, ahora se afirma que “nunca hemos encontrado justificativo que explique el porqué de un mismo hecho dañoso, que puede generar un mismo tipo de daño, puedan aplicarse regímenes de responsabilidad distintos, con cobertura de daños distintos”²⁰.

No puedo dejar de citar el siguiente pasaje de la ejemplar resolución casatoria N° 849-96, del 10.07.97, en el cual se advierte que, no obstante el Código Civil vigente adopta un sistema binario de responsabilidad: “sin embargo, esta tradicional dicotomía se está orientando a la *unificación sistemática de ambas responsabilidades a partir del dato de concebir el daño como centro de gravedad del problema*; es decir que los presupuestos del daño contractual y extracontractual son comunes, esto es la antijuridicidad, el daño, la relación de causalidad y los factores de atribución, los que pueden variar de acuerdo a cada caso en particular” (el destacado es mío).

Incluso, va más allá el fundamento singular del vocal Roncalla Valdivia, quien opta por la tesis del cúmulo entre ambas responsabilidades. Así:

“la responsabilidad contractual y extracontractual no son vías antagónicas si no que muchas veces pueden presentarse de manera paralela, coexistiendo dentro de una situación global,

produciéndose daños de distinta naturaleza, pero tienen su origen en una sola situación jurídica, como en este caso, que es una relación contractual.

(...) Que en esos casos, como en el presente el perjudicado no sólo dispone de una inequívoca acción si no que dispone de ambas a la vez siendo mas realista entender que el carácter contractual o extracontractual de los deberes infringidos al ocasionar el daño no es tanto el factor que configure la acción, dotándola de una única naturaleza, en cuanto se deben entender que son sólo fundamentos de derecho de prosperabilidad de la acción indemnizatoria, y que como fundamentos de derecho son intercambiables por el principio *iura novit curia*, siempre y cuando se hayan probados los elementos de derecho indemnizatorio que son un causante, una víctima, nexo de causalidad, negligencia, culpa o existencia de responsabilidad objetiva” (el destacado es mío).

La jurisprudencia nacional, en materia de responsabilidad civil por mala *praxis* médica está admitiendo el derecho de opción: en ello encontramos un aspecto positivo, por cuanto ello es una muestra que el operador jurídico está ampliando sus horizontes interpretativos. Sin embargo, no se está reconociendo el derecho de opción en un supuesto adecuado: la responsabilidad médica (salvo, en mi opinión, en el caso de la mala *praxis* derivada de la atención en emergencia) es un típico supuesto de responsabilidad contractual.

En conclusión, se puede afirmar que, cuando dentro de una relación jurídica obligatoria, se produce un daño que exorbita los derechos y deberes inherentes a dicha relación y por ende, también se configura un supuesto de responsabilidad extracontractual, el deudor afectado tiene el derecho de optar por la normatividad establecida en inejecución de las obligaciones o por aquella diseñada en materia de responsabilidad extra-contractual.

Independientemente de estos supuestos, creo que el operador jurídico debe individualizar los siguientes escenarios:

1. ¿Cómo debería estar regulada la responsabilidad civil? Siendo consecuente con mi pensamiento, creo que debería irse hacia la unificación: ello no significa generar un único régimen de responsabilidad civil, sino contar con una parte general común a la contractual y a la extracontractual y, además, con una parte específica que regule aspectos particulares (como mora o cláusula penal en el caso de la denominada responsabilidad civil contractual).

2. ¿Cómo está regulada la responsabilidad civil en nuestro sistema? Basta leer el Código Civil para darnos cuenta que estamos incursos en un sistema binario.

3. ¿Cómo puedo interpretar la responsabilidad civil? al ser el principio de la reparación integral de los daños sufridos por la víctima, el elemento unificante de ambas responsabilidades, es posible interpretar sistemáticamente (en la medida que ello sea posible) ambas responsabilidades. Un ejemplo lo tenemos en el art. 1332 C.C., el cual establece (en materia contractual) la aplicación del criterio equitativo cuando no se puede determinar la entidad del daño ¿acaso no lo podemos aplicar en materia de responsabilidad civil extracontractual? Por ello, estoy totalmente de acuerdo cuando se afirma que “*nosotros seguimos el criterio de considerar el Código como una unidad, como un sistema que es el fruto de un plan lógico y coherente. Por ello tratamos de armonizar todos los preceptos, tomándolos en conjunto, sea cual fuere el lugar donde esos preceptos se encuentren colocados en el Código Civil*”²¹.

Independientemente del problema de las “zonas grises”, los modelos jurídicos comparados tienden hacia la unificación: piénsese en el caso de la responsabilidad civil por productos defectuosos. Si observamos con atención, el art. 32 de la Ley de Protección al Consumidor, D. Leg. 716, del 07.11.91, supera la distinción entre la responsabilidad civil contractual y la extracontractual al establecer que la responsabilidad civil de los proveedores es solidaria (téngase en cuenta que el proveedor puede ser tanto el que vende el producto como el que lo produce). Autorizada doctrina francesa opina, con razón, que “*se constata que, poco a poco, gracias a la aparición de regímenes especiales que trascienden la distinción entre régimen contractual y régimen delictual, esta última tiende a perder su posición de summa divisio de la responsabilidad civil*”.

Se puede concluir que es inútil y también dañino tratar de hacer entrar a toda costa todos los casos de responsabilidad en las dos categorías “contractual” y “delictual”. Son concebibles otros regímenes y sería desastroso que, para respetar una simple clasificación abstracta y teórica que, por otro lado, no es impuesta ni por los textos ni por un imperativo lógico indiscutible, se sacrifiquen los verdaderos intereses en juego que consisten en asegurar correctamente la reparación de los daños y a prevenir los comportamientos antisociales.

En particular, parece que al día de hoy es absolutamente normal y necesario estructurar regímenes autónomos respecto de los dos sistemas elaborados a partir de los textos del Código Civil, ello en el particular sector de las responsabilidades profesionales, donde la intervención del legislador es siempre más requerida a efectos de asegurar la protección de los consumidores de bienes y servicios y de unificar las reglas aplicables a todas las víctimas independientemente de la existencia o de la ausencia de una relación contractual con el proveedor.

Mientras tanto, con el efecto de evitar que esta evolución no exponga al derecho de la responsabilidad civil a una fragmentación excesiva, se piensa que importe mantener un régimen de “derecho común” tan amplio y unitario como sea posible, reduciendo las diferencias de principio al mínimo que exige el respeto del contrato y de no admitir derogaciones a este estatuto general dado que son realmente impuestas por la especificidad de la situación o de la actividad que da lugar a la responsabilidad.

En otras palabras, parece que, para el avenir, la distinción entre responsabilidad contractual y delictual sea destinada a perder su importancia en ventaja de otra distinción, que tiende actualmente a afirmarse siempre más entre “derecho general” o “derecho común” y los regímenes especiales de responsabilidad civil”²².

¿Obligación o deber de seguridad? (... o sobre los intentos de contractualizar el deber genérico de no dañar)

El supuesto en el cual, a propósito de una relación obligatoria, simultáneamente se haya lesionado el deber genérico de no dañar, ha ocasionado no pocos dolores de cabeza a los operadores del derecho. En efecto, aquellos que defendían la posición del *non cumul*, vale decir, la incompatibilidad, como la clásica jurisprudencia francesa, se aferraban a un tratamiento contractual, argumentando la existencia de obligaciones tácitas de seguridad. Veamos algunos ejemplos: la responsabilidad civil derivada de la muerte (o daños a la integridad) de los consumidores que se encontraban dentro de un local abierto al público (discoteca, supermercado, hotel, entre otros) que se incendia o derrumba (total o parcialmente). ¿Qué tipo de responsabilidad civil es? ¿Tenemos que distinguir aquellos que entraron pagando de aquellos que fueron invitados? ¿Aquellos que ya consumieron de aquellos que todavía no lo hicieron?

A continuación voy a citar algunos pasajes de resoluciones judiciales que se han presentado en la rica **experiencia jurisprudencial argentina**. En materia de responsabilidad de espectáculos deportivos, la Sala Penal del TS Córdoba, con resolución del 30/5/03²³, precisó que:

“Es civilmente responsable la Asociación de Fútbol Argentino en los términos del art. 51 de la ley 24.192 (Adla, LIII-B. 1339) por el daño sufrido por un espectador durante un partido de fútbol perteneciente al campeonato oficial -en el caso, falleció por heridas por arma blanca-, ya que deviene aplicable la teoría de los actos propios porque la primera conducta válida y jurídicamente relevante que adoptó consistió en la contratación de una póliza de seguro que cubría los daños sufridos por espectadores en competencias organizadas por ella, teniendo en cuenta que nadie que no esté obligado a reparar eventuales daños, contrata un seguro”.

Nótese que se hace responder a la Asociación de Fútbol Argentino en su calidad de organizadora del espectáculo deportivo y no a la sociedad locadora del estadio “porque el precio de la locación configura un provecho económico pero no la convierte en parte del aparato

organizativo”. Por los daños sufridos en un local bailable, la Sala K de la Cámara Nacional Civil, con resolución del 14.11.03²⁴, estableció que:

“El organizador de un espectáculo público, deportivo o de esparcimiento -en el caso, propietario de un local bailable en el cual el actor sufrió una herida cortante en el rostro- asume la obligación de garantizar al público cierta seguridad, siendo dicha obligación de resultado, razón por la cual a la víctima le basta probar el daño sufrido y la relación de causalidad, pero no tiene necesidad de acreditar la culpa del organizador, que está presumida por el solo hecho del incumplimiento”.

Por daños sufridos en un local *fast food*, la Sala D de la Cámara Nacional Civil, con sentencia del 11.03.03, afirmó que:

“La obligación de seguridad por parte de un local de comidas -en el caso, un cliente sufrió lesiones al derramarle otro agua hirviendo allí expedida-, debe garantizar no sólo lo que el cliente consume no le provoque ningún daño, sino además velar por su integridad física mientras dure su permanencia allí”.

El crear la obligación general de seguridad es producto de un procedimiento que “es, sin duda, muy forzado, pues se presume en las partes la voluntad de contraer una obligación, que la mayoría de las veces ni siquiera pasó por su imaginación”²⁵. En verdad, no se entiende por qué se debe tratar de manera diversa el hecho que un consumidor se caiga en un piso encerado si es que ya adquirió un producto o no, si siempre se ha infringido el deber de seguridad, que se encuentra dentro del deber genérico de no dañar: el hecho de haber realizado la compra no lo “contractualiza”. Por ello, autorizada doctrina italiana afirma que “*no hay objetiva incompatibilidad entre la tutela específica de un interés dentro de una relación obligatoria y la tutela genérica de un deber de cuidado ajeno en la vida de relación*”²⁶.

En casos como prestaciones de servicios en los juegos de los parques de diversiones, espectáculos deportivos, nidos, escuelas de equitación se pueden presentar estos conflictos. Se sostiene que, al ser el deber de salvaguardia física “parte del cumplimiento de la prestación principal” la prestación de servicios médicos y la de transporte de personas quedarían excluidas de este elenco²⁷. Ya una clásica doctrina francesa sostenía que “*el viajero quiere, desde luego, que la compañía le garantice su seguridad, exige incluso cierto confort, variable, en otro aspecto, según la clase elegida; por ejemplo, en invierno quiere calefacción; por lo tanto, tendrá derecho a intentar contra la empresa una acción de responsabilidad contractual si cae enfermo a consecuencia de una insuficiente calefacción de los vagones; con mucha mayor razón, la responsabilidad contractual del transportista será exigible si el viajero es aplastado en un choque*”²⁸.

Sin embargo, no veo inconveniente alguno para que, incluso en estos supuestos se pueda recurrir a la vía extracontractual, independientemente que exista un contrato, ya que simultáneamente se ha infringido el acuerdo contractual y el deber genérico de no dañar. El derecho de la víctima a acogerse al sistema de responsabilidad civil que más le conviene es el común denominador de todos estos casos: ello en aras del principio *pro damnato*.

En la experiencia jurídica peruana, una pasajera que venía de Miami, sufrió una aparatosa caída en el interior del Aeropuerto Internacional Jorge Chávez, cuando estaba saliendo de las oficinas de seguridad, debido a que el piso se encontraba mojado y sin ningún aviso de precaución que hiciera notar el estado del mismo. Por la fractura de su muñeca izquierda, interpuso una demanda de indemnización por lucro cesante y daño emergente en contra de CORPAC, entidad encargada de la gestión del aeropuerto y de la empresa de limpieza, Promotora Interamericana de Servicios S.A. El Cuarto Juzgado Especializado de lo Civil en el Callao, con resolución número veinticuatro, del 22.04.02, calificó este supuesto como una “responsabilidad extracontractual objetiva”, aplicando tanto el art. 1970 como el 1981 conc., este último para justificar la responsabilidad solidaria entre CORPAC y la empresa de limpieza, advirtiendo que: “con el mérito de la inspección judicial conforme aparece en el acta de fojas doscientos treinta a doscientos treinta y dos, se determina que el piso del Salón Internacional es un “piso de terrazo” y que de por sí es resbaladizo, observando que la salida de pasajeros es de

“terrazo negro” que es poroso, por lo que se concluye que no se puede determinar la **relación de causalidad adecuada** establecida en el artículo 1985 del Código Civil; conforme enseña la doctrina, para que una conducta sea causa adecuada de un daño deben concurrir dos factores: **factor in concreto**, en los hechos la conducta debe haber producido el daño, es decir, una relación de causalidad física; **factor in abstracto**, no basta que el hecho haya producido físicamente el daño sino que esa conducta de acuerdo a la experiencia normal, de acuerdo al natural desenvolvimiento de las circunstancias debe ser capaz de producir ese daño”.

No obstante ello, se declaró infundada la demanda, por cuanto: “en la relación fáctica establecida en autos, resulta fundamental determinar las nociones de **fractura causal o causa ajena** reguladas en el artículo 1972 del Código Civil; la noción de fractura causal, se configura cada vez que a un determinado supuesto se presenta un conflicto entre dos conductas o causas sobre la realización de un daño, el mismo que será el resultado de una sola de dichas conductas; en este sentido, en todo supuesto de fractura causal una de las conductas o causas habrá producido o causado el daño y la otra no habrá llegado a causarlo justamente por haber sido el mismo, consecuencia de la otra conducta; en consecuencia, la **causa ajena** es un mecanismo jurídico para establecer que no existe responsabilidad civil si se logra acreditar que el daño causado fue consecuencia no de su conducta, sino de una causa ajena, en el presente caso, del **hecho exclusivo de la víctima** (imprudencia de la víctima), *la misma que debió actuar con la diligencia según las circunstancias*” (el destacado es mío).

La primera pregunta que surge al leer esta insólita resolución es ¿por qué no debe tenerse en cuenta la diligencia de los dependientes de la empresa de limpieza y de la empresa encargada de la gestión del aeropuerto? Con mayor tino, la Sala Civil de la Corte Superior del Callao, con resolución N° 35, del 25.10.02, revocó la decisión de primera instancia, afirmando que: “como se puede apreciar, *el suelo de los ambientes de dicho terminal aéreo no son bienes riesgosos (sic) así como tampoco la actividad que se realiza en los ambientes internos de dicho terminal son actividades riesgosas; (...) Que, no es aplicable entonces al caso materia de autos la responsabilidad objetiva o teoría del riesgo; por lo cual el artículo mil novecientos setenta del Código Civil es una norma impertinente para el mismo; (...): Que, el a quo considera también que si bien se encuentra probado que la demandante sufrió daños y perjuicios, no se encuentra probado que éstos se hayan producido como consecuencia de haberse encontrado el suelo húmedo; (...): Que, el a quo llega a esta conclusión en virtud de que constató en la inspección judicial correspondiente que dicho suelo es un “piso de terrazo” el cual de por sí es resbaladizo; por lo cual la demandante debió actuar con prudencia, esto es, con la diligencia debida de acuerdo a esta circunstancia (“piso de terrazo”-resbaladizo); (...) Que, sin embargo, se debe tener en cuenta que los transeúntes que circulan por el susodicho terminal aéreo no tienen por qué saber o conocer las calidades técnicas de los pisos o suelos; (...) Que, asimismo, se encuentra acreditado en autos que en el momento en que la demandante sufrió el accidente que le produjo los daños y perjuicios no había ningún aviso indicando que el piso se encontraba húmedo o mojado; pues esta indicación será realmente la única manera posible en virtud de la cual se le podía exigir debida diligencia de acuerdo a las circunstancias a la demandante; Que, la co-demandada Corpac Sociedad Anónima pretende eximirse de responsabilidad alegando que el área en que se produjo el accidente se encuentra bajo administración de la Superintendencia de Aduanas; (...) Que, sin embargo, también se encuentra acreditado en autos que la limpieza de todo el terminal aéreo se encuentra a cargo de la co-demandada Promotora Interamericana de Servicios Sociedad Anónima en virtud de un contrato de locación de servicios entre ésta y la co-demandada Corpac Sociedad Anónima; (...) Que, por tal razón, la responsabilidad le es imputable a la co-demandada Promotora Interamericana de Servicios Sociedad Anónima por no haber cumplido con mantener el piso seco o por lo menos haber indicado que el mismo se encontraba húmedo; por lo cual esta empresa la sido la autora directa de los daños y perjuicios sufridos por la demandante” (el destacado es mío).*

Este caso, si se analiza con atención, no es más que una infracción al deber de seguridad (que se encuentra dentro de aquel deber genérico de no dañar) exigible a cualquier gestor (o

titular) de un local abierto al público, justificándose por ello la aplicación de la normatividad relativa a la responsabilidad extracontractual.

Siempre en un afán de contractualizar supuestos que forman parte de la responsabilidad extracontractual, surge la **teoría del contacto social**. En efecto *“las obligaciones de protección pueden ser fuente de responsabilidad contractual, aunque estén desvinculadas de una prestación principal. La premisa principal de su razonamiento es su adhesión a la notoria y aceptable teoría que considera de naturaleza contractual la responsabilidad precontractual. Según esta orientación, la relación entre dos sujetos dirigida a la estipulación de un negocio se califica como fuente de una particular relación que vincula a las partes a comportarse según la buena fe. El hecho por el cual la ley vincula el nacimiento de la relación obligatoria precontractual está constituido por la confianza objetiva generada en una parte por el comportamiento de la otra”*²⁹. En buena cuenta, si en un local abierto al público una persona ingresa, surge el “contacto social” que se basa en la confianza de ésta frente a la predisposición del proveedor, de tal manera que si se presenta un daño (caerse por el piso mojado o un accidente similar), las normas a aplicarse serían las de responsabilidad contractual. Como ya se advirtió, se basa en el entendido que la responsabilidad precontractual se encuentra subsumida dentro de aquella contractual. No obstante autorizada doctrina nacional afirma que *“la responsabilidad derivada de la violación el deber de actuar según las reglas de la buena fe que impone a los tratantes el artículo 1362 del Código Civil, está regulada por las normas relativas a la inexecución de las obligaciones”*³⁰, me inclino por la responsabilidad civil extracontractual³¹. En efecto, lo que aquí se vulnera es el principio de la buena fe, que surge como un deber entre las partes tratantes, independientemente que haya (o vaya a haber) una relación jurídica obligacional. En el particular caso del denominado “contacto social”, lo que cobra relevancia es el deber genérico de no dañar, que se traduce en un deber (no en una obligación) de seguridad.

Tan importante como tener claro que, por miopía dogmática, no nos debemos aferrar a un solo régimen de responsabilidad civil (exclusivo y excluyente) cuando simultáneamente se ha presentado el incumplimiento de la obligación y la infracción del deber genérico de no dañar, lo es también tener en cuenta que no cabe argumentar el derecho de opción cuando sólo se presenta uno de estos supuestos, que dicho derecho sólo le corresponde a la víctima y, si se discute en un proceso si la responsabilidad es contractual o extracontractual, se debe determinar un solo régimen al calificar la demanda por el juez o en la audiencia de saneamiento, si el demandado ha interpuesto la excepción correspondiente.

NOTAS:

¹ En el Código Civil de 1852 dentro del Libro tercero, de las Obligaciones y Contratos, Sección primera, Título Cuarto, De los efectos de los contratos, estaba regulada la responsabilidad contractual y en la Sección Séptima, de las obligaciones que nacen del consentimiento presunto, Título tercero, De las obligaciones que nacen de los delitos o de cuasi delitos, se trató la responsabilidad extracontractual.

En el Código Civil de 1936, en el Libro Quinto, del Derecho de las Obligaciones, Sección Primera, De los actos jurídicos, Título IX, de los actos ilícitos, se reguló a la responsabilidad extra-contractual y en la Sección Tercera, De los Efectos de las obligaciones, Título IX, De la inexecución de las obligaciones, se prescribió sobre responsabilidad contractual.

² Estas diferencias están en función de la literalidad de los artículos del Código Civil, sin embargo, como se verá posteriormente, si se hace una interpretación sistemática, basada en el criterio unificante de ambas responsabilidades, en muchos casos, dichas diferencias no resultan ser tales.

³ FRANCESCO CARNELUTTI, “Sulla distinzione tra colpa contrattuale e colpa extracontrattuale”, en Rivista di Diritto Commerciale e del Diritto delle Obbligazioni, Volumen X, Segunda Parte, Milano, Casa Editrice Dottor Francesco Vallardi, 1912, pág.744.

⁴ ADRIANO DE CUPIS, *El daño. Teoría general de la responsabilidad civil*, traducido por Angel MARTÍNEZ SARRION, Barcelona, Bosch, 1975, pág.137. En este mismo sentido, se afirma que “el deber del *neminem laedere* constituye tanto una mera cuanto injustificada ficción constructiva” (Renato SCOGNAMIGLIO, *Responsabilità contrattuale ed extracontrattuale*, *Novissimo Digesto Italiano*, XV, Torino, UTET, 1968, pág. 671.

⁵ MASSIMO FRANZONI, *Fatti Illeciti*, Bologna-Roma, Zanichelli- Il Foro Italiano, 1993, pág. 16.

⁶ Luciano BARCHI VELAUCHAGA, “Responsabilidad civil en la atención médico-quirúrgica de emergencia”, en *Diálogo con la Jurisprudencia*, año 6, N° 22, Gaceta Jurídica, Lima, julio, 2000, pág. 40.

⁷ Como afirma Adolfo DI MAIO, *La tutela civile dei diritti*, 3ª ed., Milano, Giuffrè, 2001, pág. 197.

⁸ En estos supuestos, se afirma que “cuando, a pesar de la existencia de un contrato, lo que se viola es un deber que existe más allá del contrato, la responsabilidad es extracontractual” (José Antonio PAYET, “La responsabilidad por productos defectuosos”, t. II, en *Para leer el Código Civil*, vol. VIII, PUCP, Lima, Fondo Editorial, 1990, pág. 486).

⁹ Atilio Aníbal ALTERINI, *Responsabilidad Civil*, 3ª ed., Buenos Aires, Abeledo-Perrot, 1987, pág.49 y ss.

¹⁰ Renato SCOGNAMIGLIO, op. cit., pág. 677.

¹¹ Renato SCOGNAMIGLIO, op. cit., pág. 678.

¹² Pedro CAZEUX y Félix TRIGO REPRESAS, *Compendio de derecho de las obligaciones*, 2, La Plata, Librería Editora Platense, 1984, pág. 571.

¹³ Olenka WOOLCOTT OYAGUE, *La responsabilidad civil de los profesionales*, Lima, ARA, 2002, pág. 334. Califica a la opción de “solución más justa”, Claudia CANALES TORRES, “La actividad y responsabilidad médica ¿A qué se obligan los médicos?”, en *Diálogo con la Jurisprudencia*, año 11, N° 90, Gaceta Jurídica, Lima, marzo, 2006, pág. 115.

¹⁴ Giovanna VISINTINI, *Inadempimento e mora del debitore*, Artt. 1218-1222, en *Il Codice Civile. Comentario*, dirigido por Piero SCHLESINGER, Milano, Giuffrè, 1987, pág. 60.

¹⁵ Pedro CAZEUX y Félix TRIGO REPRESAS, op. cit.

¹⁶ Atilio Aníbal ALTERINI, op. cit., pág.52.

¹⁷ Pier Giuseppe MONATERI, “La responsabilità civile”, en *Trattato di Diritto Civile*, dirigido por Rodolfo SACCO, Torino, UTET, 1998, pág. 680, quien hace una interesante reseña de la experiencia jurisprudencial italiana.

¹⁸ Juan ESPINOZA ESPINOZA, “Reflexiones en torno a la unificación de los regímenes de la responsabilidad civil contractual y extracontractual”, en *Revista de Derecho y Ciencias Políticas*, vol. 48, Lima, años 1990-1991, pág. 166. También en *Revista del Foro*, año LXXIX, N° 2, Lima, julio-diciembre, 1991, pág. 234.

¹⁹ Max ARIAS SCHREIBER PEZET, *Luces y sombras del Código Civil*, t. II, Lima, Studium, 1991, pág. 173, quien afirma que “ambas responsabilidades tienen la misma naturaleza” (cit.). En este mismo sentido, Carlos FERNÁNDEZ SESSAREGO, quien advierte “un movimiento creciente que tiende a unificar las diversas acepciones de responsabilidad civil por daños, superando en este sentido la tradicional distinción entre daño contractual y daño extracontractual, por cuanto no es relevante para el resarcimiento” (*Un nuovo modo di fare diritto*, traducción a cura de Luciana CABELLA PISU y Juan ESPINOZA ESPINOZA, en *Il Diritto dei Nuovi Mondi*, Padova, CEDAM, 1994, pág. 270) y Fernando VIDAL RAMÍREZ, “nosotros tomamos partido por la unidad de la responsabilidad civil y creemos que debe ser estudiada en un plano único y que las reformas en la codificación civil se orienten en ese sentido. Las diferencias existentes en los dos aspectos con los que es tratada por la actual codificación civil no son, a nuestro juicio, fundamentales. La responsabilidad civil, contractual o extracontractual, se funda en acciones y en omisiones, porque tanto la una como la otra resultan de la violación de obligaciones de hacer o de dar, o de obligaciones de no hacer. No debe perderse de vista que ambas especies de responsabilidad son el resultado de la violación del deber jurídico del *neminem laedere*” (“La responsabilidad civil”, en *Derecho*, N° 54, PUCP, Lima, diciembre 2001, pág. 399). Este último autor, precursoramente, afirmó que “no obstante, se debe reconocer que cualesquiera que sean las diferencias existentes entre las normas que rigen la responsabilidad contractual (sic), la responsabilidad civil debe y puede conservar su unidad, pese a que su estudio, así planteado, nos lleve a la consideración de que la responsabilidad contractual es un efecto de las obligaciones contractuales, mientras que la responsabilidad extracontractual constituye una fuente de obligaciones sin vínculo previo entre la persona que debe reparar el daño y la que a cuyo favor debe otorgarse la reparación” (“Consideraciones Preliminares al Estudio de la Responsabilidad Civil Extracontractual”, en *Thémis*, N° 6, año 4, PUCP, Lima, Primer Semestre de 1968, pág. 36).

²⁰ Gastón FERNÁNDEZ CRUZ, “Los supuestos dogmáticos de la responsabilidad contractual: la división de sistemas y la previsibilidad”, en *Scribas*, año I, N° 2, INDEJ, Arequipa, 1996, pág. 74. En este mismo sentido, Eduardo SEMINARIO STULPA, quien afirma que “el tratamiento unitario de la materia no sólo se justifica por razones de orden práctico sino fundamentalmente de orden conceptual” (en “Responsabilidad civil: breves comentarios acerca de la propuesta de enmienda”, en *Diez Años. Código Civil Peruano*, t. II, Universidad de Lima, WG Editores, 1995, pág. 333; Iuri VEGA MERE, quien sostiene que “quizá la más importante de las razones que abogan por un pronto cambio se encuentra en el injustificado mantenimiento de las diferencias que favorecen un tratamiento de compartimientos estancos, pese a que, en cualquier caso, la puesta en escena de la responsabilidad civil -cualquiera sea su origen- proviene de la necesidad de reparar un daño injustamente sufrido” (“La reforma de la responsabilidad civil en el Derecho Peruano. El Proyecto de Código Civil Argentino como fuente ineludible de consulta”, en *Revista de Responsabilidad Civil y Seguros*, año 1, N° 6, La Ley, Buenos Aires, 1999, págs. 2-3).

En sentido contrario, Fernando DE TRAZEGNIÉS GRANDA, cuando separa ambos regímenes “si se quiere seguir de cerca y entender el verdadero proceso psicológico y lógico de juzgamiento. La identificación global de los dos tipos de responsabilidad oscurece estas diferencias en el entorno conceptual y en el *état d’esprit* del juez y no permite aprehender la naturaleza profunda e íntima de cada una de estas situaciones” (*La responsabilidad extracontractual*, vol. IV, t. II, Lima, PUCP, 1988, págs. 451-452). También Leysser LEÓN HILARIO, “Weak legal culture & legal transplants unificación de la responsabilidad civil y otras importaciones de los años noventa” y Rómulo MORALES HERVIAS, “La responsabilidad en la norma jurídica privatística a propósito de la responsabilidad por incumplimiento de obligaciones y de la responsabilidad civil (aquiliana o extracontractual)”, ambos en

Responsabilidad civil. Nuevas tendencias, unificación y reforma. Veinte años después, dirigido por Juan ESPINOZA ESPINOZA, Lima, Palestra, 2005. Sobre esta posición, se advierte que: “lo importante de destacar como consecuencia del reconocimiento de una unidad ontológica conceptual y funcional de la responsabilidad civil toda -contra lo que muchos piensan- no es necesariamente el de justificar la existencia de un único sistema de responsabilidad civil (esta es una consecuencia extrema y -admitámoslo- debatible), desde que pueden existir criterios que, desde un punto de vista práctico, determinen la utilidad de mantener ciertas diferencias.

Pero el reconocimiento de una unidad ontológica conceptual permitirá siempre, cuando menos, justificar (...) la aplicación extensiva o analógica de las disposiciones de un régimen a otro, en lo que no se oponga a la naturaleza especial de cada sistema; y esto, no es ni una falacia, ni una quimera” (Gastón FERNÁNDEZ CRUZ, “De la culpa ética a la responsabilidad subjetiva: ¿el mito de Sísifo? (Panorámica del concepto y del rol de la culpa en el Derecho Continental y en el Código Civil Peruano)”, en *Themis, Segunda Epoca*, N° 50, Lima, agosto 2005, págs. 254-255).

²¹ Luis MOISSET DE ESPANÉS, con la colaboración de Manuel CORNET y José F. MÁRQUEZ, *Curso de Obligaciones*, t. 3, Buenos Aires, Zavallía, 2004, pág. 287.

²² Geneviève VINEY, *Introduction à la Responsabilité*, Librairie Générale de Droit et de Jurisprudence, 3ª ed., Paris, 2008, págs. 669-670.

²³ En Lidia GARRIDO CORDOBERA, con la colaboración de Ricardo PARRA, Sergio Sebastián BAROCELLI y José Pablo DI IORIO, *Casos de responsabilidad civil*, Buenos Aires, La Ley, 2004, págs. 174-175.

²⁴ En Lidia GARRIDO CORDOBERA, con la colaboración de Ricardo PARRA, Sergio Sebastián BAROCELLI y José Pablo DI IORIO, op. cit., pág. 193.

²⁵ Juan PREVOT y Rubén CHAIA, *La obligación de seguridad. Deber de protección. Transporte de personas. Prestación médico-asistencial. Infecciones hospitalarias*, Buenos Aires, Hammurabi, José Luis Depalma Editor, 2005, pág. 26.

²⁶ Massimo BIANCA, *Diritto Civile, L'obbligazione*, 4, Milano, Giuffrè, 1993, pág. 552.

²⁷ Juan PREVOT y Rubén CHAIA, op. cit., pág. 97. Los autores afirman que “cuando el solvens se obliga en primer lugar a procurar curar, sanar, aliviar (prestación médica), o simplemente trasladar de un lugar a otro (transporte de personas) la persona del accipiens, la obligación de seguridad deviene intrascendente, nada nuevo aporta que no esté contemplado en el deber principal” (cit., pág. 110).

²⁸ Henri y Léon MAZEAUD y André TUNC, *Tratado teórico y práctico de la responsabilidad civil delictual y contractual*, t. Primero, Volumen I, traducción de la quinta edición por Niceto ALCALÁ-ZAMORA Y CASTILLO, Buenos Aires, Ediciones Jurídicas Europa-América, 1961, págs. 219-220.

²⁹ Stefano FAILLACE, “Questioni controverse in ordine alla responsabilità da ‘contatto sociale’”, en *La Responsabilità Civile*, N° 3, Torino, UTET, diciembre 2004, pág. 253, siguiendo a Carlo CASTRONOVO, en *L'obbligazione senza prestazione ai confini tra contratto e torto*, en *La nuova responsabilità civile*, Milano, Giuffrè, 1997, pág. 177 y ss.

³⁰ Manuel DE LA PUENTE Y LAVALLE, *El contrato en general*. Comentarios a la Sección Primera del Libro VII del Código Civil, vol. XI, Primera Parte, t. II, Pontificia Universidad Católica del Perú, Lima, Fondo Editorial, 1998, págs. 75 y 76.

³¹ En este sentido, León Hilario LEYSSER, “La buena fe en la negociación de los contratos: apuntes comparatísticos sobre el artículo 1362 del Código Civil peruano y su presunto papel como fundamento de la responsabilidad precontractual”, en *Themis*, Revista de Derecho, N° 49, Lima, 2004, pág. 151. También Freddy ESCOBAR ROZAS, “Apuntes sobre la responsabilidad por ineficacia contractual (El caso del artículo 207 del Código Civil peruano)”, en *Themis*, Revista de Derecho, cit., 159; Renzo SAAVEDRA VELAZCO, “La responsabilidad precontractual en debate. Panorama de la doctrina jurídica nacional”, en *Ius et Veritas*, N° 31, año XV, Lima, 2005, pág. 160; entre otros.

**UNIDAD DE LA RESPONSABILIDAD
CIVIL Y EXTENSIÓN DEL RESARCIMIENTO
A propósito del Tercer Congreso Nacional de Derecho Civil**

por SEBASTIÁN PICASSO

SUMARIO: Introducción. A. De la pluralidad a la unidad. a. El “dualismo”. b. El “monismo”. B. La extensión del resarcimiento desde el prisma de la unidad. a. El criterio de la previsibilidad al momento de contratar. b. El criterio de la causalidad adecuada.

Introducción

El Tercer Congreso Nacional de Derecho Civil, que sesionó en la ciudad de Córdoba en octubre de 1961, aprobó el siguiente texto como recomendación N° 16: “1) *La reparación ha de sancionarse según fórmula integral y unificada, aplicable tanto a la responsabilidad contractual, cualquiera sea la naturaleza de la prestación, como a la extracontractual, sea que los hechos configuren o no delitos del derecho criminal.* 2) *La reparación consistirá en la reposición de las cosas a su estado anterior, salvo cuando ella fuese imposible, o cuando el damnificado optase por la indemnización en dinero, o cuando por las circunstancias del caso el Juez considerase que se agrava innecesariamente la situación del deudor.* 3) *La medida del resarcimiento se extiende a todo daño que guarde conexión causal adecuada con el hecho generador de la responsabilidad civil*”. El tema fue tratado por la Comisión N° 5, y el despacho que en definitiva resultó aprobado contó con las firmas de los Dres. Salas, Racciatti, Brebbia, Moroni Petit, Ferreyra, Conte y Banchio.

La lectura del debate que tuvo lugar en el seno de la referida comisión permite constatar la existencia de dos posturas enfrentadas. La primera, cuyo principal (y casi único) exponente fue el Dr. Borda, abogaba por el mantenimiento de la redacción original de los arts. 520 y 521 C.C., aunque aclarando que debía tenerse por auténtica la edición de La Pampa. En sustancia, el mencionado jurista sostuvo que, mientras que la responsabilidad extracontractual sanciona el incumplimiento de la ley, y tutela entonces intereses de orden público, no ocurre lo mismo con la responsabilidad contractual, que se pone en marcha ante un hecho de menor gravedad (el incumplimiento del contrato), e involucra sólo intereses privados ¹. La misma posición fue defendida por Llambías, quien -partiendo de la base de que la extensión de la responsabilidad “*debe regularse en función de la efectiva posibilidad en que haya estado el agente de apreciar las derivaciones de su actitud*” ²- propugnó mantener las bases de la responsabilidad civil adoptadas por el Código, distinguiendo entre los daños por incumplimiento de contrato y los derivados de un hecho ilícito, y, en ambas hipótesis, “*discriminar la intención culposa o dolosa del agente*” ³.

En la vereda opuesta se emplazaron, entre otros, Brebbia y Salas. Sus argumentos discurrieron en torno a la ausencia de razones valederas “*para privar al damnificado por el incumplimiento de una norma contractual de parte de la indemnización que le hubiere correspondido si ese perjuicio hubiere sido causado por un hecho ilícito civil (en sentido estricto)*” ⁴, pues “*la indemnización debe determinarse por el daño, con prescindencia de la subjetividad del agente, desde que se trata de reparar, no de castigar*” ⁵. Asimismo, los autores enrolados en esta postura propiciaron la derogación del art. 1107 C.C., aduciendo que tampoco hay razones para establecer un régimen distinto de responsabilidad civil según que el hecho ilícito configure o no un delito del derecho criminal ⁶. Como se advierte, fue esta última la tesitura que triunfó -por amplia mayoría- en el seno de la comisión.

Si bien -como se viene diciendo- la cuestión se centró en torno a la extensión del resarcimiento, lo cierto es que subyacía a esa polémica una disputa doctrinal mucho más abarcadora, que -desde fines del siglo XIX y durante la mayor parte del siglo XX- opuso 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.

En lo que hace puntualmente a la cuestión tratada por la comisión N° 5 del Tercer Congreso Nacional de Derecho Civil, cabe señalar que la recomendación encaminada a unificar la extensión del resarcimiento se ha visto, a la postre, coronada por el éxito. Es que, si bien la reforma introducida al Código Civil por la ley 17.711 sustituyó el texto del art. 521, pero mantuvo formalmente la distinta regulación que el Código de Vélez planteaba -en orden a la extensión del resarcimiento- entre la responsabilidad contractual y la extracontractual, estas supuestas diferencias han sido casi totalmente eliminadas en la práctica, merced a una interpretación “en clave unificadora” de los textos legales (o directamente por la vía de una jurisprudencia que soslaya la restricción que contemplan los arts. 520 y 521 C.C.). Por lo demás, los cuatro proyectos de reforma de ese código elaborados en la Argentina durante las dos últimas décadas han seguido la corriente propiciada por el mencionado congreso, proyectando la eliminación de toda distinción entre los dos subsistemas (contractual y aquiliano) en punto a la extensión del resarcimiento.

Por nuestra parte, si bien somos partidarios decididos de la unidad de la responsabilidad civil, creemos no obstante que la distinción que estamos examinando no carece totalmente de fundamento, y estimamos que es preciso, en ciertos casos, volver a una interpretación de las normas respectivas más acorde con el sentido que ellas tenían originalmente en el sistema del Código. Por consiguiente, luego de estudiar, en la primera parte de este trabajo, el debate entre “dualistas” y “monistas” (A), nos concentraremos durante la segunda parte en la cuestión de la extensión del resarcimiento, para mostrar de qué forma la interpretación dominante ha logrado consagrar, de hecho, una postura unificadora, y exponer nuestra particular posición acerca del tema (B).

A. De la pluralidad a la unidad

Como hemos tenido oportunidad de señalarlo anteriormente ⁷, 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 ⁸. 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 ⁹.

Esta aparente diferencia entre las dos situaciones, reforzada por distintas consideraciones que estudiaremos a continuación, 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 estructural. 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 ¹⁰, 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. 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 injustamente 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.

Efectuada esta aclaración, estudiaremos, sucesivamente, la tesis dualista (a) y la monista (b).

a. El “dualismo”

Esta corriente -que fue la adoptada más tempranamente por la doctrina- se asentó clásicamente en cuatro postulados fundamentales ¹¹.

Ante todo, el respeto del principio de autonomía de la voluntad. Las normas que los códigos consagran a regular los efectos de los contratos tienen, desde esta visión, la finalidad de viabilizar la puesta en práctica del acuerdo de las partes, lo que nada tiene que ver con la responsabilidad aquiliana, que se ocupa de resarcir los daños causados mediante la violación de intereses ajenos. En 1884, el belga Sainctelette publicó un famoso trabajo ¹² donde se afirma la existencia de una oposición tajante entre la ley y el contrato como fuentes obligacionales: mientras que la primera nace de la voluntad pública (la voluntad de la sociedad), la segunda emana de un acuerdo privado. De donde la “responsabilidad” (término que Sainctelette utiliza para aludir exclusivamente a la responsabilidad aquiliana) tiene por función asegurar el respeto de las leyes, siendo toda cuestión atinente a ella de orden público, mientras que la “garantía” (palabra acuñada por el autor para referirse a la responsabilidad contractual) únicamente concierne a los contratantes, pues es sólo su voluntad individual plasmada en el contrato lo que se trata de proteger. De allí que jamás puedan extrapolarse las reglas que rigen una de estas situaciones a la otra, pues ambas persiguen miras absolutamente diferentes. De hecho, la “garantía” opera en el campo de los efectos de las obligaciones, mientras que la “responsabilidad” es una fuente de obligaciones, pues recién cometido el hecho ilícito surge la obligación de reparar el perjuicio causado.

Este modo de ver entrañaba, como consecuencia inevitable, la afirmación de la especificidad de la culpa contractual. Mientras que ésta presupone un acuerdo preexistente que determina la naturaleza particular y la extensión de la obligación del deudor -lo que lleva a admitir en este campo una graduación de las culpas-, la culpa aquiliana, que nace directamente de la violación al deber general de no dañar a otro, no tolera graduación alguna. La culpa contractual es susceptible de grados, según el tipo de negocio de que se trate y la mayor o menor diligencia que en éste se exija al deudor, quien prestará, según los casos, la culpa grave, leve o levisima. En materia extracontractual, en cambio, el parámetro es siempre el mismo: la diligencia del buen padre de familia, identificada con la culpa levisima (*in lege aquilia et levissima culpa venit*). No puede entonces sostenerse un concepto unitario de culpa, aplicable sin más a las dos esferas; es esta diferencia de culpas lo que permite hablar de una diversidad de naturaleza entre esos dos casos, y justifica la desigual regulación que de ellos hacen los códigos

¹³

Coherentemente con esta conclusión, se señalaba que los “daños y perjuicios” que el deudor debe abonar en caso de incumplimiento no son sino un efecto de la obligación (o del contrato, si se quiere), que tiende a poner al acreedor en la situación que habría tenido si el

convenio se hubiera cumplido de acuerdo a lo previsto. En materia extracontractual, en cambio, la obligación nace recién con la comisión del hecho ilícito ¹⁴, y la indemnización tiende a reponer a la víctima en el *statu quo ante*, y no a procurarle la ventaja económica esperada de un contrato que, por definición, no existe en el caso.

Por último, la convicción de que corresponde sólo a la responsabilidad extracontractual ocuparse de los “brazos rotos y muertes de hombres”, según la evocativa expresión de Carbonnier ¹⁵, llevó durante mucho tiempo a aseverar que los derechos tutelados eran distintos en uno y otro caso. Así, mientras el incumplimiento contractual lesionaría sólo un derecho relativo (el derecho de crédito del *solvens*), la responsabilidad aquiliana sancionaría la violación de derechos absolutos de la víctima, tales como la vida, la propiedad o la integridad física ¹⁶.

En nuestro medio, tal vez quien con mayor energía ha defendido la tesis dualista ha sido Borda, cuya intervención en ese sentido en el marco del Tercer Congreso Nacional de Derecho Civil ya hemos reseñado. En su célebre *Tratado*, decía este autor 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 ¹⁷.

b. El “monismo”

Las críticas al “dualismo” se hicieron sentir tempranamente. Ya en 1886 afirmaba Lefebvre la ausencia de diferencia ontológica entre ambos tipos de responsabilidad: las partes no crean normas por su sola y única voluntad, sino que es la propia ley la que las genera, *a través* de la voluntad; no hay tanto “autonomía de la voluntad” como “libertad contractual”. De allí que no pueda hablarse en verdad de dos culpas diferentes, sino de una sola culpa, de carácter delictual. La llamada “responsabilidad contractual” no sería, entonces, sino una forma viciosa del lenguaje, que encubre su verdadera naturaleza ¹⁸.

Grandmoulin, por su parte, sostuvo la ausencia de diferencia alguna entre la ley y el contrato, pues ambos generan obligaciones primarias, cuya trasgresión (es decir, la producción culposa del daño) hace nacer en ambos casos una nueva obligación (secundaria), la de resarcir el perjuicio ocasionado, que tiene siempre su origen en la ley. Cualquiera sea, por ende, la fuente de la obligación infringida (ley o contrato), su violación constituirá siempre un delito, sujeto en todos los casos a las mismas reglas ¹⁹.

Sin embargo, ese monismo extremo, que pregonaba la dilución de la responsabilidad contractual en la aquiliana, fue pronto superado por una teoría más sólida, que tuvo como primer (y principal) exponente a Planiol, a quien Philippe Rémy atribuye nada menos que “*la invención de la responsabilidad contractual de la edad moderna*” ²⁰. El objetivo de aquel autor es el de salvar a todo precio a la culpa como fundamento de responsabilidad, lo que requería combatir al mismo tiempo la teoría del riesgo (en la esfera aquiliana), y la de la garantía (en el terreno contractual). Para ello, Planiol afirmará, a un tiempo, la unidad de la responsabilidad, y su fundamento único y exclusivo en la culpa, concebida del mismo modo para las dos esferas. En opinión de nuestro autor, la diferencia que pretendía establecer la doctrina clásica entre la culpa contractual y la aquiliana no tiene fundamento alguno; se trata de “*una ilusión resultante de un examen superficial*”. Las dos culpas generan la obligación de reparar el daño causado; tanto una como la otra suponen igualmente la existencia de una obligación anterior, y ambas

consisten en un hecho que viola dicha obligación. La única diferencia radica en que *“en lo que se ha convenido en llamar la culpa delictual, la obligación violada es una obligación legal, que tiene ordinariamente por objeto un hecho negativo, una abstención”*. Pero *“la naturaleza de la obligación violada no tiene influencia sobre la culpa. Es lo que prueba en primer lugar la imposibilidad de proporcionar una definición dual de ésta; es lo que verifica a continuación el examen de las reglas de detalle a las que la culpa está sometida”*²¹. En definitiva, *“no hay en efecto ninguna razón para tratar de manera tan diferente a dos deudores, que podemos suponer sujetos a obligaciones similares por su objeto, uno en virtud de la ley, el otro en virtud de una convención. Sería un capricho sin motivos, una absurdidad legislativa”*²².

Como apunta Rémy, muchos aspectos del pensamiento de Planiol (entre ellos, el mantenimiento a ultranza de la culpa como elemento de la responsabilidad, que como vimos inspiró sus sistema) han sido superados con el tiempo. Sin embargo, la concepción unitaria de la culpa que este autor alentó, y el consiguiente acercamiento entre la estructura de las dos órbitas de la responsabilidad, tuvo repercusiones de largo alcance²³.

Esas repercusiones se hicieron sentir sin duda en la doctrina argentina. Así, adhiriendo a la tesis de Planiol, afirmaba Busso que la distinción de las dos clases de culpa *“es deleznable”*, pues ambas son a la vez fuente y efecto de obligaciones; la única diferencia consiste en que *“en la culpa delictual la obligación preexistente no es contractual sino legal”*. Concluye que el concepto de culpa es único, *“con sólo derivaciones particulares en cada caso”*²⁴. Colmo, a su turno, sostenía que *“el hecho culpable es tan nocivo en un contrato cuanto fuera de todo contrato, desde que entraña la violación de una obligación tan preexistente, en un caso como en otro. De ahí que corresponda ser legislado, lo propio que el hecho doloso y lo mismo que cualquier hecho voluntario lícito o ilícito, en lo general de los hechos”*. Añade este autor que *“no hay razón alguna para establecer diferencia entre las llamadas culpa delictual y contractual: las dos suponen un acto ilícito y un daño causado, y ninguna de ellas entraña per se un mayor rigor de apreciación y consecuencias. Por consiguiente, nuestro Código, que a este último respecto hace más intensa la responsabilidad delictual que la contractual, no ha sabido sacudir la sugestión del derecho tradicional”*. Y finaliza señalando que el derecho moderno va insistiendo en esa similitud, y en la consiguiente unificación, que, además de responder con toda justicia a una situación que es idéntica, ofrece la ventaja de simplificar y uniformar las soluciones legales²⁵. Por su parte, sostenía Colombo que *“la culpa no varía de esencia cuando media o no un previo acuerdo de voluntades”*, y con innegable fuerza retórica matizaba la importancia a las diferencias de regulación existentes entre ambas órbitas, afirmando: *“No porque a un árbol se le corten las ramas o se le haga un injerto dejará de ser árbol”*²⁶. En el mismo sentido se expiden, entre otros, Lafaille²⁷, Salvat²⁸ y Orgaz²⁹.

Pero más allá de estas consideraciones, lo cierto es que el cambio de paradigma que se produjo en derecho de la responsabilidad civil durante el siglo XX, con el consiguiente desplazamiento de la culpa como centro del sistema, haría perder importancia a los debates que hasta entonces se habían centrado en torno de ese elemento. En adelante, la cuestión acerca de la unidad o dualidad de la responsabilidad sería replanteada sobre nuevas bases.

En efecto, hoy en día es claro que también la responsabilidad contractual tutela derechos absolutos del acreedor -vía obligación de seguridad-, y la aquiliana -por medio de la sanción extracontractual de la lesión al crédito³⁰-, derechos relativos, razón por la cual mal puede sostenerse que revista mayor *“gravedad”* la trasgresión de uno u otro plexo normativo³¹. Por lo demás, no es la magnitud de la culpa (que por otra parte ha devenido un factor de atribución más, en paridad con otros, muchos de ellos de índole objetiva), ni la gravedad de la conducta del causante del daño, lo que preocupa al actual derecho de la responsabilidad civil, sino, por el contrario, el resarcimiento del daño sufrido por la víctima. Y desde este punto de vista, carece de importancia que el perjuicio se haya inferido en el marco de una previa relación obligatoria, o fuera de ella; todo daño injusto debe ser resarcido, independientemente de las circunstancias de su producción³².

Es, entonces, esa común finalidad de procurar el resarcimiento de la víctima lo que hace perder sentido a la distinción entre las dos órbitas. Resulta elocuente, al respecto, la pregunta que se formula Vázquez Ferreyra: *“¿Qué diferencia cualitativa o cuantitativa existe, por*

ejemplo, en el daño sufrido por la pérdida de un animal cuando éste muere a causa de ser atropellado por un automovilista (responsabilidad extracontractual), o cuando muere por una mala curación del veterinario a quien contraté para que lo atienda? ¿Acaso para la víctima, el perjuicio -pérdida del animal- no es idéntico?” ³³. En el mismo sentido, puede citarse el ya clásico ejemplo de Esmein referido a la “caída por las escaleras”: según que la víctima sea un locatario (o un miembro de su familia) o un extraño en relación al propietario del inmueble, y según que la caída se haya producido en tal o cual lugar de la escalera, la responsabilidad del propietario se califica como “contractual” o “extracontractual”, con muy diversos efectos en uno y otro caso. Ante lo cual, el autor francés plantea que *“es inaceptable hacer responsable al propietario de diferente modo frente al locatario y a los terceros que caen en la escalera. El debe mantener la escalera en buen estado frente a todos los que pueden utilizarla”*, y expresa sus dudas hacia *“una doctrina jurídica que no puedo hacer comprender a los justiciables”* ³⁴. En otro de sus trabajos, este gran jurista resume en pocas palabras los fundamentos de la concepción unificadora: *“La sociedad nos fija reglas de conducta sin las cuales la vida en común sería imposible. Nos compele con la misma fuerza a cumplir las órdenes que nos da ella misma, y los compromisos que hemos asumido voluntariamente. ¿Cómo concebir entonces que los principios de la sanción difieren según el origen de la obligación? Sólo son admisibles diferencias sobre puntos especiales, a condición de estar seriamente justificadas”* ³⁵.

Más allá de esta *unidad de finalidad u objetivos*, las dos órbitas de la responsabilidad presentan también una *uniformidad de presupuestos*, afirmación ésta que viene a reemplazar en la actualidad a la clásica referida a la unidad de la culpa. El examen de las normas de los códigos que regulan ambos tipos de responsabilidad permite concluir, desde el punto de vista dogmático, que la ley exige en ambos casos los mismos elementos para que surja la obligación de reparar el daño, ya sea que éste se haya ocasionado en el marco de una obligación o fuera de él. En los dos supuestos es necesario que concurren, al menos, un hecho generador, un daño, un vínculo causal (adecuado, en el sistema argentino) entre uno y otro, y un factor de atribución, subjetivo u objetivo, que permita imputar a uno o varios sujetos la obligación de responder. La aparente multiplicidad de la normativa aplicable deja paso, así, a una identidad de elementos, lo que refuerza el carácter unitario del fenómeno resarcitorio.

Sobre estas bases, la doctrina contemporánea concluye que, como lo afirmaba Brun, *“científicamente, no hay dos responsabilidades, sino dos regímenes de responsabilidad”* ³⁶. 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 ³⁷ y pueden por ello mismo calificarse de contingentes. El principio es entonces el de la unidad de la responsabilidad civil ³⁸.

Respecto del desarrollo de la cuestión en la Argentina, se ha dicho que *“la influencia de la tesis dualista no ha sido poca, y así es que hasta hace poco tiempo nuestra doctrina no se preocupaba por buscar principios comunes a los dos campos de la responsabilidad civil”*, no obstante lo cual *“el pensamiento jurídico argentino ha ido evolucionando al punto de reconocer una teoría general de la responsabilidad civil, sin perjuicio de las diferencias existentes entre los campos contractual y extracontractual derivados de la reglamentación legal”* ³⁹. Resumiendo el estado de opinión actual en la materia, señala Bueres que *“los presupuestos del deber de reparar son comunes en las dos órbitas señaladas (acción, antijuridicidad, daño, relación causal y criterio legal de imputación)”*, y añade que *“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”* ⁴⁰. La generalidad de la doctrina nacional es conteste sobre el punto ⁴¹.

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 ⁴², y de hecho, la totalidad de los proyectos de reforma elaborados en las últimas dos décadas así lo ha proyectado ⁴³. Esta corriente, perceptible también en el derecho comparado ⁴⁴, 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 C.C. (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)⁴⁵. 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 (N° 24.240): dado que el eje de ese estatuto no pasa por el contrato sino por la relación de consumo (art. 42 C.N.), entendida como el vínculo que se establece entre el consumidor o usuario y el proveedor de bienes o servicios para su consumo final (arts. 1º, 2º y 3º, 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 que el consumidor haya actuado en respuesta a la oferta del empresario⁴⁶. A su vez, el art. 40 de la ley 24.240 -que para nosotros contempla un supuesto especial de obligación de seguridad- 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 servicio⁴⁷.

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. Tal cosa es, precisamente, lo que sucede en materia de extensión del resarcimiento, como lo veremos enseguida.

B. La extensión del resarcimiento desde el prisma de la unidad

Tal como acabamos de señalarlo, la unidad de la responsabilidad civil no es sólo un principio declamado por la doctrina, sino que ha llegado a plasmarse en concretas soluciones legislativas. Pero aun respecto de los textos no reformados se observa una importante tendencia a efectuar una interpretación -doctrinal y jurisprudencial- en clave unificadora, que pasa normalmente por aplicar en el terreno contractual las normas y principios vigentes en materia aquiliana (es decir, la unificación se produce sobre la base de la extensión de los esquemas extracontractuales). De este modo, la responsabilidad obligacional irá alejándose cada vez más de ciertos mecanismos que le eran propios, para “importar” soluciones y principios que antaño eran privativos de la esfera extracontractual⁴⁸. El principio del efecto relativo entra en crisis; el cumplimiento forzado se diluye en la responsabilidad, y surgen “clones”⁴⁹ de la responsabilidad aquiliana en sede contractual, como las llamadas “responsabilidad contractual por hecho ajeno” y “por el hecho de las cosas”⁵⁰.

Este fenómeno se advierte también en materia de extensión del resarcimiento. En este punto, el sistema originario de los códigos, centrado en la consideración de lo previsto por las partes (o lo que era previsible para ellas) al momento de celebrar el contrato (a), se vio reemplazado paulatinamente por otra concepción, tomada del campo extracontractual, con eje en la idea de causalidad (b).

a. El criterio de la previsibilidad al momento de contratar

Tanto el criterio de la previsibilidad del daño al tiempo de contratar, como la distinción entre *interesse circa rem* o *intrinsicum* e *interesse extra rem* o *extrinsicum* tienen su origen en sendos textos de Paulo⁵¹, y se encuentra en Bartolo, Alciato, Molinaeus, Dumoulin y Domat, entre otros⁵². Como lo pone de resalto Laithier, la distinción entre daño intrínseco y extrínseco

fue de gran importancia en el derecho clásico, pues servía allí para determinar el límite del resarcimiento ⁵³. En ese sentido, Molinaeus -quien por intermedio de la obra de Dumoulin habría ejercido una influencia decisiva sobre Pothier- construye el alcance de la responsabilidad tomando como punto de partida los daños previsibles al contratar, de manera que los perjuicios *extra rem* (extrínsecos) sólo podían tenerse en cuenta muy excepcionalmente, cuando en el acuerdo de voluntades se hubiera dado cabida al objetivo especial perseguido por el acreedor ⁵⁴.

Sin embargo, fue Pothier quien efectuó un aporte definitorio en la materia, que se vería luego reflejado en el art. 1150 del *Code Napoléon*, y, por influencia de éste, en la mayoría de sus émulos europeos y americanos, llegando a extender su influencia incluso al derecho anglosajón ⁵⁵. Es preciso entonces detenerse en el análisis de la obra del gran jurista de Orléans.

A partir del N° 159 de su *Traité des obligations*, Pothier trata acerca “*de los daños e intereses resultantes, sea de la inejecución de las obligaciones, sea del retardo en su ejecución*”. Dice allí que no hay que someter al deudor a indemnizar todos los daños sufridos por el acreedor como consecuencia del incumplimiento, sino sólo “*los daños e intereses que se ha podido prever, en el momento del contrato, que el acreedor podría sufrir por el incumplimiento de la obligación*” ⁵⁶. Añade el autor citado que, ordinariamente, se supone que las partes sólo previeron los daños que el acreedor podría sufrir respecto de la cosa misma objeto de la obligación (se refiere al contrato), y no aquellos que el incumplimiento causó en sus otros bienes; se trata, en otras palabras, del denominado “daño intrínseco”. Para ilustrar este aserto, Pothier propone el ejemplo de la venta de un caballo que no es entregado dentro del plazo convenido: el mayor valor que haya adquirido el animal al momento de la efectiva entrega es un daño intrínseco que debe ser indemnizado por el deudor. Pero en cambio, si el caballo ha sido vendido a un canónigo, quien como consecuencia de la falta de entrega del caballo no ha podido llegar a tiempo al lugar de su beneficio “*para ganar sus grandes frutos*”, no estará el deudor obligado a indemnizar la pérdida de esas rentas, pues se trata de un daño “*que es extraño a lo que hace el objeto de mi obligación, que no fue previsto al tiempo del contrato, y a cuya reparación no puede decirse que me haya sometido al contratar*” ⁵⁷. La excepción a esta limitación se daría en aquellos casos en que los eventuales daños, aunque intrínsecos, han sido previstos expresa o tácitamente al contratar, como ocurriría si, en el caso del canónigo, hubiera una cláusula por la cual el deudor se obligaba a entregarle el animal en cierto plazo para que pudiera llegar al lugar de su beneficio a tiempo para recoger sus frutos ⁵⁸.

Más adelante ofrece Pothier otro ejemplo. El comprador de ciertas piezas de madera las emplea para apuntalar un edificio. Pero la madera está podrida, y el edificio se derrumba. El vendedor de buena fe sólo debe reparar, en principio, los daños intrínsecos (la diferencia de valor entre la madera adquirida, que estaba podrida, y el precio pagado, que se corresponde al de piezas de madera en buen estado), que son los únicos que las partes pudieron prever. Pero debe también los extrínsecos (los causados por la ruina del edificio) si el vendedor era un carpintero profesional, pues la ignorancia de su parte no sería excusable en un hombre que hace profesión pública de un estado y de un arte. Vendiendo los materiales en su calidad de carpintero, se presume que el deudor tomó a su cargo el riesgo de la construcción ⁵⁹.

Pero estos principios no resultan aplicables si el deudor ha actuado con dolo. En tal caso, debe reparar indistintamente todos los daños sufridos por el acreedor, incluidos los extrínsecos, pues “*quien comete un dolo se obliga, velit nolit, a la reparación de todo el daño que ese dolo causará*” ⁶⁰. Pothier proporciona a continuación el famosísimo ejemplo del vendedor de una vaca infectada por una enfermedad contagiosa: si el enajenante conocía tal circunstancia, y dolosamente disimuló el vicio, será responsable del daño sufrido por el comprador no sólo respecto de la vaca vendida, sino también del relativo a todas las otras bestias que han sido contagiadas por aquélla. Pero puede haber más consecuencias: los bueyes contagiados por la vaca no pueden cultivar las tierras del comprador, quien se ve impedido de pagar sus deudas y debe soportar la ejecución de sus acreedores y la venta de sus tierras a un precio vil. ¿Hasta dónde responde el deudor doloso? Para resolver esta cuestión, Pothier dice que, incluso mediando dolo, la indemnización no debe comprender los daños que no sólo son una consecuencia alejada del dolo, sino que tampoco son una consecuencia necesaria de él. Y añade: “*pues aunque la pérdida de mis bestias, que su dolo me ha causado, haya influido en la*

pérdida de mi fortuna, esa pérdida puede haber tenido otras causas”⁶¹. En cuanto a la imposibilidad de cultivar las tierras, tampoco es una consecuencia absolutamente necesaria de la pérdida de los animales causada por el dolo del deudor, pues bien podría el acreedor haberse procurado otras bestias, o haber alquilado las tierras. Sin embargo, dado que, en esos casos, el beneficio obtenido por el acreedor habría sido menor que en el supuesto de haber empleado sus propios animales para el cultivo, ello puede entrar en cierta medida en el cálculo de la indemnización⁶².

Interpretando el pensamiento de Pothier, Pantaleón Prieto sostiene que la previsibilidad a la que este autor alude, al tiempo de celebrar el contrato, es sólo la de las “causas” de daño, o más precisamente, la de los tipos o clases de eventos dañosos de cuya indemnización se trate: “*Un daño de una clase que, al tiempo de contratar, aparezca como previsible consecuencia del incumplimiento, será indemnizable, aunque la cuantía del mismo sobrepase en mucho la suma que razonablemente pudieron prever las partes al tiempo de contratar*”⁶³. Por eso considera el autor español que, cuando ocurra esto último, podrá entrar en juego la facultad morigeradora de los jueces⁶⁴. En Francia, la interpretación que ha dado la jurisprudencia al término “daño previsible” no es unánime, pues mientras algunos fallos se han inclinado por la solución inversa a la expuesta por Pantaleón (es la cuantía del daño lo que debe ser tomado en consideración para evaluar si ha sido prevista o no)⁶⁵, otros se refieren, en cambio, a “*la previsión o la previsibilidad de los elementos constitutivos del daño, y no del equivalente dinerario destinado a repararlo*”⁶⁶.

Otra discusión planteada en la doctrina se refiere a determinar si la asimilación entre daño previsible y daño intrínseco que el autor de Orléans parece efectuar debe ser entendida con un carácter absoluto. La sola lectura de los párrafos que acabamos de reseñar permite concluir que ello no es así, pues Pothier mismo admite la reparación de ciertos daños intrínsecos cuando han sido previstos o previsibles⁶⁷. Al respecto, señala Laithier que puede haber daños intrínsecos imprevisibles, y extrínsecos previsibles, como sucede, además de en los ejemplos proporcionados por Pothier, en el caso de la empresa que suministra granos inaptos para el cultivo, o no ventila adecuadamente el lugar donde se deposita la alimentación de los animales, lo que resulta en la pérdida (previsible) de la cosecha futura y de los animales. Lo mismo ocurre con quien instala un sistema de alarmas defectuoso, lo que hace previsible el daño derivado del robo. El contrato, dice el autor citado, no tiene sólo por función la de proporcionar una ventaja, sino la de satisfacer un interés: lo que interesa al acreedor no es sólo el objeto prometido y no recibido, sino la utilidad que podía legítimamente esperar de la entrega de ese objeto, o más ampliamente de la ejecución de la obligación⁶⁸. Pinna, por su parte, menciona que, con el tiempo, la distinción entre daños intrínsecos y extrínsecos se fue atenuando parcialmente en la jurisprudencia⁶⁹.

Como sea, lo cierto es que los arts. 1150 y 1151 del Código Civil francés fueron directamente inspirados en la obra de Pothier. A tenor de la primera de las normas mencionadas, “*el deudor sólo está obligado a los daños e intereses que fueron previstos o han podido preverse en el momento del contrato, cuando no es por su dolo que la obligación es incumplida*”. Comentando esta disposición, dicen Terré, Simler y Lequette que ella está destinada a permitir a quien celebra un contrato mensurar la extensión de su eventual responsabilidad, a fin de que sepa si debe aceptar o no los aleas que el contrato puede comportar para él. El deudor debe poder evaluar el riesgo que corre por el hecho del contrato. Si éste es muy considerable, tal vez dudará en concluirlo, o pedirá un precio suplementario, destinado a cubrir un seguro, a menos que prefiera, recibiendo ese suplemento, convertirse en su propio asegurador⁷⁰. En otras palabras, el *standard* de la previsibilidad al momento de contratar permite una distribución eficaz de los riesgos entre las partes⁷¹.

Poca duda cabe de que el pensamiento de Pothier fue consagrado también por Vélez Sársfield al redactar los arts. 520 y 521 de su Código Civil⁷². En efecto, la fuente directa de esos textos -citada expresamente en la nota al art. 520- es, además del ya mencionado art. 1150 C.C. francés, el art. 1016 del proyecto español de 1851, que sentaba un texto idéntico al que adoptó el codificador argentino⁷³. 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 intrínsecos⁷⁴.

No es de extrañar, entonces, que la doctrina argentina tradicional haya coincidido en la idea según la cual, a tenor del art. 520 C.C., el deudor incumplidor debe resarcir, en principio, sólo el daño intrínseco -es decir, el que se relaciona con la prestación misma-, y no el que se produzca sobre bienes distintos de aquellos que conforman el objeto del contrato (daño extrínseco), salvo si mediara dolo⁷⁵. Si bien el criterio resultaba demasiado estrecho -al asimilar daño previsible y daño intrínseco, con fundamento, tal como hemos visto, en una errónea lectura de Pothier-, es claro que respetaba la idea según la cual el contrato implica un reparto de riesgos y beneficios entre las partes, razón por la cual sólo pueden ponerse a cargo de una de ellas aquellas consecuencias dañosas que previó o podría haber previsto al tiempo de contratar. Nada tiene esto que ver con lo que sucede en el plano extracontractual, donde -en ausencia de todo acto de previsión previo- se trata simplemente de establecer un vínculo causal entre el hecho ilícito y los daños de él derivados.

Sin embargo, el correr del tiempo, y el triunfo de las tendencias unificadoras, habrían de conducir a un sensible cambio de criterio en la materia, con una clara irrupción en el campo contractual -por vía interpretativa- de los principios vigentes en materia aquiliana.

b. El criterio de la causalidad adecuada

En nuestros días, los autores galos constatan una “fragilización” del principio sentado por el art. 1150 del *Code Napoléon*, frente al avance del de reparación integral⁷⁶, que se presenta como aplicable por igual en ambas órbitas de la responsabilidad⁷⁷. Más aún, centrando el análisis en la unidad de la responsabilidad civil, ese texto ha sido denunciado como nefasto, propugnándose su neutralización por la jurisprudencia⁷⁸, y señalando que la norma en cuestión es, de hecho, poco aplicada por los jueces⁷⁹. Desde este punto de vista, el criterio de la previsibilidad del daño contractual tiende a ser asimilado al de la causalidad adecuada⁸⁰, con lo que se diluyen las fronteras entre lo obligacional y lo aquiliano.

También en nuestro medio se ha señalado que “*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”⁸¹. 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 acostumbra suceder, según el curso natural y ordinario de las cosas*”⁸². La referencia a la “necesariedad” 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”⁸³. Es decir que, en la lectura actual, que el deudor responda por las consecuencias “inmediatas y necesarias” quiere simplemente decir que lo hace por todas las que, estando en relación causal adecuada con el incumplimiento, deriven directamente de él, sin que entre ambos se interponga, como dice el art. 901, “un acontecimiento distinto”. Finalmente, la reforma 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.

De este modo, merced a una unificación de criterios que toma como base a la teoría de la causalidad vigente en el ámbito aquiliano, la idea de la previsibilidad del daño contractual es abandonada a favor de la de la causalidad adecuada. Y aquí cabe efectuar una importante distinción: es exacto que esta última teoría razona también a partir de la idea de previsibilidad, pues se basa en *quod plerunque accidit*, lo que suele suceder según el curso ordinario de las cosas y que, precisamente por ello, es previsible para un hombre medio. Sin embargo, la

denominada “prognosis póstuma” pone al intérprete -a efectos de establecer si cierta consecuencia era o no previsible- *en el momento del hecho generador de responsabilidad*. Es respecto de ese instante temporal que se construye el juicio de previsibilidad, y no -como lo quería Pothier- teniendo en cuenta lo que resultaba previsible para las partes *al momento de celebrar el contrato* ⁸⁴. Entre el criterio de la causalidad adecuada (lo que era previsible para un hombre medio puesto en el momento en que se produjo el hecho dañoso) y el de la previsibilidad de Pothier (lo que las partes previeron, o pudieron haber previsto, al tiempo del contrato) hay pues una importante diferencia, que puede arrojar resultados muy distintos en la práctica. Para retomar el ejemplo de la compraventa de maderas: un hombre medio sabe por experiencia que si utilizo madera podrida para construir un inmueble, es muy probable que éste se derrumbe; entre ese hecho y el daño hay, pues, relación causal adecuada. Y sin embargo, el propio Pothier excluía el resarcimiento en tal caso, en tanto el vendedor de buena fe no pudiera prever cuál era el uso que el adquirente daría a esos materiales...

Pese a ese evidente acercamiento entre ambos subsistemas (contractual y extracontractual), operado sobre la base de la aplicación en los dos casos de la teoría de la causalidad adecuada, parecería subsistir -a primera vista- una importante diferencia de regulación entre ellos. La extensión del resarcimiento es -en teoría- más extensa en la esfera extracontractual, donde el Código Civil pone a cargo del responsable, en principio, las consecuencias inmediatas y mediatas del hecho ilícito (arts. 903 y 904 C.C.), y llega hasta el punto de declarar imputables también las casuales, si el autor del daño las hubiera tenido en miras (art. 905 C.C.). En el ámbito contractual, en cambio, sólo se resarcen -en principio- las consecuencias inmediatas (art. 520), a las que se añaden las mediatas si el incumplimiento es malicioso (art. 521).

Frente a esta circunstancia -que como hemos visto suscitó, en el Tercer Congreso Nacional de Derecho Civil, un despacho auspiciando una reforma que elimine esas diferencias de regulación-, la doctrina ha echado mano a diversos argumentos para limitarlas, o directamente suprimirlas. Se ha dicho, así, que “*el art. 520 del Código 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*” ⁸⁵, o bien que dentro de la noción de “consecuencia inmediata” debe incluirse todo efecto que, aun derivando del enlace del incumplimiento con un hecho distinto, acompaña invariablemente a dicha inexecución ⁸⁶. Otros autores entienden que la limitación del art. 520 C.C., no regiría en los supuestos de responsabilidad contractual objetiva ⁸⁷, y hay quienes sostienen, derechamente, que ella es inconstitucional ⁸⁸.

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 ⁸⁹ -que constituye muchas veces una consecuencia mediata-, e incluso de la pérdida de *chance* ⁹⁰, que, sin embargo, reviste siempre ese carácter ⁹¹.

Adicionalmente -como ya lo hemos mencionado-, los proyectos de reforma elaborados en las últimas décadas también propusieron la unificación en esta materia. Así, el proyecto de 1987 establecía en su art. 906 que “*la extensión de la responsabilidad derivada del incumplimiento obligacional o de los hechos ilícitos se rige por los artículos precedentes...*”, tesis que también fue seguida por el proyecto de la Comisión Federal de 1992. El proyecto de la comisión creada por decreto del PEN N° 468/92 mantuvo -a diferencia de los dos anteriormente reseñados- la actual clasificación de las consecuencias en inmediatas, mediatas y casuales, eliminando las remotas, imputando las dos primeras en todos los casos -tanto para un incumplimiento contractual como para un acto ilícito aquiliano-, y las casuales “*si debieron resultar según las miras que tuvo [el autor] al ejecutarlo [el hecho] o cuando la convención o una disposición legal ponen a su cargo el caso fortuito*” (art. 1563). Finalmente, el Proyecto de Unificación Civil y Comercial de 1998 dispuso, en su art. 1609, que el resarcimiento se extiende a las consecuencias inmediatas y mediatas en todos los casos

Por nuestra parte, aunque somos partidarios decididos de la unidad de la responsabilidad civil, creemos, con Lorenzetti, que las soluciones que reclama el campo contractual se diferencian en este punto de la tutela aquiliana. Como lo señala el autor citado: *“La obligación preexistente es un programa de prestación, con un régimen de incentivos, de reparto de riesgos, que sería alterado si luego no se respetara, lo cual disminuiría la cantidad de acuerdos que se celebren. No tendría sentido pactar sobre la responsabilidad si la ley no lo admite; la solución sería un incremento de precios y un sistema de reaseguro de riesgos”*⁹².

A su turno, dice Pantaleón Prieto que la decisión de celebrar un contrato descansa en un cálculo de costes-beneficios, más o menos consciente, de cada una de las partes contratantes, siendo uno de los costes a tener en cuenta el relativo al riesgo de que se produzca una serie de daños como consecuencia de su eventual incumplimiento. Por ello -añade- no tendría buen sentido que el contratante que resulta incumplidor debiera responder por aquellos resultados dañosos que ni contempló como posibles al momento de celebrar el contrato, ni una persona razonable, al tiempo de contratar, y contando, en su caso, con los especiales conocimientos de aquél, habría previsto que podrían producirse a consecuencia de tal incumplimiento. Si el contratante incumplidor hubiera contemplado ese riesgo, habría exigido un precio superior, en la medida del coste que para él representa administrar dicho riesgo, ya sea previniéndolo, asegurándolo o soportándolo. O bien, habría incluido una cláusula exonerándose expresamente de los resultados dañosos en cuestión. Por otro lado, el contratante cumplidor tampoco pudo razonablemente contar, al tiempo de realizar el cálculo de costo-beneficio que fundó su decisión de contratar, con que la otra parte estaba asumiendo el riesgo de que dichos resultados se produjeran. Y si así lo quería, entonces debía proporcionar a su cocontratante la oportuna información acerca de la posibilidad de que se verificaran esas consecuencias, y aceptar el mayor precio que el otro le habría exigido en ese caso. Por todo ello, Pantaleón entiende que *“para que un concreto resultado dañoso, vinculado a ciertas circunstancias especiales, entre dentro del ‘ámbito de protección del contrato’, no es suficiente que, al tiempo de contratar, el contratante incumplidor haya previsto o pudiera razonablemente haber previsto la posibilidad de que dicho resultado acaeciese, sino que es necesario, además, que la información sobre las circunstancias especiales le haya sido proporcionada precisamente por la otra parte, y de tal modo que personas razonables del mismo sector del tráfico, situadas en el lugar de los contratantes, hubiesen considerado asumido, salvo inmediata protesta, el correspondiente riesgo de daños. Lo que, sensatamente, habrá que entender que no es el caso, cuando se constate que lo que le habría costado al incumplidor administrar el riesgo cuya realización ha causado los daños de cuya indemnización se trata, es una cuantía sensiblemente más elevada que la del beneficio que esperaba obtener del contrato incumplido”*⁹³.

Si bien comulgamos en general con los conceptos citados, nos parece que es preciso efectuar un par de precisiones adicionales. Es que, por una parte, la aplicación en sede contractual del *standard* de la causalidad adecuada tiene, a partir de la reforma de 1968, específico anclaje normativo en el Código Civil argentino (por vía de la reforma del art. 521), y por la otra, el criterio de la previsibilidad al momento del contrato presupone que las partes hayan tenido realmente la posibilidad de meditar y discutir los términos del convenio, lo cual, como es sabido, sucede rara vez en nuestros días (¿cómo aplicar el pensamiento de Pantaleón, recién reseñado, a un contrato de consumo?). Por último, debe tenerse en cuenta que en el sistema argentino los arts. 520 y 521 no rigen sólo las consecuencias del incumplimiento de los contratos, sino, más ampliamente, de la infracción de toda obligación, cualquiera sea su fuente⁹⁴, y mal podría aplicarse el criterio de la previsibilidad al momento de contratar a hipótesis en las cuales, por definición, no existe tal clase de negocio jurídico.

Coincidimos pues, en este punto, con Ricardo Lorenzetti, quien propugna el retorno al criterio de la previsibilidad al tiempo de contratar (lo que no implicaría, en definitiva, sino un regreso a las fuentes del art. 520 C.C.) cuando se esté en presencia de un contrato celebrado paritariamente, y no medie dolo del deudor⁹⁵. En todas las restantes hipótesis de daños causados a raíz del incumplimiento de una obligación, estimamos, en cambio, que el *standard* de la causalidad adecuada puede y debe seguir rindiendo sus frutos.

NOTAS:

¹ Guillermo A. BORDA, en *Tercer Congreso Nacional de Derecho Civil*, Córdoba, Universidad Nacional de Córdoba, 1961, págs. 619 y 629/631.

² Jorge J. LLAMBIAS, en *Tercer Congreso... cit.*, pág. 621.

³ LLAMBIAS, *ibid.*, pág. 623.

⁴ Roberto H. BREBBIA, en *Tercer Congreso... cit.*, pág. 619.

⁵ Acdeel E. SALAS, en *Tercer Congreso... cit.*, pág. 620.

⁶ SALAS, *ibid.*, pág. 621.

⁷ Sebastián PICASSO, comentario al art. 1107 del Código Civil en Bueres, Alberto J. (dir.) - Highton, Elena I (coord.), *Código Civil y normas complementarias. Análisis doctrinario y jurisprudencial*, t. 3A, Buenos Aires, Hammurabi, 1999.

⁸ Mariano YZQUIERDO TOLSADA, *Responsabilidad civil contractual y extracontractual*, Madrid, Reus, 1993, t. I, pág. 81.

⁹ Jorge BUSTAMANTE ALSINA, *Teoría general de la responsabilidad civil*, Buenos Aires, Abeledo-Perrot, 1989, pág. 71. En ese sentido, Alterini señala que “*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. 1 y 2 C.), y sólo ante la mora o la inexecución de la prestación debida, generan responsabilidad por incumplimiento (arts. 508 y 505 inc. 3); y que en lo ‘extracontractual’ ésta se causa en su origen mismo*” (Atilio A. ALTERINI, *Responsabilidad civil. Límites de la reparación civil*, Buenos Aires, Abeledo-Perrot, 1992, pág. 56). Para Breccia, se trata del “*nico fundamento conceptual posible*” de la distinción entre ambas esferas (Humberto BRECCIA, *Le obbligazioni*, Giuffrè, 1991, pág. 665).

¹⁰ “*El derecho civil de los modernos -afirma Villey- fue reestructurado como una prolongación de la moral*” (Michel VILLEY, “*Esquisse historique sur le mot responsable*”, en *Archives de Philosophie du droit*, N° 22 (*La responsabilité*), París, Sirey, 1977, pág. 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. y loc. cit.).

¹¹ Sostuvieron esta tesis, entre otros: Charles AUBRY - Charles RAU, *Cours de droit civil français*, París, 1856, t. IV, pág. 100, nota 25; Charles LYON-CAEN, nota en *Sirey*, 1885-1-129; Joseph. E. LABBÉ, en *Journal du Palais*, 1885, jurisp. étrangère, pág. 33 y ss.; Marc SAUZET, en *Revue critique de droit international privé*, jurisp. belge, 1883, pág. 616; Henri FROMAGEOT, *De la faute comme source de la responsabilité en droit privé*, París, 1891, págs. 16/20. En la doctrina italiana ésta fue también la visión predominante durante las primeras décadas del siglo (conf. Giovanna VISINTINI, *Tratado de la responsabilidad civil*, Buenos Aires, Astrea, 1999, t. I, pág. 30 y ss., trad. de Aída Kemelmajer de Carlucci).

¹² Charles SAINCTELETTE, *De la responsabilité et de la garantie. Accidents de transport et de travail*, Bruselas, Bruylant-Christophe & Comp., 1884.

¹³ Gabriel BAUDRY-LACANTINERIE - Louis BARDE, *Traité théorique et pratique de droit civil. Des obligations*, París, Sirey, 1905, vol. I, pág. 401; René SAVATIER, *Traité de la responsabilité civile en droit français*, París, Librairie Générale de Droit et Jurisprudente, 1951, t. I, págs. 139/140; Juan J. AMÉZAGA, *Culpa aquiliana. Lecciones del curso de derecho civil*, Montevideo, Escuela Nacional de Artes y Oficios, 1914, pág. 49.

¹⁴ Guillermo A. BORDA, *Tratado de derecho civil argentino. Obligaciones*, Buenos Aires, Perrot, 1976, t. I, pág. 99, N° 90.

¹⁵ Jean CARBONNIER, *Droit civil. Les obligations*, París, Presses Universitaires de France, 1991, pág. 517: “*es artificial hacer entrar allí [en la responsabilidad contractual] brazos rotos y muertes de hombres; las tragedias son de la competencia de los arts. 1382 y ss.*” (la traducción es nuestra).

¹⁶ Al respecto dice Lafaille que “*los deberes que fluyen en forma directa de la ley y cuya violación determina el acto ilícito, atañen a la integridad de la persona física, a su honor, a la seguridad de su patrimonio y pueden ser exigidos con mayor estrictez que los dependientes de un mero acuerdo de voluntades*” (Héctor LAFAILLE, *Tratado de las obligaciones*, Buenos Aires, Ediar, 1947, t. I, pág. 173). Por su parte, Salvat señala que “*en las obligaciones de origen contractual sólo se indemniza el daño que afecta directamente el patrimonio. En los actos ilícitos el daño puede alcanzar a bienes extrapatrimoniales*” (Raymundo M. SALVAT, *Tratado de derecho civil argentino. Obligaciones en general*, 6ª ed. actualizada por Enrique V. Galli, Buenos Aires, Tipográfica Editora Argentina, 1952, t. I, pág. 94). En el mismo sentido: Henoah D. AGUIAR, *Hechos y actos jurídicos*, Buenos Aires, Tipográfica Editora Argentina, 1950, t. II, pág. 382.

¹⁷ BORDA, *Obligaciones*, cit., t. I, págs. 98/100, nos. 90 y 91. En el mismo sentido se expide Rezzónico, quien sostiene que si bien el Código Civil argentino repudió la teoría de la prestación de la culpa, consagró claramente una clasificación de la culpa en contractual y extracontractual, y, con cita de Salvat, releva numerosas diferencias entre una y otra (Luis M. REZZÓNICO, *Estudio de las obligaciones en nuestro derecho civil*, Buenos Aires, Depalma, 1966, t. I, págs. 157/158 y nota 55).

¹⁸ LEFEBVRE, cit. por Roberto A. VÁZQUEZ FERREYRA, *Responsabilidad por daños*, Buenos Aires, Depalma, 1993, pág. 57.

¹⁹ Jean GRANDMOULIN, *De l'unité de la responsabilité ou nature délictuelle de la responsabilité pour violations des obligations contractuelles*, tesis, Rennes, 1892, pág. 4 y ss..

²⁰ Philippe RÉMY, "La 'responsabilité contractuelle': histoire d'un faux concept", *Revue trimestrielle de droit civil*, 1997-332. En el mismo sentido: Denis TALLON, "¿Pourquoi parler de faute contractuelle?", en *Ecrits en l'honneur de G. Cornu*, París, Presses Universitaires de France, 1995, pág. 432 ; Marianne FAURE ABBAD, *Le fait générateur de la responsabilité contractuelle*, París, Librairie Générale de Droit et Jurisprudence, 2003, pág. 161 y ss..

²¹ Marcel PLANIOL, *Traité élémentaire de droit civil*, París, Librairie Générale de Droit et de Jurisprudence, 1917, t. II, págs. 284/285 (en todos los casos, la traducción es nuestra). Como puede observarse, esta concepción unitaria tiene una directa relación con la famosa definición que Planiol dio de la culpa como el "incumplimiento de una obligación preexistente" (op. cit., t. II, pág. 273), que gozó de mucho predicamento en su época, pero ha sido abandonada tiempo ha. Para una crítica de la noción planioliana de culpa, vid. Jacques FLOUR - Jean L. AUBERT - Eric SAVAUX, *Les obligations*, París, Armand Colin, 2002, t. 2, págs. 98/99.

²² PLANIOL, op. cit., t. II, págs. 290/291.

²³ RÉMY, op. cit., pág. 336.

²⁴ Eduardo B. BUSSO, *Código Civil anotado*, Buenos Aires, Ediar, 1949, t. III, págs. 282/285.

²⁵ Alfredo COLMO, *De las obligaciones en general*, 3ª ed. ampliada y corregida bajo la dirección de Ricardo Novillo Astrada, Buenos Aires, Guillermo Kraft, 1944, págs. 84/88.

²⁶ Leonardo A. COLOMBO, *Culpa aquiliana*, Buenos Aires, La Ley, 1944, págs. 65/66.

²⁷ LAFAILLE, *Tratado de las obligaciones*, cit., t. I, pág. 173.

²⁸ Raymundo M. SALVAT, *Hechos ilícitos*, Buenos Aires, Librería y Casa Editora de Jesús Menéndez, 1941, pág. 50.

²⁹ Alfredo ORGAZ, *La culpa (actos ilícitos)*, Córdoba, Marcos Lerner, 1981, pág. 139.

³⁰ Conf. Miguel Federico DE LORENZO, "La protección extracontractual del contrato", L.L. 1998-F-927; *Idem.*, "Contrato que daña a terceros. Terceros que dañan al contrato", RCyS, año IX, N° XI (noviembre de 2007), pág. 13 y ss.; en esp., pág. 22 y ss..

³¹ Cabe agregar a todo ello que, al menos en nuestro sistema, la responsabilidad contractual no sólo sanciona el incumplimiento de un contrato, sino de cualquier tipo de obligación preexistente, incluso de aquellas que -como la de pagar alimentos- tienen su fuente en la ley en forma directa (conf. Picasso, comentario al art. 1107 en BUEBERS-HIGHTON, *Código...*, cit.). Ello contribuye a diluir la idea según la cual esta clase de responsabilidad se dirigiría a tutelar exclusivamente el interés de los contratantes.

³² A tal punto es ello así que, de conformidad con la reciente jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia de la Nación, el principio de reparación integral -que encuentra su fundamento en el art. 19 de la C.N.- justifica incluso la invalidación constitucional de aquellos regímenes especiales de responsabilidad que se aparten, sin justificación razonable, de esa concepción reparadora plena (C.S.J.N., 21/9/04, "Aquino, Isacio c/ Cargo Servicios Industriales S.A.", Sup. Especial, L.L. 2004, pág. 39, con notas de Ramón D. Pizarro, Roberto A. Vázquez Ferreyra, Rodolfo E. Capón Filas, Marcelo López Mesa, Carlos V. Castrillo y Horacio Schick. Vid. al respecto nuestro trabajo "Constitucionalización de la responsabilidad civil y reparación integral", *Revista Crítica de Derecho Privado*, N° 3, Montevideo, 2006, pág. 629 y ss.). La tendencia sigue desarrollándose, y ha tomado nuevo ímpetu con el creciente repudio en torno a la limitación de la legitimación activa en materia de daño moral extracontractual (art. 1078 C.C.) a partir del precedente de la Suprema Corte de Justicia de la Provincia de Buenos Aires "L. A. C. y otro c/ Provincia de Buenos Aires y otro", del 16/5/07 (RCyS, año IX, N° 6 [junio de 2007], pág. 46 y ss.).

³³ VÁZQUEZ FERREYRA, *Responsabilidad por daños*, cit., pág. 94.

³⁴ Paul ESMEIN, "La chute dans l'escalier", *Juris Classeur Périodique (JCP)*, 1956-I-1321. Comentando la opinión de este jurista, dice Viney que el caso de la "caída en la escalera" podría hoy ser reemplazado por aquel otro de "la botella que explota", del "resbalón sobre el suelo", de las "sorpresas que reserva el paso en una estación", del "accidente sobrevenido en ocasión del transporte benévolo", etc. (Geneviève VINEY, *Introduction à la responsabilité*, en Ghestin, Jacques (dir.), *Traité de droit civil*, París, Librairie Générale de Droit et Jurisprudence, París, 1995, págs. 434/435). También para nuestro derecho son válidas las hipótesis planteadas. Una particularmente desafortunada se refiere al transporte urbano de pasajeros, en el cual, y dado que el contrato se formaliza -en principio- en el momento en que el pasajero posa el pie en el estribo del colectivo, será la existencia o no de ese "pisotón" la que decida la naturaleza contractual o aquiliana de la eventual responsabilidad del transportista (conf. Roberto M. LÓPEZ CABANA, en *Temas de derecho civil*, Buenos Aires, Colegio de Escribanos de la Capital Federal, 1989, pág. 41).

³⁵ Paul ESMEIN, "Le fondement de la responsabilité contractuelle rapproché de la responsabilité délictuelle", *Revue Trimestrielle de Droit Civil*, 1933, pág. 627.

³⁶ André BRUN, *Rapports et domaine des responsabilités contractuelle et délictuelle*, París, Sirey, 1931, pág. 382.

³⁷ 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, *Introduction...*, cit., págs. 423/424).

³⁸ 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, *Introduction...*, cit., pág. 278). En el derecho francés, este modo de ver fue forjado tempranamente: Maurice MEIGNIE, *Responsabilité et contrat, essai d'une délimitation des domaines des responsabilités contractuelle et délictuelle*, tesis, Lille, 1924; Henri MAZEAUD, "Responsabilité délictuelle et responsabilité contractuelle", *Revue Trimestrielle de Droit Civil*, 1929-550; ESMEIN, "Le fondement de la responsabilité contractuelle rapprochée de la responsabilité délictuelle", cit. Los Mazeaud ilustran la doctrina al afirmar: «no hay una diferencia fundamental entre los dos órdenes de responsabilidad. Existen diferencias accesorias» (Henri MAZEAUD - León MAZEAUD - André TUNC, *Traité théorique et pratique de la responsabilité civile délictuelle et contractuelle*, Sirey, París, 1934, t. I, pág. 100). También Lalou, en su clásico *Tratado*, señalaba que resulta imposible estudiar separadamente las dos órbitas de responsabilidad (Henri LALOU, *Traité pratique de la responsabilité civile*, París, Dalloz, 1949, pág. 3). Más contemporáneamente: Henri MAZEAUD - León MAZEAUD - Jean MAZEAUD - François CHABAS, *Leçons de droit civil. Obligations*, París, Montchrestien, 1993, t. II, primer volumen, pág. 369; CARBONNIER, *Les obligations*, cit., pág. 510 y ss.; Christian LARROUMET, *Droit civil*, París, Economica, 1998, t. III, págs. 589/590. Otros autores, sin embargo, continúan sosteniendo tesis más cercanas al "dualismo": Boris STARCK - Henri ROLAND - Laurent BOYER *Droit civil. Les obligations*, París, Litec, 1996, t. t. 2, pág. 706; FLOUR - AUBERT - SAVAUX, *Les obligations*, cit., t. 3, p. 108; François TERRÉ - Philippe SIMLER - Yves LEQUETTE, *Droit civil. Les obligations*, París, Dalloz, 2002, pág. 539. Hay también una corriente relativamente reciente en la doctrina gala que denuncia la incorrección de hablar de "responsabilidad contractual", predicando el retorno a un "dualismo" extremo: Philippe RÉMY, "La 'responsabilité contractuelle': histoire d'un faux concept", cit.; TALLON, "¿Pourquoi parler de faute contractuelle?", cit.; *Idem.*, "L'inexécution du contrat: pour une autre présentation", *Revue Trimestrielle de Droit Civil*, 1994-223; Philippe LE TOURNEAU - Loïc CADIET, *Droit de la responsabilité*, París, Dalloz, 1996, pág. 70; Abbad FAURE, *Le fait générateur de la responsabilité contractuelle*, cit., pág. 150 y ss.; Jean BELLISSENT, *Contribution à l'analyse de la distinction des obligations de moyens et des obligations de résultat*, París, Librairie Générale de Droit et Jurisprudence, 2001, pág. 323 y ss.; Paul COEFFARD, *Garantie de vices cachés et responsabilité contractuelle de droit commun*, París, Librairie Générale de Droit et Jurisprudence, 2005, pág. 91; Frédéric ROUVIÈRE, *Le contenu du contrat: essai sur la notion d'inexécution*, Presses Universitaires d'Aix-Marseille, Aix-En Provence, 2005, pág. 38 y ss..

³⁹ VÁZQUEZ FERREYRA, *Responsabilidad por daños*, cit., pág. 59.

⁴⁰ Alberto J. BUERES, *El acto ilícito*, Buenos Aires, Hammurabi, 1986, pág. 66.

⁴¹ Entre muchos otros: Atilio A. ALTERINI, "Contornos actuales de la responsabilidad civil", apéndice a su obra *Responsabilidad civil. Límites de la reparación civil*, cit., pág. 360; Atilio A. ALTERINI - Roberto M. LÓPEZ CABANA, *Temas de responsabilidad civil*, Buenos Aires, Ciudad Argentina, 1995, pág. 13; Roberto H. BREBBIA, *Responsabilidad precontractual*, Buenos Aires, La Rocca, 1987, pág. 34 y ss.; Pedro N. CAZEAUX - Félix A. TRIGO REPRESAS, *Derecho de las obligaciones*, La Plata, Platense, 1970, t. III, pág. 3; Félix A. TRIGO REPRESAS, "Unificación de la responsabilidad por daños", en *Derecho de daños*, obra en homenaje a Jorge Mosset Iturraspe, Buenos Aires, La Rocca, 1989; Jorge MOSSET ITURRASPE, *Contratos*, Buenos Aires, Ediar, 1988, pág. 337; BUSTAMANTE ALSINA, *Teoría general de la responsabilidad civil*, cit., pág. 71 y ss.; Félix A. TRIGO REPRESAS - Marcelo J. LÓPEZ MESA, *Tratado de la responsabilidad civil*, Buenos Aires, La Ley, 2004, t. II, pág. 10 y ss.; Matilde ZAVALA DE GONZÁLEZ, *Resarcimiento de daños*, Buenos Aires, Hammurabi, 1999, t. 4, pág. 92 y ss.; Ricardo L. LORENZETTI, *Responsabilidad civil de los médicos*, Santa Fe, Rubinzal-Culzoni, 1997, t. I, pág. 368; Augusto M. MORELLO - Jorge M. GALDÓS, *Indemnización del daño contractual*, Buenos Aires, Lexis-Nexis, 2003, pág. 82; Ramón D. PIZARRO - Carlos G. VALLESPINOS, *Obligaciones*, Buenos Aires, Hammurabi, 1999, t. 2, pág. 472. En consonancia con estos postulados, además del Tercer Congreso Nacional de Derecho Civil, 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.

⁴² "Prácticamente toda la doctrina argentina contemporánea -dice Casiello- se ha expresado por la conveniencia de uniformar los sistemas de responsabilidad civil" (Juan J. CASIELLO, "Sobre la unificación de los regímenes de responsabilidad civil", L.L. 1989-B-911).

⁴³ 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, pág. 1119 y ss..

⁴⁴ Ya 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 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 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 artículos 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 Quebec 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 el 22/9/05, contiene disposiciones comunes a ambas clases de responsabilidad (arts. 1343 a 1351-1), en materia de daño reparable, nexo 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). Más allá de ello, cabe señalar que este proyecto contempla al menos dos grandes excepciones a la regla del *non-cumul*, permitiendo a la víctima de un daño corporal optar por el régimen que le sea más favorable (art. 1342), y estableciendo el carácter contractual de la acción interpuesta contra el deudor por el tercero que sufre daños como consecuencia del incumplimiento del contrato, salvo que pruebe la existencia de un hecho generador de responsabilidad extracontractual (art. 1343).

Debe tenerse en cuenta además que la tendencia a la unificación existe también en muchos otros países, aun cuando todavía no haya tenido cabida en el Código Civil. Esto se manifiesta sobre todo en relación a ciertos estatutos especiales que reglamentan la responsabilidad surgida de determinadas actividades, ignorando la distinción entre responsabilidad contractual y extracontractual. Es lo que sucede por ejemplo con las normas referidas a la responsabilidad por productos elaborados, de la que son buenos ejemplos la normativa europea sobre el tema (Directiva del 25 de julio de 1985), transpuesta a los distintos ordenamientos nacionales (v.gr., decreto ley italiano del 24/5/1988; ley alemana del 15/12/1989; arts. 1386-1 a 1386-18 del Código Civil francés). También en Francia, la ley del 5 de julio de 1985 sobre accidentes de la circulación trata indistintamente sobre la responsabilidad de todos los implicados en el accidente, sin distinguir los casos en los que existe contrato (como sucede en el transporte) de aquellos en los que no lo hay.

⁴⁵ Conf. Aida KEMELMAJER DE CARLUCCI, “La responsabilidad civil de los establecimientos educativos en Argentina después de la reforma de 1997”, L.L. 1998-B-1057. *Contra*, considerando que la norma se aplica únicamente a los casos de responsabilidad extracontractual: Eduardo A. SAMBRIZZI, “Naturaleza jurídica de la responsabilidad en el supuesto contemplado por el artículo 1117 del Código Civil”, L.L. 2005-F-209.

⁴⁶ 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 (C.S.J.N., 6/3/07, “Mosca, Hugo A. c/ Provincia de Buenos Aires y otros”, L.L. 2007-B-261; *Idem.*, 2007-B-363, con nota de Atilio A. ALTERINI; *Idem.*, 2007-B-637, con nota de Guillermo E. FALCO; *Idem.*, 2007-C-122, con nota de Lidia M.R. GARRIDO CORDOBERA; *Idem.*, 2007-C-302, con nota de Marcelo HERSALIS y Norberto OUTERELO; RCyS, 2007-III-19, con nota de Atilio A. ALTERINI; *Idem.*, 2007-V-31, con nota de Ramón D. PIZARRO; D.J. 2007-1-690).

⁴⁷ Conf. Sebastián PICASSO, “La culpa de la víctima en las relaciones de consumo. Precisiones de la Corte Suprema”, L.L. del 2/6/08.

⁴⁸ Conf. ROUVIÈRE, *Le contenu du contrat: essai sur la notion d'inexécution*, cit., págs. 309/310.

⁴⁹ El giro pertenece a Eric SAVAUX, “¿La fin de la responsabilité contractuelle?”, *Revue Trimestrielle de Droit Civil*, 1999-13.

⁵⁰ Sobre el punto, vid. BELLISSANT, *Contribution...*, cit., pág. 262 y ss., quien habla de la “*transferencia al orden contractual de los esquemas delictuales de responsabilidad civil*”. En el mismo sentido: RÉMY, “La ‘responsabilité contractuelle’...”, cit., pág. 346; Patrice JOURDAIN, “Réflexion sur la notion de responsabilité contractuelle”, en *Les métamorphoses de la responsabilité. Sixièmes journées René Savatier*, París, Presses Universitaires de France, 1997, pág. 73.

⁵¹ *Digesto*, 19,1,43, y *Digesto*, 19,1,21,3, respectivamente. Vid. sobre el punto Fernando PANTALEÓN PRIETO, “El sistema de responsabilidad contractual (materiales para un debate)”, *Anuario de Derecho Civil*, t. XLIV, fascículo III, Madrid, julio-septiembre de 1991, pág. 1073.

⁵² LLAMAS POMBO, *Cumplimiento por equivalente...*, cit., págs. 195/196, en esp., nota 545.

⁵³ Yves-Marie LAITHIER, *Etude comparative des sanctions de l'inexécution du contrat*, París, Librairie Générale de Droit et Jurisprudence, 2004, pág. 144.

⁵⁴ Eugenio LLAMAS POMBO, *Cumplimiento por equivalente y resarcimiento del daño al acreedor*, Madrid, Trivium, 1999, pág. 196.

⁵⁵ Vid. el completo panorama que al respecto traza PANTALEÓN PRIETO, “El sistema de responsabilidad contractual”, cit., págs. 1079/1085.

⁵⁶ Robert J. POTHIER, *Traité des obligations*, en *Oeuvres de Pothier*, París, Imprimerie de P. Didot, 1821, t. I, pág. 181. La traducción de los párrafos que citamos en el texto es nuestra.

⁵⁷ POTHIER, *Traité...*, cit., pág. 182.

⁵⁸ POTHIER, op. cit., pág. 183.

⁵⁹ POTHIER, *ibid.*, pág. 184.

⁶⁰ POTHIER, *ibid.*, pág. 189.

⁶¹ POTHIER, *ibid.*, pág. 190.

⁶² POTHIER, *ibid.*, pág. 191.

⁶³ PANTALEÓN PRIETO, “El sistema de responsabilidad contractual”, cit., pág. 1038.

⁶⁴ PANTALEÓN PRIETO, op. y loc. cit.

⁶⁵ Corte de Casación, Sala Civil, 7/7/1924, *Sirey*, 1925-1-321; *Idem.*, 3/8/1932, *Sirey*, 1932-1-351; *Idem.*, 2/12/1947, *Gazette du palais*, 1948-1-84. Estiman Terré, Simler y Lequette que se trata de la solución más razonable, pues responde a la idea fundamental que inspiró a Pothier: que quien se obliga pueda saber a qué se expone eventualmente si, durante la ejecución del contrato, causa un daño al acreedor. Y en ese sentido, la previsión del tipo de daño es insuficiente para permitirle hacerse una idea del monto de la indemnización que deberá eventualmente pagar (TERRÉ - SIMLER - LEQUETTE, *Les obligations*, cit., págs. 542/543).

⁶⁶ Corte de Casación, Sala Comercial, 4/3/1965, JCP, 1965-II-14219, con nota de René Rodière; *Idem.*, primera Sala Civil, 6/12/1983, Bull. Civ. I, N° 287. Es interesante constatar que, mientras algunos autores sostienen que es esta la doctrina actual de la Corte de Casación (LE TOURNEAU, *Droit de la responsabilité...*, cit., págs. 364/365), otros entienden, en cambio, que el tribunal se inclinaría por la idea de la previsibilidad de los montos (TERRÉ - SIMLER - LEQUETTE, op. cit., pág. 542).

⁶⁷ Conf., en este sentido, PINNA, Andrea, *La mesure du préjudice contractuel*, París, Librairie Générale de Droit et Jurisprudence, 2007, pág. 29.

⁶⁸ LAITHIER, *Etude comparative...*, cit., pág. 147.

⁶⁹ PINNA, *La mesure du préjudice contractuel*, cit., pág. 30.

⁷⁰ TERRÉ - SIMLER - LEQUETTE, *Les obligations*, cit., pág. 541.

⁷¹ LAITHIER, *Etude...*, cit., pág. 135.

⁷² Al respecto, dice 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 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*” (Ricardo L. LORENZETTI, “Resarcimiento del daño contractual: confianza, información, previsibilidad”, J.A. 25/4/01, pág. 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 (Rubén H. COMPAGNUCCI DE CASO, comentario a los arts. 520 y 521 en Alberto J. BUERES (dir.) - Elena I. HIGHTON (coord.), *Código Civil y leyes complementarias. Análisis doctrinario y jurisprudencial*, Buenos Aires, Hammurabi, 1998, t. 2A, págs. 224 y 227).

⁷³ BUSTAMANTE ALSINA, *Teoría...*, cit., pág. 150. Cabe aclarar, de todos modos, que García Goyena añadía en su proyecto que “*en caso de dolo, se extenderá la indemnización a los que hubieren sido conocidamente ocasionados por él*”, lo que no fue seguido por Vélez, quien dio al art. 521 una redacción confusa que generó no pocas polémicas doctrinales (Vid. al respecto Jorge J. LLAMBIAS, *Tratado de derecho civil. Obligaciones*, Buenos Aires, Perrot, 1967, t. I, pág. 356 y ss.).

⁷⁴ PANTALEÓN PRIETO, “El sistema de responsabilidad contractual”, cit., pág. 1089. Sin embargo, Pantaleón estima que la concepción de García Goyena tiene su origen en un error interpretativo, debido, probablemente, a un desliz de Bigot de Préameneu al exponer los motivos del art. 1151 del *Code*. Por el contrario, afirma el autor citado que la distinción entre daños “inmediatos y directos” y “mediatos o indirectos” en modo alguno puede ponerse en relación con aquella de daños intrínsecos (categoría mucho más restringida que la de daños inmediatos y directos) y extrínsecos (op. cit., págs. 1086/1087). En la misma línea de pensamiento, dice Llamas Pombo que no cabe confundir la distinción entre daño intrínseco y extrínseco con la de daño inmediato (o directo) y mediato (o indirecto), pues mientras que aquélla hace referencia a los intereses que pone en juego el acreedor (interés *circa rem* y *extra rem*, respectivamente), ésta “*no tiene que ver con la esencia de los daños, sino con la relación de causalidad; se trata de un criterio distintivo, en efecto, que atiende a la cercanía-lejanía metafísica existente entre el incumplimiento y el daño (...)* El incumplimiento del deudor puede causar directa e inmediatamente daños tanto al interés *circa rem* del acreedor como a su interés *extra rem*” (LLAMAS POMBO, *Cumplimiento por equivalente...*, cit., págs. 197/198).

⁷⁵ Baldomero LERENA, *Concordancias y comentarios del Código Civil argentino*, Buenos Aires, La Facultad, 1931, t. II, págs. 444/447; José O. MACHADO, *Exposición y comentario del Código Civil argentino*, Buenos Aires, Editorial Científica y Literaria Argentina, 1922, t. II, págs. 162 y 194/195; SALVAT-GALLI, *Obligaciones en general*, cit., t. I, pág. 203; LLAMBIAS, *Obligaciones*, cit., t. I, págs. 354/355; Arturo ACUÑA ANZORENA, “La previsibilidad como límite de la obligación de resarcimiento en la responsabilidad extracontractual”, *Revista del Colegio de Abogados de La Plata*, año I, N° I, pág. 20; Esteban IMAZ, “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*, Buenos Aires, 1932, t. X, pág. 424. 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 (*Teoría...*, cit., pág. 150).

⁷⁶ LAITHIER, *Etude...*, cit., pág. 130.

⁷⁷ VINEY, *Introduction...*, cit., pág. 172.

⁷⁸ MAZEAUD - CHABAS, *Traité...*, cit., pág. 746.

⁷⁹ Patrice JOURDAIN, “Les dommages-intérêts alloués par le juge. Rapport français”, en Marcel FONTAINE - Geneviève VINEY (dirs.), *Les sanctions de l'inexécution des obligations contractuelles. Etudes de droit comparé*, Bruselas-París, Librairie Générale de Droit et Jurisprudence, 2001, pág. 282.

⁸⁰ Conf. ROUVIÈRE, *Le contenu...*, cit., pág. 200 y ss.; LAITHIER, *Etude...*, cit., pág. 142. El autor citado en último término ensaya no obstante una distinción entre ambos criterios, afirmando que la causalidad tiende a determinar si el

incumplimiento ha podido causar determinado daño, mientras que el de la previsibilidad, en el sentido del art. 1150 del Código Civil francés, es un *standard* que permite evaluar el *quantum* de los daños y perjuicios. Por nuestra parte, tal como lo desarrollamos en el texto, creemos que la verdadera diferencia radica en el momento en el cual se realiza el juicio de previsibilidad en cada caso.

⁸¹ LORENZETTI, “Resarcimiento del daño contractual: confianza, información, previsibilidad”, cit., pág. 56.

⁸² ZAVALA DE GONZÁLEZ, *Resarcimiento de daños*, cit., t. 4, pág. 265; MORELLO-GALDÓS, *Indemnización del daño contractual*, cit., p. 452 y ss.; Jorge MOSSET ITURRASPE - Miguel A. PIEDECASAS, *Responsabilidad contractual*, Santa Fe, Rubinzal-Culzoni, 2007, pág. 342 y ss.; Félix A. TRIGO REPRESAS, “Extensión de la responsabilidad por incumplimiento contractual”, *Revista de Derecho Privado y Comunitario*, N° 17 (Responsabilidad contractual-I), Santa Fe, Rubinzal-Culzoni, 1998, pág. 15 y ss..

⁸³ Lo que se logra diciendo, v.gr., que la consecuencia necesaria es la que no sucede libre y espontáneamente, sino que ha sido determinada por el incumplimiento (Alfredo ORGAZ, “Acerca de las ‘consecuencias necesarias’ en la responsabilidad contractual y extracontractual”, *Revista jurídica de Córdoba*, año I, N° 3, pág. 465). Con lo cual, en puridad, se neutraliza la expresión, pues si nos estamos preguntando por las consecuencias del incumplimiento, es precisamente porque éste existió. 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*, cit., t. 4, pág. 266). En una postura cercana, sostiene 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*, cit., pág. 265). Por esta vía, también la expresión “necesaria” termina coloreándose de causalidad adecuada.

⁸⁴ En ese sentido: PANTALEÓN PRIETO, “El sistema...”, cit., pág. 1031.

⁸⁵ Atilio A. ALTERINI - Roberto M. LÓPEZ CABANA, “Responsabilidad contractual y extracontractual: de la diversidad a la unidad”, L.L. 1989-C-1186.

⁸⁶ Alberto J. BUERES, su voto *in re* “Civit, Juan c/ Progress S.A. y otro”, CNCiv., en pleno, 22/2/1990, L.L. 1990-B-474.

⁸⁷ ZAVALA DE GONZÁLEZ, *Resarcimiento de daños*, cit., t. 4, pág. 272; María M. AGOGLIA - Juan C. BORAGINA - Jorge A. MEZA, *Responsabilidad por incumplimiento contractual*, Buenos Aires, Hammurabi, 1993, pág. 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.

⁸⁸ Matilde ZAVALA DE GONZÁLEZ, “Daños mediatos en el Código Civil y la ley de defensa del consumidor”, RCyS, año XI, N° 3, pág. 23.

⁸⁹ Para mencionar sólo algunos ejemplos: CNCCom., Sala E, 10/6/05, “Núñez, Asunción c/ Línea Expreso Liniers S.A.”, D.J. 24/5/6, p. 300 (reparación del lucro cesante al pasajero de un colectivo, lesionado durante el transporte); *Idem.*, Sala B, 21/6/05, “Provesur S.A. c/ Peñaflo S.A.”, L.L. on line (lucro cesante por resolución intempestiva de un contrato de distribución); Cámara C., C., de Flia. y del Trab. Marcos Juárez, 27/8/1998, “Sombra, Delia N. c/ Club de Leones”, L.L.C., 2000-198 (lucro cesante por retención de un inmueble debido como precio de un contrato de rifa).

⁹⁰ CNCiv., Sala G, 10/5/1989, “Gallegos, Osvaldo D. c/ Guaglianone, Héctor A. y otros”, L.L. 1990-E-339, con nota de Luis Moisset de Espanés (pérdida de *chance* por la falta de oportuna transferencia del automotor vendido); *Idem.*, Sala E, 21/9/04, “Tórtora, Graciela Elvira c/ Promofilm S.A.”, El Dial, 4/10/04 (pérdida de *chance* de obtener un premio, de haber continuado participando en un concurso televisivo); *Idem.*, Sala A, 5/5/05, “R., E. c/ E., J. C. y otro”, L.L. 1/9/05, pág. 1 (pérdida de *chance* de ganar un proceso, ante la negligencia del letrado); CNCCom., Sala E, 21/9/07, “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).

⁹¹ Jorge BUSTAMANTE ALSINA, “La pérdida de chance es una consecuencia mediata, previsible y por lo tanto solamente resarcible en caso de incumplimiento malicioso”, L.L. 1993-D-207.

⁹² LORENZETTI, “Resarcimiento del daño contractual: confianza información, previsibilidad”, cit., pág. 56.

⁹³ PANTALEÓN PRIETO, “El sistema...”, cit., pág. 1029.

⁹⁴ PANTALEÓN PRIETO considera que el efecto más negativo de la elaboración de la teoría general de las obligaciones por parte de los juristas del *civil law* consiste en haber generado la idea (equivoca, según él) de que los principios que vertebran la responsabilidad del deudor que incumple son los mismos, con independencia de que la obligación incumplida haya nacido o no de un contrato. En su visión, “esa específica distribución de riesgos entre las partes, imputable a su autonomía privada, que todo contrato supone, ha de reflejarse en el régimen jurídico de la responsabilidad por el incumplimiento de las obligaciones nacidas del contrato, lo que por hipótesis no cabe predicar respecto de las obligaciones legales” (PANTALEÓN PRIETO, “El sistema de responsabilidad contractual”, cit., pág. 1020). Por nuestra parte, tal como lo exponemos en el texto, creemos que el criterio de la previsibilidad al tiempo de contratar debe quedar limitado no al ámbito del contrato en general, sino sólo a aquellos acuerdos que

hayan sido cabalmente negociados por las partes. No vemos ningún inconveniente en distinguir el régimen aplicable a estos casos del que cabe imponer a los restantes supuestos de infracción obligacional, ni nos parece que esa sola distinción justifique la elaboración de una teoría autónoma de las obligaciones de fuente contractual.

⁹⁵ LORENZETTI, “Resarcimiento del daño contractual...”, cit., pág. 61.

UNIFICACIÓN DEL RESARCIMIENTO EN MATERIA DE RESPONSABILIDAD CONTRACTUAL Y EXTRA CONTRACTUAL

por GRACIELA MESSINA DE ESTRELLA GUTIÉRREZ

SUMARIO: Sentido de este homenaje. La unificación de los sistemas de responsabilidad civil en función de la reparación del daño. Elementos de la reparabilidad. La unificación del resarcimiento. Sistemas de indemnización. Fundamento de las distinciones. Opinión de la doctrina nacional. Criterios de unificación. Derecho comparado. Los proyectos de unificación legislativa.

Sentido de este homenaje

No ignoramos que el tema elegido para nuestro tributo podría considerarse, a la luz de los estudios realizados en el país en los últimos años, muy expuesto y ya abordado desde distintos ángulos, por lo general para fundar y explicar los proyectos de reforma del Código Civil que vieron la luz desde 1987 hasta nuestros días.

El germen de esas reformas de la *“unificación del resarcimiento de la responsabilidad civil y comercial”* fue el “Tercer Congreso Nacional de Derecho Civil” de 1961, presidido por el Dr. Pedro León, en la comisión N° 5, tema 7 con la presidencia del Dr. Novillo Saravia (h) y la secretaría del Dr. Luis Moisset de Espanés.

Es útil volver sobre los argumentos en palabras de los congresales para ahondar en sus fundamentos y destacar la influencia que tuvo en la legislación proyectada, en los congresos y jornadas de civilistas, en la proyección académica de la unificación y hasta en la incorporación a la enseñanza en nuestras universidades.

Después del “Tercer Congreso Nacional de Derecho Civil” de 1961 no hubo encuentro de civilistas que soslayara el tema.

La unificación de los sistemas de responsabilidad civil en función de la reparación del daño

El fenómeno resarcitorio surge como consecuencia de la reunión de determinados elementos, que se dan tanto en la responsabilidad civil contractual como en la extracontractual, y desde esa visión se debe analizar la respuesta del Derecho, en la medida que otorga consecuencias resarcitorias, sea que la responsabilidad surja por la violación de la palabra dada (incumplimiento contractual), por incumplimiento de la ley, o contradiciendo el principio *alterun non laedere* (extracontractual).

Cuando se trata del problema de unicidad de la responsabilidad, este se enfoca generalmente en torno a la culpa, pero el problema en su totalidad debe verse en cuanto a la indemnizabilidad ¹.

Hay tres teorías fundamentales respecto a la unidad o pluralidad de sistemas de responsabilidad civil, siguiendo a Boffi Boggero: tesis dualista (Saintelette, Josserand, Savatier, Chironi, entre otros) que encuentran fundamentos diversos para explicar las diferencias entre la responsabilidad contractual y la extracontractual, siendo que en la primera se trata de la transgresión al interés particular de los contratantes, mientras en la segunda se está violando directamente la ley, hay también diferencia de los deberes transgredidos así como en cuanto a la solidaridad, la prescripción, mora, estructura, génesis, extensión del resarcimiento ². La tesis monista tuvo su exponente en Francia en Léfèbvre y sostiene que hay una sola responsabilidad porque la idea de distintas culpas es falsa, y hay una sola culpa que es la delictual. Grandmoulin -que sigue esa corriente- dice que entre ley y contrato no hay diferencia esencial ³. Del choque de esas corrientes extremas surgió una tercera postura como la del Cód. Civil argentino, o las

distintas teorías eclécticas que ven por ejemplo, una unicidad de responsabilidad pero diversos regímenes como la expuesta por los hermanos Mazeaud.

Particularmente, nos hemos pronunciado por la unicidad del fenómeno de la responsabilidad civil, que nace tanto en la órbita contractual, como en la aquiliana, por la reunión de diversos elementos de hecho.

Elementos de la reparabilidad

Los supuestos de hecho que surgen del Código Civil de Vélez Sársfield, antes de la reforma de la ley 17.711, son:

a) acción u obrar humanos entendido como acción tanto de las personas físicas o jurídicas, que consiste no solamente en la conducta voluntaria relevante jurídicamente (concepto social de la acción), sino cualquier comportamiento aun inconsciente, reflejo o instintivo, que unido a los otros elementos pueda traer consecuencias jurídicas.

Los hechos humanos se llaman *actos*. El **acto** supone autoría, acción: comportamiento humano (con abstracción de voluntariedad o involuntariedad), lo importante es que refleje la personalidad del sujeto.

La **autoría** abarca los actos voluntarios e involuntarios; conducta humana que posee *mismidad* o *atribuibilidad* en relación con el sujeto: la acción se trasunta como una emanación de la persona; la autoría es comportamiento humano dañoso (en responsabilidad civil).

El primer juicio de valor es determinar la autoría del daño, que surge de la relación de causalidad para luego analizar la antijuridicidad y después el factor de atribución suficiente.

b) antijuridicidad: Confrontación externa entre la conducta -activa o pasiva- y el ordenamiento jurídico (antijuridicidad objetiva y material), ya sea la norma emanada de la autoridad competente o normas individuales surgidas del acto voluntario lícito (contrato). El acto ilícito *estricto sensu*: es el que apareja responsabilidad (1066, 1067, 1068)

La antijuridicidad formal está descrita en el art. 1066 ⁴ y 1074 ⁵ C.C.

Puede existir ilicitud en un acto involuntario (aplicando el concepto de antijuridicidad objetiva) del que no surgirá responsabilidad civil a menos que se den las condiciones para la indemnización de equidad del art. 907 2ª parte del C.C.

La doctrina mayoritaria hoy entiende el concepto de antijuridicidad en sentido material: transgresión no solamente a la norma expresa sino a todo el ordenamiento jurídico: acción contraria a la sociedad.

Mayer acertadamente califica la conducta antijurídica como aquella que resulta adversa a una norma de cultura reconocida por el Estado, normas que son religiosas, morales o consuetudinarias, del comercio social, las profesiones, y, en cierto sentido, normas jurídicas. En ese concepto lato de disconformidad con el Derecho se da la ilicitud objetiva que parte de una conducta que contradice el ordenamiento jurídico

c) imputabilidad subjetiva: es la “aptitud” del sujeto para poder cometer un acto antijurídico con total independencia del obrar culpable. Antes de analizar si el agente ha incurrido en culpa o dolo debemos informarnos si tiene idoneidad para actuar, si es imputable mediante el análisis del acto voluntario y sus elementos internos -discernimiento, intención y libertad- (arts. 897, 900 y concs. C.C.).

d) culpabilidad: sinónimo de desaprobabilidad, reprochabilidad o vituperabilidad: abarca las dos especies de motivación censurable: culpa y dolo.

La “culpa” está descrita por el art. 512 del Código Civil que contempla la culpa en concreto según la naturaleza de la obligación y las circunstancias de persona, de tiempo y de lugar.

Respecto a la culpabilidad en la responsabilidad contractual, Guillermo Borda opinó en el Tercer Congreso la injusticia de mantener regímenes distintos: y dijo “La distinción entre dolo y culpa en el incumplimiento contractual carece de relevancia. No hay razones convincentes para

agravar la responsabilidad en caso de dolo. Esto supone simplemente el incumplimiento deliberado, no mala fe ni intención de dañar (como en los hechos ilícitos). Este incumplimiento en especie es inclusive lícito. La ley autoriza al deudor de una obligación de hacer a no cumplir con ella, debiendo, claro está, pagar los daños y perjuicios”.

e) daño: elemento que el Código Civil en su art. 1067 identifica como esencial para dar nacimiento al deber de indemnizar. El daño es hoy el epicentro de la responsabilidad civil, sin daño no hay indemnizabilidad.

Con respecto al daño el despacho propuesto por Roberto H. Brebbia decía: El daño, cualquiera fuere el hecho que lo genere, es siempre el mismo y la norma civil debe tender siempre a restaurar en la medida de lo posible la esfera jurídica del damnificado al estado anterior al perjuicio sufrido. En la próxima reforma del Código Civil deberán consagrarse estos principios.

f) relación de causalidad: la relación de causalidad a nivel de autoría determina al autor del agente y el resultado dañoso se perfila por las consecuencias indemnizables, también por aplicación de las teorías de la causalidad.

La unificación del resarcimiento

Para unificar la responsabilidad civil contractual y extracontractual los maestros reunidos en Córdoba/1927 decían: “La reparación del daño debe ser integral tanto en el caso de hechos ilícitos como en el del incumplimiento de obligaciones convencionales que no consistan en la entrega de sumas de dinero”.

No debe variar la extensión del resarcimiento según que el agente haya obrado con dolo o con culpa. En los casos de responsabilidad aquiliana como en los de responsabilidad contractual, el agente del daño deberá responder por todas las consecuencias inmediatas y mediatas previsibles (Roberto H. Brebbia).

El dictamen de los Dres. Edgard A. Ferreyra, Rolando Moroni Petit, y Enrique Banchio dijo “El resarcimiento en dinero ha de sancionarse según **fórmula integral y unificada**, aplicable **tanto a la responsabilidad contractual como a la extracontractual**. La medida del resarcimiento se extiende a todo daño **que guarde conexión causal adecuada** con el hecho generador de la responsabilidad civil”.

Acdeel Salas en el Tercer Congreso de Derecho Civil sintetizó las teorías que mantienen las diferencias entre ambas órbitas partiendo de una distinción entre las culpas contractual y extracontractual y dijo: “Los defensores de la doctrina clásica, impresionados quizás por la mayor gravedad que en apariencia reviste el delito frente al incumplimiento contractual, creyeron que en uno y otro caso la culpa era de naturaleza diferente; pero muy pronto este criterio fue superado dentro del mismo concepto ético psicológico, que no encontró en este terreno una distinción sustancial, y hoy esta tendencia se encuentra definitivamente superada, como puede advertirse en la ya clásica obra de Chironi. La teoría de la dualidad se refugió en una segunda línea de defensa: la distinción radicaría en la distinta naturaleza del deber violado. En un caso, la norma general *neminem laedere*; en el otro, un deber determinado nacido del contrato. Pero si se parte de la doctrina de la unidad del orden jurídico propiciada por Merkl y Kelsen, que tan sólido apoyo encuentra en nuestro derecho en el art. 31 de la Constitución nacional, vemos que la ley que se funda en la Constitución nacional y consagra el precepto *neminem laedere*, así como el contrato, obligatorio por dispositivo legal, no son más que grados de la creación normativa y que ambos tienen el punto final de imputación: la Constitución Nacional”.

Salas ponía e acento en la unidad conceptual de la responsabilidad civil, porque no se justifican las diferencias técnicas, que por cierto no son sustanciales, en la regulación de uno y otro tipo de responsabilidad.

Y observaba “desde ya que en esta materia, la distinción carece prácticamente de vigencia en nuestro derecho, desde que a pesar de la distinción que se apunta en el Código Civil al tratar

en títulos distintos una y otra forma de los actos ilícitos, lo cierto es que la segunda parte del art. 1109, al establecer que la obligación nacida de los cuasi delitos se rige por las mismas disposiciones que los delitos, borra la pretendida diferenciación, con la salvedad discutida y discutible, de la solidaridad en la primera de esas categorías”.

Si bien en la comisión la mayoría sostenía la unificación de ambas órbitas, había que determinar hasta dónde se asimilaban en cuanto a sus consecuencias; y así mientras una calificada doctrina allí presente pugnaba por abolir las barreras de las diferencias en cuanto la **extensión del resarcimiento** otras voces apoyaban la diferenciación fundados en sólidas razones: Y en ese camino decía Barcia López *“En cuanto a la extensión del resarcimiento, el criterio puramente causal, no distingue el caso de dolo, del caso de culpa; pero no así el criterio subjetivo de la previsibilidad. Si sólo ha habido culpa ¿cómo puede deberse el daño que no pudo razonable, ni prudentemente preverse, ni siquiera advinarse? Cuando el deudor ha incurrido en responsabilidad por negligencia, es inicu, como dice Babiloni, recordando el famoso pasaje de Paulo, hacerle responsable por lo imprevisible. Por ello, el propio Ennecerus reconoce que no sólo se consideran las circunstancias que el autor podía conocer en el momento del hecho perjudicial, sino también todo lo que en ese instante era previsible, en general, para un hombre prudente”*.

“Establecida la unidad conceptual de la responsabilidad civil, vuestra comisión ha entendido que no se justifican las diferencias técnicas, que por cierto no son sustanciales, que se advierten en la regulación de uno y otro tipo de responsabilidad.

Tampoco se advierte ninguna razón para establecer una distinta responsabilidad, según que el hecho ilícito haya sido doloso -delito según el art. 1072- o culposo, es decir, cuasidelito.

Observo desde ya que en esta materia, la distinción carece prácticamente de vigencia en nuestro derecho, desde que a pesar de la distinción que se apunta en el Código Civil al tratar en títulos distintos una y otra forma de los actos ilícitos, lo cierto es que la segunda parte del art. 1109, al establecer que la obligación nacida de los cuasi delitos se rige por las mismas disposiciones que los delitos, borra la pretendida diferenciación, con la salvedad discutida y discutible, de la solidaridad en la primera de esas categorías” (del dictamen del Dr. Acdeel Salas).

Y agregaba: *“aquí, solamente se trata de establecer el régimen de reparación de los daños causados a la víctima”*.

Posteriormente, las modificaciones producidas por la ley 17.711 y las nuevas concepciones de factores objetivos de atribución, han modificado el diseño de la responsabilidad civil descartando algunos de esos supuestos de hecho que antes eran indispensables.

Hoy hay casos en los que no se exige antijuridicidad (la reparación de actos lícitos), ni es condición esencial la imputabilidad subjetiva (indemnización de equidad del art. 907 2ª parte del C.C.), ni culpabilidad (cuando el factor atributivo es objetivo).

La relación de causalidad dejó de ser estricta, en algunos casos, para atender cuestiones puntuales como el daño colectivo. Allí se establece la causalidad del daño con el actuar del grupo, soslayándose la exigencia de la autoría hasta que no se identifique al verdadero autor, quien hasta entonces mantiene el anonimato confundiendo en el grupo ⁶.

Por ello, y siempre en cuanto a los componentes (*fattispecie* del derecho italiano) se unificó el criterio reconociéndose como regla los siguientes: I. antijuridicidad, II. daño, III. causalidad, IV. factores de atribución ⁷.

La doctrina adoptó estos criterios modernos desde 1971 en las V Jornadas Nacionales de Derecho Civil -Rosario- que determinó “para un enfoque de la materia debe partirse de la unicidad del fenómeno resarcitorio que requiere un tratamiento sistemático y genérico, que contemple todas las situaciones en las cuales existe una atribución del daño por el ordenamiento jurídico que impone el deber de resarcirlo” (conclusión 1ª). “Debe unificarse la responsabilidad civil en los ámbitos comprendidos en el sistema de incumplimiento de las obligaciones y actos ilegítimos” (rec. 2º por mayoría).

La división de responsabilidad en las órbitas contractual y extracontractual es ficticia, injusta en sus consecuencias y no corresponde al sistema medular del Código de Vélez Sársfield

(que establece cuatro sistemas) en compartimentos con características especiales, divisiones muchas veces injustas en las que a veces se dificulta la ubicación de ciertas responsabilidades que la dinámica de la vida y el derecho van creando.

Sistemas de indemnización

Sin perjuicio de la unidad básica del fenómeno de la responsabilidad civil la base normativa del Código Civil estructura cuatro sistemas con diferencias propias y alcances distintos:

A) Incumplimiento de obligaciones que nacen de acto voluntario lícito pero que no tienen por objeto dar sumas de dinero (arts. 520, 521, 522 del C.C.).

B) Sistema que regula el incumplimiento de relaciones contractuales que tienen por objeto dar dinero cuya indemnización consiste, básicamente, en el pago de intereses (art. 622 del C.C.).

C) Régimen consagrado para los delitos (art. 1072 y ss. del C.C.).

D) El que se encuentra integrado por las normas que rigen los cuasidelitos (arts. 1109 y conss. del C.C.).

Las diferencias del régimen de estos cuatro sistemas existen en cuanto: a la mora, la competencia judicial, la estructura, el discernimiento requerido, la solidaridad, la configuración del dolo, y, sobre todo en cuanto a la extensión de la reparación y la prescripción.

Por el art. 1107 del Código Civil -que reconoce como fuente a Aubry y Rau- se puede acceder al sistema extracontractual, si del incumplimiento contractual hubiera degenerado algún daño en delito del derecho criminal. Esta puerta de paso -art. 1107 C.C.- de la órbita contractual al extracontractual, llamada opción aquiliana, permite justamente optar por un sistema que es más beneficioso en la extensión del resarcimiento pero más limitado en cuanto a la prescripción⁸.

Distinguir entre ámbitos contractual y extracontractual es un procedimiento de simplificación, porque es muy distinto el alcance de la reparación si se trata de una obligación dineraria de otra contractual que no lo sea, como también difiere la reparabilidad de un delito y un cuasidelito en las consecuencias que abarca, sin perjuicio de la facultad atenuante del juez (art. 1069 C.C.).

Fundamento de las distinciones

Hay un sustrato filosófico en el Código Civil de Vélez Sársfield que parte de agravar las consecuencias de la actuación dolosa respecto a la obrada con culpa y ello se ve tanto en la diferencia entre el resarcimiento de las obligaciones que nacen de actos voluntarios lícitos (arts. 520 y 521), como del sistema de reparación de los delitos (que llega hasta las casuales si las tuvo en mira el autor del hecho art. 905 últ. pte.) respecto de los cuasidelitos cuyo régimen surge del juego armónico de los arts. 901 a 905.

“El sistema tradicional de agravar las responsabilidades cuando hay dolo, relativamente a los supuestos de culpa, representa la lógica jurídica. El código, como es natural, lo ha adoptado en su estructura general y no puede suponerse que se haya apartado del mismo en el caso que nos ocupa. En consecuencia, conviene aclarar la redacción de los artículos 520 y 521” (de la ponencia del Dr. Lázaro S. Trevisán).

Sea éste un sincero homenaje a la actuación del Prof. Dr. Roberto H. Brebbia en ese congreso, cuyo dictamen defendió la posición doctrinaria que se sustentaría posteriormente en todos los congresos y encuentros de la especialidad y serviría de base para las reformas *in fieri*.

Dijo el Dr. Brebbia: “Entiendo que debe unificarse el régimen del resarcimiento en materia contractual y extracontractual y que el monto de la indemnización, en uno y otro

ámbito, que está dado por la relación de causalidad, no debe variar según que el agente haya obrado con culpa (en sentido estricto o con dolo).

Por ello, estimo que deben suprimirse los arts. 520 y 521 del Código Civil, como lo hace el Proyecto de Reforma de 1936, y refundir los arts. 901 y sigts. en una disposición, aplicable a ambas responsabilidades, que disponga como principio general que se responde por las consecuencias inmediatas y mediatas, es decir, por todas las consecuencias previsibles; no así por las casuales, salvo el caso del art. 906 del Código Civil, al cual deberá otorgarse una redacción más clara. La pretendida excepción del art. 906 “in fine” no es tal, por cuanto alude a un caso en que el evento dañoso era previsible desde que fue querido por el agente.

Este sistema que consagran los Cód. alemán (art. 249 y sigts.) y Cód. suizo (arts. 43 y 99 C. de las Obligaciones), es el que mejor se adapta al concepto unitario de responsabilidad civil que parece predominar en la doctrina actualmente y el que está más de acuerdo con el principio de la reparación integral que, sin hesitaciones, se admite como el desiderátum en materia de daños y perjuicios. No se observa, en verdad, qué razón valedera puede aducirse para privar al damnificado por el incumplimiento de una norma contractual de parte de la indemnización que le hubiere correspondido si ese perjuicio hubiere sido causado por un hecho ilícito civil (en sentido estricto)”.

El maestro Brebbia enfocaba la unificación desde la perspectiva del daño y así lo destacaba en su dictamen:

“El daño, cualquiera fuere el hecho que lo genere, es siempre el mismo y la norma civil debe tender siempre a restaurar en la medida de lo posible la esfera jurídica del damnificado al estado anterior al perjuicio sufrido. En la próxima reforma del C. Civil deberán consagrarse los siguientes principios:

I. “La reparación del daño debe ser integral tanto en el caso de hechos ilícitos como en el del incumplimiento de obligaciones convencionales que no consistan en la entrega de sumas de dinero”.

2. No debe variar la extensión del resarcimiento según que el agente haya obrado con dolo o con culpa. En los casos de responsabilidad aquiliana como en los de responsabilidad contractual, el agente del daño deberá responder por todas las consecuencias inmediatas y mediatas previsibles”.

Acdeel Salas, coincidiendo con Brebbia decía: “*Recuerdo al efecto que la indemnización debe determinarse por el daño, con prescindencia de la subjetividad del agente, desde que se trata de reparar, no de castigar*”.

Ambos ilustres juristas se oponían a la posición de Llambías, que, enrolado en una visión decimonónica, y citando a Sebastián Soler y Bibiloni, predicaba la justicia del mayor rigor en los incumplimientos dolosos⁹.

El despacho de la comisión definitiva del “Tercer Congreso Nacional de Derecho Civil” quedó redactado de la siguiente manera:

RECOMIENDA:

La reparación ha de sancionarse según fórmula integral y unificada, aplicable tanto a la responsabilidad contractual cualquiera sea la naturaleza de la prestación, como a la extracontractual, sea que los hechos configuren o no delitos del derecho criminal.

La reparación consistirá en la reposición de las cosas a su estado anterior, salvo cuando ella fuese imposible, cuando el damnificado optase por ella, o cuando por las circunstancias del caso el juez considerase que se agrava innecesariamente la situación del deudor.

La medida del resarcimiento se extiende a todo daño que guarde conexión causal adecuada con el hecho generador de la responsabilidad civil.

Este despacho está firmado por los Dres. Acdeel Salas, Roberto Brebbia, Enrique Banchio, Rolando Moroni Petit, Edgard A. Ferreyra, José Contte, actuando como secretario de la comisión el Dr. Luis Moisset de Espanés.

Opinión de la doctrina nacional

Acdeel Salas fue -en nuestro medio- un decidido partidario de la tesis monista: destacaba que el doble sistema de responsabilidad se explica por motivos éticos y morales -no jurídicos- desde que trata con mayor rigor la indemnización en el campo delictual que en el contractual. Históricamente ese distingo es obra de los glosadores y post-glosadores y pacíficamente admitido en la época del Código de Napoleón. Este sistema dualista es ajeno a los países que no tienen raíces romanas ¹⁰.

La doctrina nacional comenzó a requerir sistemáticamente la unificación de la responsabilidad a partir del III Congreso Nacional de Derecho Civil -Córdoba, 1961-, en las V Jornadas Nacionales de Derecho Civil -Rosario, 1971-, Jornadas Australes de Derecho -Comodoro Rivadavia, 1980-, II Jornadas Bonaerenses de Derecho Civil, Comercial y Procesal -Junín, 1986-, III Jornadas Sanjuaninas de Derecho Civil -agosto, 1986-, Jornadas Nacionales sobre Unificación de las Obligaciones Civiles y Comerciales -Buenos Aires, 1986-, XII Jornadas Nacionales de Derecho -Bariloche, 1989-, III Jornadas de Derecho Civil y Comercial de La Pampa (1981)- ¹¹.

Criterios de unificación

“Unificar” no es el término más adecuado desde que no pueden borrarse algunas diferencias esenciales entre el resarcimiento de los daños delictuales y los contractuales; la solidaridad, por ejemplo.

El vocablo “unificación” como se ha usado en este tema, alude al tratamiento de las consecuencias de la reparación y a la adopción de un mismo término de prescripción. Ello adecua el fenómeno resarcitorio a la nueva tendencia que tiene como centro a la víctima y se dirige a su indemnización, ya sea que el daño lo sufra por un incumplimiento contractual o por un ilícito.

André Tunc ¹² se preocupa profundamente por la distinción y analiza el sistema de cada país; en Francia si bien la división entre ambas órbitas existe y está determinada por el tratamiento de dos títulos diferentes en el Libro III del Código Civil, los autores eminentes han considerado que ella va perdiendo justificación.

Reconocía Barcia López que “... El profesor Hemard, que tiene un tratado sobre la teoría de las obligaciones, breve pero muy sustancioso, influido tal vez por la idea hegeliana señala al respecto estas tres posiciones. Una es la tesis tradicional, antigua y clásica. Otra, la antítesis de Planiol y finalmente la síntesis, que trata de armonizarlas, a la cual adhiere junto con juristas muy ilustres como Saleilles, Colín y Capitant y otros.

La tesis antigua y tradicional que ha criticado con razón el doctor Salas, es la de la absoluta separación, dualidad y oposición entre ambos conceptos de culpa y responsabilidad considerados como instituciones de naturaleza diferente, sujetas a un régimen contrapuesto. Esa antigua teoría, a que se han referido los primeros comentaristas del Código Napoleón, ha prevalecido en casi todo el siglo XIX. Contra esa teoría tradicional reaccionaron las ideas nuevas de Planiol”.

Ya Marcel Planiol decía que si se quiere hablar de una distinción entre las obligaciones contractuales y las legales puede ser que se encuentre alguna disposición en derecho positivo que quiera dar interés a esa división, pero si lo que se pretende es establecer una diferencia específica entre las culpas contractual y delictual, desde el punto de vista racional o doctrinal, ella no tiene sentido ni razón de ser ¹³.

En época más reciente Henri y León Mazeaud en su *Tratado* consideran que la distinción no es fundamental y que si bien ella entraña consecuencias secundarias, no por ello requieren que los dos surcos de responsabilidad civil merezcan un tratamiento separado ¹⁴.

Una gran parte de la doctrina francesa, con los hermanos Mazeaud y el profesor Demogue en su *Tratado de las obligaciones*, sostiene la absoluta unificación o identidad de las culpas. Se trata también del incumplimiento de obligaciones preexistentes en los actos ilícitos, es el mismo concepto, es la misma responsabilidad, que no admite dos regímenes separados.

André Tunc analiza y sistematiza las críticas que ha merecido la dualidad:

1) es difícil establecer si un daño ha sido provocado dentro del campo de un contrato o fuera de él.

2) la diferencia de régimen de los dos tipos de responsabilidad no son razonables (ni justos desde la óptica de la víctima).

3) la idea tradicional de una responsabilidad delictual creada por la ley y de una responsabilidad contractual por la voluntad no escapa a la crítica, porque en los países aun no socialistas, la autoridad pública -al menos en Europa- interviene constantemente en la formación de los contratos fundamentales, en particular el contrato de trabajo y el contrato de alquiler de inmuebles, y asimismo en la determinación de su contenido.

4) en ciertos casos, una persona está sujeta a deberes que parecen estar impuestos por la naturaleza de su actividad, y no responden exactamente a una relación contractual. Tal es el caso de innumerables actividades profesionales.

5) Las diferencias de fundamento y de régimen de dos tipos de responsabilidad aparecen más o menos absurdas cuando la misma actividad puede crear una responsabilidad que será contractual respecto de una parte y delictual respecto de un tercero dañado: tal ocurre en materia de productos elaborados ¹⁵.

El jurista francés propone “*la unificación de las reglas que gobiernan las dos responsabilidades. Responsabilidad delictual y contractual serían así dos campos del derecho cada uno con sus problemas particulares, pero sumidas ambas por las mismas reglas que suprimirían todas las injusticias que actualmente se pueden constatar*” ¹⁶.

Como bien advierten los autores tanto continentales como del *common law*, se produce la revisión de los postulados clásicos de la materia y en especial una *progresiva difuminación de los criterios de distinción entre responsabilidad contractual y extracontractual* ¹⁷.

En Argentina, uno de los seguidores más firmes de la unificación, autor de dos de los proyectos legislativos que la consagraron, el Prof. Atilio Alterini decía “*sin negar que subsiste un distinto régimen legal vigente -lo cual mantiene el interés de su reforma-, una relectura del sistema actual pone de relieve que las supuestas diferencias no lo son, o que lo son sólo relativamente o están en camino de dejar de serlo, y que otras no son verdaderamente importantes*” ¹⁸.

Con relación a la superación de los distinguos, Alterini destaca todos los institutos y situaciones jurídicas en que, expresa o tácitamente se ha dado de hecho la unificación y señala: 1) el **daño inmediato** como consecuencia reparable, tanto en la órbita contractual como en la extracontractual; 2) el **deber de seguridad**, las **obligaciones de resultado** (ambas en la órbita contractual) se asemejan en cuanto a su reparabilidad y eximentes a la responsabilidad **objetiva extrajudicial del art. 1113 2º pte. 2º párr. del CC**; 3) el **daño moral** después de la reforma del art. 1078 de la ley 17.711 y la amplia interpretación jurisprudencial del art. 522 del C.C. han quedado casi en idéntica situación; 4) la **automaticidad de la mora** por aplicación del 1º párr. del art. 509 del C.C. tiene paralelo con el daño moratorio en la órbita extracontractual (en el que no es necesario formular requerimiento); 5) la **atenuación de la indemnización** que prevé el art. 1069 es aplicada por los jueces tanto en la órbita extracontractual -donde está emplazada la norma- como en las relaciones contractuales; 6) la **invalidez de las cláusulas limitativas de responsabilidad**, cuando afectan el derecho a la vida, a la integridad psicofísica y a derechos indisponibles, son descalificadas tanto en los contratos como si se utilizan en la asunción de riesgos por la víctima en la órbita extracontractual; 7) la indemnización como **obligación de valor** ha sido así categorizada tanto la que surge de la responsabilidad contractual como la aquiliana; 8) la **indemnización de equidad** del art. 907 2º pte. del Cód. Civil se aplica -cuando se dan los requisitos- en cualquiera de las dos órbitas; 9) las diferentes fuentes legales de **plazos de prescripción** que se aplican por las leyes especiales a relaciones extracontractuales

(consumidor, navegación, transporte, accidentes laborales) y la norma general de prescripción liberatoria contractual del art. 4023 del Código Civil que suele aplicarse residualmente a aquellas relaciones; 10) las **suspensión e interrupción de la prescripción** que se aplica indistintamente a responsabilidad contractual o aquiliana; 11) **juez competente** en razón de la materia o por razón del lugar; no hay precisiones o diferencias en cuanto a las reglas que gobiernan cada órbita; 12) la **relación entre las sentencias penal y civil** de conformidad con lo dispuesto por el art. 1101 del C.C., se aplica indistintamente ambas órbitas; 13) la responsabilidad que surge del **Código de Minería** es indistinta si los daños fueron consecuencia de una relación contractual o extracontractual; 14) los **daños laborales**, no obstante provenir de una relación contractual, se regirán por el art. 1113 2ª pte., 2º párr. por aplicación de la opción de las leyes 9688 y 24.028; 15) en los **daños al consumidor** se utilizan las mismas reglas de reparabilidad ya se trate de quien contrató la compra o el uso de un producto o el daño sea sufrido por un tercero no contratante; 16) en los **daños nucleares** (Convención de Viena ley 17.048) para quien sufrió el daño es irrelevante la existencia de una relación contractual o ajena con el responsable; 17) lo mismo acontece en los **daños aéreos** (Convención de Varsovia 1929 ley 14.111); 18) la **ley antidiscriminatoria** (ley 23.592) no distingue si el hecho discriminatorio se produjo en la órbita de un contrato o ajeno a él.

No obstante estas zonas grises donde las soluciones se aplican a una u otra órbita, hay diferencias sustanciales con relación a la solidaridad, a la extensión del resarcimiento y a los plazos de prescripción que surgen del art. 4023 para toda acción por deuda exigible y el art. 4037 para la responsabilidad civil extracontractual. Estas últimas son las diferencias sustanciales subsistentes como las califica Alterini ¹⁹.

Derecho comparado

Las legislaciones recientes han adoptado en mayor o menor medida la fusión deseable.

Tres sistemas jurídicos han unificado el régimen de responsabilidad y un cuarto se apresta a hacerlo: en primer término el derecho checoslovaco -en el Código Civil de 1950, en el de 1964 y en el Código Económico de la República Socialista Checoslovaca también de 1964- adopta las mismas reglas para la responsabilidad contractual y delictual.

En el mismo sentido, Senegal lo sancionó en 1960 en su Código de las Obligaciones Civiles y Comerciales que entró en vigencia en enero de 1967: en él se define la culpa como el incumplimiento a una obligación preexistente de cualquier naturaleza que ella fuera ²⁰.

El derecho yugoslavo de las obligaciones de 1978 consagra 56 artículos a la responsabilidad extracontractual y sólo 8 a la contractual, pero las reglas que gobiernan la primera son aplicables a la última para todas las cuestiones no tratadas específicamente en esos 8 artículos.

Formalmente el Proyecto de Código Civil de Quebec (Canadá) publicado en 1977 y sancionado en 1980, dentro de su Libro V que gobierna las obligaciones, distingue aquellas que derivan de contrato o de acto jurídico unilateral y aquellas que nacen directamente de la ley, pero las reglas que gobiernan la violación de una obligación son aplicables, en principio, a todas.

Similar unificación resulta del Convenio de Europa de 1977 y de los Proyectos de Directivas del Consejo de las Comunidades Europeas de 1876 y 1885, y de la ley modelo norteamericana de 1978 sobre responsabilidad por productos.

Los proyectos de unificación legislativa

A. El Proyecto de Código Unico de 1987 ²¹ propone derogar -en cuanto al sentido de su contenido actual- los arts. 520 y 521 ²² que se reformulan con otra temática y se propone un

artículo 906 del C.C. que dice: “La extensión de la responsabilidad derivada de incumplimiento obligacional o de hechos ilícitos se rige por los artículos precedentes. Abarca los daños que están en relación de causalidad adecuada, y no comprende las consecuencias remotas”.

Por lógica desaparece, derogándose el art. 1107 que se justifica -actualmente- por la dualidad de los sistemas reparatorios.

Es solamente en este ámbito de la extensión que se unifican tres de los cuatro sistemas de responsabilidad: el de obligaciones contractuales que no tienen por objeto dar dinero, el de los delitos y el de los cuasidelitos. la diferencia en cuanto a la solidaridad subsiste.

“El Proyecto no elimina la existencia de responsabilidades con diverso origen, sino que equipara sus consecuencias jurídicas. No hay distinción entre el resarcimiento que corresponde a la víctima ligada por obligación al autor del daño y quien no lo está. La norma se desentiende de la existencia de ese vínculo y frente al daño, a los efectos de la extensión de la reparación, de la indemnizabilidad del daño moral y del plazo de prescripción, lo ignora” ²³.

El plazo ordinario de prescripción liberatoria se unifica en cinco años, sin perjuicio de la prescripción establecida en leyes especiales que tendrá los plazos que en ellas se disponga (art. 3933 del Proyecto)

B. Con otra técnica legislativa pero igual finalidad unificadora, el Proyecto de la Comisión Federal de la Cámara de Diputados de la Nación, fue sancionado el 3 de noviembre de 1993 y remitido al Senado ²⁴, parte del concepto único del responder que va ligado inescindiblemente a la violación del deber de no dañar. Parte de la unidad sistémica del fenómeno resarcitorio adoptando expresamente idénticas modificaciones a las propuestas por el Proyecto 1987: deroga los arts. 520, 521 con su contenido actual, establece en el art. 522 que la indemnización comprende el daño moral, deroga en su totalidad el 1107 del C.C. que ya no tiene sentido al caer las barreras entre los sistemas, y redacta -igual que el Proyecto de 1987- un artículo 906 que dice: “La extensión de la responsabilidad derivada de incumplimiento contractual o de hechos ilícitos se rige por los artículos precedentes y abarca los daños que estén en relación de causalidad adecuada”.

C. Un tercer proyecto con idéntica finalidad fue preparado a instancias del Poder Ejecutivo nacional por una comisión creada por decreto del PEN 468/92 ²⁵ cuyo texto fue remitido al Senado de la Nación y publicado en el Diario de Asuntos Entrados del 13 de agosto de 1993.

Adopta el criterio de unificación dado que parte del principio de “no dañar a otro” entendido tanto del daño derivado de un contrato o la violación al deber genérico de no dañar.

Aplica la relación de causalidad adecuada a las consecuencias indemnizables, ordenando se indemnicen las consecuencias inmediatas y mediatas previsibles, sin distinguir si el daño se produjo en la órbita de un contrato o fuera de él, unificando el plazo ordinario de prescripción liberatoria en cinco años.

D. El último Proyecto de Código Civil Unificado con el Código de Comercio fue elaborado a instancias del Poder Ejecutivo por una comisión honoraria designada por el decreto 685/95 ²⁶. En los “Fundamentos” que anteceden al Proyecto en el capítulo de responsabilidad civil se dice: El Proyecto se apoya e tres ejes fundamentales: la unificación de la responsabilidad contractual y extracontractual, la prevención, la dilución del requisito de antijuridicidad, la expansión de la responsabilidad objetiva, la limitación cuantitativa de esta responsabilidad.

Y para concretar la unicidad del fenómeno reparatorio, el art. 1581, que lleva de título “Aplicación” dice: “Las disposiciones de este título son aplicables cualquiera sea la fuente del deber jurídico de cumplir o de reparar el daño”. Como consecuencia se elimina la opción aquiliana de nuestro actual art. 1107 del Código Civil y se unifica el plazo de la prescripción extintiva en cuatro años (art. 2501)

Todo indica, entonces, que cualquier reforma integral del Código Civil atenderá prioritariamente la tan reclamada unificación de la responsabilidad civil contractual y extracontractual. La rémora del Poder Legislativo está entorpeciendo e impidiendo una reforma sustancial que se reclama por toda la doctrina autoral y judicial desde hace cincuenta años en la Argentina.

NOTAS:

¹ Luis María BOFFI BOGGERO, *Tratado de las obligaciones*, Buenos Aires, Astrea, t. II, pág. 72

² Atilio Aníbal ALTERINI, *Responsabilidad civil*, Buenos Aires, Abeledo-Perrot, 1987, pág. 37 y ss. encontró veinticinco (25) diferencias entre los sistemas de responsabilidad contractual y extracontractual.

³ BOFFI BOGGERO, op. cit., pág. 73.

⁴ Art. 1066: “Ningún acto voluntario tendrá el carácter de ilícito, si no fuere expresamente prohibido por las leyes ordinarias, municipales o reglamentos de policía; y a ningún acto ilícito se le podrá aplicar pena o sanción de este CC, si no hubiere una disposición de la ley que lo hubiera impuesto

⁵ Art. 1074: Toda persona que por cualquier omisión hubiera causado un perjuicio a otro, será responsable solamente cuando una disposición de la ley le impusiere la obligación de cumplir el hecho omitido

⁶ Sobre las modificaciones de los presupuestos de la responsabilidad ver Graciela MESSINA DE ESTRELLA GUTIÉRREZ, “Presupuestos de la responsabilidad civil: situación actual” en *Reparación de daños*, obra en homenaje al Prof. Dr. Jorge Bustamante Alsina, Buenos Aires, Abeledo-Perrot, t. I, págs. 51 a 75.

⁷ V Jornadas Nacionales de Derecho Civil, Rosario, 1971, Tema V: “Fijación de los lineamientos generales del sistema de la responsabilidad civil”, rec. 3^a.

⁸ Atilio A. ALTERINI, “Opción aquiliana ante el incumplimiento contractual” separata de la Revista Jurídica de Buenos Aires, III, sept. dic. 1965 de la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales de la Universidad Nacional de Buenos Aires.

⁹ Observaciones del Dr. Jorge Joaquín Llambías. “Considero desacertado equiparar la actuación dolosa o culpable del agente, a los fines de determinar la extensión del resarcimiento debido al damnificado.

La indemnización de perjuicios constituye un delicado resorte jurídico que hace efectiva la responsabilidad que pesa sobre el autor de un hecho censurable. Pero la responsabilidad, en general, descansa en la aptitud del sujeto de conocer y aceptar las consecuencias de sus actos voluntarios, siendo en razón de esa aptitud que la ley lo hace pasible de una sanción resarcitoria”.

¹⁰ Acdeel SALAS, *Estudios sobre la responsabilidad civil*, Buenos Aires, 1947.

¹¹ Isidoro GOLDENBERG reseña las jornadas y congresos en los que la doctrina nacional reclamó la unificación del sistema de responsabilidad civil. Ello en su trabajo de comunicación a la “Primera Conferencia Internacional sobre Unificación del Derecho Privado en la Argentina”, celebrada en San Miguel de Tucumán en octubre de 1987; revista L.L. 1988-A-799 y Roberto M. LÓPEZ CABANA coordina las reformas introducidas en el Proyecto de Unificación en Revista La Ley del 4/8/87 publicado en *Cuestiones modernas de responsabilidad civil*, Buenos Aires, La Ley, 1988, pág. 324; Atilio A. ALTERINI, Oscar AMEAL y Roberto LÓPEZ CABANA, *Derecho de obligaciones*, Buenos Aires, Abeledo-Perrot, 1995, pág. 156, N° 370 bis.

¹² André TUNC, *La responsabilité civile*, ob. cit., pág. 35.

¹³ Marcel PLANIOL, citado por André TUNC, ob. cit.

¹⁴ Henri y León MAZEAUD, idem anterior, pág. 35.

¹⁵ Idem págs. 41/43, pone también el ejemplo de la muerte accidental de un niño que había sido confiado a una asociación por sus padres: es lógico que la responsabilidad de esa asociación es contractual respecto del padre y de la madre, pero es extracontractual respecto de cualquier otro pariente afectado por el daño de la muerte de la criatura.

¹⁶ Agrega el jurista francés que ante la unificación de la responsabilidad, se debería admitir una reserva (más aparente que real): el derecho debería respetar todo acuerdo en que hubieran podido intervenir las partes, siempre obviamente que no fueran contrarios al orden público.

¹⁷ La frase pertenece a Ricardo DE ANGEL YAGUEZ, en *Algunas previsiones sobre el futuro de la responsabilidad civil*, donde manifiesta enfáticamente que “la dualidad de regímenes constituye una de las manifestaciones más patentes del sometimiento de la justicia material al conceptualismo, en otras palabras, del sacrificio de las soluciones razonables en el altar de la dogmática”.

¹⁸ Atilio A. ALTERINI, “Responsabilidad contractual y extracontractual: de la diversidad a la unidad”, en *Derecho de daños*, Buenos Aires, La Ley, 1992, pág. 33.

¹⁹ Atilio A. ALTERINI, op. cit., pág. 42.

²⁰ François CHABAS, “*Reflexions sur l' evolution du droit senegalais*”, 1964, pág. 127.

²¹ Proyecto de Unificación de la Legislación Civil y Comercial, proveniente de la Cámara de Diputados de la Nación (año 1987) preparado por la Comisión Honoraria integrada por los Dres. Héctor Alegría, Atilio Aníbal Alterini, Jorge Horacio Alterini, Miguel Carlos Araya, Francisco A. de la Vega, Horacio P. Fargosi, Sergio Le Pera y Ana Isabel Piaggi; el Senado de la Nación sometió el proyecto al análisis de una Comisión Técnica Jurídica presidida por el Dr. Luis Moisset de Espanés.

²² En la órbita contractual el sistema de responsabilidad vigente diferencia el incumplimiento con culpa (art. 520 C.C.) que deriva en la indemnizabilidad de las consecuencias inmediatas y necesarias, y la falta ocasionada con dolo del obligado por el que debe resarcir además las consecuencias mediatas (art. 521); al sistema se agrega la norma del art. 522 que autoriza al juez a condenar al resarcimiento del agravio moral, de acuerdo con la índole del hecho generador de la responsabilidad y circunstancias del caso.

²³ Carlos A. PARELLADA, “El tratamiento de los daños en el Proyecto de Unificación de las Obligaciones Civiles y Comerciales”, L.L. 1987-D-977.

²⁴ La denominada Comisión Federal de la Cámara de Diputados de la Nación elaboró otro Proyecto de Unificación elaborado por los juristas: Héctor Alegría, Jorge Horacio Alterini, Miguel Carlos Araya, María Artieda de Duré, Alberto Mario Azpeitia, Enrique C. Banchio, Alberto J. Bueres, Osvaldo Camizar, Marcos M. Córdoba, Rafael Manóvil, Luis Moisset de Espanés, Jorge Mosset Iturraspe, Juan Carlos Palmero, Ana Isabel Piaggi, Efraín Hugo Richard, Néstor E. Solari, Félix Alberto Trigo Represas y Ernesto C. Wayar que pasó al Senado para revisión.

²⁵ La Comisión Honoraria redactora estuvo compuesta por los Dres. Augusto César Belluscio, Salvador Darío Bergel, Aída Rosa Kemelmajer de Carlucci, Sergio Le Pera, Julio César Rivera, Federico N. Videla Escalada, y Eduardo Antonio Zannoni

²⁶ Comisión Honoraria designada por el decreto 685/95: Dres. Héctor Alegría, Atilio Aníbal Alterini, Jorge Horacio Alterini, María Josefa Méndez Costa, Julio César Rivera y Horacio Roitman.

LA NOCIÓN DE CULPA (ESTADO ACTUAL DE LA CUESTIÓN)

por JORGE MOSSET ITURRASPE

SUMARIO: Introducción: El apogeo de los juristas por criterios tradicionales. 1. La noción clásica. La idea de Domat. ¿Pas de responsabilité sans faute? 2. La culpa como reproche moral o de conciencia. Su similitud con el “pecado”. 3. El debate en la doctrina francesa: culpa subjetiva y culpa objetiva. 4. La culpa subjetiva como impericia, negligencia e imprudencia. 5. La culpa objetiva como violación del ordenamiento jurídico. De un “deber impuesto, no justificada”. 6. La “autoría” con base en un acto voluntario. 7. Los “elementos internos” del acto voluntario: discernimiento, intención y libertad. 8. La voluntariedad del ilícito y la culpa objetiva. 9. El lento pero progresivo abandono de la culpa subjetiva. “La protección de las víctimas”. 10. La culpa subjetiva como “escudo protector de los victimarios”. 11. La culpa objetiva y el daño injusto. La mirada puesta en las víctimas. 12. La “autoría” y la inversión de la carga de la prueba. La prueba de la “no culpa”. 13. El autor del daño debe probar el “casus” o la imposibilidad objetiva y absoluta. 14. La víctima se beneficia con la presunción de culpa. ¿Con o sin prueba en contrario? 15. El significado de la expresión “culpa sin culpa”. 16. La denominada “culpa social”. El juzgamiento por lo exteriorizado. 17. El “achicamiento manifiesto” del ámbito de la culpa. 18. La regla ha pasado a ser una responsabilidad objetiva: sea con base en una culpa objetiva o en el riesgo creado, como factores de imputabilidad. 19. El derecho apunta a la indemnización integral de las víctimas inocentes de daños injustos, sean causados con o sin culpabilidad. 20. Los “microsistemas” prescinden de la culpabilidad: a. daño ambiental; b. daño a consumidores y usuarios; c. daños con automotores; d. daños con cosas; e. daños por los que responde la empresa, patrón o principal; f. Responsabilidad de los padres, tutores y curadores; etc.

Introducción

La “seguridad jurídica”, como diría Ortega y Gasset, se confunde, para un fuerte sector de los hombres del Derecho y también para muchas personas, ajenas a él, con el mantenimiento intocado de las Instituciones, de los principios y de las reglas, de las leyes en síntesis ¹. Las reformas o los cambios en la apreciación de las figuras sobresalientes inspiran temor y rechazo, también para los abogados. Es lo que acontece con numerosas cuestiones y muy en particular con la **idea acerca de la culpa** ². Pese a las injusticias que se deducen de su visión clásica, se prefiere mantenerla intocada, tal como se la consideraba en siglos anteriores. Es así, mayoritariamente, entre nosotros, en la doctrina autoral y judicial argentinas y también latinoamericana. Al proceder de este modo se ignora la evolución que se observa en otras latitudes. En países como Francia ³ o Italia ⁴, en los que no se ha dejado de lado la imputación por culpa, pero se ha brindado un espacio mayoritario a la atribución a título de riesgo creado y, por lo demás, se ha variado sustancialmente el criterio de juzgamiento, poniendo el acento en una mirada “objetiva” ⁵ y relegando la antigua calificación “subjetiva” ⁶.

Estamos distanciados de quienes predicán la “muerte de la culpa” o su ocaso definitivo.

Como estamos muy lejos de quienes aún hoy siguen sosteniendo que es la “culpa subjetiva” el factor de imputación básico, fundamental o casi excluyente, con el cual se “cierra el sistema”.

Nos parece, finalmente, que los debates que se libran, sobre si “unidad” o “pluralidad” de nociones; sobre su rol en lo penal y en lo civil; sobre la clasificación y otros, obvian la que es hoy la cuestión central: la culpa como violación injustificada de un deber impuesto, como autoría de un ilícito que no encuentra eximente a la culpa como “falta moral”, pecado, reproche de conciencia.

Nuestra tesis, en seguimiento de este pensamiento humanizado, preocupado por las víctimas inocentes de daños injustos, pone el acento en el elemento “autoría”, dejado de lado o descuidado por buena parte de la doctrina: quien causa un daño con su acción u omisión, a partir de un obrar “voluntario”, responde con base en una culpa objetiva. Esa es la regla. La liberación podrá venir a partir de la demostración de una eximente. Para la concepción objetivada la culpa se agota en la simple comparación entre la conducta obrada y la que habría desplegado una persona diligente puesta en las mismas circunstancias. De donde la sola constatación de un comportamiento incorrecto, distinto del que resultaba normativamente exigible en las circunstancias, es suficiente a efectos de comprometer la responsabilidad del agente.

1. La noción clásica de culpa, vigente ya en el “*Ancien Régime*”, cuyo origen está discutido -si viene del Derecho Romano, de la Lex Aquilia, o de la obra de los Glosadores y Post Glosadores, preocupados por vincular el Derecho a la Religión y moral católicas, con pretensión de “espiritualidad” o como reacción frente al “diente por diente y ojo por ojo”⁷- pone el acento no ya en la “autoría” responde quien ha dañado con su obrar, ni en la “antijuridicidad” -responde quien ha violado el ordenamiento con su quehacer “ilícito”-, sino en una indagación acerca de la conducta del dañador, para desentrañar el porqué del resultado perjudicial: si puede atribuirse a “negligencias” o abandonos, descuidos o audacias, atrevimientos o falta de conocimientos; “imprudencias” o “impericias”⁸.

Por ese camino -abonado por la “filosofía racionalista” en el siglo XVII, y el “pensamiento de la Ilustración”- se llegó a dos conclusiones fuertemente sostenidas:

- la noción de culpa se basa en el “reproche” a la conducta del victimario;
- no hay responsabilidad sin culpa - “*pas de responsabilité sans faute*”⁹.

2. Para Michel Villey el principio “no hay responsabilidad sin culpa”, no es de origen romano sino que el mismo aparece en la modernidad, cuando a partir del racionalismo se va gestando una moral laica que reemplaza a la moral del Evangelio y que a diferencia de esta penetra en el derecho confundiendo los ámbitos y no respetando la legítima autonomía de la ciencia jurídica.

Dice textualmente: “*Cambiamos de ‘corpus’. Desde la invasión de los bárbaros que destruyeron la cultura romana, pese a numerosas tentativas de restauración, la experiencia jurídica cuenta poco en la cultura europea. En ella los juristas no tendrán mas que papeles inferiores, auxiliares y subordinados. Una literatura religiosa ha conquistado el lugar dominante. Por mucho tiempo la filosofía de Europa sufrió su peso, el orden social transcurre bajo la hegemonía de los ‘moralistas’... El derecho civil de los modernos ha sido refundado como una prolongación de la moral...*”. Y, más adelante, ya específicamente sobre nuestro tema: “*el leiv motiv del régimen romano de reparación de los daños no es la culpa, sino la defensa de la justa repartición respecto de los bienes adjudicados entre las familias, de un justo equilibrio (sum cuique tribuere- aequalitas)... En esta perspectiva, poco importa que el desorden a corregir esté o no precedido de una falta... Vuestra obligación nace “re”, dicen las Institutas, tanto en el Caso del delito como del contrato real. Ella tiene como causa un estado de cosas objetivo, la perturbación de un orden que debe restablecerse...*”¹⁰.

El “pecado” podrá excusarse, diciendo el pecador que no quiso cometerlo, que no fue su voluntad, pero el ilícito dañoso, del ordenamiento jurídico, agrega un “elemento personal”, la víctima inocente, que sufrió el hecho ajeno...

3. Si bien Villey insiste, con razón, en que “el derecho civil de los modernos ha sido refundado como una prolongación de la moral”, creemos que el “fundamento originario” -moralizar el derecho de daños- ha ido cambiando, para llegar, de la mano de los juristas de la burguesía, a un “filtro de las reparaciones”, un óbice o una barrera “para seleccionar las demandas que merecen ser acogidas por los tribunales”, con el argumento -que consideramos absolutamente falso- de evitar la “catarata de reclamos”, que llegarían a “inundar a la Justicia”. En el derecho anglosajón se habla de las “compuertas de la responsabilidad”, cuya abertura sería catastrófica - “the floodgates argument”¹¹.

Esta “concepción ética de la negligencia”, como la denomina Diez Picazo¹² “*aparece nítidamente en la obra de Ripert...*”; “*vuelve a insistir en que se trata de la idea moral de que la persona y los bienes del prójimo deben ser sagrados para nosotros...*”; y “*porque es frecuente que la negligencia se haga consistir en la reprobación social de la conducta de una persona o del resultado que ésta ha acarreado...*”¹³. Para el jurista español: “*Una concepción moral de la negligencia plantea graves problemas. No es el menor de ellos la extraordinaria dosis de inseguridad que introduce, pues siempre corresponderá a los jueces dotarle de contenido, sin que nunca puedan saber de antemano, con exactitud, la diligencia que se debía*

adoptar para quedar a salvo de acusaciones...; se trata de destacar la imposibilidad de construir con simples mimbres morales un concepto que posee una importancia central”.

Si bien entre los juristas franceses la concepción acerca de la culpa divide, como hemos ya apuntado, entre subjetivistas y objetivistas, aparece “muy arraigado”, lo señala Philippe Le Tourneau, “el desear la muerte de la culpa”, afirmar que “ella está en agonía”¹⁴ y ver en ésta caída “una victoria sobre el oscurantismo”, “un progreso en la historia de los hombres”. Y ello en la medida en que “se deja de mirar al dañador para mirar a la víctima inocente de un daño injusto”; en tanto se piensa no ya en el castigo al victimario, sino en el resarcimiento a la víctima.

4. No se puede insistir en la confusión entre la conceptualización de la culpa, su verdadera noción, y los rostros tradicionales de la culpa. Poco se aclara en el debate entre “condenar al autor injustificado”, o sólo hacerlo con el “autor moral”, el reprochable o sucio en su conciencia, diciendo que la culpa es negligencia, imprudencia e impericia.

Esta observación seguida del reproche, es formulada por Díez Picazo respecto de la doctrina española, en tema de culpa. Alude a la “escasa precisión y al escaso desarrollo del concepto”, en juristas de la talla de Castán Tobeñas, J. Lacruz y Espín Cánovas. Escapa al reproche Puig Brutau¹⁵, quien luego de señalar que la idea de culpa era consecuencia de la “censura moral”, inspirada en el derecho Canónico y en el Derecho Natural, inexistente en la “Ley Aquilia”, inclinada por un criterio objetivo, afirma que con la culpa se introdujo en el Derecho “un elemento psicológico, mas propio de una investigación psicológica que adecuado para servir como base de consecuencias jurídicas...” De ahí la insistencia del jurista catalán en considerar responsable a quien se aparta de un estándar objetivo: comparar la conducta del dañador con la de un “hombre razonable en las mismas circunstancias”¹⁶.

5. El derecho, el ordenamiento jurídico, siguiendo principios que están por encima de las leyes humanas, que hacen al respeto por la “sacralidad” de la persona humana, manda u ordena “no dañar”. No existe, por tanto, un derecho a causar a otro un perjuicio, al menos como regla. Se trataba, como sabemos, de una de las “columnas” que sostenía el templo de la juridicidad romana.

De donde, el perjuicio, al quitar a la víctima algo que era suyo, que le pertenecía, fuerza al dañador a indemnizar. El hecho dañoso, sea contractual o no, configura un ilícito y la sanción civil no es otra que la condigna reparación. Para los partidarios de la culpa objetiva la misma se configura con ese obrar que se aparta al del hombre razonable, respetuoso, civilizado, sometido a reglas elementales de convivencia, que el derecho recoge, sin entrar a las intimidades del obrar, a lo guardado en la mente, al porqué de ese apartamiento injustificado. Vimos ya que el derecho no es la búsqueda de secretos psicológicos, ni es su finalidad reprochar o sancionar.

Hattenhauer sintetiza muy bien el espíritu del medioevo europeo, prolongado en los siglos XVII, XVIII y XIX cuando expresa: “El hombre puede decidir libremente de qué modo desea alterar su entorno, pero como el acto es libertad hecha realidad, hay que responder de él, y ésta responsabilidad culmina con el deber de evitar por completo las consecuencias de un inadecuado uso de la libertad”¹⁷. Pero el reproche recién se originaba cuando el obrar de la libertad individual encerraba culpabilidad...”. La culpa es, sin lugar a dudas, la categoría nuclear de responsabilidad civil, concebida por los juristas de la Modernidad. La ideología liberal-individualista hace de la responsabilidad y de la libertad nociones íntimamente vinculadas, sirviendo una de fundamento a la otra. Toda falta resulta del uso culpable de la libertad que amerita moralmente una sanción¹⁸.

Para ésta visión subjetiva y, por ende psicológica, no basta el apartamiento de un deber, el de no dañar a los semejantes; se requiere que esa violación encierre “intención”, una acción reprochable. En palabras de Piaggio. “... *la ecuación personal del sindicado responsable*”¹⁹.

La crisis de la noción clásica de culpa, que Le Tourneau observa en Europa, también existe entre nuestros doctrinarios “acompañada de un creciente ensanchamiento del campo de aplicación de la atribución objetiva del deber de responder”. Ya para 1987 - hace mas de veinte

años - Alterini mencionaba en esta línea de pensamiento a Borda, Bustamante Alsina, Mosset Iturraspe, Trigo Represas, Zannoni, Goldenberg, Kemelmajer de Carlucci, Garrido, Andorno y Pizarro...²⁰.

Y si bien se anota que “hay bastiones de la culpa que aún no han sido asaltados”, esta perduración, en palabras de Piaggio que compartimos. *“no ha ocurrido sino al precio de grandes mutaciones en su configuración conceptual... pues poco o nada queda de la culpa como aquel comportamiento psicológico del que hablaban los juristas de finales del siglo XIX...”*²¹.

6. Siempre nos ha llamado la atención que la mayoría de nuestros doctrinarios, al detenerse en los extremos o requisitos de la responsabilidad, comenzaran con la antijuridicidad, siguieran con la imputabilidad y la causalidad, para terminar con el daño, emitiendo toda referencia a la “autoría”, al acto humano de acción o de omisión, que es, en nuestro parecer, el tema central de la cuestión.

Tanto el ilícito aquiliano como el incumplimiento contractual, han menester de un “hecho humano voluntario”, art. 896, 897 y conchs. -puesto que los involuntarios “no producen por sí obligación alguna”, art. 900-; el art. 898 pone bien en claro que son esos hechos voluntarios los que pueden ser lícitos o ilícitos; y para ser hechos voluntarios ilícitos, que son los que ahora nos interesan, deben ser obrados con “discernimiento, intención y libertad”.

De donde, agregar a la “voluntariedad”, con los extremos señalados, la “culpabilidad” psicológica, resulta, cuanto menos, sobreabundante, pleonástico o repetitivo²².

7. Ha sido López Olaciregui quien se ha detenido con acierto a señalar el sentido y alcance de estas expresiones; en versión libre, el discernimiento es la aptitud o capacidad para “saber lo que se quiere” hacer o no hacer; la intención no es algo diferente a “querer efectuar lo que se sabe o conoce”, y la libertad es la falta de obstáculos para semejantes actos.

De allí que cuando el obrar “voluntario” se concreta en un daño causado a una persona o a sus bienes, deben “desconectarse” o presumirse los elementos internos aludidos: daño con discernimiento, daño con intención y daño con libertad. Y nace la responsabilidad en cabeza del autor. Vale para el incumplimiento material de la obligación y para los ilícitos.

La eximente o causa de justificación deber aportarla “el autor”, probando la “imposibilidad objetiva” o la extraneidad del perjuicio. Liberación con base en el hecho ajeno, en lo fortuito, o en la involuntariedad del hecho propio, por falta de discernimiento, intención o libertad.

Fue Segovia quien rastreando los antecedentes encontró que la fuente del art. 900 no fue el Código de Prusia, que sólo menciona a la libertad, sino Freitas, en la nota al art. 445 del Esboço, quien menciona los tres elementos y aclara que la ausencia de cualquiera de ellos “no debe obligar a la satisfacción del daño causado por no haber acto voluntario”²³.

8. De lo expuesto se infiere, sin esfuerzo alguno, que la voluntariedad del ilícito configura o bien la “culpa objetiva” por el apartamiento de un deber impuesto, el de no dañar, o bien la creación de un riesgo con base en un comportamiento que multiplica las posibilidades de dañosidad.

Insistimos entonces en que:

- voluntariedad y culpa subjetiva se superponen; en alguna medida²⁴;
- empero, la voluntariedad y la imputabilidad se desprenden *prima facie* de la misma “autoría”²⁵;
- la voluntariedad del obrar que causa el perjuicio significa la imputación a título de creación de riesgo²⁶.

9. Estamos convencidos que en la doctrina jurídica, tanto nacional como comparada, especialmente europea, del *common law* y latinoamericana, se va produciendo una lenta pero firme toma de conciencia acerca de la inconveniencia de atender a factores subjetivos de

imputación, a la vez, que la justicia y equidad que se desprende de tomar en cuenta factores objetivos, poniendo el acento en la “autoría voluntaria” y en la creación del riesgo.

La culpa, al menos la tradicional, la subjetiva o moral, retrocede y va abandonando espacios y supuestos que antes cubría ²⁷.

Desde las obras precursoras, acerca de la “responsabilidad sin culpa” ²⁸, de los años ‘60 y 70, hasta el presente es mucho lo que ha evolucionado la doctrina autoral. Basta citar, entre muchos otros, a Giulio Ponzanelli ²⁹, quien enfatiza en el cambio: desde una función “sancionatoria-punitiva”, hacia una culpa en función de la “estructura económica”, como “subsidio de la emergente industria capitalista”. El profesor de la Universidad de Pisa distingue tres períodos en la evolución de la noción de culpa en el derecho de daños: 1. la presencia “obsesiva” de la culpa subjetiva, tanto en los ilícitos como en el incumplimiento contractual, con base en un pseudo afán humanista y espiritualista; ubica temporalmente este período desde 1871 a 1968; 2. la culpa subjetiva cede espacios, básicamente en los microsistemas, que es donde se muestra el avance o la evolución del Derecho, en ocasiones se objetiva y en otras desaparece; ocurre según Ponzanelli, desde 1968 a 1994; 3. a partir de un diálogo fecundo de los microsistemas con el Código Civil, se abre camino una responsabilidad atribuida a conductas riesgosas o peligrosas, incompatibles con la paz o seguridad social: nacen los nuevos daños; se reconoce una responsabilidad por hechos lícitos pero perjudiciales, se rechaza la vuelta a la “causalidad científica”; ello ocurre en éste tiempo que vivimos, no sin una resistencia sentada principalmente en las decisiones judiciales ³⁰.

10. Así como los “techos” o “topes” en la reparación, en la determinación de la condena indemnizatoria -se los denomine “baremos” o de otra manera- vienen a “proteger el patrimonio de los dañadores”, por las razones que fueren -proteger una cierta actividad productiva, un medio de transporte, los avances en la investigación, impedir el cierre por insolvencia de los establecimientos empresarios, etc. ³¹- y algo similar ocurre con las exigencias acerca de una “antijuridicidad” dispuesta expresamente, como condición para que la responsabilidad se origine; o la exigencia de un “catálogo expreso o determinado” de daños resarcibles -“daños jurídicos”- para que sea procedente su reparación. Y en el mismo sentido, la doctrina más reciente, aquella que acepte al lado de la imputabilidad por culpa la imputabilidad sin culpa o con base en la creación de riesgos, predica que mientras la atribución subjetiva es la regla, la objetiva es la excepción, que como tal ha menester de una “norma que autorice su aplicación”, sin la cual norma no es posible su vigencia o aplicación ³².

Rechazamos enfáticamente esta categorización de una imputación o atribución como “norma u ordinaria”, con o sin norma expresa, y otra como excepcional o de aplicación sólo cuando el legislador la reconoce y le da cabida. Una regla y la otra excepción. Una habitual y la otra no habitual. La situación o estado actual de la cuestión puede afirmarse, con razón, es la inversa o contraria. La responsabilidad “con culpa” ha quedado “arrinconada” o limitada en gran medida, al punto que hay juristas que consideran conveniente o necesario destacar “cuando funciona” - tal vez para que no se piense en su desaparición...

11. La responsabilidad sin culpa es, a la vez, la culminación de un proceso de separación de los criterios jurídicos de los puramente religiosos o morales, como también el cierre de otro proceso, ahora el de distinción entre la responsabilidad penal y civil. Mientras en el ámbito penal se trata de llegar a la “condigna sanción” al delincuente, en el proceso civil se busca “compensar”, reparar, satisfacer a la víctima. En lo criminal la autoría va unida a una cierta “culpabilidad” del agente; en lo civil, hemos insistido sobre ello, nos contentamos con una “autoría voluntaria”, que coloca al victimario como causante del perjuicio y a la víctima como damnificado inocente.

Los autores “objetivistas” recuerdan que: 1. la responsabilidad alcanza, en la concepción vigente, no sólo al autor de un ilícito, sino también a quien obrando dentro del derecho, sin violarlo, causa a otra persona un daño que puede calificarse, por ser su producción ajena al hecho de la víctima, como injusto. Equivale a decir, que, por esa vía se prescinde, a la vez, de la “antijuridicidad” del obrar, y de la culpa del dañador. Que se abre así un caso innegable de

responsabilidad sin culpa³³; se sanciona con la reparación no el hecho precedente sino el resultado del obrar; y, 2. está casi fuera de debate que también deben responder, al menos en alguna medida, o con limitaciones, o con base en la apreciación equitativa del juez, atento a las circunstancias del caso, “los autores involuntarios”, los privados de razón o incapaces. Y la razón no es otra que la existencia de una “víctima inocente” y el haber mediado una violación del deber de no dañar, que alcanza a todas las personas que integran la comunidad. Responsabilidad sin culpa, y que nosotros atribuimos al “riesgo que crea una razón alterada”. Unido a una “notoria preferencia” en la posmodernidad por las víctimas inocentes, por lo común personas débiles, desamparadas, necesitadas, menoscabadas en su patrimonio o en su salud³⁴.

12. La doctrina nacional -lo hemos recordado más de una vez- sin distinguir entre las hipótesis denominadas de “obligaciones de medios” y de “resultado” -vulgarizadas en la Argentina a partir de 1950, aproximadamente- frente al “incumplimiento material”, al ilícito que significa el apartamiento del “deber de satisfacer al acreedor”, infería, sin más, la “responsabilidad del obligado”; de esta inferencia o presunción, el deudor no se liberaba con la demostración de su “no culpabilidad”, sino con la prueba del “caso fortuito” o del hecho impeditivo del acreedor. Luego se abrió el debate acerca de si la presunción de responsabilidad quedaba distribuida con sólo la “ajenidad del hecho” -atribuible a otra persona, extraña al deudor, o a la persona del acreedor, o a las circunstancias naturales- lo que hoy denominamos la imposibilidad absoluta y objetiva o si también cabía, para destruir la presunción de responsabilidad, la prueba de la “no culpabilidad”.

La cuestión no es sencilla. No cabe dudas que la “no culpa”, que equivale a decir que el daño se produjo a pesar de la actuación apropiada, ajustada o razonable del deudor, no puede asimilarse a la prueba del “caso fortuito” o de la ajenidad del resultado.

Empero, los partidarios de la demostración de la no culpabilidad como medio idóneo para destruir la presunción que se desprende del perjuicio, se aferran a la idea de un “quehacer anotado, limitado”, propio de una diligencia media o razonable, exigible a una persona normal o comerciante honesto o buen padre de familia.

Y tanto frente al “programa obligacional” como ante los ilícitos aquilianos o extra negociables, el autor del perjuicio, o autor aparente, se liberaría con esa prueba: el médico con la sola atención o mediación al paciente, el abogado con el cumplimiento de los pasos procesales en tiempo y forma.

No puede negarse que se trata de un “buen escudo protector” de una defensa que es a la vez simple e idónea... El perjuicio ocurrió, a partir de mi actuación, obrar, o hecho positivo o negativo, pero sólo exigiéndome el ordenamiento jurídico “mucho más de lo actuado”, una conducta muy diligente o cuidadosa, que no se muestra como la habitual en el tráfico o vida de relación, se puede llegar a concluir en la responsabilidad.

El daño con autoría voluntaria, pero sin culpa, por juzgarse suficiente o satisfactorio lo hecho, entre otras cuestiones, da pie a la arbitrariedad judicial, a una medición del grado razonable de actuación, que puede ser caprichosa y que pone en duro trance la seguridad jurídica, los derechos del acreedor -la defensa del crédito- y el *neminem laedere*, un freno a las conductas perjudiciales.

Los “profesionales liberales”, para poner un ejemplo, se liberarían “haciendo lo que pueden”, con actitudes de eficacia relativa, “porque no son magos ni héroes”. Y las víctimas...

Frente a este panorama realista, nos inclinamos por negar a la prueba de la “no culpa”, la eficacia liberadora o de eximente. Otra podría ser la solución cuando a través de la “información”, en el ámbito negocial, se llega a adjudicar riesgos, justificando anticipadamente tales o cuales fracasos o resultados negativos. Riesgos a cargo del acreedor³⁵.

13. En resumen, pensamos que el autor del daño, aquel cuyo obrar o cuya omisión aparece en la “cadena causal” que culmina con el perjuicio, con un quehacer relevante, sólo se libera con la demostración de la incidencia decisiva, en la causación, de “hechos ajenos”, para él imprevisibles e inevitables; cuya anticipación no estuvo a su alcance y que tampoco pudo

frustrar en sus resultados. En el caso de los ilícitos aquilianos habrá que probar que la conducta del “presunto autor”, que transitó por senderos de riesgo o peligrosidad, no tuvo entidad o jerarquía como causa o fuente del perjuicio, como sí lo tuvieron otros hechos extraños. Y en los “incumplimientos” negociales, la demostración es también la relacionada con el “obrar de terceros” o “la casualidad”. Que lo que puede juzgarse como un apartamiento del compromiso o del plan prestacional, a cargo del deudor, había sido, por acuerdo de partes, expresamente colocado “fuera de ese plan o programa” o bien, que “si estaba dentro del mismo”, la frustración se debió a la injerencia de hechos ajenos que no pudieron “dominarse”³⁶. La prueba de tales extremos liberatorios es a cargo del deudor, obligado a satisfacer al acreedor, a cumplir con el débito.

No se trata, en consecuencia, de una responsabilidad “sin culpa” -aspecto negativo- sino de una con base en la “creación del riesgo”, al actuar con peligrosidad al asumir el deber negocial³⁷.

14. La evolución de la culpa como factor de atribución ha pasado -en un indudable afán por “mantener su existencia”, pero “facilitar su prueba”; no rompe con ella pero restarle relevancia”- de la exigencia de su demostración, clara y precisa, por la víctima, a cargo de ella, a la admisión cada vez mas extendida de las “presunciones de culpa”; y, dentro de ese terreno presuncional, con base en una deducción o inferencia, a transitar de la admisión de “prueba en contrario de la presunción”, a negar tal posibilidad, aceptando una presunción absoluta, o sin prueba en contrario. Que equivale a decir tanto como “prueba legal” o imputación a culpa aun sin culpa³⁸.

15. Más de una vez hemos afirmado que los hombres del Derecho somos, por lo común o general, tradicionalistas, respetuosos de las ideas clásicas, repetidas a veces por siglos, del modo o manera de ver y juzgar de las instituciones jurídicas y de los conceptos fundamentales. Es, lo decimos una vez más, lo que acontece con la noción de culpa.

Y para salvar uno de esos conceptos, para evitar su desaparición, estamos dispuestos a hacer concesiones, a ceder un poco o mucho de la noción clásica. Es, sin lugar a dudas, lo que ocurre con la culpa en el derecho de daños. La noción subjetiva, psicológica, se ha ido dejando de lado, como ya hemos visto, y se ha avanzado hacia otra noción, cargada de objetividad, que se desprende de una acción o de una omisión propia del agente, en la cual puede faltar la “conciencia de la negligencia” o de la impericia, pero que tiene aptitud para causar un perjuicio. Para un sector estamos entonces frente a una “culpabilidad sin culpa” o bien de un quehacer riesgoso, como preferimos denominarlo. El “reproche” se origina en el resultado y no tanto en el precedente voluntario o antecedente del obrar o abstenerse³⁹.

16. Tanto la denominada “culpa sin culpa” como la llamada “culpa social”, expresiones que han ganado fortuna⁴⁰, son propias de un momento de transición, de un tiempo durante el cual el “Derecho de Daños” se va desprendiendo del “lastre” de siglos de liberalismo e individualismo, para reemplazar una decidida tutela de los débiles, pequeños o necesitados, víctimas preferidas de la posmodernidad.

A esa protección por vía jurídica, que se orienta a garantizar una vida sin el permanente acoso de los comportamientos dañosos, y en caso de producirse el menoscabo, asegurar un resarcimiento, concurre, asimismo, la variante calificada como “culpa social”⁴¹. Mientras la concepción clásica de la culpa coincide con una visión “individualista”, preocupada por la situación del dañador, por el ejercicio de sus libertades -que una responsabilidad extendida limita, sin lugar a dudas- por indagar en su conciencia o en el proceso volitivo, la denominada “culpa social”, muy próxima a una noción objetiva, toma en cuenta el comportamiento del dañador, sus deberes de buena fe, lealtad, solidaridad y honestidad, el respeto del derecho ajeno, por una parte, y la injusticia del daño sufrido por la víctima, por la otra. Juzga como “una conquista de la civilización” sacar el tema de la exclusiva visión individual y libertaria, para apreciar el eco o la resonancia social de tal comportamiento. De ahí que, en coincidencia con las

obras de exponentes del “socialismo jurídico”, en lugar de aludir a una “comedia de la responsabilidad” -en expresión de Francesco Galgano- prefieren hablar del “drama de la responsabilidad”, al cual no pueden ser ajenos los jueces, buscando sólo la falta o el “pecado” del dañador ⁴².

17. De lo hasta aquí expuesto se desprende, sin lugar a dudas, que la doctrina tanto nacional como comparada, se hace eco del “achicamiento manifiesto de la noción de culpa”, tanto en lo relativo a la concepción subjetiva o clásica, como en lo atingente a la existencia de culpa, que conforme a esa doctrina ya no debe probarse por la víctima, sino que se presume, y en la generalidad de los casos sin admitir prueba en contrario; y, en particular, sin aceptar la demostración de la “no culpa”. Esa fuerte tendencia objetivadora lleva, como de la mano, a aceptar con alcances muy extendidos, la atribución a título de creación de riesgo, tanto en el terreno de los ilícitos como de los incumplimientos contractuales ⁴³. Conmueve a la sensibilidad de los juristas la causación de daños injustos, que no tienen por qué ser soportados, ajenos a todo descuido o colaboración de las víctimas, que, en consecuencia, cabe calificar como inocentes.

18. De donde resulta, que a la par de ese achicamiento aludido, se agranda o ensancha otra atribución, que juzgamos más justiciera y humanizada, más solidaria y sensible. Con la mirada puesta en las víctimas que, como hemos dicho y repetido, suelen ser los pobres, los débiles marginados ⁴⁴.

El recurso del dañador, que vuelve en los tiempos que vivimos, a la “casualidad” o a la “aceptación del perjuicio” por quien lo sufre, requiere de una prueba clara, fehaciente o definitiva, sin lugar a dudas. El hombre y la mujer actuales tienen muy claro el significado de la “salud”, como para ponerla en peligro de menoscabo o lesión; y, por lo demás, la “casualidad”, el azar o lo fortuito, eran situaciones invocadas en otros tiempos, de desconocimiento de la relación causal, de los eslabones de la “cadena de causalidad”, tiempos en los que la ignorancia conducía a la apelación a lo imprevisible, a la fatalidad o a la desgracia irresistible. “Estaba escrito...” ⁴⁵.

19. No es una novedad que la persona humana, el hombre y la mujer, han sido motivo de una intensa preocupación jurídica, con base en una mirada profunda, a partir de mediados del siglo XX. Más allá de la visión puramente patrimonialista, que priorizaba sólo los valores económicos, y de la que se limitaba a destacar al *homo faber*, a la capacidad laboral o aptitud para el trabajo. Y, coincidentemente, se han ido ampliando los Derechos Humanos Fundamentales, que parten de la “dignidad humana” -como lo dice el art. 1º de la Constitución del Brasil de 1988-, de la “sacralidad del hombre y de la mujer”, del respeto a su vida, a su salud, al pleno goce de sus facultades y atributos.

De ahí que “todo daño”, lesión, menoscabo o perjuicio, deba ser considerado como un “escándalo” jurídico, una ilicitud o antijuridicidad que compromete gravemente a su autor o agente, a quien con su obrar activo o pasivo ha posibilitado la producción del mismo; ya no es procedente escudarse en la “libertad de las acciones”, cuando el precio es el ataque a la persona, a cualquier persona.

Y es obvio que esa responsabilidad, con o sin culpa, amerita un resarcimiento integral de todos los menoscabos producidos, como ocurría en Roma, se trata con la indemnización, de colocar a la víctima inocente del daño injusto en la misma situación en que se encontraba antes del “ataque” a su persona ⁴⁶. Una indemnización limitada, tarifada, con techo, no es justa, en tanto deja una parte del perjuicio sin reparar, en la medida en que lo hace a medias o a cuartas, dejando afuera una proporción del detrimento ⁴⁷.

20. No es extraño observar que el arrinconamiento de la culpa, con el avance manifiesto de una responsabilidad por la creación del riesgo, luego concretado en el daño, ha conquistado casi sin resistencia el ámbito de los microsistemas:

- ocurre en materia de daño del ambiente, donde la culpa es ignorada, como factor de atribución, consagrándose un régimen de responsabilidad objetiva por riesgo ⁴⁸;

- ocurre en el tema del daño a consumidores y usuarios, art. 40 de la ley 26.361, que sólo admite como causa de liberación total o parcial, la demostración por el agente “que la causa del daño le ha sido ajena” ⁴⁹;

- en el “derecho de la circulación o del tránsito”, cuando el daño es causado por un automotor, asimilado a las cosas riesgosas, del art. 1113 del Código Civil ⁵⁰.

Y también en muchos otros ámbitos: daños causados por las cosas riesgosas, art. 1113, responsabilidad del principal por el hecho del dependiente, 1113, 1ª parte; responsabilidad de la empresa; responsabilidad del Estado; de los profesionales liberales o universitarios, responsabilidad de los padres por el obrar dañoso de sus hijos, etc. ⁵¹.

Estamos convencidos que el proceso de objetivación de la responsabilidad, inspirado en la situación de las víctimas inocentes, que sufren daños injustos, que de ninguna manera han provocado ni contribuido a causar, seguirá su avance, lento pero firme, desplazando mas y mas a una figura, como la culpa, inspirada en el “reproche de conciencia”, en la falta personal, con la mirada puesta en la sanción al victimario, que no responde ya a un derecho humanizado y solidario.

NOTAS:

¹ J.L. MEZQUITA DEL CACHO, *Teoría de la seguridad jurídica*, Barcelona, Bosch, 1989, t. I, pág. 17 y ss.

² Sobre “las principales controversias doctrinarias relativas a la definición de la culpa”, la obra de J. GHESTIN, *Traité*, t. IV, “Les obligations. La responsabilité: conditions”, a cargo de G. VINEY, L.G.D.J., París, 1982, pág. 529 y ss.

³ La doctrina tradicional ha tenido “ilustres cultores”, como René Savatier, Paul Esmein, René Rodière, Boris Starck y Jean Carbonnier. Se discute si responde o no al origen romano, a la Lex Aquilia. La concepción “objetiva” encuentra apoyo en los Mazeaud, Gabriel Marty, Paul Raynaud, André Tunc, François Chabas y Geneviève Viney, para citar sólo a las figuras mas destacadas.

⁴ Recordamos, por todos, a Guido ALPA, quien en el *Nuevo tratado de la responsabilidad civil*, Lima, Perú, Jurista, 1999, pág. 323, expresa: “Se aprecia un abandono de la concepción de la culpa que estaba teñida de contenidos morales, en todos los sistemas donde se ha acreditado una noción de culpa objetiva, con las atenuaciones de las circunstancias del caso, efectuada por un Juez con amplios poderes discrecionales de evaluación”. Y, más adelante, agrega: “Ahora, la doctrina moderna acoge, prioritariamente, la teoría “mixta” de la culpa, que tiene un doble valor: porque expresa la conducta que viola la regla cautelar objetiva y subjetiva, porque forma parte de la culpa la capacidad subjetiva del agente para observar dicha regla”.

⁵ Que atiende a la causación voluntaria del perjuicio; a la exteriorización de un comportamiento violatorio del deber de “no dañar”, que por tener jerarquía constitucional, no ha menester de normas expresas que indiquen, caso por caso, la antijuridicidad. J.R. HEREDIA, “La Constitución como fuente de la pretensión de reparación de daños. Algunos supuestos especiales”, en *Responsabilidad civil*, bajo la dirección de A.R. KEMELMAJER DE CARLUCCI, Libro Homenaje a F. Chabas, Santa Fe, Rubinzal-Culzoni, 2007, pág. 13 y ss.

⁶ Son conocidas en la doctrina nacional las posturas de Brebbia, Casiello, Compagnucci de Caso, Mayo, entre otros juristas relevantes, a favor de la culpa subjetiva.. J.A. MAYO, “El ámbito de la culpa en el derecho de las obligaciones”, en *Derecho privado*, Libro Homenaje a Bueres, Buenos Aires, Hammurabi, 2001, pág. 1287 y ss. En la misma obra: J.A. ZAGO, “El significado de la culpa”, pág. 1275 y ss. A.J. BUERES, en “Responsabilidad civil del Escribano”, Buenos Aires, Hammurabi, 1984, pág. 79, alude a que la “culpa civil o culpa jurídica en la esfera civil, supone una noción depurada de influencia morales o religiosas, de toda idea de censura, aun cuando mas no fuere como resabio de concepciones preteritas. Es, pues, un defecto de conducta que repercute negativamente sobre las valoraciones que realiza la norma. C.M. BIANCA, “Supervivencia de la teoría de la culpa”, en *Responsabilidad por daños en el Tercer Milenio*, Buenos Aires, Abeledo-Perrot, 1997, pág. 137 y ss. En la misma obra, S. SCHIPANI, “Análisis de la culpa en Justiniano 4.3”, pág. 127 y ss.

⁷ El tema ha sido ampliamente tratado por nosotros en la “polémica” que mantuvimos con Llambías, defensor acérrimo de la “responsabilidad por culpa subjetiva”. El asunto ha sido recordado por C.R. SANZ, en “Apostillas en torno al tema de la responsabilidad”, en *Prudentia Iuris*, XI, pág. 16, y por D.A. HERRERA, “La noción de Derecho en Villey y Kalinowsky”, Buenos Aires ed. Universidad Católica Argentina, 2005, pág. 359 y ss. Nuestro criterio parte de “mirar a la víctima inocente de un daño injusto” y abandonar la preocupación obsesiva por el dañador, más propia del Derecho Penal. La exigencia de la “prueba de una culpa subjetiva” se ha vuelto, lo hemos dicho con reiteración, un “eficaz escudo protector para los autores de perjuicios”, al exigir una indagación en la psique, sobre motivaciones y descuidos...

⁸ La culpa subjetiva es, sin lugar a dudas, la aceptada por Vélez, en su art. 512 y la mencionada en otros textos, como los arts. 1067, 1109 y concordantes. Ello no puede ser obstáculo para un *aggiornamento* de la noción, el paso de la subjetividad a la objetividad.

⁹ Para Camilo TALE, “El derecho de daños en Jean Domat. Cotejo con las Reglas de las Reglas del Code Napoléon, con la doctrina de sus comentaristas del Siglo XIX y con las nociones del Código de Vélez”, en *La codificación: raíces y perspectivas*, T. I, pág. 127 y ss., ed. Universidad Católica Argentina, 2003, no fue Domat el autor de la frase “*pas de responsabilité sans faute*”, que hacía de la culpa un elemento imprescindible de toda responsabilidad: “Domat no dijo tal cosa... y, además, afirmó expresamente lo contrario”. Fueron sus palabras - en “Les lois civiles dans leur ordre naturel”, P. I, L. III, tit. V. Sec. II, n° 10: “aun cuando no haya ninguna culpa de parte de aquel a quien se le demanda un resarcimiento, ello no siempre basta para eximirlo”. La atribución de la frase a Domat data muy seguramente del siglo XIX y se imputa a sus “enemigos”. Ocurre que Domat era sumamente religioso, se le conocía como “el piadoso”...

¹⁰ M. VILLEY, “Esbozo histórico sobre la palabra responsable”, en *Archives de Philosophie de Droit*, t. XXII, 1977; aparece luego en la obra *En torno al contrato, la propiedad y la obligación*, traduc. C.R. Sanz, 1980, Ghersi, pág. 81. La explicación de Villey es harto ilustrativa sobre el porqué de la culpa, su origen como idea moral y su incorporación al derecho; a la postre, la culpa sirvió y aún sirve para “proteger a los dañadores”, sobre la base de un extremo de “imposible” demostración.

¹¹ Empero, un análisis sociológico del origen de los daños, en la posmodernidad, nos convence acerca de afán oculto de “proteger a los dañadores”, con base en el requisito de la culpa. En la actualidad son los empresarios quienes a través de sus empleados o dependientes, en el manejo de una gran variedad de instrumentos de fabricación o de distribución, causan la mayoría de los perjuicios; con el argumento de la “defensa de la fuente de trabajo” es a ellos, dañadores múltiples y reiterados, a quienes se quiere tutelar. J. MOSSET ITURRASPE, *Responsabilidad por daños*, t. IX, “Responsabilidad de la empresa”, Santa Fe, Rubinzal-Culzoni, 2003. Y así como los “mayores dañadores” se ubican entre los “hombres fuertes o poderosos”, con “poder de negociación”, las víctimas mas frecuentes, en la actualidad, son los débiles, pequeños o vulnerables, que van desde el trabajador al peatón, pasando por el consumidor... El usuario de servicios profesionales y tantos otros.

¹² LUIS DIEZ PICAZO, *Derecho de daños*, Madrid, Civitas, 1999, pág. 355 y ss. El jurista nombrado distingue cuatro concepciones de la imprudencia, negligencia o no diligencia: 1. la moral o ética, aludida en el texto, compartida por Ripert y buena parte de la doctrina francesa; 2. la concepción psicológica, que está dada por la apreciación “del conjunto de elementos subjetivos del hecho”, propia del “primer positivismo”; calificada también como “un estado de la mente”: trastornos de la personalidad o bien el análisis del origen psicológico de algunos yerros. Se la considera “hoy superada”; 3. la concepción normativa de la diligencia, que “concibe la esencia de la culpabilidad como un juicio de reproche por la infracción de una norma preexistente”; de ahí que, razonablemente, un sector de la doctrina sostiene que identifica la “culpabilidad” con la “antijuridicidad” o ilicitud. Pone la imprudencia en conexión con el injusto. Obliga a “advertir la presencia del peligro”, o “deber de cuidado previo”, y luego observar la máxima atención cuando se trata “de actuar en situaciones peligrosas”, “dentro de los marcos de riesgo permitido”, con la “diligencia socialmente necesaria”. En ésta concepción normativa vemos una indudable aproximación de las ideas de “culpa y de riesgo creado”: la imprudencia se origina en una situación de peligro sin tomar las precauciones razonables. Nos recuerda la afirmación de R. H. BREBBIA., “Vigencia y jerarquía de la responsabilidad civil por culpa en el derecho positivo argentino”, en L.L. 1990-B-1074 y ss.: “... el solo hecho de la realización de una actividad potencialmente productora de daños, en alguna manera previsibles, permite sentar la existencia de una culpa inicial y mediata con relación al daño”. 4. la concepción económica de la diligencia, propia del ‘análisis económico del Derecho’, que atiende, básicamente, “a los costos de prevención necesarios para la evitación de los daños”. No creemos conveniente la introducción de la eficiencia, como criterio económico, para el juzgamiento de la responsabilidad por los daños causados.

¹³ G. RIPERT, *La regla moral en las obligaciones civiles*, Colombia, Bogotá, 1946, pág. 197 y ss. El jurista francés afirma expresamente que la idea de la culpa (“*faute*”) ha llegado al derecho desde la moral y no ha podido por ello adquirir nunca el perfil técnico de otros términos jurídicos. Anderson SCHREIBER, *Novos paradigmas da Responsabilidade Civil*, Sao Paulo, Atlas, 2007. El Capítulo 1º de esta interesante obra está dedicado a analizar “El ocaso de la culpa”, pág. 9 y ss., con amplias referencias doctrinarias. M. Bianca, en la doctrina italiana, afirma que “una larga parte de la doctrina privatista, en Italia, define la culpa como elemento subjetivo o psicológico del ilícito”, *Diritto civile*, Milano, Giuffrè, 1994, V. 5, pág. 576 y ss.

¹⁴ Ph. LE TOURNEAU, P. , “La verdeur de la faute dans la responsabilité civile (ou de la relativité de son déclin), Rev. Trimestrielle du Droit Civil, 1988, n° 3, pág. 505, Sirey, Paris; del mismo jurista: “Que sais-je?. La responsabilité civile, ed. Presses Univ. Paris 2003; y “Droit de la responsabilité et des contrats”, Paris, Dalloz, 2004.

¹⁵ J. PUIG BRUTAU, *Fundamentos de derecho civil*, II, 2, Madrid, 1956, pág. 778 y ss. El tema es entonces “objetivar” la noción de culpa, librándolo del juzgamiento de propósitos, intenciones o malos deseos. Se atiende a lo exteriorizado. El jurista español recuerda a la norteamericana Helen Servig, según la cual el derecho, como ordenamiento de la conducta humana perceptible, se da cuenta de su incapacidad para alcanzar las profundidades de la mente del hombre y delega en la psicología; pero ésta, que es ciencia relativa a la explicación de fenómenos naturales, no puede prestar al derecho la ayuda que éste requiere.

¹⁶ ¿Un hombre razonable hubiera asumido tales riesgos o peligros? ¿Y de hacerlo me hubiera informado sobre las vicisitudes, en lo negocial? La frustración del plan o programa prestacional, sin advertencias o limitaciones, nos está diciendo, a las claras, del apartamiento de la conducta del “deudor razonable” y hace nacer la responsabilidad. Luego podrán darse excusas absolutorias o invocarse causas de justificación.

¹⁷ H. HATTENHAUER, *Conceptos fundamentales del derecho civil. Introducción Histórico-Dogmática*, Barcelona, Ariel, 1987; J.L. GAZZANIGA, *Notes sur l'Histoire de la Faute en Droit*, Paris, PUF, 1985, pág. 26.

¹⁸ No caben dudas que la separación entre culpa civil y culpa penal no fue lograda por la Modernidad; como tampoco, insistimos, supo distinguir la “culpa civil” de la “culpa moral”. Pero cabe preguntarse: ¿Hubo ceguera o intereses económicos de por medio?. ¿Cuáles fueron las razones para dejar sin reparación a la víctima de un daño injusto causado por un autor conocido y muchas veces confeso? La explicación para la sentencia absolutoria es, mas o menos, la siguiente: “Lo lamento, sufres un daño injusto, eres inocente, pero quien te lo produjo no actúa con una mala conciencia”.

¹⁹ A.N. PIAGGIO, “Presencias de la culpa”, L.L. 2005-F, 1444 y ss. con cita de C. RADO, “El imposible divorcio de la culpa y la responsabilidad civil”, París, Dalloz, 1998, quien menciona la “corriente victimologista”, que, a su juicio, “no se fija ninguna misión normativa más”.

²⁰ A.A. ALTERINI, *Contornos actuales de la responsabilidad civil*, Buenos Aires, Abeledo-Perrot, 1987, pág. 29, párrafo 5. Las distintas posturas no son coincidentes: hay juristas que prefieren mantener la culpa como factor de imputación único o el mas importante o comprensivo de una variedad de situaciones; otros restringen los supuestos que son aún imputables a título de culpa, en mayor o menor medida, los hay que se inclinan por la culpa tradicional o subjetiva, que fue la aceptada por Vélez, art. 512, mientras otros toman partido por la culpa objetiva o “sin culpa” o “culpa social”. El Proyecto de 1998, luego definir la culpa, en términos similares a los de Vélez, art. 1603, dispone que: “a falta de norma legal o de estipulación de partes, el factor de atribución es la culpa”. Equivale a decir que se detiene en una visión semejante a la del Código Napoleón de 1804, en la medida en que la imputación es de ordinario culposa, con o sin norma expresa; mientras que la objetiva ha menester de un texto legal o del acuerdo de las partes. También encontramos criticable la noción de “responsabilidad objetiva”, art. 1606, que no se expresa en sentido positivo, diciendo que nace de la creación de un riesgo, sino negativo, cuando “la conducta diligente del sindicado como responsable no es suficiente para excluirla”. Por lo demás, esa conducta diligente no es tal, puesto que el obrar riesgoso o peligroso se aparta del objetivamente exigible a un hombre diligente o, si no queda otro camino, debe, obrando con prudencia, advertir e informar sobre el aumento de las posibilidades de dañosidad.

²¹ Pensamos que media un aferrarse a la idea de culpa por respeto a la tradición jurídica, o por hábito o costumbre o por facilísimo en la imputación, aunque no se pueda precisar en que consiste esa imputación subjetiva. No vemos en ella una razonable introducción de la moral en el derecho, ni una inquietud humanista o de defensa de la persona humana. No se trata, obviamente del “ojo por ojo y diente por diente”, sino de atender al clamor de las víctimas inocentes y, a la vez, advertir sobre la gravedad del obrar voluntario dañoso.

²² Nos recuerda Diez Picazo, en la obra ya mencionada (pág. 364) que “para que pueda formularse un juicio de culpabilidad, es preciso que en el sujeto concurren las condiciones necesarias para ello y, en especial, la denominada “capacidad de discernimiento o capacidad de culpa”. Pues bien, esa capacidad de discernimiento ya debe estar presente en el obrar voluntario del cual se desprende el perjuicio; de donde, agregar ese discernimiento propio de la voluntariedad, a otro discernimiento, propio de la culpabilidad, no aparece como razonable.

²³ Puede consultarse el comentario al art. 900 en el *Código Civil comentado*, bajo la dirección de Rivera y Medina, Santa Fe, Rubinzal-Culzoni; también en el *Código comentado*, de BELLUSCIO-ZANNONI, t. 4, pág. 43, donde se cita a Segovia y a Freitas. Lo afirmado por nosotros no significa decir que la voluntariedad del obrar ilícito encierra la culpabilidad, con la base del discernimiento; pensamos, en cambio, que esa voluntariedad del art. 900, mientras no se prueba un vicio de los elementos internos, alude no sólo a la “autoría” sino a una imputabilidad objetiva, con base en el riesgo que se ha creado con la acción o la omisión.

²⁴ En ambas nociones está comprendida la aptitud para discernir.

²⁵ Es por ello que la doctrina nacional cuando estaba demostrado el incumplimiento material de la obligación, juzgaba que había responsabilidad, sin perjuicio de la prueba de las eximentes.

²⁶ La imputabilidad, como una segunda atribución, que viene a sumarse a la autoría, da respuesta al porque de la responsabilidad, mas allá de la ilicitud del obrar dañoso. Y esa atribución es, a nuestro juicio, y como regla, objetiva, y se desprende de una acción que luego de multiplicar las posibilidades de perjudicar, termina causando del daño.

²⁷ Los avances de la atribución a título de creación de riesgo aparecen evidentes, incluso en la doctrina francesa mas reciente: F. MILLET, “La notion de risqué et ses fonctions en Droit Privé”. de. L.G.D.J., CLERMONT-FERRAND; N. VOIDEY, *Le risqué en Droit Civil*, Marseille, Presses Universitaires D’Aix, 2005. Acerca del sentido de la “culpabilidad” en el derecho penal, el reciente estudio de E.A. DONNA, “La culpabilidad penal. La concepción normativa de la culpabilidad”, en *Derecho Penal*, Parte General, t. IV, pág. 9 y ss, Santa Fe, Rubinzal-Culzoni, 2009.

²⁸ Citamos entre varias: J.L. HEREDERO, *La responsabilidad sin culpa. Responsabilidad objetiva*, Barcelona, Nauta, 1964; W. MELO DA SILVA, *Responsabilidade sen culpa*, 2ª ed., Sao Paulo, Saraiva, 1974 y autores citados en una y otra obra.

²⁹ G. PONZANELLI, *La responsabilità civile. Profili di diritto comparate*, Bologna, Il Mulino, 1992. Obra sumamente lograda y de particular profundidad. Con aportes interesantes sobre el derecho americano, de los EE.UU.

³⁰ Es erróneo creer que la cuestión pasa sólo por la “prueba de la culpa” la exigencia de la demostración indubitable o no, las presunciones, la prueba en contrario, etc. etc. -alcanza, fundamentalmente, a la noción, a cuando se puede hablar de su existencia; a su utilidad como factor de atribución; a su exigencia, si justa o injusta; a un derecho sancionador o reparador, etc..

³¹ Para la concepción jurídica burguesa, primero, y propia del capitalismo, después, los jueces deben estar atentos para evitar la “catarata de damnificados”, los juicios de responsabilidad que culminan en la “insolvencia

empresaria”, en el cierre de los establecimientos industriales, en la desocupación y la pérdida de puestos de trabajo. La mirada está puesta en el victimario, para limitar o moderar su responsabilidad, cuando no para negarla abiertamente. Y ello aun a costa del “desamparo de las víctimas inocentes”. De ahí que se aluda a una “preferencia”, a una “opción jurídica” o política judicial. El dinero en manos de los empresarios, se piensa, contribuye al “progreso”, al crecimiento del país, a su enriquecimiento; el mismo dinero, en manos de la víctima de daños, entregado a ellas, es dinero perdido para la “productividad”, es moneda sin un “destino útil”.

³² Un estudio muy serio y prolijo acerca de la evolución de la responsabilidad sin culpa. En el derecho y la doctrina francesa, puede consultarse en André-Jean ARNAUD, *Les juristes face à la société (desde el siglo XIX hasta nuestros días)*, París, Presses Universitaires, 1975, pág. 96 y ss., sobre “la transformación de la responsabilidad” y 140 ss. El autor opone a los “civilistas”, inclinados a “volver al pasado”, la visión de los “juristas dinámicos” o progresistas, pág. 98. Del mismo ARNAUD, *Critique de la raison juridique*, L.G.D.J., 1981. En la doctrina chilena se destaca la obra de P. RODRÍGUEZ GREZ, “Responsabilidad extracontractual”, ed. Jurídica de Chile, 1999. El autor se ocupa con detenimiento de la “imputabilidad objetiva”, con motivo de la teoría del riesgo creado, y la define diciendo: “La teoría del riesgo se funda en la creación de una situación de peligro que aproxima a la persona a una consecuencia dañosa”; es muy interesante lo que expone acerca de “el riesgo como visión de la culpa”, como una nueva categoría de ésta, ob. cit., pág. 196 y ss.

³³ En nuestra obra: *Responsabilidad por daños*, t. X, “Responsabilidad del Estado”, incluimos un Capítulo VII, acerca de la “Responsabilidad por actos lícitos dañosos del Estado”, deviniendo la licitud de una “causa de justificación” del obrar, pág. 257 y ss. La doctrina “publicista” sobre la responsabilidad del Estado acepta esta posibilidad de una responsabilidad sin ilicitud y sin culpa.

³⁴ Cabe recordar lo dispuesto en el art. 927, parágrafo único del Código Civil de Brasil; “habrá obligación de reparar el daño, independientemente de culpa, en los casos especificados en la ley o cuando la actividad normalmente desenvuelta por el autor del daño implica, por su naturaleza, riesgo para los derechos de otro”. La doctrina, frente a esta responsabilidad “sin culpa”, aun a falta de norma expresa, alude a “una cláusula general de responsabilidad objetiva”, atribuible a la “actividad riesgosa”. Es la buena tesis a la cual adherimos sin reservas. Un comentario del texto, con cita de la mejor doctrina del Brasil, puede encontrarse en Sergio CAVALIERI FILHO, *Programa de responsabilidade civil*, Sao Paulo, Malheiros, 2005. Se trata entonces de una “cláusula general”, que no ha menester de reconocimiento expreso, caso por caso, en cada situación de dañosidad. Para el derecho de Puerto Rico, puede verse la obra de J.M. RIVERO SÁNCHEZ, *Responsabilidad civil*, San José, Arete, 1999.

³⁵ El tema de la “no culpa” adquirió relevancia, entre nosotros, a partir del art. 1625 del Proyecto de Unificación Civil y Comercial de 1987, apartado 2), que dice: “En caso de controversia queda a cargo del profesional la prueba de la prestación adecuada del servicio”. Equivale a decir que del incumplimiento se desprende una presunción de responsabilidad, que puede destruirse con la demostración de haber obrado de manera “adecuada”. Se caracteriza la situación como un “*tertius quid*” entre la culpa probada y el “*casus*”. Ahora bien, se trataría de dejar la cuestión de la atribución o imputación del perjuicio, como indefinida o no resuelta: el “sospechado” -con base en la presunción- prueba su no culpa, pero nada demuestra acerca de quién es el responsable. La responsabilidad queda pues sin adjudicar y la víctima debe soportar el daño sin resarcimiento. El autor “escapa” con la “no culpa” y nadie ocupa su lugar... De ahí que la doctrina haya marchado hacia una presunción “*jure et de jure*”, sin admitir prueba en contrario. Salvo, obviamente, que se haya acreditado la “ajenidad” del perjuicio. En las Jornadas Marplatenses sobre Responsabilidad Civil y Seguros, se votaron dos “despachos”; el A) estableció que la culpa “continúa siendo una regla básica de atribución”, y a la vez, un “Principio general del Derecho en cuanto configura un criterio de valoración de conductas”. El Despacho B) -suscripto por Bueres, Pizarro, Lorenzetti, Alterini, Kemelmajer de Carlucci, Ghersi y Mosset Iturraspe, entre otros- expresa que: “La culpa y los factores objetivos de atribución se encuentran en el mismo plano de jerarquía”. No nos parece acertado la multiplicación de los factores objetivos de atribución, incluyendo la equidad, art. 907, el deber de garantía, art. 1113, apart. 1º, y la solidaridad social. Para nosotros sólo hay un factor objetivo, que es la “creación de riesgo”, que funda la atribución en todos los casos recordados, incluido el “terrorismo”.

³⁶ En la doctrina nacional, los trabajos sobre la culpa -a semejanza de lo que ocurre en el derecho comparado- no suelen avanzar sobre los temas ahora considerados (no culpa, fuerza de la presunción, hechos ajenos, asunción de los riesgos, etc. etc.). Ocurre con la investigación de R.H. BREBBIA, “Vigencia y jerarquía de la responsabilidad civil por culpa en el Derecho positivo argentino”, L.L. 1990-B-1074. R. LOUSTANAU, “Particularidades de la culpa a fin de siglo”, L.L. 1998-B-1253. Recuerda el autor la frase de Santos Briz: “*Se trata -la noción de culpa- del elemento mas complicado y de difícil estudio, ese a la simplicidad de su sentido vulgar*”. Y nos trae a la memoria que en Junín, en 1994, se dijo, por mayoría, que “el factor de atribución riesgo no es excepcional y tiene, por lo tanto, la misma jerarquía cualitativa que los restantes criterios de imputación”; y, respecto de la culpa, se dijo que “ha sido progresivamente arrinconada...”. J.M. GALDÓS, “La culpa en la Suprema Corte de Buenos Aires”, en L.L. 1994-D-744, trabajo excelente, estudio de supuestos particulares, donde se llega a la conclusión que hay “un decaimiento de la culpa como factor de atribución...”; A.A. ALTERINI, “Aspectos de la teoría de la culpa en el Derecho Argentino”, L.L. 1989-E-1098; el autor admite “la decadencia del papel de la culpa en el derecho argentino”, sobre la base de que la “teoría del responder es la teoría del acto dañoso y no la teoría del acto ilícito”; A. ORGAZ, “La prueba de la culpa en la responsabilidad extracontractual”, L.L. t. 66, pág. 20 y ss.; se ocupa de un caso en el que el tribunal decidió que: “probada la relación de causalidad entre el acto del agente y el daño se presume la culpa de aquel y es a él a quien incumbe, en consecuencia, la prueba de alguna causa de inculpabilidad”, fallo de la Sala A de la Cámara Nacional Civil, y se detiene en argumentos, ya clásicos, para dejar sentada su discrepancia; J. BUSTAMANTE ALSINA, “Prueba de la culpa”, L.L. t. 99, pág. 886 y ss. El jurista capitalino adhiere a la “necesidad de la culpa para imputar la responsabilidad civil”. Recuerda un proyecto de ley, presentado en Francia, en 1930, para reemplazar la palabra

“culpa” por la palabra “hecho”, aprobado en Diputados y rechazados en la Cámara de Senadores. Trae a colación las enseñanzas de Galli, sobre las obligaciones de resultado -para nosotros en toda obligación para la liberación la prueba de la “falta de culpa”, puesto que el deudor ha prometido un resultado y hechoso cargo de todas las contingencias susceptibles de dificultarlo, en tanto no llegaran a constituir caso fortuito... este último extremo es la única disculpa que se le puede admitir”. Coincidimos siempre que se generalice el criterio a todas las obligaciones, salvo una expresa “adjudicación de riesgos”, sobre la base de la información. Reiteramos la feliz expresión de Galli: “... *el deudor se hace cargo de todas la contingencias susceptibles de dificultarlo*” en la satisfacción del acreedor, conforme lo prometido. No dice el deudor al acreedor “haré lo posible”, “trataré, pondré empeño, me esforzaré”, etc. etc.

³⁷ J.J. CASIELLO, “El principio de la responsabilidad por culpa en el Código Civil de Dalmacio Vélez Sársfield”, L.L. 1986-B-726. El autor sostiene que admitir una responsabilidad por riesgo no equivale a “renegar de la culpa”, sino “crear un verdadero régimen paralelo”. Se trata, agrega, de un *aggiornamento*, conforme “a las exigencias de los tiempos nuevos”; “acomodar las viejas estructuras para evitar que éstas sean desbordadas”. Y, con cita de Michel Villey, recuerda que “*en lo puramente moral, la pertinencia de esta norma de que no hay responsabilidad sin culpa, es dudosa, porque parece excluir que debemos preocuparnos por la desventura de nuestro prójimo cuando proviene de un hecho nuestro...*”.

³⁸ A.N. PIAGGIO, L.L. 2005-F-1444, titulado: “Presencias de la culpa”. La autora, en un importante trabajo, luego de recordar a Pantaleón -cuando afirma que la lucha por la objetivación no busca “borrar el daño del mundo”, sino, simplemente, “cambiarlo de bolsillo”-, sostiene que “*hay bastiones de la culpa que no han sido asaltados o lo fueron sin éxito*”, pero que como respuesta a esa corriente “*victimologista*”, la perduración de la culpa “*no ha ocurrido sino al precio de grandes mutaciones en su configuración conceptual... poco o nada queda de la culpa como aquel comportamiento psicológico...*”; H. RACCIATTI, “Algunas reflexiones sobre responsabilidad y las presunciones de culpa y de responsabilidad en el Código Civil”, L.L. 1987-B, pág. 768 y ss. El jurista rosarino alude a las presunciones, distinguiendo entre las de culpa y las de responsabilidad: las primeras se destruyen con la prueba de la no culpa”, las segundas, agrega, con la demostración de la “interrupción del nexo causal”. Creemos que las presunciones, con o sin prueba en contrario, son siempre de un “factor subjetivo de atribución”, que sumado a otros presupuestos concluye en la responsabilidad por daños; no se trata, pensamos de una “presunción de responsabilidad”; se alude a “una parte y no al todo”.

³⁹ L.A. COLOMBO, “Culpa por omisión y daño futuro”, L.L. t. 31, pág. 785. El distinguido jurista capitalino se mantiene aferrado al criterio clásico acerca de la culpa como “falta” o “pecado”. Comenta un caso en el cual la omisión en que se incurre por el agente no aparece prevista en norma alguna y, en consecuencia, se discute si puede originar responsabilidad una omisión no consagrada por “norma expresa”. Se trata de un debate muy propio de la visión “positivista” de la responsabilidad... A.G. SPOTA, “La inversión del cargo de la prueba en la Responsabilidad Aquiliana”, L.L. t. 12, pág. 675. Comentando un fallo, el distinguido maestro platense recuerda que la doctrina mayoritaria tiene establecido que “*la ausencia de culpa... debe probarse en forma positiva y no negativa, o sea, que nunca será suficiente demostrar que se ha procedido diligentemente o que la “causa” del daño es desconocida...*”. Es la tesis a la cual hemos adherido sin dubitaciones. Las presunciones sólo se destruyen con una prueba positiva, de la víctima, de un tercero, o el “casus”. Spota afirma no abandonar la idea de culpa, pero se debe admitir que **no sea** la víctima quien provea la prueba “de un hecho subjetivo”. Lo contrario, “resulta absurdo”, según sus propias palabras, por tratarse de “hechos de difícilísima comprobación”.

⁴⁰ La “culpa sin culpa” es, en rigor, una culpa deducida de la “autoría”, de una acción u omisión propia, sin admitir la no culpa o la atribución a “lo desconocido”. Es, en buen romance, una “culpa por el riesgo”, que desencadena en el perjuicio, y que el agente ha asumido. A.G. SPOTA, “La presunción de culpa en materia de responsabilidad aquiliana”, La Ley t. 12, pág. 296, insiste en lo relativo a la “carga de la prueba”.

⁴¹ F.A. TRIGO REPRESAS, “La actividad de los médicos como obligación de “medios” y la prueba de su culpa”. El jurista platense, adherido a la concepción clásica de la responsabilidad y de la culpa, sostiene que la prueba, en las denominadas obligaciones donde no se promete un “resultado final”, sino “medios”, es a cargo de la víctima, sin reconocer excepciones.

⁴² G. ALPA, *Nuevo tratado de la responsabilidad civil*, ob. cit., pág. 323 y ss.

⁴³ El Cuarto Congreso Nacional de Derecho Civil, celebrado en Córdoba en 1969, trató el tema de la “responsabilidad sin culpa” -publicación de la Universidad Nación de Córdoba, 1971, tomos I y II. Aparece como “recomendación n° 8”, tratado en el tomo I, ps. 367 y ss., sobre la base de las “ponencias” de: Garrido, Llambías, Mosset Iturraspe, Vallejo y Díaz Molina. Llambías, en seguimiento de una posición expresada con reiteración, propuso, entre otras cuestiones: 1. no hay, en principio, responsabilidad sin culpa del responsable; 2. es incompatible con la afirmación precedente, la admisión de una responsabilidad genérica por el daño causado por el riesgo de la cosa, en consecuencia “recomendó” eliminar del art. 1113 la palabra “riesgo”. Alterini, a su vez, propuso declarar que “el agregado hecho al art. 1113 del Cod. Civil, que comporta recibir la teoría del riesgo, agrieta el sistema mediante la intromisión de un elemento que conmueve sus principios”. Se formularon dos Despachos: 1. el de la “mayoría”, que obtuvo 17 votos en la Comisión, expresa: “Que no obstante la reforma introducida por la ley 17.711, sigue rigiendo, como principio general, la idea de que no hay responsabilidad sin culpa del responsable”; el de la “minoría”, con 14 votos, expresa: “Que la reforma del Código Civil ha admitido casos específicos de responsabilidad por riesgo”. En el pleno el despacho de la mayoría obtuvo 46 votos, y por la negativa votaron 35 congresales. Creemos que el tiempo transcurrido ha cambiado el “estado de la cuestión” y que la preocupación actual, de los “tradicionalistas”, coincide en “rescatar” algunos supuestos donde aún puede hablarse de una responsabilidad con culpa.

⁴⁴ Con mucha razón la Iglesia Católica declara que “Combatir la pobreza es trabajar por la paz”. La pobreza y sus consecuencias, una de las cuales es la inseguridad, la “sociedad de riesgos”, que se ensaña con los menesterosos. La discriminación o apartamiento injusto, que trae padecimientos muy graves, que también deben ser resarcidos.

⁴⁵ Nos ocupamos del tema en “Responsabilidad por Daños”, t. IV, “Las eximentes”, al tratar, en especial, “las falsas eximentes”, pág. 251 y ss. Un sector de la doctrina, cuando se habla de “cambiar de bolsillo”, de hacer soportar el daño por quien lo causa o por quien lo sufre, pone en duda la justicia de una u otra adjudicación. A nosotros no nos caben dudas acerca del tema: la víctima enteramente inocente, por un lado, y el agente, a quien cabe reprochar la autoría, sea descuido o riesgo asumido, por el otro. Tampoco nos convencen los argumentos “de subvención”, de favorecer con una ayuda a los dañadores, en defensa de productividad, del crecimiento económico o de la eficiencia. Es lo que en sus orígenes se pensó respecto del transporte marítimo y del aeronáutico, para favorecer a las empresas incipientes y ayudar a su crecimiento.

⁴⁶ La pretensión razonable y justa es colocar a la víctima “en la misma situación en que se encontraba antes del menoscabo perjudicial”. De ahí la acogida feliz que brindamos a los “nuevos daños”, provenientes de la doctrina y jurisprudencia italiana, que más allá del daño moral-dolor, contemplen aspectos relevantes de la vida personal: intimidad, identidad dinámica, vida de relación, proyectos de vida y otros que una doctrina progresista va descubriendo poco a poco.

⁴⁷ Nuestro rechazo a todo tipo de tope o tarificación, por la injusticia que entraña, es visceral. No hay argumento de equidad para sostener estas reparaciones parciales, como no sea el “apoyo a los dañadores”, con base en la simpatía que despierta la actividad industrial, o la productividad en general.

⁴⁸ J. MOSSET ITURRASPE, T. HUTCHINSON, E.A. DONNA, *Daño ambiental*, ts. I y II, Santa Fe, Rubinzal-Culzoni, 1999; “Daño ambiental”, *Revista de Derecho de Daños*, 2008-3, con importantes investigaciones a cargo de N.A. CAFFERATTA, “Los daños al ambiente y su reparación”, pág. 163 y ss.; ROSATTI, MULLER, BIBILONI, VENINI, RINESSI, ARAZI y MOSSET ITURRASPE, entre otros. A.H. BENJAMÍN, *Teoría geral de Direito Ambiental Brasileiro*, ed. Porto Alegre, 2008, UFRGS, Tesis doctoral de la que fuimos Jurado en Diciembre de 2008, calificada como Sobresaliente.

⁴⁹ J. MOSSET ITURRASPE, J.H. WAINTRAUB, “Ley de Defensa del Consumidor. Ley 24.240 y sus modificaciones. Ley 26.361”, Santa Fe, Rubinzal-Culzoni, 2008, pág. 227 y ss. “Consumidores II”, *Revista de Derecho Privado y Comunitario*, 2009, Rubinzal-Culzoni y trabajos que allí obran. J. MOSSET ITURRASPE, “La relación de consumo y el Código Civil, Del micro al macro sistema y viceversa. El “Diálogo de las Fuentes”.

⁵⁰ C. TABASSO, “Licencia de conductor por puntos”; H. ROSATTI, “Ley 26363 de tránsito y seguridad vial”, ambos trabajos en “Derecho de seguridad vial”, Rubinzal-Culzoni, Santa Fe, 2008; J. MOSSET ITURRASPE, H. ROSATTI, “Derecho de tránsito”, Ley 24.449, Santa Fe, Rubinzal-Culzoni, 2003; H.N. CONDE, R.C. SUÁREZ, *Tratado sobre responsabilidad por accidentes de tránsito*, Buenos Aires, Hammurabi, 1995, t. I, “Responsabilidad por riesgo”.

⁵¹ Temas todos que hemos ido tratando en nuestra obra *Responsabilidad por daños*, a lo largo de sus diez tomos.

RESPONSABILIDAD SIN DEUDA: LA IMPORTANCIA DEL PENSAMIENTO SISTEMÁTICO EN DERECHO CIVIL

por ARTURO CAUMONT

Por encima de todo problema jurídico de derecho civil debe considerarse la insoslayable necesidad de resolver anticipadamente la manera de abordaje a su respecto, vale decir, la imprescindible configuración del modo de aproximación cognitiva a la cuestión que configura el objeto de preocupación científica. En este sentido, el pensamiento jurídico no es susceptible de dissociarse de los presupuestos epistemológicos y metodológicos que habilitan su viabilidad científica y, en consecuencia, su firmeza para construir estadios de apoyatura en el duro proceso de aprehensión cognitiva y formulación final de pensamiento innovativo que comporte avances en la difícil faena de creación.

La consideración de un problema jurídico sin sustento epistemológico y sin apoyatura metodológica provocará una seria defeción en su resolución así como un severo obstáculo para la obtención de resultados relativamente conclusivos a partir de los cuales pueda continuarse con la búsqueda del perfeccionamiento conceptual y el rigor de precisión sensatamente aguardable de toda producción intelectual que sea predicable de seriedad y a cuyo respecto se puedan trazar líneas de pensamiento derivado que, a su vez, compongan a cabalidad la totalidad de los datos a tomar en cuenta para conseguir avances en el difícil derrotero del conocimiento en derecho. En esta línea de desarrollo, no deben resultar bienvenidas en derecho las elaboraciones superficiales, lineales y acrílicas que en definitiva no alcanzan a sobrepasar los contornos de la descripción sin acceder a los estadios superiores a partir de ella, vale decir, el de la plena explicación post detección empírica y el de la creación conceptual por cuyo través se afiance la construcción del camino de cognición.

Con tal sentido y en tal dirección es que el derecho no debe considerarse territorio ajeno a de la explicación científica y al de la creación conceptual enmarcada en el rigor y la precisión. No obstante ello, no parece ser una percepción equivocada advertir la presencia de un declive en la práctica de la reflexión crítica en el sensible campo de los conceptos jurídicos que ha conducido, no sin tristeza, a devaluar los resultados que en tal territorio se postulan y dotándoles de la fragilidad intrínseca que desde siempre ha sido objeto de particular rechazo en tiendas científicas por su inidoneidad para ser firme punto de apoyo para la consecución de nuevos avances hacia la internalización y aprehensión de los fenómenos que constituyen el contenido sustantivo del derecho como disciplina. quienes trabajan en derecho, en cualquiera de sus vertientes, no pueden dejar de advertir la existencia de una propensión, que no sólo es contemporánea, a la aceptación insensible del pensamiento elaborado sin rigor pero que se pretende instalar como válido en ancas de una efímera condición efectista mediante la cual resulta eventualmente posible resolver en apariencia y sin ulterior complejidad un determinado problema.

Tal vez la inveterada búsqueda de la simplicidad con que el hombre intenta existir sea la causa por la cual se morigeran los esfuerzos por mantener constancia crítica en la ardua tarea de descifrar significados, discernir sentidos, detectar marcos conceptuales y proponer hipótesis en derecho. Lo cierto parece ser que la velocidad de instalación de pensamiento acrílico es mayor a la de la instalación de pensamiento reflexivo y no pocas veces la vida ilustra sobre la relativa mayor facilidad que en principio posee aquél sobre éste para prevalecer por más tiempo del que determinan sus reales merecimientos.

Afortunadamente la brega por la constante revalorización del pensamiento de fondo es sostenida por muchos juristas que conocen el verdadero rédito científico que producen las maneras intelectivas de rigor y, tanto a nivel individual cuanto a nivel gregario en Jornadas y Congresos, se siembra y se cultiva con inteligencia -esa que el insigne pensador oriental Arturo Ardao predica en *Espacio e inteligencia* como amante del caos por el solo placer de ponerle

orden- el ideario conceptualizante y crítico a partir del cual, y sólo a partir del cual como también enseñan, es posible producir plataformas de base teórica para la construcción de los correspondientes diseños de explicación científica.

Por sobre las posibles maneras susceptibles de crearse metodológicamente, el derecho como ciencia requiere modo necesario la dedicación de los empeños intelectivos a la constitución de pensamiento sistemático como presupuesto imprescindible para aspirar a resultados serios, independientemente de la compartibilidad de los postulados que a partir del mismo puedan ser objeto de formulación.

El pensamiento sistemático, esto es, el que posee una estructura organizada armónicamente y cuyas partes se intervenculan por coherencia, cohesión y congruencia para atribuir explicación pertinente a los fenómenos que acaecen en la realidad objeto de posible posesión cognitiva, configura un estadio de lógica anticipación en relación a la selección de los modos de abordaje de tales fenómenos que exigen, precisamente, aprehensión cognoscente que conduzca a su comprensión. Por el pensamiento delineado en términos de sistema se aprehende un fenómeno objeto de discernimiento en la cabalidad comprensiva no sólo de su propia individualidad sino, asimismo, de su interrelación con el resto de los fenómenos con los cuales está destinado a ocupar el segmento sometido a examen e internalización.

La abstracción resulta, por ello, una herramienta de existencia imprescindible para desarrollar la faena sistemática en tanto propende de modo directo a la superación de los angostos márgenes del caso constituido por el fenómeno y trascender hacia categorías dentro de las cuales, luego, será posible subsumir los eventos particulares que sean objeto de detección empírica.

El pensamiento sistemático, en tal sentido, favorece la bienvenida prevalencia de la metodología deductiva e hipotético deductivista en los sensible territorios de la comprensión a cabalidad y de la creación de coordenadas conceptuales que, a modo de marco teórico, operen como referentes para la debida subsunción de todos y de cada uno de los fenómenos que sean susceptibles de aprehensión por el ejercicio de un señorío cognoscente que no puede iniciarse y multiplicarse irracionalmente a medida que acaezcan los objetos sobre los que se dedicará el afán explicatorio.

Y por ese conducto metodológico, que responde con solidez y ductibilidad a las exigencias epistemológicas, el pensamiento por sistema resulta ser elan vital en la elaboración de la doctrina general jurídica, en tanto estructura de conocimiento erigida sobre los pilares del pensamiento reflexivo y crítico que constituye su ontología.

El pensamiento sistemático es, pues, el requerible por su incumbencia y por su pertinencia para la elaboración de estructuras conceptuales en tanto conjuntos compuestos en sus intramuros por segmentos poseedores de individualidad propia pero organizados de modo racional, congruente e intervenculado y con la necesaria correspondencia de referencia con la realidad a la cual se refiere y a la que, precisamente, organiza (dispone asociadamente según un ordenamiento con congruencia y cohesión), explica y justifica en términos que permiten su cabal inteligencia y su mejor comprensión como ineludible punto de partida para su aprehensión más allá de toda duda razonable.

Y así como las enseñanzas de Kelsen atribuyen a toda norma la indefectible posesión de la debida tensión con la realidad a la cual regula, una doctrina general Jurídica, elaborada a partir del ejercicio activo del pensamiento sistemático, también mantiene, respecto del estado de situación al cual se refiere, una debida tensión que no es sino la correspondencia biunívoca, propia de la sintonía en igual frecuencia, entre los extremos configurativos de tal particular vínculo de pertenencia recíproca: la realidad y su explicación y su justificación en términos científicos.

Una de las características tipificantes del pensamiento sistemático es su vocación por la introspección de los fenómenos a los cuales aborda para explicar y para justificar. En esta línea de abordaje, el pensamiento sistemático no se limita a conducirse desde la existencia ya dada y mecánicamente perceptible de la entidad a la cual inspecciona sino que, analíticamente, ingresa en sus intramuros para detectar la posibilidad de concebirla a partir de eventuales componentes intrínsecos que hagan decaer su irreductibilidad primaria. No otra cosa ha ocurrido y sigue

ocurriendo en otras tiendas científicas, en el campo de las denominadas ciencias duras, con la búsqueda y detección de los componentes que integran una cierta entidad más acá de su marco perimetral externo.

Cuando se pensaba que el átomo era irreductible fue el pensamiento sistemático el que se internó en sus intramuros para detectar que aquel no era sino la resultancia cualitativa de la conjunción estructural y funcional de neutrones y protones que, con el tiempo y como resultado del mismo ejercicio de implementación sistémica, fueron a su vez descompuestos sucesivamente. Ello permitió comprender las estructuras y las subestructuras que constituían la entidad desintegrada en ellas así como entender con mayor precisión, a partir de la reintegración, las funciones para las cuales ellas estaban preordenadas.

Es el sutil proceso de construcción y deconstrucción que sólo el pensamiento sistemático puede obtener, al trascender el angosto corredor de la individualidad patente que posee el fenómeno sometido a percepción intelectual, el que despeja con plenitud el terreno bajo discernimiento y habilita al agente investigador captar a cabalidad en el nivel de comprensión y de aprehensión la real esencia de lo que analiza. Es precisamente el pensamiento sistemático, no descriptivo, crítico, reflexivo, el que percibe las estructuras latentes subyacentes a las patentes que se presentan a la vista intelectual en el nivel de superficie.

Es también con el empleo del mismo que ha sido posible, desde el fino pensamiento abstracto a cuyos cultores no ha amilanado ni por asomo la pretensión de descalificación que desde tiendas contrarias comporta la crítica infundada sobre un pretendido cuan irreal alejamiento de la realidad, descomponer con sublime rédit científico el vínculo obligacional en deuda y responsabilidad, quebrándose con utilidad técnica insuperable la aparente irreductibilidad a la que los enfoques superficiales hubieran condenado ad perpetuam a la obligación como concepto. Es a partir de la descomposición del vínculo obligacional en deuda y responsabilidad, originariamente ubicable en los emprendimientos investigativos de los juristas alemanes ¹ y que prontamente se propagara en el resto de Europa y en América del Sur, que ha podido avanzarse en el escabroso terreno de averiguación de la verdad en la que se resume y sintetiza todo esfuerzo de investigación. A partir de la disección de marras, el vínculo obligacional se descubrió en su real dimensión intrínseca y en su composición por factores que en el plano signico, vale decir, para el caso, en el plano de su individualidad concreta poseen un determinado valor de significación pero que, a su vez, constituyen un valor diferenciado en su dimensión discursiva, esto es, en la que ambos extremos componentes de la obligación se unen cualitativamente. La deuda como elemento componente necesario del vínculo obligatorio resulta ser un estado causal de titularidad pasiva que se recuesta al ámbito estructural del mismo; la responsabilidad como componente necesario de tal vínculo obligatorio se apoya en la dimensión funcional y emerge como la afectación del patrimonio de un individuo, y aún del individuo para la vertiente alemana de pensamiento, a la satisfacción del crédito que obra de contracara de aquella deuda. Esta última afirmación, como viene de expresarse, se desarrolló en la concepción tedesca originaria a través de la Haftung (palabra con la que, de acuerdo a Emilio Betti, los doctrinarios germanos *“entienden... el destino de una persona o de una cosa al poder de agresión del acreedor”*) y a través de la denominada Schuld (deuda) aun cuando el propio Betti introduce una aclaración semántica de sumo interés conceptual en relación al verdadero concepto sustantivo de Haftung al expresar que *“tal caracterización no equivale al sentido de la palabra italiana responsabilidad (lo cual bien puede extenderse a los ordenamientos sudamericanos) ni a este sentido corresponde el paralelismo entre persona y cosa, al menos tal como lo hacen los términos precitados. La pertenencia de una cosa a una persona con exclusión de otras y abstracción hecha de otras personas (relación jurídica real) representa un estado jurídico bastante diferente de la situación de responsabilidad en que una persona determinada puede encontrarse respecto de otra. Sujetos de responsabilidad sólo pueden serlo las personas, en cuanto sujetos de derecho. Las cosas, como igualmente el patrimonio y el mismo cuerpo humano, si bien pueden estar sujetas o sometidas al poder de agresión de un acreedor, o sea constituir la materia de garantía, no puede decirse correctamente nunca que son responsables. Esta crítica, continúa Betti, tiene un alcance que no es puramente terminológico, sino sustancial, puesto que con el uso censurado de la palabra responsabilidad*

*se corre el peligro de confundir aquello que es, simplemente, el objeto de la relación de responsabilidad con lo que es el sujeto pasivo de ella. La palabra italiana que equivaldría mejor al concepto de Haftung sería la de garantía. Pero esta palabra expresa el lado activo de la relación de responsabilidad, no el lado pasivo como la palabra alemana, o como la latina de obligatio, en el sentido asumido por ella en la expresión obligatio rei”*². Y recuerda el mismo Betti que Strohal definió el concepto de Haftung como *“una condición jurídica por la que alguno (deudor) está sujeto (unterworfen), respecto a una prestación que debe hacer a petición de aquel que la debe recibir (acreedor), a una coacción jurídica (Rechtszwang) dirigida contra él y su patrimonio”*³.

Pero más allá de las variables diferenciadoras que se verifican en el nivel conceptual así como en la dimensión lingüística, obviamente relevantes en el ámbito científico, lo que resulta necesario subrayar por su trascendencia técnica es el fino sentido de precisión que constituye una disección como la producida mediante la delimitación significacional de dos entidades independientes en estructura y conexas en función como Haftung y Schuld en tanto componentes de la obligación que, de tal manera, dejó de ser a partir de la descomposición una entidad irreductible.

El avance producido por esa profundización es un resultado directamente atribuible al pensamiento sistemático que históricamente no cesa en el empeño de ver más allá de los contornos patentes a la vista simple y emprende el derrotero de pesquisa traspasando fronteras, organizando los datos de la detección empírica en estructuras legibles y relacionables entre sí y con el resto de los elementos del universo jurídico que configuran e integran.

La descomposición del vínculo obligatorio en las preindicadas partes desencadenó de manera corolaria, pero no menos importante, la autonomía del concepto de garantía en el moderno derecho civil. Semejante logro es claustro matriz de los mejores avances en el derecho privado contemporáneo, en especial el atingente a los sistemas de imputabilidad que en sede de convocatoria de responsabilidad civil aquiliana se determinan mediante la separación entre autor y sujeto pasivo de la reparación del daño causado por otro, abriendo paso a las maneras objetivas de imputación distributiva y de asunción de costos por transferencia del perjuicio del patrimonio de la víctima al patrimonio de quien no fue su autor, idea impensable en las miradas clásicas fundadas en la creencia de que el régimen regulatorio de la convocatoria a responsabilidad se erigía exclusivamente sobre factores subjetivos de atribución que, a su vez, hacían pie en la concepción sancionatoria y punitiva del derecho de daños que recalaba su mirada en el ofensor antes que en la víctima.

Y tal logro es derivado consecuencial de la implementación y el ejercicio de la modalidad sistemática en la elaboración y conducción del pensamiento científico jurídico, a pesar de existir autorizadas voces que no auguraban mayor suceso a la diferenciación de marras, tal como aconteció con Messineo al considerar que *“para llegar ahora a establecer cuál puede ser, en general, la incidencia de la distinción en examen (entre Haftung y Schuld) sobre el concepto tradicional de obligación se puede desde luego constatar que la misma permite admitir la posibilidad de un sujeto (pasivo) de la deuda y de la responsabilidad, y de un sujeto (pasivo) solamente de la responsabilidad; de manera que puede haber duplicación, en el aspecto pasivo, de la obligación (deudor y responsable), independientemente del caso de pluralidad de deudores (entendidos, éstos, en el sentido tradicional de la palabra: varios sujetos, deudores y responsables al mismo tiempo). No parece que, además del punto ahora señalado y del puesto en evidencia anteriormente y concerniente a los dos momentos lógicos de que consta el lado pasivo de la obligación (la situación del deudor), la distinción en examen pueda tener ulterior fecundidad dogmática. En sustancia, cuando la deuda y la responsabilidad se refieran a un solo y mismo sujeto y coincidan en la respectiva extensión, la distinción tiene mero valor descriptivo; adquiere relevancia dogmática cuando los dos momentos se refieran a dos diversos sujetos (responsabilidad sin deuda propia), o cuando la responsabilidad no cubra toda la deuda (responsabilidad limitada). Pero es claro que en uno y otro caso estamos en presencia de fenómenos anómalos...”*⁴. Y tal como asimismo aconteció con Domenico Barbero quien ha sostenido que *“entre nosotros (se refiere a la doctrina italiana) “esta teoría se puede considerar superada... (pues) no ha satisfecho nunca ni convencido plenamente la soldadura en*

*un todo único -obligación- de la responsabilidad y del débito, prestándose demasiado a la objeción de que la responsabilidad propiamente no coexiste con el débito sino que sucede al incumplimiento y es solamente eventual”*⁵, crítica, en contra, que es tan válida como la razón que puede esgrimirse a favor si se considera que cuando se hace referencia a la existencia del elemento Haftung dentro del vínculo obligacional, no se involucra la vicisitud temporal eventual de acaecimiento de los efectos de su convocatoria sino la existencia de una entidad que, precisamente, es susceptible de ser convocada si se reúnen determinados presupuestos: y sólo lo que existe puede ser objeto de convocatoria; primero existe, luego se convoca lo que ya existe. Ahora bien, la razón que hace más plausible la tesis que engloba la Haftung dentro del vínculo obligacional reside en que entre ella y la Schuld existe autonomía que se verifica en el nivel estructural pero conexión que acaece en el nivel funcional. Y este es el nivel que demuestra finalmente que sin Schuld no hay Haftung independientemente de quienes sean los titulares de la posición en cada segmento ya que hablar de responsabilidad sin deuda es solamente posible si acaece el presupuesto, por otro andarivel, de la diferenciación de los sujetos, vale decir, que uno sea el deudor y el otro el responsable: pero en todos los casos debe existir deuda (propia o ajena, obviamente no extinguida) para que haya responsabilidad. A juicio de quien esto escribe, parece ser esta premisa lógico jurídica la que obra de base habilitando afirmar a Atilio Alterini, Oscar Ameal y Roberto López Cabana, en su ineludible *Derecho de Obligaciones*, que “no se concibe la responsabilidad sin que esté respaldada por la deuda”⁶.

La idea de garantía, derivada directamente de la individualización de componentes intrínsecos, de relevancia propia y también conexas, en los intramuros de la obligación, ha asumido contemporáneamente un alto valor de significación en el territorio conceptual del derecho civil porque los desarrollos actuales de la disciplina poseen clara apoyatura en la finalidad protectoria que a su vez encuentra respaldo técnico en aquella noción en tanto paradigma de aseguramiento, vale decir, en la búsqueda de resultados de seguridad que sostengan, desde la provocación de estados de razonable certeza, la difícil faena de gobernar el riesgo que en los tiempos presentes resulta ser imprescindible para la vida en sociedades que, precisamente, se caracterizan por el alto margen de alea e incertidumbre en la propia médula de los vínculos interindividuales e intercolectivos de relevancia patrimonial.

Sobre todo cuando es valor entendido en tiendas iusprivatistas que el concepto de responsabilidad posee condición sustantiva material y no reduce ni su perfil ni su dimensión al excluyente campo de la liturgia constitutiva del objeto de estudio del derecho procesal, a cuyo campo de incumbencia también pertenece pero en el cual no se agota.

Es por todo cuanto viene en desarrollo, pues, que la diferenciación entre deuda y responsabilidad, en estructura y en función, constituye un avance que no fondea en aguas de estrecho y, desde su condición de fina elaboración que en los Congresos de Derecho Civil de Argentina resultó objeto de inteligente y lúcida preocupación científica, trasciende hacia áreas de mayor incidencia en el sensible campo de las certezas con que en la actualidad resulta necesario dotar a quienes aguardan del derecho no sólo reglas jurídicas anticipadas y claras sino, sobremanera, conceptos técnicos cuya solidez derive de las vertientes del pensamiento crítico, reflexivo y sistemático, ese que califica a una disciplina de ciencia, territorio de siembra cuya semilla es, como se aprendió de Emerson, el encanto de los hombres por maravillarse.

NOTAS:

¹ El introductor histórico de la distinción es Amira, quien la expuso en “Nordgermanisches Obligationrecht”, Leipzig, 1882. Recuerda DOMENICO BARBERO (en *Sistema del derecho privado*, Buenos Aires, EJE, 1967, t. III, pág. 6), que la tesis fue “juzgada por Gierke no una simple, aunque solidísima hipótesis, sino un verdadero descubrimiento” en *Schuld und Haftung in aelteren deut*, Breslan, Recht, 1910, pág. 2 y ss.. Véase asimismo Atilio ALTERINI; OSCAR AMEAL y ROBERTO LÓPEZ CABANA, en *Derecho de obligaciones. Civiles y comerciales*, Buenos Aires, Abeledo-Perrot, 1995, pág. 21, quienes recuerdan que “el pandectismo alemán del siglo pasado (se refieren al siglo XIX) -a partir de Brinz y Von Amira- comenzó a formular la distinción mencionada. Esa doctrina halló su raíz en el mismo derecho romano a través de la correspondencia entre el deber de cumplir (deuda) y la posibilidad de sujetar la persona misma del deudor a la ejecución (responsabilidad). Andando el tiempo, la ejecución sólo pudo ser llevada a cabo en el patrimonio, no sobre la persona del obligado, de manera que la relación de responsabilidad se tornó eminentemente patrimonial y así llegó a nuestros días”.

² Emilio BETTI, *Teoría General de las Obligaciones*, Madrid, Editorial Revista de Derecho Privado, 1969, t. I, págs. 250 a 254.

³ Emilio BETTI, op. cit., pág. 250 en nota al pie. (La obra de Strohal se denomina *Schuldpflicht und Haftung*, Festgabe f. K. Binding, 1914, pág. 19, citada por Betti).

⁴ Francesco MESSINEO, *Manual de derecho civil y comercial*, Buenos Aires, EJE, 1971, t. IV, pág. 13.

⁵ Domenico BARBERO, *Sistema del derecho privado*, Buenos Aires, EJE, 1967, t. III, pág. 6.

⁶ Atilio ALTERINI; Oscar AMEAL y Roberto LÓPEZ CABANA, op. cit., pág. 23.

LA RESPONSABILIDAD SIN CULPA

por ALEJANDRO DALMACIO ANDRADA

SUMARIO: 1. La importancia de los eventos jurídicos en la evolución del derecho. 2. La responsabilidad sin culpa en el IV Congreso Nacional de Derecho Civil. 3. Sentido y alcances de las voces “riesgo” y “vicio”. Su vigente importancia. 4. La actividad riesgosa con cosas y sin cosas. 5. Objetivación de la responsabilidad. 5.1. Sin modificación de los textos. 5.2. En un nuevo derecho objetivo. 6. Consectario.

1. La importancia de los eventos jurídicos en la evolución del derecho

Los encuentros de civilistas que han tenido lugar en la Argentina desde 1927 han significado un venturoso esfuerzo por adaptar el derecho a las nuevas condiciones sociales, han contribuido indudablemente al progreso de la legislación de derecho privado y sus elaboradas conclusiones han ganado justicieramente un lugar entre las fuentes del derecho.

Autorizadas voces han caracterizado así los méritos de los eventos jurídicos celebrados por la gran familia civilista.

Como lo señalara Arturo Orgaz en su proyecto de convocatoria al Primer Congreso, no es *“una novedad para nadie el hecho de la insuficiencia o el retraso de ciertas instituciones de nuestra legislación civil que, por admirables que pudieran reputarse hace algo más de cincuenta años, han debido fatalmente sufrir el influjo de las nuevas condiciones sociales, y resultar en algunos respectos inadecuadas como expresión de las nuevas necesidades jurídicas”*.

Más recientemente el profesor Atilio A. Alterini ha demostrado cómo han contribuido las Jornadas de Derecho Civil -y, desde luego, los Congresos, acotamos nosotros- al progreso de la legislación en derecho privado ¹.

Más tarde, la Comisión Organizadora de las XX Jornadas consideró que *“la riqueza de las conclusiones obtenidas en cada Jornada, evidencia una vez más su carácter de fuente del derecho”* ².

Las conclusiones de los congresos y jornadas han influido e influyen en la jurisprudencia de nuestros Tribunales. Son analizadas en nuestras universidades, en el grado y en el posgrado. Su presencia en el derecho vivo es cada vez más perceptible.

Deberíamos, creo yo, mirar atrás para recordar y mantener -si cabe- la autoridad científica de aquellos participantes de los Congresos y Primeras Jornadas y mantener en alto la esperanza que los próximos eventos sigan contribuyendo decididamente al progreso y mejoramiento del derecho.

En lo personal, siempre he tenido simpatía por la dinámica de estos periódicos encuentros de civilistas. Por la forma democrática en que se trabaja en Comisión, se debate y arriba a las conclusiones; y por la autoridad de los participantes, preocupados todos en una sana evolución del derecho privado.

Sólo aspiro a que esta dinámica propia de los encuentros de civilistas se haga extensiva a los certámenes y jornadas en otras ramas del derecho.

2. La responsabilidad sin culpa en el IV Congreso Nacional de Derecho Civil

Como es bien sabido el Cuarto Congreso Nacional de Derecho Civil (Universidad Nacional de Córdoba, 1969), emitió su Recomendación N° 8 - Tema IV, en la cuestión que nos convoca, es decir: *“La responsabilidad sin culpa”*.

Tras la reciente reforma que había tenido lugar, y como pautas interpretativas del art. 1113 reformado, fueron las siguientes: *“1°) El vicio de la cosa tiene como presupuesto la mala calidad o defecto de la cosa que es causa de la producción del daño. 2°) El riesgo creado presupone una*

actividad humana que incorpora al medio social una cosa peligrosa por su naturaleza o por su forma de utilización”.

Pues bien: la atención de los juristas por caracterizar al riesgo y al vicio -como enseguida veremos- mantienen inalterado interés.

Otro de los temas centrales de indiscutible interés práctico y que registra una significativa evolución atañe a la relevancia de la “actividad riesgosa”, con cosas o sin ellas. Incluiremos también aquí una apreciación del estado actual del tema.

Y, por último, aquella “responsabilidad sin culpa” que preocupaba a nuestros juristas ha experimentado una apreciable extensión en diversos sectores de la responsabilidad. En algunos casos, incluso, sin una modificación de las normas, allí donde antes se consideraba que el fundamento de la responsabilidad era la culpa, la doctrina y jurisprudencia actuales afirman que resulta de aplicación un factor objetivo. En otros casos, son las nuevas normas las que expresa o implícitamente hacen reposar la responsabilidad sobre unos soportes objetivos.

Analicemos, pues, los temas propuestos.

3. Sentido y alcances de las voces “riesgo” y “vicio”. Su vigente importancia

Hace cuarenta años los juristas que hicieron el Cuarto Congreso se preocuparon, como se adelantara, en desentrañar el sentido y alcances de los vocablos “riesgo” y “vicio”.

Su correcta significación no está exenta de interés actual. No se trata de un tema agotado respecto del cual nada nuevo pudiera aportarse.

Con razón ha dicho Meijer que *“la noción de cosa riesgosa o peligrosa no se deja expulsar tan fácilmente de la literatura jurídica”*³.

Etimológica y conceptualmente “riesgo” y “vicio” no se confunden ni pueden identificarse. El riesgo comporta la eventualidad, contingencia o proximidad de un perjuicio. El vicio, por su parte, significa mala calidad, defecto o daño físico en las cosas.

Pero de lo que se trata es de determinar si el art. 1113 ha contemplado, o no, dos hipótesis conceptualmente diferentes en sus fundamentos

Es aquí donde se observa en el derecho argentino una interesante evolución.

Inicialmente se opinaba así: en el primer caso, la actividad desarrollada importa la creación de un riesgo, por la naturaleza del emprendimiento o por los medios empleados. Se trataría de una actividad por actos lícitos. En el “vicio” sucedería algo diferente puesto que se advierte -según esta corriente- la existencia de una culpa en el trasfondo de la responsabilidad, ora en la conservación de la cosa, ora en su elaboración⁴.

En la actualidad, la mayoría de la doctrina considera que el art. 1113 incurre aquí en una tautología desde que habría bastado contemplar al “riesgo”. El texto al puntualizar el “vicio” alude al mismo concepto habida cuenta que el “vicio” es una falta o defecto de fabricación o conservación que hace a la cosa susceptible de dañar⁵.

En las Primeras Jornadas provinciales de Derecho Civil, celebradas en Mercedes en 1981, el despacho “A” consideró: “La expresión ‘riesgo’ es comprensiva de cualquier circunstancia susceptible de generarlo, ergo el vicio de la cosa es sólo una de las posibles causas que pueden crear la contingencia de un daño, quedando involucradas dentro del otro concepto más genérico de riesgo”⁶.

Ya no se habla, ni resulta relevante, ciertamente, que exista una culpa subyacente como la que se vislumbraba a propósito del vicio.

Actualmente se considera que el riesgo comprende: los casos de cosas peligrosas por su naturaleza como es el caso de la energía nuclear, peligro que dimana de la utilización o empleo de la cosa como es el caso del automóvil en movimiento. El panorama se completa con la disensión -sobre la que enseguida volvemos- acerca de si los daños causados por actividades

riesgosas, sin intervención de cosas, pueden reputarse comprendidas en el sistema vigente del art. 1113.

4. La actividad riesgosa con cosas y sin cosas

El planteo es el siguiente: ¿los daños resultantes de actividades riesgosas sin empleo de cosas pueden quedar comprendidos, de *lege lata*, en el dispositivo del art. 1113 C.C.?

Se puede reseñar a este respecto una interesante y gradual evolución para la cual debería partirse del Proyecto de 1954 elaborado por Llambías, convencido subjetivista que, paradójicamente, incluyó un texto cuyo fundamento de la responsabilidad allí proyectada residía en el riesgo creado.

En efecto, se contemplaba la responsabilidad derivada del ejercicio de una actividad peligrosa “por su naturaleza o por la índole de los medios empleados”, obligando a quien produce el daño “aunque no obre ilícitamente, salvo que el perjuicio provenga de culpa inexcusable de la víctima o de una causa de fuerza mayor”.

Y el Cuarto Congreso Nacional de Derecho Civil, en su segunda pauta interpretativa, hace una clara referencia a la inclusión de actividades peligrosas mediante el empleo de una cosa, dentro de la letra del art. 1113 ⁷.

Cierto es que la recomendación alude a una “cosa peligrosa”, pero no es menos cierto -y verdaderamente relevante- la alusión a la “actividad humana”.

El avance continuó. En las Jornadas Marplatenses de Responsabilidad Civil y Seguros, celebradas en 1989, la mayoría sostuvo sobre el particular: “Puede admitirse que el art. 1113 del Código Civil, párrafo segundo, segundo supuesto, contempla la responsabilidad civil por actividades riesgosas con cosas o sin ellas” ⁸.

En nuestros días considera Pizarro que el art. 1113, correctamente interpretado permite incluir bajo su órbita todos los supuestos de daños causados por el riesgo de la actividad desarrollada, intervenga o no una cosa. La esencia de la responsabilidad que consagra dicha norma -afirma el autorizado publicista- reside en el riesgo creado más que en el hecho de provenir éste de una cosa ⁹.

5. Objetivación de la responsabilidad

Como adelantábamos, esa “responsabilidad sin culpa” que analizaron nuestros juristas en el Cuarto Congreso, se extendió vigorosamente a otros sectores de la responsabilidad para alcanzar los más diversos supuestos.

Lo interesante es que, en unos casos, sin modificaciones en el derecho objetivo, allí donde la doctrina y la jurisprudencia hallaban su fundamento en una culpa, pasaron a estimar que el sustento de la responsabilidad era, en verdad objetivo. Tales, a guisa de ejemplo, los supuestos de la responsabilidad del principal por el hecho de los dependientes, la derivada de los animales, la responsabilidad colectiva, la del Estado y la responsabilidad de los padres por los daños causados por sus hijos menores. En este último caso debe aclararse que, de *lege lata*, las opiniones se encuentran repartidas en la actualidad.

En otros casos, las nuevas normas han contemplado diversas formas de dañosidad en los que, directa o indirectamente, se establece que la responsabilidad allí regulada es objetiva. Entre los casos más salientes cuadra incluir aquí a la responsabilidad de los propietarios de establecimientos educativos, la responsabilidad en el derecho del consumidor, en el derecho ambiental, en los espectáculos deportivos y en el Código Aeronáutico.

Veamos, pues, la precipua objetivación de la responsabilidad.

5.1. Sin modificación de los textos

Uno de los más importantes sectores de la responsabilidad en los que se observa la señalada metamorfosis es, en el campo extracontractual, la que cabe asignar al principal por el hecho de sus dependientes.

Existieron a este respecto diversas posiciones doctrinarias. Las primeras sustentan la responsabilidad sobre bases subjetivas. En un caso, la teoría de la culpa presumida *iuris tantum* y, en la otra posición, la doctrina de la culpa presumida *iuris et de iure*. Posiblemente la ambigüedad de las fuentes dio pábulo al desencuentro doctrinal.

Para la primera, el art. 1113, primera parte, estatuye una presunción de culpa *in eligendo* e *in vigilando* del principal, de suerte que éste puede eximirse de responsabilidad demostrando su falta de culpa.

El Código de Luisiana y el proyecto de Goyena, citados en la nota, armonizan con esta solución, que, en nuestro derecho, contó con la adhesión de Bibiloni, Lafaille y Acuña Anzorena, entre otros autorizados juristas.

Para la segunda, la presunción de la norma es *iuris et de iure* por lo que la presunción absoluta de responsabilidad no tolera la prueba contraria. Tal el sistema del Código francés, también mencionado en la equívoca nota al art. 1113. Adscribieron a esta posición, entre otros, juristas de la talla de Salvat y de LLambías.

Una tercera posición cambia directamente el soporte de la responsabilidad: de subjetivo en objetivo y, por ende, se considera que el principal -reunidos que fueren los requisitos especiales que condicionan la procedencia de esta especie de responsabilidad- ha de responder con abstracción de toda idea de culpa. Por aplicación del factor garantía.

Este tránsito ha sido muy bien explicado por Bustamante Alsina quien señala que históricamente habría que comenzar por reconocer que el fundamento reside en la culpa, pero que a la luz de las nuevas concepciones "*parece indudable que el fundamento de esta norma no puede hallarse en la culpa, sino en la necesidad de garantizar a los terceros por la acción eventualmente dañosa de las personas que actúan en el interés de otros*"¹⁰.

El factor garantía, en este sector de la responsabilidad, es el claramente dominante en la jurisprudencia actual de nuestros tribunales, sin perjuicio de la opinión de unos autores que consideran que el riesgo constituye el fundamento de esta responsabilidad.

Tal, pues, el tránsito operado de una responsabilidad subjetiva a una objetiva sin que se haya producido una modificación legislativa.

La responsabilidad derivada de los animales exhibe una semejante evolución.

En este caso, como señala la nota al art. 1124 C.C., la fuente de Vélez Sársfield fue el Código francés, de muy conocida filiación subjetivista.

Con todo, como no sea en el supuesto del art. 1127 que contempla el caso que el animal se hubiese soltado o extraviado sin culpa de la persona encargada de guardarlo, las otras eximentes contempladas requieren la interrupción del nexo causal con lo que el sistema del codificador armoniza con un esquema de responsabilidad objetiva.

En relación a la responsabilidad colectiva puede observarse una interesante evolución.

El fundamento objetivo tardó en quedar establecido definitivamente.

En efecto, importante predicamento tuvo en nuestro derecho la opinión de LLambías para quien la responsabilidad colectiva se basa en la prudente apreciación de los hechos probados presidida por el buen sentido, y este fundamento técnico revela que no es posible caracterizar a la responsabilidad colectiva como subjetiva u objetiva, lo cual dependerá del tipo de responsabilidad que le cuadre al presunto responsable¹¹.

Las XVI Jornadas Nacionales de Derecho Civil sostuvieron que el factor de atribución es el riesgo o la culpa, según los casos¹².

En nuestros días puede señalarse que para la mayoría de los autores el fundamento de la responsabilidad analizada es el riesgo creado.

Lo explica claramente Pizarro: el art. 1119 remite al art. 1118 que excluye a la falta de culpa como eximente por lo que, si al sindicado como responsable no le alcanza, para eximirse, con probar el obrar diligente de su parte, es porque su responsabilidad es objetiva¹³.

La responsabilidad del Estado, en relación al factor de atribución, exhibe una situación particular.

Sintéticamente, y disimulando los matices podemos mencionar: un primer período signado por la irresponsabilidad del Estado, un segundo momento en donde la Corte encontró un fundamento subjetivo a la responsabilidad estadual; un período inmediatamente posterior en el cual la jurisprudencia de nuestros tribunales alude a una responsabilidad “sin culpa” para referirse, en verdad, a la responsabilidad por actos lícitos; y, por último, el período actual en el que buena parte de las condenas pronunciadas contra los Estados se fundan en la figura de la “falta de servicio” que genera una responsabilidad objetiva de los sujetos públicos.

Veámoslo con un mínimo detenimiento.

En la primera época se parte de la doble personalidad del Estado: poder público, persona jurídica. En el primer caso, el Estado es irresponsable¹⁴. En el segundo, responde sólo contractualmente.

El estado de la jurisprudencia propia de esta primera época no podía extenderse mucho más. Sobrevino el célebre caso “Devoto”¹⁵ que habría de producir un vuelco importante. Señaló el alto Tribunal: “... Esta Corte ha dicho en casos análogos, que el incendio como acto reprobado por la ley, impone al que lo ocasiona por culpa o negligencia, la obligación de reparar los daños ocasionados a terceros, extendiéndose esa responsabilidad, a la persona bajo cuya dependencia se encuentra el autor del daño o por las cosas de que se sirve o que tiene a su cuidado...”. Invocó la Corte los arts. 1109 y 1113 C.C..

Y fue a partir de la década del cuarenta cuando se fue abriendo camino la responsabilidad por acto lícito del Estado¹⁶.

Puede mencionarse el caso “Laplacette” quien era propietario de una extensión de campo en Junín que, a consecuencia de la realización de una obra pública abandonada luego, quedó cubierta por las aguas en forma permanente que la inutilizó para toda explotación. Dijo el alto Tribunal en su fallo del 26/2/1943: “... si bien puede divergirse sobre los fundamentos de la teoría de la responsabilidad del Estado por los daños causados sin culpa a los particulares, es indudable que entre nosotros esa responsabilidad nace, en los casos como el presente, de la garantía de la inviolabilidad de la propiedad consagrada por los artículos 14 y 17 de la Constitución Nacional...”.

La prescindencia de la culpa se observa también en los múltiples supuestos en los cuales el Estado debe responder por falta de servicio. Es decir, cuando el servicio no ha funcionado o ha funcionado mal, o tarde.

Ab antiquo el alto Tribunal ha explicado que: “quien contrae la obligación de prestar un servicio lo debe realizar en condiciones adecuadas para llenar el fin para que ha sido establecido, siendo responsable de los perjuicios que causare su incumplimiento o su irregular ejecución...”.

Con relación al factor de atribución señaló recientemente la Corte Suprema de la Nación: “... no se trata de un juicio sobre la conducta de los agentes sino sobre la prestación del servicio y, por ello, la responsabilidad involucrada no es subjetiva, sino objetiva”¹⁷.

Esta responsabilidad objetiva fundada en la falta de servicio tiene fundamento normativo en el art. 1112 C.C. al cual se acude bien que por vía subsidiaria. Y se extiende a diferentes supuestos tales como, daños causados por la policía de seguridad, irregular prestación del servicio penitenciario, errores registrales, perjuicios derivados de los servicios de salud, daños provenientes del funcionamiento de diversos servicios tales como el del Registro de las Personas o el servicio de migraciones, etc.¹⁸.

Esta importante objetivación de la responsabilidad pública no se presenta en otros capítulos como es el caso de la responsabilidad por omisión en el que la doctrina debate si es una responsabilidad objetiva o subjetiva, bien que los tribunales se han inclinado mayoritariamente en el último sentido¹⁹.

Finalmente, habremos de ver la responsabilidad de los padres en cuyo ámbito -como adelantara- las opiniones se encuentran divididas en relación al factor de atribución aplicable.

Se han expuesto tesis subjetivas: las teorías de la culpa *in vigilando*, de la culpa por defecto en la educación, la doctrina que complementa ambas culpas, y la tesis de la culpa por incumplimiento de los deberes dimanantes de la patria potestad²⁰.

Pero no han faltado prestigiosos autores que, aun de *lege lata*, consideran que la responsabilidad de los padres es objetiva.

En esta dirección, Bueres y Mayo explican: "*Creemos que esta responsabilidad objetiva, aunque no surge, en mera apariencia, de la letra del Código Civil, surge de la música de él. Los casos en que los padres delegaron legítimamente las funciones de contralor en otra persona (arts. 1113, párrafo primero, 1115, 1117, etc.), son supuestos de causas ajenas. Por lo que respecta al contenido del art. 1116, en la primera parte se habla de imposibilidad de impedir los hechos nocivos, expresión ésta, 'imposibilidad', que está emparentada con el casus. Y en lo que hace al in fine del susodicho precepto, allí se habla de 'vigilancia activa' de los padres sobre sus hijos. La expresión es harto imprecisa y generó una multiplicidad de interpretaciones azarosas y asentadas sobre bases poco firmes...*". Consideran, pues, estos juristas que: "*es necesario responsabilizar a los padres por los daños que causen sus hijos menores de edad, de forma objetiva, en virtud del riesgo creado (o, a lo más, de una garantía legal que se imbuja del riesgo creado)*"²¹.

El prestigioso publicista Dr. Wayar, en oportunidad de votar como Juez de la Corte de Jujuy en los autos "Andrade, Lisandro D. y otra", sostuvo la tesis objetiva. Así, tras recordar a la doctrina subjetivista, expresó: "*... Pero otro sector de la doctrina -al que presto mi adhesión- sostiene que la responsabilidad de los padres no puede fundarse en la culpa, sin 'torturar' su concepto; es decir, resulta sumamente forzado querer encontrar 'culpa' en los padres por hechos de sus hijos menores, despropósito que se patentiza en casos como el presente...*"²².

Mosset Iturraspe brinda diversos argumentos en sustento del soporte objetivo de la responsabilidad examinada: no es bueno que los tribunales conozcan las intimidades familiares, que se juzgue del comportamiento de los padres frente a los hijos y de éstos frente a los terceros. La intimidad, el velo, la privacidad propia de la familia se resiente. Cuando no hay otro camino, puede aceptarse, pero cuando -como es el tema que nos ocupa- median razones poderosas para mantener la riservatezza, aun a costa del patrimonio no se justifica²³.

Considera que hay que sincerar el sistema, transitando de una responsabilidad subjetiva a otra objetiva, aun sin norma legal reformadora como ocurrió con la responsabilidad del principal por los hechos de sus dependientes. Y señala, con cita de Conde Pumpido que "*... Las referencias que se hacen a los criterios esenciales de la culpa, a fuerza de ser presuntas y objetivadas, no son más que farisaicas concesiones a la tradición jurídica*"²⁴.

Nosotros también nos hemos inclinado por estas ideas, en ocasión de comentar un fallo de la Corte de La Pampa²⁵.

Por último, puede señalarse que la posición objetiva, en la jurisprudencia argentina, ha tenido alguna receptividad²⁶.

5.2. En un nuevo derecho objetivo

Otras veces, como adelantáramos, unas nuevas normas establecen, expresa o implícitamente, una responsabilidad objetiva en diferentes sectores.

Tal el supuesto de la responsabilidad por los daños en los establecimientos educativos.

No es ocioso recordar que siguiendo las huellas del Código Civil francés, en su redacción originaria, el Codificador sentó la presunción de culpabilidad de los docentes en el art. 1117.

En los primeros tiempos de vigencia del Código, y aun por un largo periodo, la justicia de la solución adoptada por Vélez Sársfield no fue puesta en entredicho. Pero luego, la dinámica escolar fue cambiando

De aquella enseñanza personalizada, doméstica, no quedó casi nada. El proceso de enseñanza aprendizaje pasó a desenvolverse en circunstancias diversas entre las que la masividad es la nota más saliente. En este contexto son escasas las posibilidades de efectuar una vigilancia personalizada²⁷.

La doctrina empezó por reclamar que se evalúe “humanamente” la prueba de la ausencia de culpa del director²⁸, e incluso, un calificado tratadista no dudó en afirmar que la responsabilidad establecida era “excesiva e injusta”²⁹.

En diversos países se cuestionaron las normas que regulaban la responsabilidad de directores y docentes por considerarse que se los trataba con demasiado rigor.

En España, por ejemplo, la ley del 7/1/1991 responsabiliza a los centros docentes de enseñanza no superior por los daños causados por los alumnos. Esta normativa fue tenida en cuenta entre nosotros. La toma como fuente el Proyecto elaborado por la Comisión de Juristas designada por decret. 468/92³⁰.

Poco después el problema fue llevado al Congreso de la Nación donde fueron presentados seis proyectos de ley que exhibían apreciables diferencias³¹. Finalmente se plasmó en el nuevo art. 1117 un texto que responsabiliza a los propietarios de establecimientos educativos privados o estatales por los daños causados o sufridos por sus alumnos, salvo que probaren el caso fortuito.

El factor de atribución aplicable es, pues, objetivo. Para unos consiste en el riesgo creado o de empresa. Para otros, el fundamento anida en la idea de garantía, en razón de la indemnidad que se ofrece al cocontratante en la órbita negocial y también en la esfera aquiliana por los daños causados por los alumnos a terceros³².

En relación a las eximentes, unos autores mencionan sólo el caso fortuito. Otros, estiman que si el dañado es un alumno, la asunción de la culpa de la víctima por parte del establecimientos tratándose de alumnos de corta edad es justificable, pero que la cuestión no presenta la misma claridad respecto de los menores de más de diez años³³.

Por lo demás, debe señalarse que la responsabilidad objetiva de los centros educativos no excluye la que pueda caber a los docentes en los términos del art. 1109 C.C..

En el ámbito del consumidor es también marcada la objetivación de la responsabilidad.

En efecto, en el art. 10 bis se establece como única eximente del incumplimiento contractual el caso fortuito. El factor objetivo rige en la responsabilidad por vicio o riesgo de la cosa o servicio en el artículo 40, en el funcionamiento de las garantías legales, en la responsabilidad por vicios redhibitorios y las consecuencias del incumplimiento de la obligación de seguridad e información previstos en los arts. 4º y 5º de la ley. La doctrina ha hecho notar que esta objetivación responde a la poca relevancia que supone la sola diligencia del deudor de una prestación empresarial para ser considerada eximente del incumplimiento en el marco de relaciones de producción y comercialización masificadas y plurales³⁴.

Otro sector de la responsabilidad en el que la doctrina abogaba por la objetivación de la responsabilidad es el terreno ambiental en el que, para los daños de incidencia colectiva, tal objetivación tiene ahora jerarquía legal³⁵.

Ya las Novenas Jornadas Nacionales de Derecho Civil, celebradas en Mar del Plata en 1983, se ocuparon de la responsabilidad por daño ecológico en la Comisión 2, arribándose de *lege lata* a la siguiente conclusión: “Factor de atribución: Sin perjuicio de los supuestos de responsabilidad por culpa o dolo del sujeto degradador, los daños producidos al medio ambiente encuadran en el régimen objetivo de la responsabilidad por riesgo o vicio de la cosa (art. 1113, segunda parte, Código Civil)...”³⁶.

En 1994, la trascendente reforma constitucional incluyó la cláusula ambiental en el art. 41 de la Ley Fundamental que preceptúa que “... El daño ambiental generará prioritariamente la obligación de recomponer, según lo establezca la ley...”. Si bien no surge de la letra del texto el fundamento de la responsabilidad, el propósito del constituyente fue asentarla sobre bases objetivas³⁷.

Tras la reforma constitucional, tuvieron lugar en Mar del Plata las XV Jornadas Nacionales de Derecho Civil (1995), cuyo tema 2 se ocupó de la “Responsabilidad civil por la actividad

industrial”, concluyéndose: “Cabe responsabilizar al industrial, en cuanto su actividad industrial contamine, degrade o dañe el medio ambiente y pase por alto el deber de la preservación”.

La doctrina individual se ha pronunciado a favor de la responsabilidad ambiental objetiva. Entre nosotros, podemos recordar los autorizados estudios de Andorno ³⁸, Agoglia, Boragina y Meza ³⁹. En España, participan del criterio objetivo, entre muchos otros, De Miguel Perales ⁴⁰ y Jaquenod de Zsogon ⁴¹.

Con todo ese material, especialmente con la prescripción constitucional recordada, la Ley General del Ambiente no podía sino consagrar, en Argentina, una responsabilidad objetiva.

Así lo hizo en el art. 28 que, en lo pertinente, reza: “El que cause daño ambiental será objetivamente responsable...”.

Las eximentes resultan particularmente restrictivas: “... sólo se producirá acreditando que, a pesar de haberse adoptado todas las medidas destinadas a evitarlo y sin mediar culpa concurrente del responsable, los daños se produjeron por culpa exclusiva de la víctima o de un tercero por quien no debe responder” (art. 29).

La reseñada es, pues, otra relevante muestra de la objetivación de la responsabilidad normativamente establecida.

En materia de espectáculos deportivos, para los perjuicios sufridos por concurrentes, organizadores y protagonistas se ha establecido, por el art. 51 de la ley 24.192, la existencia de una obligación de seguridad, de resultado, que alcanza solidariamente a las entidades o asociaciones participantes en el espectáculo.

Esta responsabilidad es objetiva, basada en la idea de riesgo de empresa ⁴². Las eximentes son el hecho o culpa de la víctima, para un sector el hecho o culpa de un tercero extraño, y el caso fortuito o fuerza mayor.

En materia aeronáutica, para el caso de los daños causados a terceros, derivados de una aeronave en vuelo o de una persona o una cosa caída o arrojada de la misma o del ruido anormal de aquélla (art. 155 Código Aeronáutico), el principio aplicable es el riesgo creado. Se presume la responsabilidad objetiva del explotador de la aeronave ⁴³.

6. Consectario

- Los encuentros de civilistas que han tenido lugar en la Argentina desde 1927 han significado un venturoso esfuerzo por adaptar el derecho a las nuevas condiciones sociales, han contribuido indudablemente al progreso de la legislación de derecho privado y sus elaboradas conclusiones han ganado justicieramente un lugar entre las fuentes del derecho. Las conclusiones de los Congresos y Jornadas han influido e influyen en la jurisprudencia de nuestros Tribunales. Son analizadas en nuestras Universidades, en el grado y en el posgrado. Su presencia en el derecho vivo es cada vez más perceptible.

- La “responsabilidad sin culpa” es uno de los temas que preocupó a aquéllos congresistas y que, desde luego, mantiene en la actualidad renovado interés, desde la noción misma de cosa riesgosa o peligrosa.

- Se ha hecho notar, con razón, que el Cuarto Congreso Nacional de Derecho Civil en su segunda pauta interpretativa hace una clara referencia a la inclusión de actividades peligrosas mediante el empleo de una cosa, dentro de la letra del art. 1113. Ciertamente es que la recomendación alude a una “cosa peligrosa”, pero no es menos cierto -y verdaderamente relevante- la alusión a la “actividad humana” con lo que, de alguna manera, alejaba la idea de las actividades de las que derivan perjuicios.

- Aquella “responsabilidad sin culpa” que preocupaba a nuestros juristas ha experimentado una apreciable extensión en diversos sectores de la responsabilidad. En algunos casos, incluso, sin una modificación de las normas, allí donde antes se consideraba que el fundamento de la responsabilidad era la culpa, la doctrina y jurisprudencia actuales afirman que resulta de aplicación un factor objetivo.

Este relevante dato acusa la significativa importancia de la doctrina -individual y colectiva- y de la jurisprudencia en el mejoramiento y aplicación práctica del derecho.

NOTAS:

¹ Atilio A. ALTERINI, “Influencia de las Jornadas Nacionales, en la legislación argentina”, que preparó en ocasión de las XI Jornadas Nacionales organizadas en la Universidad de Belgrano (Buenos Aires, 1987), explicaciones luego transcritas en la obra *Congresos y Jornadas Nacionales de Derecho Civil*, Facultad de Derecho de la Universidad de Buenos Aires, que editó La Ley, 2005.

² Publicación indicada en la nota anterior.

³ MEIJER, “Les choses dangereuses” (Rapport general) en *Travaux de l'Association Henri Capitant*, t. XIX, 1967, N° 1, pág. 9.

⁴ Alfredo ORGAZ, *La culpa*, pág. 202, b, N° 75; Roberto BREBBIA, “Problemática jurídica de los automotores”, autor que vislumbra una culpa subyacente. Pero es de aclarar que para el caso del riesgo, el jurista rosarino no creía en la “responsabilidad por actos lícitos”.

⁵ Por todos, Jorge BUSTAMANTE ALSINA, *Teoría general de la responsabilidad civil*, 9ª ed. ampliada y actualizada, Buenos Aires, Abeledo Perrot, 1997, pág. 415, N° 1048.

⁶ Suscribieron este Despacho, Bueres, Compagnucci de Caso, Gherzi, Ramella y Trigo Represas.

⁷ Ramón D. PIZARRO, *Responsabilidad civil por riesgo creado y de empresa*, Buenos Aires, La Ley, 2006, t. II, pág. 74.

⁸ En el seno de la Comisión N° 1 suscribieron tal interpretación: A. Alterini, Bueres, Gesualdi, Goldemberg, Mosset Iturraspe, Pizarro, G. Stiglitz, entre otros prestigiosos juristas.

⁹ PIZARRO, ob. y tomo citados, pág. 166, en cuya oportunidad agrega que sus principios son aplicables por extensión a otros supuestos de riesgo creado como es el caso de actividades riesgosas practicadas sin la intervención de cosas, y a otros posibles sujetos pasivos distintos del dueño y del guardián (pág. 166).

¹⁰ Jorge BUSTAMANTE ALSINA, ob. cit., pág. 386, Nros 939 y 940.

¹¹ Jorge J. LLAMBIAS, “Responsabilidad colectiva anónima”, E.D. 4-VII-1979.

¹² Comisión N° 2, de *lege lata*, suscripto por Ameal, Bueres, Casiello, Gesualdi, Palmero, Seguí, Vázquez Ferreyra, Vergara, Wayar, entre otros juristas.

¹³ Ramón D. PIZARRO, ob. cit., t. III, pág. 563, con cita de Bustamante Alsina y Zavala de González, entre otros autorizados juristas.

¹⁴ Resulta ilustrativa, para graficar la jurisprudencia propia de la primera época, la sentencia dictada por la Corte, en noviembre de 1928, en el caso “Wicky”. Aun admitiendo las arbitrariedades y excesos de la policía de seguridad, la Corte no condena al Estado por cuanto habiase obrado como poder público.

¹⁵ Fallos 169:111. En el caso se trataba de un incendio producido por empleados nacionales en un campamento a causa de chispas desprendidas de un brasero deficiente.

¹⁶ La jurisprudencia actual requiere pacíficamente los siguientes recaudos para que quede comprometida la responsabilidad del Estado por sus actos lícitos: daño con los requisitos propios de los perjuicios resarcibles, la relación de causalidad, la posibilidad de imputar los daños al Estado, la existencia de un sacrificio especial en el afectado y, por último, la ausencia de un deber jurídico a su cargo de soportar el daño.

Como se observa, la actual doctrina judicial ha recibido los aportes de dos vertientes: la privatista y la publicista.

De aquélla toma el propio rótulo: “Responsabilidad por actos lícitos” y los requisitos del daño, del lazo de causalidad y del factor de atribución. El reconocimiento del lucro cesante propiciado por una parte de nuestra doctrina y jurisprudencia tributa también a esta corriente.

De ésta, muy particularmente, el recaudo del “sacrificio especial” y la ausencia del deber jurídico de soportar el daño. Y se encuentra presente entre aquéllos que propugnan la aplicación extensiva de la figura expropiatoria.

Abundo sobre el particular en mi *Responsabilidad del Estado y de los funcionarios públicos*, Buenos Aires, La Ley, 2008, pág. 233 y ss..

¹⁷ Caso “Mosca”, del 6/3/07; L.L. RCyS. 2007-V-31, con nota de Ramón D. Pizarro.

¹⁸ Lo explico, con acopio jurisprudencial en mi *Responsabilidad del Estado y...* cit., pág. 117 y ss..

¹⁹ He explicado largamente con anterioridad que en los juicios de este tipo, por ejemplo, cuando se le reprocha al Banco Central una omisión de control, el juicio que realizan los tribunales acerca de la conducta del controlante no difiere, en sustancia, de lo que ocurre en los juicios entre particulares en los que los jueces ponderan si fue, o no, culpable el actuar del demandado. Las nociones de “diligencia” o de “cuidado” no se encuentran ausentes en la apreciación de la omisión resarcible. De ahí que he sostenido que, en los hechos, la responsabilidad por omisión viene a funcionar como una responsabilidad subjetiva. Por lo demás, no puede soslayarse que la culpa es, precisamente, una omisión a tenor de la regla del art. 512 C.C. (A.D. ANDRADA, *Responsabilidad del Estado y...* cit., pág. 197 y ss.).

²⁰ Nora LLOVERAS, “La responsabilidad civil de los padres por los daños causados por sus hijos menores”, en *Responsabilidad por daños. Homenaje a Jorge Bustamante Alsina*, Buenos Aires, 1990, pág. 131; Jorge J. LLAMBIAS, *Tratado de derecho civil. Obligaciones*, Buenos Aires, Perrot, 1976, t. IV A, pág. 333; TRIGO REPRESAS y LÓPEZ MESA, *Tratado de la responsabilidad civil*, Buenos Aires, La Ley, 2004.

²¹ BUERES y MAYO, “La responsabilidad de los padres por los hechos dañosos de sus hijos (algunos aspectos esenciales)”, en *Revista de Derecho Privado y Comunitario* N° 12 -*Derecho de familia patrimonial*-, pág. 285 y ss.; y en “Aporte a la anotación del artículo 1116 C.C.”, en BUERES-HIGHTON, *Código Civil y normas complementarias*, t. 3-B, pág. 17.

²² E.D. 108-670.

²³ MOSSET ITURRASPE, D’ANTONIO y NOVELLINO, *Responsabilidad de los padres, tutores y guardadores*, Santa Fe, Rubinzal-Culzoni, 1998, págs. 1115 y 1116.

²⁴ MOSSET ITURRASPE, ob. cit., pág. 119.

²⁵ Alejandro D. ANDRADA, “El fundamento de la responsabilidad de los padres”, *La Ley Patagonia*, 2006, año 3, N° 1, pág. 48 y ss. En esta oportunidad señaló que en diversos países europeos operó el tránsito de una responsabilidad subjetiva a otra objetiva, sin modificación de unos textos que no difieren, en sustancia, de los contenidos en nuestro Código Civil. En el caso, estábamos de acuerdo con la condena impuesta por la Cámara y confirmada por la Corte. Eso era lo que verdaderamente contaba. Con todo, expresamos nuestras dudas acerca del temperamento de la Corte que casó el pronunciamiento de la Cámara que había señalado que en la práctica la responsabilidad de los padres debe ser considerada como una responsabilidad objetiva.

²⁶ Cámara 1ª C. y C. de San Nicolás, 12/3/96, “Garabaglia, Juan Carlos y otros c/ Rodríguez, Osmar y otros”, Juba 7 B854467; Cámara C. y C. de San Isidro, Sala I, 30/10/1991, D.J. 1992-1-856 y en CIFUENTES; SAGARNA, *Código Civil, comentado y anotado*, Buenos Aires, La Ley, 2003, t. 1, pág. 919.

²⁷ Alejandro D. ANDRADA, “Responsabilidad civil de los propietarios de establecimientos educativos y de los docentes”, L.L. t. 1998-E, 1241 y ss..

²⁸ Jorge J. LLAMBIAS, “La responsabilidad civil de los directores de colegio”, L.L. 1975-B-1147, p. 1148.

²⁹ Guillermo BORDA, *Tratado de derecho civil. Obligaciones*, Buenos Aires, Abeledo-Perrot, t. II, N° 1409.

³⁰ ADLA, LII-B, 1641.

³¹ Me detengo sobre la cuestión en mi artículo publicado en L.L. t. 1998-E, 1241 y ss., en especial, pág. 1245 y ss..

³² Ramón D. PIZARRO, “Responsabilidad del propietario de establecimientos educativos”, en la obra *Responsabilidad civil*, homenaje a Chabás (Kemelmajer de Carlucci, directora-), Rubinzal Culzoni, Santa Fe, 2007, pág. 299 y ss, especialmente, pág. 310 en la que el jurista cordobés explica que en verdad, ambas doctrinas no son incompatibles, pues la idea de garantía no termina de explicar el fundamento, el cual reside, en última instancia, en el riesgo creado o de empresa. Sostiene que se debe la mentada “garantía” por el hecho de haber generado la actividad riesgosa que la impone. En otras palabras: una garantía impuesta por la ley con fundamento en el riesgo.

³³ Aída KEMELMAJER DE CARLUCCI, “La responsabilidad civil de los establecimientos educativos en Argentina después de la reforma de 1997”, L.L. t. 1998-B, 1047.

³⁴ Ariel ARIZA, “Contratos y responsabilidad por daños en el derecho del consumo”, en la obra colectiva titulada *La reforma del régimen de Defensa del Consumidor por ley 26.361*, Buenos Aires, Abeledo-Perrot, 2008, pág. 128.

³⁵ Me he ocupado de la cuestión en mi trabajo titulado “El daño ambiental de incidencia colectiva en la ley 25.675”, en la obra *Cuestiones actuales de derecho ambiental* (Cossari-Luna, coordinadores), El Derecho, Colección de Derecho Público, Facultad de Derecho y Ciencias Sociales del Rosario, UCA, 2007. Más recientemente, analicé la aplicación jurisprudencial de la mencionada ley, a propósito del caso “Mendoza” fallada por la Corte Suprema de la Nación, en un artículo que titulé “Una sentencia memorable”, en *Revista de Derecho ambiental*, N° 16, Cafferatta -director-, pág. 15 y ss..

³⁶ Acorde con ello, se precisaron los siguientes supuestos: “a) Si media un vínculo negocial entre el dañador y el dañado, existe una responsabilidad contractual. En efecto, al margen de la prestación principal, hay una obligación accesoria tácita de seguridad-resultado, consistente en cumplir una prestación inocua. Ello sin defecto de la opción aquiliana que autoriza el artículo 1107 del Código Civil. b) Si la contaminación es provocada por el hombre con su propio cuerpo, el supuesto encuadra en los artículos 1109, 1072 y 1074 C.C. c) La polución efectuada mediante la intervención de las cosas -fuera del marco contractual- se rige por el art. 1113, párr. 2º (1º y 2º supuestos). d) También podrán jugar las previsiones de los artículos 907 y 1071 del Código Civil. e) Cuando no puede individualizarse al autor del daño dentro de un grupo, existirá responsabilidad colectiva”.

³⁷ Puede verse, por ejemplo, las palabras del convencional Aráoz que, en lo pertinente, dice: “... *En materia ambiental, como se ha explicado, rige el criterio de la responsabilidad objetiva, que proviene de la relación entre causa y efecto, sin necesidad de culpa...*” (Diario de Sesiones, 14ª reunión, 3ª sesión ordinaria, 21 de julio de 1994, pág. 1661).

³⁸ Luis O. ANDORNO, “La responsabilidad por daño al medio ambiente”, J.A., número especial de Derecho Ambiental del 9 de octubre de 1996, pág. 17.

³⁹ AGOGLIA, BORAGINA y MEZA, “El sistema jurídico vigente para la protección del daño originado por degradación ambiental”, J.A. 1993-IV-809.

⁴⁰ Carlos DE MIGUEL PERALES, *La responsabilidad civil por daño al medio ambiente*, 2ª ed., pág. 201 y ss..

⁴¹ Silvia JAQUENOD DE ZOGON, *El derecho ambiental y sus principios rectores*, Madrid, Dykinson, 1991, pág. 291.

⁴² Ramón D. PIZARRO, *Responsabilidad civil por riesgo...*, cit., t. III, pág. 380, con cita del precedente de la Corte platense del 29/9/98, L.L.B.A., 1999-17.

⁴³ Un exhaustivo análisis actualizado de la cuestión puede encontrarse en la obra de Pizarro, recién citada, t. III, pág. 509.

ALGUNAS CONSIDERACIONES SOBRE LA LLAMADA “RESPONSABILIDAD” SIN CULPA

por RODRIGO PADILLA

SUMARIO: Palabras preliminares. 1. Resumen en cuanto a lo sucedido en el Cuarto Congreso Nacional respecto del tema que tratamos. 2. Acerca de las cosmovisiones en materia de responsabilidad civil. 3. Sobre las presunciones de culpa. 4. Panorama general del tema de la “responsabilidad” sin culpa.

Palabras preliminares

Se nos ha solicitado un “trabajo” para la realización de un “libro homenaje” organizado por la Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Córdoba a los cuatro congresos nacionales realizados en tal ciudad y a sus respectivos presidentes, Dres. profesores Enrique Martínez Paz (Congreso de 1927); Henocho Domingo Aguiar (Congreso de 1937); Pedro León (1961) y José Antonio Buteler Cáceres (1969).

El tema que se nos asignó, previa elección nuestra, es nada menos que “Responsabilidad sin culpa”. Es justamente en el Cuarto Congreso, que además subsumió a las Cuartas Jornadas Nacionales de Derecho Civil, donde se trató el asunto que nos concierne. Tales Jornadas-Congreso se llevaron a cabo entre los días 22 a 27 de septiembre de 1969 y por supuesto que el principal objeto resultó ser el análisis de la reciente reforma al Código Civil introducida por el entonces decreto ley 17.711. Resulta paradójico resaltar que precisamente en esa ocasión se conmemoró el centenario de la sanción del Código Civil y se homenajeó al gran Dalmacio Vélez Sársfield.

Antes de ocuparnos del asunto que nos convoca, debemos agradecer al actual presidente de la Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Córdoba, Dr. Luis Moisset de Espanés, verdadero maestro no tan sólo de derecho, a quien seguramente debemos el honor de participar en este justo homenaje. Sus dotes jurídicas todos conocen y esperamos también sus brillantes cualidades humanas.

1. Resumen en cuanto a lo sucedido en el Cuarto Congreso Nacional.

Como podrán apreciar los lectores, este libro es un homenaje tanto a los Congresos ya referidos cuanto a quienes los presidieron. Respecto de la personalidad de José Antonio Buteler Cáceres, presidente del IV Congreso, a quien por desgracia ‘temporal’ no conocimos, nos adherimos a las palabras de Fanzolato pronunciadas en ocasión de su incorporación como miembro de número de la Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Córdoba ¹. Entonces se dijo que Buteler fue un verdadero “maestro”, maestro en el saber, maestro porque consagró su vida a la enseñanza, por como ejerció la docencia, por su constancia, maestro en su defensa de la democracia, del respeto a la pluralidad de ideas y de creencias.

Ahora bien, en cuanto al homenaje al Congreso, creemos que lo “más justo” será hacer referencias directas a lo allí acontecido. Estamos seguros que cualquiera que hoy, cuatro décadas después, pretenda hacer un estudio sobre el tema en cuestión, poco de nuevo encontrará. En verdad en aquella oportunidad eminentes juristas defendieron apasionadamente sus posturas, sus ideas y sus creencias. Lamentablemente no pocos de ellos ahora no están con nosotros. Esta es otra razón más que nos motiva a reproducir parte de esas Jornadas que no tienen desperdicio alguno. Quien desee profundizar remitimos a las respectivas actas ² a las cuales puede accederse a través de la página web de la Academia ³.

Antes de realizar lo prometido debemos hacer una advertencia y una aclaración. Advertimos a los destinatarios de este artículo y a quienes accedan a las Actas que su lectura no es nada sencilla. Amén de pocos errores tipográficos, de entrada nos encontraremos con dos

temas distintos mezclados. Tuvo que intervenir el Presidente en el debate, Dr Fernando López de Zavalía, para poner orden y pedir a los congresistas que traten los asuntos por separado. Estos eran: Responsabilidad sin culpa (tema 14) y La reparación de los daños y perjuicios en la reforma -art. 1083 C.C. - (tema 13). En nuestro tema se presentaron 3 ponencias que fueron debatidas, una informada por la ‘mayoría’ por el Dr. Garrido. Y las dos restantes de ‘minorías’ fueron defendidas por los Dres. Llambías y Brebbia⁴. Pueden imaginarse que cada ponencia fue motivo de debate y si sumamos las declaraciones, recomendaciones, observaciones, informes, etc. el panorama se complica aún más.

En nuestro afán de ser lo más objetivo posible seguimos el orden en que fueron presentadas y/o debatidas las ponencias. Sólo al final agregaremos nosotros las recomendaciones dictadas por el Cuarto Congreso. Lógicamente no vamos a reproducir todo lo sucedido, pero al menos desde nuestro humilde parecer, mostraremos lo más significativo de estas apasionantes Jornadas.

Aclaremos, por último, que podrán apreciar que todos los temas vitales de la mal llamada “responsabilidad sin culpa” fueron tratados desde su origen. Así se discutió el verdadero lugar que ocupa la culpa en el sistema de responsabilidad civil; los límites de esta nueva “responsabilidad objetiva”; el sentido de las expresiones dueño y guardián y el carácter de sus ‘responsabilidades’; lo que debe entenderse por daños producidas “con” y “por” las cosas; la responsabilidad del principal por el hecho del dependiente fue otra cuestión debatida en el Congreso; el significado de vicio y riesgo de las cosas, de cosas peligrosas, de riesgo creado, riesgo provecho, actividad riesgosa, etc.; la cuestión referida a las eximentes: culpa de la víctima o de un tercero y la probable incidencia del *casus*. En fin, el sentido y alcance de los arts. 907, 1067, 1109, 1113 y demás disposiciones del Código Civil fueron objeto de estudio. Seguro que existen nuevas materias a las cuales aplicar estos problemas, pero ¿acaso son muchas las cuestiones jurídicas ‘nuevas’ que hoy puedan discutirse?

IV Congreso: Actas de ponencias, debates, declaraciones, recomendaciones, etc.

e) Presentada por el Dr. Roberto H. Brebbia (Universidad Nacional del Litoral).

Fundamentos

I. La Ley 17.711, al suprimir el art. 1133 y modificar el texto del art. 1113, ha alterado gravemente el sistema del Código Civil, estableciendo un régimen que no tiene similar en el Derecho Comparado ni encuentra tampoco precedentes en la doctrina nacional.

La incertidumbre que reina sobre el alcance del nuevo texto del art. 1113 y los resultados realmente inaceptables e inconvenientes a que conduciría la aplicación literal del referido artículo, que trataré de señalar sucintamente, obligan, a mi juicio, a propiciar la sustitución de su texto por otro más claro y acorde con la solución que se halla consagrada en los Códigos más modernos y acepta parte de la doctrina nacional.

II. En la primera parte del agregado al art. 1113, se establece la presunción de culpabilidad del dueño o guardián en todos los casos de “daños causados con las cosas”. Prácticamente, se establece, así para la inmensa mayoría de los supuestos de responsabilidad civil, la inversión de la prueba de la culpa, no ya contra el agente del daño sino contra el dueño o guardián de la cosa. Esta presunción, como la afirma con acierto Llambías, carece por completo de base en cuanto no se apoya “en lo que ordinariamente acontece, en el curso regular y ordinario de las cosas”. Por ejemplo, no aparece claro en virtud de qué fundamento la persona que presta un bastón a otro deba responder por el daño doloso o culposo causado por el comodatorio a un tercero con dicho objeto. Ni la teoría de la culpa ni la del riesgo creado pueden servir de fundamento adecuado a esta responsabilidad.

III. Se deja en la indeterminación de si la responsabilidad del dueño o guardián frente a la víctima es indistinta, cuando ambas calidades no se reúnen en una misma persona; o bien, el dueño deja de responder cuando la guarda se ha desplazado a otros sujetos.

IV. Se establece un régimen especial para los daños causados por “el riesgo o vicio de la cosa”, restableciendo así, prácticamente, la norma del art. 1133 del Código de Vélez que la misma ley 17.711 suprime. Para este caso se dispone que la responsabilidad del guardián sólo cesa “acreditando la culpa de la víctima o de un tercero”. Esta tramitación pareciera excluir como causal de exoneración de responsabilidad al caso fortuito o fuerza mayor, lo que conduciría al absurdo de hacer responsable al propietario o guardián en casos en los que el daño no ha derivado total o parcialmente del vicio o riesgo de la cosa.

No aparece tampoco claro saber qué debe entenderse por “riesgo de la cosa”. El Dr. Llambías, por ejemplo, se alarma -no sin fundamento- porque considera que tal locución consagra en nuestro derecho la teoría del riesgo. Por mi parte, entiendo que dicho texto consagra implícitamente la división entre cosas peligrosas y no peligrosas, disponiendo una presunción más severa contra el dueño o guardián de las primeras. De todas maneras, esta indeterminación sobre el verdadero contenido de la norma, llevaría aparejada una incertidumbre que la jurisprudencia y la doctrina podrán disipar sólo a costa de muchos años de marchas y contramarchas.

V. En suma, debe concluirse que el nuevo texto del art. 1113 ha introducido el caos en el sistema del Código de Vélez, que sólo exigía para su adecuación a los tiempos actuales, el establecimiento de un régimen particular para los daños derivados de ciertas actividades particulares, caracterizadas por el especial riesgo contra la seguridad de los terceros.

Las bases de este régimen que propicio en sustitución del agregado del art. 1113, están dadas, a mi juicio, con acierto, en las II Jornadas de Corrientes y podrían estructurarse normativamente en la siguiente forma:

Recomendación:

I. Mantención del art. 1113 tal como estaba en el Código de Vélez, sin el agregado de la ley 17.711.

II. Restablecimiento del art. 1113 en los siguientes términos: En los casos de daños derivados de cosas inanimadas se presume la culpa del dueño de la misma frente al damnificado, sin perjuicio de la acción que pueda corresponder al propietario contra el verdadero culpable: guardián o tercero. El propietario podrá eximirse de responsabilidad acreditando que el daño se produjo por culpa exclusiva de la víctima, caso fortuito o fuerza mayor extraña a la cosa, y desapoderamiento de la cosa por un tercero contra la voluntad del dueño.

III. Conforme a lo establecido en las II Jornadas de Derecho Civil de Corrientes deben establecerse nuevas normas destinadas a regular la responsabilidad por actividades peligrosas y por los daños ocasionados con automotores, según las pautas allí aprobadas⁵.

b) Atilio Aníbal Alterini. Universidad de Buenos Aires (Facultades de Derecho y de Ciencias Económicas y de Belgrano, Facultad de Derecho).

Proyecto de Recomendación:

7. La responsabilidad por riesgo introducida en el art. 1113, es incongruente con el sistema que informa al Código Civil, y ha sido concebida en términos desmesurados.

Fundamento: La responsabilidad, en el Código de Vélez, obedece a una nítida filiación subjetiva (art. 1067 y conc.), perturbada por el agregado hecho al art. 1113. Por lo demás su alcance es desmesurado, según razones expuestas en mi contribución al tema 14.

a) Presentada por el Dr. Boque F. Garrido (UNNE).

I) La responsabilidad sin culpa emerge del vicio de la cosa o del riesgo creado.

II) El vicio de la cosa tiene como presupuesto la mala calidad o defecto de la cosa que es causa eficiente de la producción del daño al escapar al control del dueño o guardián.

III) El riesgo creado presupone una actividad humana que incorpora al medio social una cosa peligrosa por su naturaleza o por su forma de utilización.

IV) En la responsabilidad sin culpa (vicio de la cosa o riesgo creado) es indistinta la del propietario o del guardián, el damnificado puede accionar contra ambos en forma simultánea.

La vigencia de los arts. 1067 y 1113 en su nuevo texto, crean para el jurista la obligación de desentrañar sus posibilidades de aplicación. Importa una postura de respeto a la convicción jurídica, por parte de quienes no justifican otra fuente de reparación de daños que el hecho moralmente imputable, la de propugnar la modificación del ordenamiento legal. Ello es plausible; pero, al mismo tiempo, es necesario y útil determinar el campo de aplicación de las normas jurídicas, que no son inconciliables. Tan es así, que los más ardientes partidarios del subjetivismo, no niegan la conveniencia de normas que fundadas en la equidad, determinen con precisión supuestos de responsabilidad objetiva.

Estimamos que nuestro sistema actual cabe considerarlo comprendido en la llamada categoría de conciliación. Demogue ha sugerido que la teoría del riesgo sólo debe ser invocada cuando, hay por parte del autor del daño, empleo de un organismo peligroso. Bettremieux, manteniendo como primordial la teoría de la culpa, propone dos esferas de aplicación para el riesgo. 1°) El hecho dañoso anormal; 2°) El hecho normal que coloque por explotación instrumental a la víctima y al autor del daño en momentánea situación de desigualdad material desfavorable a aquella. Savatier concibe su teoría que distingue el riesgo y la culpa como fuentes de responsabilidad civil, y lo hace con el aplauso de Ripert que en el prefacio de su libro expresara: El gran mérito de Savatier es haber demostrado en su libro, que bajo el mismo nombre de responsabilidad civil, hay dos instituciones jurídicas bien diferentes, y agrega, que admirablemente muestra que la idea de culpa debe conservar su primacía en el derecho y que sustituir a la culpa por el riesgo sería consagrar la victoria de la materia sobre el espíritu.

La responsabilidad sin culpa emerge del vicio de la cosa o del riesgo creado. No involucramos el supuesto del art. 907 en su nuevo texto; importa una categoría especial, la base es equitativa para reparar los daños; tiene un amplio sentido moral de justicia distributiva para mantener el equilibrio vulnerado por el hecho involuntario (nuestra ob. cit. I, pág. 104).

La distinción de la diversa naturaleza de estas causas, vicio de la cosa y teoría del riesgo, como presupuestos para la reparación de los daños se torna imprescindible para lo que estimamos más justa hermenéutica de la ley.

En el primer supuesto, vicio de la cosa, no corresponde exigir que haya creado una situación de peligro potencial; normalmente puede ser una cosa inerte, pero por un vicio ocasiona un daño; ello determina la reparación de daños.

En el riesgo aparece el peligro potencial que es presupuesto para la responsabilidad.

Todo ello delinea las categorías de hechos que generan obligación de reparar los perjuicios: a) actos ilícitos (arts. 1109, 1067, 900, 1076, etc.); b) responsabilidades reflejas; c) daños causados con las cosas; d) daños por vicio de la cosa; e) daños causados por riesgo, y f) daños por hechos involuntarios.

El vicio de la cosa tiene como presupuesto la mala calidad o defecto de la cosa que es causa eficiente de la producción del daño al escapar al control del dueño o del guardián.

El riesgo creado presupone una actividad humana que incorpora al medio social una cosa peligrosa por su naturaleza o por su forma de utilización ⁶.

Hemos sostenido al analizar el art. 1113 en la ob. cit. que consideramos que también exime de responsabilidad el caso fortuito y la fuerza mayor; una interpretación distinta desnaturaliza el sentido de los arts. 513 y 514 que son normas genéricas aplicables a todos los supuestos como eximentes de la obligación a cargo del deudor.

b) Presentada por el Dr. Jorge Joaquín Llambías (Pontificia Universidad Católica Argentina "Santa María de los Buenos Aires")

Auspiciar la siguiente declaración:

1) En principio, no hay responsabilidad sin culpa del responsable.

2) Es incompatible con la afirmación precedente la admisión de una responsabilidad genérica por el daño causado por el riesgo de la cosa.

3) La llamada responsabilidad por riesgo, que es en verdad una traslación o una distribución de daños por razón de equidad, o bien la exigencia da una obligación legal de garantía, no se justifica si previamente no se delimita el ámbito en que habrá de requerirse la reparación del perjuicio al creador del riesgo por el cual provino el daño.

4) En consonancia con los principios expuestos, que calan en lo más hondo de la teoría de la responsabilidad civil, se recomienda:

a) eliminar del actual art. 1113 C.C. las palabras “riesgo o”; b) agregar al art. 1067 un segundo párrafo concebido así: “Cuando el daño sea causado por el riesgo de una cosa, será aplicable el art. 907, segunda parte, con respecto al dueño o guardián de la cosa”.

Fundamento: Véase lo expresado por el ponente en el trabajo antes citado, parte publicada en el diario de “J.A.”, del día 17 de marzo de 1969, N 14; también el trabajo del autor titulado “El Derecho no es una física de las acciones humanas”, inserto en “L.L 107, 1015.

c) Presentada por el Dr. Jorge Mosset Iturraspe (Universidad Nacional del Litoral).

De lege lata

1. El Código Civil Argentino, con la reforma de la ley 17.711, ha dado entrada a la responsabilidad objetiva -también denominada “sin culpa”-; sin desconocer que, en la mayoría de los supuestos, puede encontrarse algún indicio de culpa.

2. La responsabilidad “por el riesgo o vicio de la cosa” -art. 1113. 2do párrafo- atribuida al dueño o guardián, constituye un supuesto de responsabilidad objetiva.

3. El agregado al art. 907, que autoriza a los jueces a disponer un resarcimiento a favor de la víctima del daño causado por personas privadas de voluntad, constituye un supuesto de responsabilidad objetiva.

4. El fundamento de la responsabilidad atribuida al principal por el hecho del dependiente - art. 1113, 1ª parte- es ajeno a la noción de culpa, en sentido tradicional ⁷.

d) Presentada por el Dr. Eduardo Lucio Vallejo (Universidad del Norte Santo Tomás de Aquino).

El IV Congreso Nacional de Derecho Civil,

Recomienda:

1) La derogación de los dos agregados al art. 1113 dispuestos por ley N° 17.711.

2) Mantener el art. 1113 con la siguiente redacción: “La obligación del que ha causado un daño se extiende a los daños que causaren los que están bajo su dependencia o por las cosas de que se sirve, o que son de su propiedad, o que tiene a su cuidado”.

3) Restablecer el art. 1133 derogado por ley N° 17.711, con la siguiente redacción: “Cuando de cualquier cosa inanimada resultare daño a alguno, su dueño o guardián se exonerará de responsabilidad acreditando la culpa de la víctima o de un tercero por quien no debe responder, o el caso fortuito o fuerza mayor.

Si la cosa hubiese sido usada contra la voluntad del dueño o guardián, no será responsable”.

4) Recomienda la sanción de una ley especial que prevea la responsabilidad por los daños causados por los accidentes de automotores.

5) Recomienda mantener la derogación del art. 1134 dispuesta por ley N° 17.711.

Fundamentos: Vélez excluyó en todo su sistema, la teoría del riesgo que evidentemente conocía, e imprimió a su código unidad. Una formación filosófico jurídica de respeto al hombre y sus valores determinó al codificador la adopción de la teoría de la culpa.

La reforma en cuanto dispone en la segunda parte del primer agregado al art. 1113 que, “si el daño hubiese sido causado por el riesgo o vicio de la cosa...” acepta la teoría del riesgo en nuestro Código, introduciendo una cuña que rompe toda su armonía en materia de responsabilidad.

Ubicado por formación filosófica en la teoría que defiende el hombre, y considerando que el derecho regula relaciones humanas, opinamos en favor de la derogación del agregado primero al art. 1113 del Código Civil dispuesto por ley N° 17.711.

IV) La gran preocupación en materia de responsabilidad extracontractual, proviene del aumento cada día más alarmante de los daños producidos por los accidentes de automotores. Ello hace necesario e imprescindible la sanción de una ley especial que los contemple teniendo presente las más modernas legislaciones al respecto (arts. 500 a 503 y 50° del Código portugués, arts 1910 y 1911 del Código Mexicano).

f) Presentada por el Dr. Iván Mario Díaz Molina (Instituto de Derecho Civil de Córdoba).

Si bien la responsabilidad civil se funda generalmente en la culpa del agente, las nuevas condiciones sociales y técnicas, de vida y de trabajo, exigen la adopción del sistema de la responsabilidad sin culpa para determinadas actividades.

Fundamentos:

1. Durante largo tiempo la responsabilidad civil ha basado su estructura sin contestación de ninguna naturaleza, en la teoría de la culpa. A fines del siglo XIX la generalidad de las legislaciones hacía descansar su sistema exclusivamente en el concepto subjetivo, de base psicológica y moral, es decir, en la culpa del agente. Pero obligadas a ponerse a tono con las necesidades modernas se vieron impelidos a reelaborar sus principios y revisar sus construcciones. No obstante ello, no fueron suficientes esas reestructuraciones y numerosos autores sostienen que el concepto de culpa, tal como se lo consideraba, era incapaz de resolver muchas situaciones que planteaba la vida moderna y proponen nuevos fundamentos que trataron de reemplazarlo.

2. Es así como la teoría de la responsabilidad por culpa, aunque sigue siendo el eje de la responsabilidad civil, ha debido dar entrada a la responsabilidad objetiva en muchos aspectos en los últimos 50 años. Ya resulta insuficiente dadas las condiciones en que se desenvuelve la vida jurídica contemporánea.

No bastaron las atenuaciones y paliativos que los defensores de la teoría subjetiva elaboraron para tratar de suavizar sus efectos y ponerla más en contacto con la realidad moderna, favoreciendo a la víctima del acto ilícito.

Esas atenuaciones y correcciones son cada día más numerosas y exigen la aplicación de las normas objetivas para lograr la armonización de los derechos del agente y de la víctima sin afectar el progreso y el desarrollo de la ciencia y de la economía general.

3. Frente al reinado de la doctrina tradicional se levantó otra que trató de proporcionar una base diversa para la prueba y fijación del daño. Ella tendía a proporcionar a la víctima de un acto ilícito, por el cual había sufrido un perjuicio, la seguridad de que le sería resarcido.

Según la teoría objetiva la culpa no puede ser tenida como índice necesario y exclusivo de la responsabilidad civil, ya que ésta surge como resultado inmediato de una relación de causa a efecto. Prescinde del elemento anímico del autor del daño, es decir, no exige que el acto haya sido ejecutado con discernimiento, intención y libertad. Exige solamente que el acto viole una norma legal y se produzca un daño.

4. Las nuevas condiciones de vida y de trabajo que se insinuaban en el último tercio del siglo XIX, indujeron a los teóricos del derecho a considerar a la doctrina clásica como

insuficiente para ser aplicada a esas nuevas condiciones. El auge del maquinismo, el extraordinario progreso de la ciencia y de la técnica, paralelo a ello el incremento operado en el área de la industria originaban nuevas condiciones y situaciones de trabajo entre el empleador individual, la empresa y el trabajador u operario.

5. Pensamos que no es posible, en el estado actual del desarrollo y perfeccionamiento de la ciencia y de la técnica, prescindir de aspectos de una y otra posición. Si es necesario considerar a la persona humana como centro y motor de las acciones del hombre, también es necesario considerar esas situaciones desconocidas tiempo atrás, que la desplazan. Hay que tener en cuenta, además, tanto los derechos del individuo como los de la sociedad, tanto los del autor del daño como los de la víctima. Por ello, debemos aceptar la coexistencia de las doctrinas subjetiva y objetiva.

6. La teoría objetiva, adoptando la forma del riesgo creado, debe aplicarse especialmente a los supuestos de responsabilidad civil por los accidentes de trabajo; a los daños causados por aeronaves a personas y cosas en la superficie; a los causados por la circulación de automotores; a los causados por el transporte, ya sea de mercaderías o pasajeros; a los ocasionados por la ruina de inmuebles, por los animales y por instalaciones eléctricas y en los casos de abuso del derecho. Igualmente debe aplicarse a la responsabilidad de los padres, tutores, maestros y directores de colegios y, en gran medida, en algunas responsabilidades que derivan del sector público. A ello deberán agregarse los daños causados por accidentes de caza y por el hecho de los dependientes.

Por otra parte, las nuevas condiciones técnicas derivadas de la utilización de la energía nuclear, creará situaciones de hecho con repercusiones jurídicas, a las que será forzoso la aplicación de las normas objetivas.

7. Todo ello se comprueba examinando la legislación moderna, tanto nacional como internacional, en las situaciones señaladas, que tiende a consagrar cada vez más la teoría de la responsabilidad sin culpa.

Dictamen preliminar del Dr. Atilio A. Alterini (Universidad de Buenos Aires).

A) DE JURE CONDITO - *Declaración.*

1. El agregado hecho al art. 1113 del Código Civil que comporta recibir la teoría del riesgo, agrieta el sistema mediante la intromisión de un elemento que conmueve sus principios.

Fundamento: El nuevo texto contradice el nítido sistema de los arts. 1067, 1109 y conc.

2. Debe interpretarse, a pesar del silencio de la ley, que el sindicato como responsable puede liberarse del deber de reparar que se le imputa mediante la demostración del caso fortuito extraño al riesgo de la cosa o actividad.

B) DE JURE CONDENDO - *Recomendación.*

Debe modificarse el art. 1113 en cuanto atribuye desmesuradamente el deber de reparar por el riesgo de la cosa, señalando concretamente: a) los casos en los cuales opera; b) la facultad del sindicato como responsable de excusarse mediante la demostración de obedecer el daño a una causa extraña; c) el tope cuantitativo de ese deber de reparar, sin perjuicio de la vigencia de las pautas generales (art. 901 y ss.) si se demuestra culpa o dolo del responsable.

Despachos. Consideración. Sr. Presidente (López de Zavalía). - Queda abierta la sesión.

La responsabilidad sin culpa. Despachos. Consideración. El Cuarto Congreso Nacional de Derecho Civil, *Recomienda:*

Como pautas interpretativas del art. 1113 reformado, las siguientes:

1) “El vicio de la cosa tiene como presupuesto la mala calidad o defecto de la cosa que es causa de la producción del daño”. FIRMANTES: 15 votos.

2) “El riesgo creado presupone una actividad humana que incorpora al medio social una cosa peligrosa por su naturaleza o por su forma de utilización”. FIRMANTES: 12 votos.

Aquiles Guaglianone - Presidente - Pablo A. Horvath - Secretario - Hernán Cortés - Roque Garrido - Marcelo Urbano Salerno (no votó el punto 2) - Isidoro H. Goldenberg.

El Cuarto Congreso Nacional de Derecho Civil, DECLARA:

1) Que no obstante las reformas introducidas por la ley 17.711, sigue rigiendo, como principio general, la idea de que no hay responsabilidad sin culpa del responsable. FIRMANTES: 17 votos

2) Que la Reforma del Código Civil ha admitido casos específicos de responsabilidad por riesgo. FIRMANTES: 14 votos.

3) Que la llamada responsabilidad por riesgo no se justifica si previamente no se delimita el ámbito en que habrá de requerirse la reparación del perjuicio al creador del riesgo por el cual provino el daño. FIRMANTES: 16 votos.

Sr. Garrido. ...frente al problema de la responsabilidad o de la llamada responsabilidad sin culpa en nuestro derecho civil. Este es un tema, que, por la poca feliz modificación de las normas legales vigentes, ha producido el máximo desconcierto; permitiendo sostener las más dispares posturas, con respecto a cuál es en la actualidad el verdadero régimen de la responsabilidad en nuestro derecho civil. Permite ir desde la postura de quienes afirman que ha muerto el principio de la responsabilidad por culpa, para ser sustituido, casi en su totalidad, por un sistema de responsabilidad objetiva, cuyos verdaderos límites no han sido trazados por el legislador. Otros sostienen posturas intermedias que buscan una armonización de los textos, a fin de dar un contenido a las normas que deben aplicarse por los jueces argentinos. Existen otras tesis que consideran que acoger pese a su consagración legislativa la teoría del riesgo, implicará colocar toda conducta humana, bajo la esfera de esa manera de entender la reparación de los daños. Quienes así piensan estiman preeminente el principio de la responsabilidad por culpa; y que aquél instrumento, que se califica de peligroso, no debe tener prácticamente aplicación hasta tanto se lo encierre en “una jaula” y se marquen exactamente sus límites, por normas expresas, para evitar interpretaciones que, se consideran en muchos casos, podrán ser arbitrarias, y sin otra limitación que la voluntad de quien interprete circunstancialmente la norma legal.

Una disparidad tan amplia, que comprende extremos tan distantes, nos obligó a todos a buscar la senda de una posible armonización; era necesario que nuestra comisión analizara la realidad legal, estudiara la posibilidad de un mecanismo, incluso de interpretación, para que no pasara este tema de tanta trascendencia por este Congreso sin dar por lo menos pautas, que nos señalen cuál puede ser realmente la situación legal actual, y cuál debiera ser en el futuro la regulación de este instituto, para ubicarlo en su verdadero lugar, dentro del tema general, “La responsabilidad”.

Sr. Presidente (López de Zavalía). - *Tiene la palabra el doctor Llambías.* Sr. Llambías. - Señor presidente: Habré de fundar lo más brevemente que me sea posible, el dictamen que aconseja eliminar la noción de riesgo creado como un principio general de responsabilidad civil. En primer término, debo conceder que la tesis del riesgo creado reduce por su simplicidad en un mundo tan complicado como el que vivimos, que estimula a buscar las soluciones más sencillas. Empero, no es admisible la simplificación del orden social si ella entraña una regulación inadecuada de la conducta humana, y consciente del sacrificio de los valores morales en lo que va implicado el propio sacrificio de la persona humana. Desde este punto de vista la teoría del riesgo creado al disociar la responsabilidad de la censura que merece la conducta humana sancionada es gravemente funesta. Propugna sin que ello haya sido advertido por los sostenedores de la tesis, una organización social vaciada en sus cimientos de sustancia moral, pues, indudablemente si hay algún asunto en que aparece más clara esa inmersión del derecho en el orden ético, es en el problema de la responsabilidad, que no es posible resolver haciendo abstracción del efectivo estado de conciencia del imputado.

Si se postula el principio general de responsabilidad del dueño o guardián de una cosa por el daño causado por el mero riesgo de dicha cosa, se admite también "*velis nolis*" que quien pone el antecedente de un hecho es responsable de las derivaciones que estén ligadas con ese hecho por una relación de causalidad material. Ya no interesa la imputación moral del hecho o consecuencia dañosa, al dueño o guardián de la cosa que ha servido de antecedente porque la razón de la indemnización no está en el dolo o culpa del responsable, sino en el mero riesgo que él ha creado, aun inculpablemente. Se está en presencia, así, de una responsabilidad puramente objetiva en el pleno despliegue de la causalidad material: se responde no porque haya mérito para sancionar una conducta reprochable, sino porque se ha originado el factor material del cual como condición "*sine qua non*" provino el daño. Es una concepción regresiva de la responsabilidad civil que arrasa con toda valoración de la conducta del agente y arruina el cimiento moral del orden jurídico. Ella estimula insensiblemente una comprensión del derecho que lo convierte en una física de las acciones humanas y favorece una involución de siglos, una vuelta a la convivencia primitiva, a un atender a la cruda materialidad del obrar, sin advertir que los actos humanos son tales por el sentido intencional que los anima y carga de significación inteligente, pues, de otro modo, desprovistos de esa característica esencial quedan destituidos de su dignidad para pasar a ser simples hechos del mundo animal en los cuales no está comprometida la persona humana. Cuando se transita por esa vía se degrada al derecho que es el orden social justo, reduciéndolo a un modo autoritario de convivencia colectiva, -una cierta organización de la fuerza- carente de sustentación moral; a una ordenación extrínseca en la que las sanciones resultan distribuidas arbitrariamente y sin razón suficiente, sin conexión con el mérito de la conducta obrada, lo que no deja de ser la amenaza que se cierne sobre la civilización contemporánea que tanto nos deslumbra en el plano material, pero que corre el peligro de deshumanizar y desdibujar la fibra moral de aquellos órdenes culturales como el jurídico donde deben reinar incontestablemente los valores del espíritu. Porque el derecho no es una simple técnica de la organización social, de signo indiferente, sino ciencia de la cultura, que interpreta el bien del hombre y propende a él, instaurando la justicia en la sociedad. Sin duda por esa subestimación de los factores subjetivos que proveen la substancia de los actos propiamente humanos, que está en la raíz de la tesis del riesgo creado, la teoría, como principio general de responsabilidad, ha merecido la repulsa de la doctrina más acreditada.

Luego de un cuarto de hora de entusiasmo, todos los grandes juristas que se han ocupado del tema, con muy escasas excepciones, han repudiado la teoría del riesgo creado, como fundamento explicativo de la responsabilidad en general; sólo algunos aceptan que la tesis pueda tener alguna función, con respecto a ciertas hipótesis particulares, que naturalmente hay que comenzar por describir con precisión, para que la idea del riesgo creado latente en esos supuestos, no se desorbite desquiciando la teoría general de la responsabilidad en las restantes situaciones. Cuando el legislador extranjero ha acogido la idea del riesgo ha procedido de esa manera, -casos de los códigos mexicano, soviético y portugués de 1966-, encajonando la noción en supuestos prefijados. Es de lamentar, pues que el legislador argentino haya obrado diversamente y que haya establecido un principio genérico de responsabilidad por el daño causado por el riesgo de la cosa, que de hecho entra en necesario conflicto con el principio de la responsabilidad por culpa, como habremos de demostrarlo seguidamente.

En el orden teórico como en el orden práctico es incompatible la norma genérica de una responsabilidad objetiva, con la sana filosofía jurídica que late en el Código de Vélez para el cual no hay acto ilícito punible para los efectos de este código sin que a su agente se le pueda imputar dolo, culpa o negligencia. En efecto si no hay acto ilícito sin culpa o dolo de su autor, ¿cómo, mientras eso se respeta, se puede distorsionar la teoría de la responsabilidad civil, haciendo entrar en ella una responsabilidad sin culpa por el riesgo creado? Es pretender unir a dos contrarios, porque de eso se trata, de dos filosofías opuestas, la del Código de Vélez, penetrada de espíritu que vivifica y la teoría del riesgo creado que entendida en la latitud de los términos con que la ha recibido la ley 17.711, deshumaniza y cosifica, es decir, los hace cosa a los actos del hombre. Esa convivencia de dos filosofías contradictorias en el seno de un mismo cuerpo legal es imposible de practicar; porque o se acepta que sin culpa no hay responsabilidad como lo quiere el art. 1067 del Código y entonces se admite la exención de responsabilidad proveniente del riesgo de la cosa probando la ausencia de culpa del dueño o guardián de esa

cosa, contra lo prevenido en el nuevo art. 1113 segunda parte; o se estima que la responsabilidad por riesgo juega igualmente aunque el dueño o guardián no sea culpable, con lo cual se respeta el art. 1113 nuevo, pero se infringe el art. 1067.

Es imposible servir a dos señores, como lo es también buscar la conciliación de dos principios contrapuestos generales, que tienen ambos una vigencia expansiva e indefinida. Todavía si la responsabilidad por riesgo jugase dentro de un ámbito limitado, por ejemplo, en caso de accidentes causados por vehículos, -como así lo prevé el art. 503 del nuevo código portugués de 1066- la conciliación sería factible; habría un principio general de responsabilidad por culpa y una en especie para cierto sector particular previamente delimitado de responsabilidad por riesgo y sin culpa. Lo que es contradictorio, lógicamente, es el funcionamiento simultáneo de dos principios genéricos de responsabilidad por culpa y por riesgo.

Por esto la minoría de la comisión ha proyectado este dictamen en el cual se enuncia la necesidad de que se reforme el art. 1113 del Código Civil estableciendo el límite del ámbito donde habrá de imponerse la reparación del perjuicio al creador del riesgo del cual proviene el daño; y asimismo encara la necesidad de que se señale que el demandado como responsable puede excusarse mediante la demostración de obedecer total o parcialmente el daño a una causa extraña, así como que debe haber un tope cuantitativo, razonable a ese deber de reparar el daño, es decir una indemnización tarifada, en esos supuestos donde no juega la culpa sino objetivamente el riesgo que se ha creado con el empleo de la cosa de la cual ha provenido el daño en esa circunstancia. Nada más.

Sr. Presidente (Díaz de Guijarro). - Tiene la palabra el doctor Casiello.

Sr. Casiello, Juan José: Advierto, de entrada, que no aplaudo la forma en que la ley 17.711 ha incorporado algunos principios del sistema que se ha dado en llamar de “responsabilidad objetiva”.

Pero si no aplaudo el texto o la estructura de la norma, sí puedo aplaudir la intención evidente que traduce esta reforma legal al pretender ampliar el campo de la responsabilidad o, si se quiere, por lo equívoco de la palabra responsabilidad (cuando se la separa de la culpa), al pretender ampliar el campo del “derecho de reparación de daños”.

Es que el cambio, en esta materia, señores, es una exigencia de la vida moderna, de las nuevas circunstancias en las cuales se desenvuelve la vida del hombre de hoy, tan distintas a las que lo rodeaban hace un siglo, cuando se sancionó nuestro Código Civil. Se impone, pues, acudir a nuevos principios para dar solución a los nuevos problemas.

Claro que no olvido la culpa -entendida como reproche, como repudio que merece cierta conducta humana- lejos de olvidarla, pienso que debe ser el centro de la teoría de la responsabilidad. Es indudable el fundamento ético y hasta el valor educativo que significa basar la responsabilidad en la culpa del agente del daño. Por eso, insisto, la culpa debe ser el eje del sistema de la responsabilidad civil. Pero hay veces en que hay daño sin culpa, o no puede probarse ésta, porque el daño no resulta directamente de la conducta de ningún hombre. Y entonces es preciso buscar por otra vía, ajena quizá a la culpa, una solución de justicia para que se repare igualmente el entuerto ⁸.

Sr. Presidente (López de Zavalía).- Estando agotado el debate, ***se procederá a votar el despacho de la mayoría.***

- Se vota y aprueba en general y particular sin observación.

Sr. Presidente (López de Zavalía). - Se ha emitido 46 votos por la afirmativa y 35 por la negativa.

Responsabilidad sin culpa. Recomendación del Dr. Brebbia. Consideración

Sr. Presidente (Díaz de Guijarro). - Se va a considerar la recomendación de que es autor el doctor Brebbia. Sr. Brebbia. - Señor presidente: el insigne civilista Dr. Héctor Lafaille, al tratar

el art. 521 del Código de Vélez, intitulaba el capítulo dedicado a estudiarlo “El enigma del artículo 521”. Deberíamos emplear el mismo epígrafe para tratar el art. 1113 reformado por la ley 17.711; sólo que en este caso no se encuentra dubitado el texto de la disposición legal sino su sentido, que resulta imposible de desentrañar si se quiere dar a la norma un contenido congruente.

Esta disposición introducida por la ley 17.711 constituye un impacto formidable sobre todo el sistema de responsabilidad civil estructurado por Vélez. Creo que lo más grave de la cuestión se encuentra en el segundo apartado de la actual norma cuando dice: “en los supuestos de daños causados por las cosas, el dueño o guardián, para eximirse de responsabilidad, deberá demostrar que de su parte no hubo culpa”. Se establece así el régimen de la inversión de la prueba de la culpa para todos los supuestos de daños producidos con cosas; absolutamente para todos, sin ninguna excepción; lo que constituye una solución sin precedentes en el derecho comparado y que tampoco encuentra apoyo en la jurisprudencia francesa, que ha consagrado esa inversión de la prueba de la culpa únicamente en el ámbito de los accidentes de automotores y no para todos los daños producidos con cosas que, como se sabe, son la inmensa mayoría de los casos en que se origina responsabilidad civil...

Luego de algunos embates a su ponencia, Brebbia hizo uso del derecho de réplica y afirmó: Entiendo que la disposición del art. 1113 es desacertada y propicio de *lege ferenda* la completa supresión del agregado que le impuso la ley 17.711. El régimen de la responsabilidad debe continuar estructurado sobre las bases establecidas en el Código de Vélez: distinción entre el hecho del hombre y del daño derivado de las cosas inanimadas. Ese régimen deberá ser completado en una futura reforma de la manera propuesta por las Segundas Jornadas de Derecho Civil de Corrientes, con un régimen que regule las actividades peligrosas, porque el artículo actual -y en eso coincido con el Dr. Ramella- se refiere exclusivamente a las cosas peligrosas en si mismas, no a las que son peligrosas por su uso, porque cualquier cosa puede ser peligrosa por su uso, incluso un alfiler.

También propicio un régimen que regule de manera especial el problema de los accidentes de automotores, porque es el “fantasma del automóvil” el que ha hecho trastocar todo el sistema de la responsabilidad civil, no reparándose que lo que hubiera convenido habría sido legislar expresa y específicamente sobre estos casos y no introducir normas que pueden funcionar bien en un ámbito especial, pero que conducen al caos al ser erigidas como sistema general de la responsabilidad civil. Todo este sistema deberá ser completado con el seguro obligatorio de la responsabilidad civil, también estructurado en las Segundas Jornadas de Corrientes. Nada más.

Sr. Presidente (Díaz de Guijarro). - Se va a votar la recomendación del doctor Brebbia. - Se vota y es rechazada.

Recomendación del IV Congreso N° 8, Tema XIV

Como pautas interpretativas del art. 1113 reformado, las siguientes:

- 1) El vicio de la cosa tiene como presupuesto la mala calidad o defecto de la cosa que es causa de la producción del daño.
- 2) El riesgo creado presupone una actividad humana que incorpora al medio social una cosa peligrosa por su naturaleza o por su forma de utilización ⁹.

2. Acerca de las cosmovisiones en materia de responsabilidad civil

Podrán observar con claridad, con sólo leer el extracto de las Jornadas que tuvimos el atrevimiento de reproducir, que todo depende en las soluciones arribadas de la cosmovisión que tenga el jurista cuando expone su tesis. De hecho en esta materia hay dos cosmovisiones

claramente enfrentadas: la de los “clásicos” y los “modernos”. O dicho con otra terminología: los subjetivistas *versus* los objetivistas ¹⁰.

En este punto vamos a seguir al maestro tucumano, Fernando López de Zavalía (presidente cuando se llevó la cuestión a debate, en lugar que correspondía a Jorge Joaquín Llambías, quien se quedó en su escaño para defender su ponencia) quien al menos en tres oportunidades con posterioridad a las mentadas Jornadas hizo referencia al tema central en discusión: las cosmovisiones.

El 9 de junio de 1983 el ilustre jurista brindó una conferencia justamente en la ciudad de Córdoba ¹¹ titulada “Las dos grandes cosmovisiones en materia de responsabilidad civil”. En tal oportunidad nos señala que existen dos grandes corrientes enfrentadas en nuestro derecho civil: la de los juristas clásicos para quienes la obligación de responder se funda en una atribución que se hace al sujeto en base a factores subjetivos, tales factores “subjetivos” actúan en dos niveles: primero en tanto que requieren cierta dirección intencional (culpa o dolo) y, por ende, que el sujeto sea imputable moralmente y segundo en el terreno de la causalidad, “porque no se tiene en cuenta el solo encadenamiento de los hechos físicos y de sus consecuencias, y se los atribuye de un modo distinto según haya dolo o culpa” ¹²; mientras que en el otro extremo está la visión de los juristas ‘modernos’, que es mucho más simple pues se prescinde de todo factor subjetivo. Tales juristas son partidarios de la responsabilidad objetiva, cuyo principal factor de atribución del daño es el riesgo. Para el citado autor, “estas doctrinas de la responsabilidad objetiva son arcaicas, peligrosas, materialistas y deshumanizante” ¹³.

En idéntico sentido expresa Salerno que “*Para esta posición deshumanizada, ya no hay más culpables, sino responsables. A todo precio hay que hallar quien tenga cierto poder económico para hacer frente a la indemnización*” ¹⁴.

Respecto del agregado propiciado por la Ley 17.711 al art. 1113 del Código de Vélez, afirma López de Zavalía, que es un malhadado (infeliz, desgraciado) agregado. En cuanto a su interpretación, mucho depende de la “influencia ideológica” que tenga quien la realice. De hecho hemos podido observar las interpretaciones más variadas posibles.

En otra ocasión, específicamente en las Jornadas sobre Responsabilidad Civil en homenaje al Dr. René Padilla ¹⁵ (nuestro padre y primer maestro), el que fuera Presidente en el debate que tratamos, al hacer el cierre de las mismas, habló sobre el significado de la “responsabilidad civil”. Pues al parecer en nuestra doctrina se usan lenguajes distintos, lo que nos llevará al famoso episodio de la Torre de Babel. Pues López de Zavalía en tal oportunidad concluye que la palabra responsabilidad es usada al menos en tres sentidos distintos, por lo que pertenece al mundo de la plurisignificación. En efecto a veces se la usa como sinónimo de *Schuld* (deuda); otras como *Haftung* (responsabilidad); otras como “obligación” en su totalidad y otras tantas con significados bien distintos a estos tres ya señalados. Esto llevó a un enredo terminológico, propio de la “magia” que esta palabra encierra.

Entonces, siguiendo con este razonamiento, la palabra responsabilidad tiene su magia frente al pueblo, “en el uso popular, ‘responsabilidad’, tanto moral como penal, involucra una acusación con un justo reproche, por lo que aplicada a lo civil, en los casos en los que el factor de atribución no es la culpa, parece extender su capa de justicia, por una suerte de inercia mágica de la palabra, que insensiblemente, en forma cada vez más atenuada, se va trasladando a la culpa *in vigilando*, a la culpa *in eligendo*, a la creación de riesgo, etc.” ¹⁶. Piensa el maestro tucumano que este “prestigio” es una de las razones por las que tanto juristas emplean el término “responsabilidad” hablando de cosas distintas y enrostrándose recíprocamente el no haber comprendido, precisamente, lo que es la responsabilidad. Pero esto no es tan sólo cuestión de palabras, porque en el fondo del debate están en combate las distintas cosmovisiones, remata el mentado autor.

Un razonamiento parecido puede verse en Nino, entre otros, cuando afirma que “*El término responsabilidad tiene varios sentidos, tanto en el lenguaje corriente como en el de los juristas*” ¹⁷.

La tercera vez que observamos que López de Zavalía toca el tema, es cuando gentilmente nos prologa un libro de nuestra autoría. Al ‘hablar’ sobre nuestro concepto de responsabilidad civil, dijo que el mismo tenía algo de redefinición lexical, un quid de directivas técnicas, un

quantum de cosmovisión y mucho de temporalidad. En cuanto a la cosmovisión afirmó que es imprescindible, que sin ella no se vive. En lo referido a la temporalidad expresó que “*cobra otro color, pues quizás los que hoy supervaloran el factor Daño, sean profetas de un futuro en el que el Estado se haga cargo de cualquier desgracia de sus súbditos que no sea descargable sobre particulares. Quizás, por lo menos, el Estado advierta la discutible senda por la que está transitando, al multiplicar los factores objetivos de atribución, pregonando una solidaridad fácil de proclamar cuando se ejercita con bolsillos ajenos y cerrando los ojos a las exigencias del progreso. Cuando el Estado mismo asuma la solidaridad que, a fuer de tal, debiera ser de todos, magistrado inclusive que la invoque en sus sentencias, habrá que repensar*”¹⁸.

Si nos hemos tomado esta licencia de citar a López de Zavalía es con la intención de participar de su idea y aclarar que casi todo lo que se diga, no tan sólo en materia de responsabilidad civil, es obra de pre-juicios, formación ideológica (‘pre-ideas’), corriente a la que uno pertenece (creencias religiosas, partido político, club, etc.), en una palabra “cosmovisión”. Y en nuestro caso depende de pertenecer a la doctrina clásica o moderna. Por cierto que la “moderna” no es en realidad tan moderna...

Así las cosas, nos declaramos “clásicos”, pero no somos extremistas ni mucho menos vamos a desconocer lo prescripto por el legislador. En pocas palabras, se trata de saber cuál es la regla que debe imperar en casos no cubierto por las excepciones. Pertenesco, a ese “grupo de hombres ingenuos que siguen creyendo en la vieja teoría de la culpa”¹⁹.

En esta senda, a pesar de que tenemos ciertas diferencias, Brebbia señaló que “*La fuerza expansiva que se pretende adjudicar a la teoría del riesgo en el campo doctrinario, conspira precisamente contra su inserción dentro del campo de la responsabilidad civil, en el que se encuentra pacíficamente admitida como factor específico de atribución de responsabilidad, al lado de la culpa -que constituye el factor general de responsabilidad- y de otros factores bien diferenciados, como la garantía por el hecho de otro, la equidad y la solidaridad social*”²⁰.

De hecho, cuatro décadas después de aquel famoso Congreso que hoy nos convoca, las discusiones son prácticamente las mismas. Lean artículos u obras actuales y desmientan lo afirmado. Es más, llamativo resulta ser que dos discípulos del mismo maestro, Luis Moisset de Espanés, en este punto tengan ideas encontradas²¹. Igual que antes y cada uno con su cosmovisión particular. Por otro lado, sería bueno, cuando no ‘ideal’, que entre tantas tesis y antitesis expuestas se llegue alguna vez a una síntesis superadora...

3. Sobre las presunciones de culpa

Han de suponer los lectores el impacto que tuvieron las Jornadas en los ulteriores desarrollos jurídicos acontecidos en nuestro país. De hecho prácticamente todos los congresistas “activos” desarrollaron con posterioridad sus posturas defendidas desde el nacimiento de la “perturbadora” ley 17.711. En Congresos y Jornadas realizadas en adelante podremos observar su influencia. Lo mismo cuadra decir respecto de lo acontecido en nuestra doctrina vernácula. Y ni hablar de la jurisprudencia, que siempre se hace eco de estas corrientes, amén que ciertas soluciones ya se venían anunciando pretorianamente. Además los legisladores que vinieron después a establecer nuevos subsistemas responsabilizantes estaban envalentonados, dando así génesis a nuevos regímenes, no exentos de críticas, con fundamentos objetivos.

Pero también hoy encontramos defensores de la teoría de la culpa. Sin dudas que tienen un gran aporte moralizante y que están munidas de una implacable lógica interna. Lamentablemente no podemos compartirla ‘íntegramente’ por las razones que expondremos, ello a pesar de confesarnos “clásicos”. Tales doctrinas aún defienden a toda costa a la célebre fórmula atribuida al gran jurisconsulto Domat, *pas de responsabilité sans faute*, y consagrado tiempo después en el Código napoleónico en su art. 1382²².

Es verdad que tratamos con “un solo Código”. Este debiera ser armónico, coherente, integrado. Debiera ser un conjunto lógico dotado de unidad sistemática. No tendría que tener

principios que se opongan entre sí. Pero en nuestro caso, si bien el Código es único, dos fueron los legisladores fundamentales, y cada uno con sus principios le imprimieron su impronta, su sistema, sus conceptos, sus ideologías, su cosmovisión. No se discute que el Código de Vélez 'puro' gozaba de una lógica casi perfecta. Pero cuando otro legislador, un siglo después, impone su cosmovisión, modificando, agregando y suprimiendo normas fundamentales del Código "básico", obviamente se generan los problemas interpretativos. Y no vale más un artículo que otro. Ni mucho menos por el hecho de ser agregado con 'posterioridad'²³ (derogación tácita). Pero ello sin dudas que nos hacen revisar la doctrina clásica en temas fundamentales del derecho civil y por supuesto que la responsabilidad no está exenta a esta nueva forma de ver las cosas.

Y que el legislador de 1968 modificó principios claves, basta con recordar lo sucedido en artículos como el 43, 522, 656, 666 bis, 907, 954, 1069, 1071, 1083, 1185 bis, 1198, 1113, 2513 y 2514 del Código Civil, entre otros tantos. Dirán algunos que se actualizó el Código a la época actual, que limitó el individualismo propio de la época de la sanción del Código de Vélez, que 'armó' a los jueces con verdaderas herramientas para evitar abusos, que protegió al débil, que se guió por principios como la solidaridad, equidad, etc. Pero no es este el lugar para discutir los aciertos y errores, tema hartamente tratado por nuestra doctrina.

Volviendo a lo nuestro, hay quienes ven en el art. 1113 reformado sólo presunciones de culpa. Doctrina muy interesante, repetimos, lógica y moralista. Pero la coherencia se obtiene dando preferencia a unas disposiciones por sobre otras, como al art. 1067 sobre el 1113. Ya vimos las polémicas suscitadas sobre el particular. Pues dice hoy el Dr. Benjamín Moisés²⁴ -nuestro gran amigo- que la primera parte del art. 1113 consagra una presunción absoluta de culpa (*iuris et de iure*); una presunción relativa (*iuris tantum*) la primera parte del segundo párrafo del artículo en cuestión y una presunción agravada de culpa²⁵ la segunda parte del segundo párrafo de la norma en 'crisis'.

Desde nuestra óptica compartimos gran parte de las conclusiones a las que arriba el mentado jurista, pero deploramos no acompañarlo en lo referido a los daños producidos "por" el riesgo o vicio de las cosas²⁶. Aquí no vemos ninguna presunción de culpa, más bien se determina en tal norma no ya la culpa, sino la 'responsabilidad' si constatamos la presencia de los demás requisitos responsabilizantes. En pocas palabras, prescinde de la culpa. Además, si fuera una presunción, nos preguntamos con Luis Moisset de Espanés "*¿qué presunción es ésta, que no admite la prueba de descargo, e impone la obligación de resarcir, aunque el responsable pruebe que de su parte no ha habido ninguna culpa?*"²⁷.

El mismo Orgaz señaló hace cuatro décadas que los casos de presunción de culpa establecidos en nuestro Código son dos: la responsabilidad de los padres, tutores, curadores, directores de colegios y maestros artesanos por los daños que causen los incapaces que están a su cargo; y la responsabilidad derivada de los daños causados "con" las cosas. Respecto de la responsabilidad de los "patronos", dice el maestro cordobés que no es un caso de presunción de culpa por el hecho ilícito protagonizado por su dependiente, puesto que "*probada la culpa del subordinado (dolo y culpa) -y reunidas las demás condiciones- el patrono responde inexcusablemente del daño ocasionado, sin que le sea permitida ninguna prueba de inculpabilidad personal: él responde independientemente de toda culpa propia*"²⁸. El citado autor al tratar sobre la responsabilidad derivada por el riesgo o vicio de la cosa directamente nos habla sobre casos en los cuales existe una "presunción de causalidad", señalando que quienes no quieren reconocerlo, aferrándose a la doctrina subjetivista (en forma "extremista", por decirlo de alguna manera) "*recurren a interpretaciones disimuladas -como la llamada "culpa en la guarda"- o al artificio de las presunciones absolutas o juris et de jure que, por ser absolutas, ya no son presunciones sino ficciones*"²⁹.

Así las cosas, entendemos que los factores objetivos deben estar previamente determinados por la ley, y que en realidad funcionan siempre como excepciones al principio general de que no existe responsabilidad sin culpa. En cuanto a ésta, lejos está de nuestro anhelo desterrarla, ni

siquiera en estas situaciones “objetivas”. Siempre será importante y relevante probar efectivamente la culpa del sindicado como responsable.

Desde nuestro modo de ver, si el legislador hubiere presumido culpa en estos casos ³⁰, a la víctima no le interesará probar esta *culpa presumida* de la cual tampoco el presunto responsable podrá desvirtuarla demostrando haber obrado acorde con la diligencia debida en el caso (prueba de la no culpa). Con tal inteligencia, la culpa quedaría de lado, y sólo de nombre la tendríamos “presumida” ³¹.

Pero nosotros sinceramente pensamos que casi siempre está presente, ya sea en su forma omisiva *ab initio* ³², o de cualquier otra forma. Estimamos que si en la emergencia se logra probar la culpa del responsable (y ni hablemos de la culpa de la víctima o de un tercero) ya tendríamos argumentos serios que despejarían la duda de cómo imputar las consecuencias; amén que al autor doloso se le achacarían mayores consecuencias (arts. 521 y 904 C.C.) y no podría ver atenuada su responsabilidad (art. 1069 *in fine* C.C.); además podrá el juez (si es subjetivista) imponer condena sin perturbaciones de índole moral; por cierto que en gran parte excluiríamos la culpa de la víctima o de un tercero, o al menos se probaría una probable concurrencia de culpas (hay que averiguar la incidencia causal de cada culpa y su gravedad). Entonces ¿no es importante probar el factor de atribución subjetivo? Hasta en la llamada responsabilidad objetiva ³³, que bien podríamos denominarla “reparabilidad” objetiva, es fundamental el rol que juega aún la culpa.

4. Panorama general de la “responsabilidad sin culpa”

Entonces, con lo señalado precisamos que el factor de atribución será de naturaleza objetivo siempre que, ya sea por ley o por estipulación de las partes, se prescinda de la subjetividad del sindicado como responsable o del agente causal ³⁴.

Como podrá advertirse, acudimos a una “definición negativa”: “habrá reparabilidad objetiva cuando la misma no sea subjetiva”. Parece obvio, y lo es. Ello porque, además, la heterogeneidad de los factores objetivos nos impiden llegar a una definición única de “responsabilidad” objetiva.

Otra característica de nuestro concepto es que **el factor de atribución puede ser objetivo tanto respecto del responsable como del agente causal e incluso, de los dos a la vez**. Cuando se incurre en este último supuesto podemos hablar de una “imputabilidad objetiva pura”, que significaría atribución del daño únicamente en virtud de la causalidad, la que, para ser sinceros, aclaramos que prácticamente no existe en nuestro régimen ³⁵.

Por supuesto que el factor puede ser objetivo respecto de uno (v.gr. responsable) y subjetivo en cuanto al otro (agente causal) y de esta clase de “**responsabilidad mixta**” son, en nuestro modesto entender, la mayoría de los casos de responsabilidad refleja.

Habíamos resaltado que esta forma de atribuir responsabilidad **siempre debe fundarse en la ley o, lo que es lo mismo, en la voluntad de las partes** (que constituye para ellos, una ley; art. 1197 C.C.). Esto es así en nuestro ordenamiento vigente y también lo es, aunque a muchos duela, en el último proyecto ³⁶. Es decir que, sin norma legal o convencional que establezca lo contrario, el factor de atribución será subjetivo. Entendemos que esta es la buena doctrina: aceptar como regla la “verdadera” responsabilidad, la que se basa en la culpa.

Entre los tipos más comunes que utiliza la ley para atribuir responsabilidad, sin indagar sobre la culpabilidad, están: **el riesgo de la cosa, el vicio de la cosa** ³⁷, **la actividad riesgosa** ³⁸ **o peligrosa, la obligación tácita de seguridad** ³⁹, **la solidaridad, la equidad, el factor de garantía e incluso el abuso del derecho y el exceso de la normal tolerancia entre vecinos** ⁴⁰ (estos dos últimos son analizados en especial por Bustamante Alsina). Algunos autores parecen encontrar otros ⁴¹. De nuestro lado pensamos que, siempre con el límite en cuanto a su origen, cualquier forma de imputar que no sea la culpa, será objetiva.

Terminando con lo relacionado con la ‘imputabilidad’ nos haremos dos preguntas básicas: **1) ¿Cuál es el sistema del Código Civil Argentino?** Responderemos diciendo: antes de la

sanción de la ley 17.711 (1968), la forma de atribuir responsabilidad era siempre con fundamento en la culpa. Luego de esta citada ley, el sistema ideado por Vélez ha sufrido un cambio, sobre todo por el agregado que hizo el legislador del 68 al art. 1113 del mentado cuerpo legal en el que se contempla específicamente la responsabilidad objetiva por el riesgo o vicio de la cosa.

Y vamos con el segundo interrogante: **2) ¿Puede, en un único sistema de responsabilidad, convivir la culpa con factores objetivos?** Respondemos; claro que se puede e incluso, de hecho es así. Este es nuestro sistema: ni subjetivo puro, ni objetivo ⁴². Además, el criterio clasificatorio que muestra a los mentados factores como términos antitéticos y sugiere un subjetivismo *versus* un objetivismo, no es del todo sincero ⁴³. La culpa está al lado de los factores objetivos los cuales, si fueren analizados en profundidad, a no sorprenderse si encuentran algunos rasgos de culpabilidad en su origen ⁴⁴.

NOTAS:

¹ Ver *Separata de Anales, Año Académico 1999*, pág. 11 y ss., Córdoba, 2000. Aclaramos que a la cita la tomamos “prestada” de nuestro gran amigo con quien tenemos el honor y el agrado de impartir clases de Derecho Privado II, Dr. Benjamín Moisés, quien generosamente nos hizo llegar su colaboración que casualmente versa sobre el mismo tema que el nuestro. Su trabajo se titula “El enigma del artículo 1113”, el cual será aludido en el presente.

² Actas del IV Congreso Nacional de Derecho Civil, Córdoba, 22 a 27 de setiembre de 1969, Universidad Nacional de Córdoba, Instituto de Derecho Civil “Hench D. Aguiar”, Córdoba, 1971.

³ www.acaderc.org.ar

⁴ Además se presentaron otras ponencias que no fueron a debate, y que quedaron subsumidas (estimamos) en algunas de las defendidas, ya por la mayoría, ya por las minorías. Por ejemplo citamos la de Mosset Iturraspe, Alterini, Díaz Molina y Vallejo. Aclaramos que en adelante cuando hablemos de “culpa”, nos referimos a su significado genérico. Por otro lado en este trabajo citaremos sólo autores de la doctrina nacional, ello por varios motivos, siendo los principales el límite propio de esta colaboración y su vinculación directa al IV Congreso.

⁵ Puede verse un desarrollo de esta doctrina, del mismo autor: “El régimen de las obligaciones en el Código Civil argentino y la responsabilidad por culpa”, L.L. 1986-C, 727; y “Responsabilidad por el riesgo creado (Balance de la teoría al cumplirse un simple de su aparición), L.L. 1995-A, 815; *Responsabilidad civil, doctrinas esenciales*, tomo II, 781.

⁶ Lo marcado con negrita y cursiva es lo que finalmente recomienda el IV Congreso como reproduciremos más adelante.

⁷ De tantos artículos y libros escritos por el estimado jurista, recomendamos por su simplicidad y contundencia, “La recepción de la teoría del riesgo creado por el Código Civil a través del art. 1113”, *La Ley*, 1979-D, 713; *Responsabilidad civil, doctrinas esenciales*, tomo II, 679. Allí el autor desarrolla cincuenta y dos proposiciones que resumen su pensamiento sobre el particular.

⁸ De tal autor, puede verse: “El principio de la responsabilidad por culpa en el Código de Dalmacio Vélez Sársfield”, L.L.1986-B, 726; *Responsabilidad Civil, Doctrinas esenciales*, tomo II, pág. 473; y “Concurrencia de culpa y riesgo en el accidente automotor”, L.L. 1990-C, pág. 509.

⁹ Puede verse, además de las citadas *Actas*, “El Derecho Privado en la Argentina. Conclusiones de Congresos y Jornadas de los últimos treinta años”, Universidad Notarial Argentina, 1991, pág. 23.

¹⁰ Entre tantos trabajos, y con perdón de los grandes estudios, puede verse de nuestra autoría: “El modernísimo Derecho de Daños *versus* la anticuada responsabilidad civil: verdades y apariencias”, *Revista del Colegio de Abogados de Tucumán*, año 7, N° 31, Tucumán, diciembre de 2002 y enero de 2003, pág. 43 y ss.

¹¹ La conferencia, como se dijo, fue dictada en Córdoba, como introducción al Curso sobre Responsabilidad Civil organizado por el Colegio de Abogados de Córdoba. Ver: Fernando LÓPEZ DE ZAVALÍA, “Las dos grandes cosmovisiones en materia de responsabilidad”, en *Temas de Derecho en Homenaje al Dr. Antonio Castiglione*, Santiago del Estero, El Liberal, año 1985, págs. 61 a 77.

¹² *Idem* cita anterior.

¹³ *Idem* cita anterior. Recomendamos leer y aprovechar esta conferencia donde el insigne jurista nos pasa revista de lo sucedido, si se quiere en la protohistoria (mucho antiguo) y nos ilustra sobre cómo los conceptos de próximo y extraño edificaron su sistema regulador. También es muy útil ver la correlación que realiza respecto de las divinidades griegas Themis (famosa diosa de la balanza) y Diké con la responsabilidad penal y la civil, respectivamente.

¹⁴ Marcelo Urbano SALERNO, “Culpa y sanción”, L.L.1993-C, pág. 1044 y ss. En este artículo Salerno nos dice que en tanto el hombre es un ser libre responde de sus actos nocivos mereciendo digna sanción. Luego se pregunta si subsiste la culpa como fundamento de la indemnización por acto ilícito, y contesta afirmando que “En el mundo en que vivimos, donde la libertad y la responsabilidad van marcando el futuro curso histórico, la culpa tiene asignado su lugar para ser retribuida con la correspondiente sanción resarcitoria. No ha podido ser reemplazada como

eje de todo un sistema jurídico. Continúa siendo un valor insustituible para juzgar la conducta humana”. Por supuesto que compartimos estas ideas, sobre todo por el hecho de asignar a la teoría objetiva el papel de mera excepción dentro del principio general basado en la culpa.

¹⁵ Nos referimos a las Jornadas sobre Responsabilidad Civil en homenaje al Dr. René A. Padilla, realizadas en la ciudad de San Miguel de Tucumán los días 13, 14 y 15 de mayo de 1999. Por pedido de quien suscribe, en tal ocasión el Dr. Fernando López de Zavalía, además de dar por concluidas las Jornadas (no así el homenaje) habló de “Consideraciones sobre la responsabilidad civil”. Otros reconocidos juristas también participaron con conferencias de alto nivel científico, sobre todo analizando el reciente Proyecto de Código Civil para la República Argentina del año 1998. Por ejemplo expusieron los Dres Luis Moisset de Espanés, Luis F., Leiva Fernández, Jorge Mosset Iturraspe, Aída Kemelmajer de Carlucci, Ernesto C. Wayar, Juan José Casiello, Luiz Guilherme Marinoni, entre otros destacados juristas.

¹⁶ Idem cita anterior. Muy pronto podrá consultarse esta exposición en la página web de la Academia Nacional de Derecho ya aludida.

¹⁷ Carlos Santiago NINO, “El concepto de responsabilidad”, en *La responsabilidad, Homenaje al profesor Doctor Isidoro H. Goldenberg*, de Alterini, Atilio Anibal y López Cabana, Roberto (directores), Buenos Aires, 1995, pág. 15. En este trabajo, publicado de manera póstuma, el autor cita un relato imaginario de Hart en el cual la palabra responsabilidad está usada en diferentes significados: “Como capitán de un barco, X era responsable por la seguridad de sus pasajeros y carga. Pero, en el último viaje, se embriagaba todas las noches y fue responsable de la pérdida del barco con todo lo que llevaba. Se rumoreaba que estaba loco, pero los médicos lo encontraron responsable de sus acciones. Durante el viaje, X se comportó muy irrespetuosamente y varios incidentes, que tuvo en su carrera, demostraron que no era una persona responsable. El capitán siempre sostuvo que fueron las tormentas excepcionales las responsables por la pérdida del barco, pero en un proceso judicial que se le siguió fue encontrado responsable por la pérdida de vidas y bienes. Todavía vive y es moralmente responsable por la muerte de muchas mujeres y niños”, art. cit, pág. 15. En tal párrafo se pueden distinguir cuatro usos distintos de la palabra responsabilidad a saber: como obligaciones o funciones derivadas de un cargo o papel; responsabilidad en el sentido de factor causal; responsabilidad como capacidad y estado mental y por último, ‘responsable’ como punible o moralmente reprochable.

¹⁸ Prólogo a nuestro libro: *Visión crítica a las cuestiones centrales de la responsabilidad civil*, El Graduado, Tucumán, 2001, pág. 9.

¹⁹ Parafraseando justamente a López de Zavalía en su conferencia de junio de 1983 dictada en la Docta. Ver., Fernando LÓPEZ DE ZAVALÍA “Las dos grandes cosmovisiones en materia de responsabilidad”, en *Temas de Derecho en Homenaje al Dr. Antonio Castiglione*, Santiago del Estero, El Liberal, 1985, pág. 69. También puede verse el trabajo de Salerno ya citado.

²⁰ En “Responsabilidad por el riesgo creado (Balance de la teoría al cumplirse un simple de su aparición)”, L.L. 1995-A, 815; *Responsabilidad civil, doctrinas esenciales*, tomo II, 781. Además afirma el autor que el riesgo debe ser mantenido como un instrumento técnico que complementa al sistema general de responsabilidad, pero que no se lo pretenda erigir en factor de carácter general, de todo el campo de la responsabilidad civil o que absorba a otros factores. Cualquier intento de consagrarlo como regla general pretende lo imposible, convertir al Derecho en una Física de las relaciones humanas, dice el jurista recordando a Llambías.

²¹ Nos referimos a las posturas de dos brillantes juristas jóvenes, Dres. Benjamín Moisés (corriente clásica o subjetivista) y Ramón Daniel Pizarro (moderno u objetivista). Del primero puede verse: “El enigma del artículo 1113”, publicado estimamos junto al presente artículo; “La prueba de la culpa en la responsabilidad civil”, DJ, 12/03/2008, págs. 605 y ss.; “La culpa como único fundamento de la responsabilidad civil”, RCyS 2006, págs. 349 y ss. De Ramón Daniel Pizarro puede verse en coautoría con Carlos Gustavo VALLESPINOS, *Instituciones de derecho privado, Obligaciones*, Buenos Aires, Hammurabi, 1999, t. 2, en especial pág. 626 y ss. y sus tres tomos de *Responsabilidad civil por riesgo creado y de la empresa*, Buenos Aires, La Ley, 2006.

²² El Código italiano de 1865, en su art. 1151, consagró idéntico principio traducido “*nessuna responsabilità senza colpa*”. Sin embargo el Código Civil de 1942 “será el primero entre las codificaciones contemporáneas que recoge e instala, al lado del postulado de la culpa, el principio del ‘riesgo creado’, con capacidad para determinar por sí, automáticamente, la obligación de resarcir daños”, señala Juan José CASIELLO, “El principio de la responsabilidad por culpa en el Código de Dalmacio Vélez Sársfield”, L.L. 1986-B, 726 y ss.; *Responsabilidad civil, Doctrinas esenciales*, t. II, pág. 473 y ss.

²³ Como todo agregado.

²⁴ Ver sus artículos: “El enigma del artículo 1113”, publicado en este libro homenaje; “La prueba de la culpa en la responsabilidad civil”, D.J., 12/3/2008, págs. 605 y ss.; “La culpa como único fundamento de la responsabilidad civil”, RCyS 2006, págs. 349 y ss.

²⁵ Brebbia en este punto sostiene justamente que “*Los casos de riesgo creado originan una presunción de responsabilidad contra el ente (persona física o jurídica) que desarrolla la actividad riesgosa, o contra el dueño o guardián de la cosa que produjo el daño, según el caso, que sólo cede ante la demostración de una causa ajena*”, en “Responsabilidad por el riesgo creado (Balance de la teoría al cumplirse un simple de su aparición), L.L. 1995-A, 815 y ss.; *Responsabilidad civil, doctrinas esenciales*, t. II, pág. 781 y ss., específicamente en su conclusión final (de *lege lata*) Nº 3.

²⁶ Y tenemos nuestras “salvedades” en lo relacionado con la responsabilidad del principal por los hechos de sus dependientes.

²⁷ Ver su *Curso de Obligaciones*, Córdoba, Advocatus, 1993, t. II, pág. 451. Allí nos dice el maestro cordobés que “hemos dicho ya que la teoría clásica brindaba como fundamento de la responsabilidad la culpa del civilmente responsable, pero esta noción resultaba insuficiente, pues hay casos en que la ley consagra la responsabilidad sin culpa”. También este parecer del mismo autor puede verse en “El acto ilícito y la responsabilidad civil” en *La responsabilidad, Homenaje al profesor Doctor Isidoro H. Goldenberg*, de Alterini, Atilio Anibal y López Cabana, Roberto (directores), Buenos Aires, 1995, pág. 98. En este último trabajo el reconocido jurista nos dice que no acepta la denominación de ilicitud objetiva o sin culpa, pero sí admite la responsabilidad objetiva, ergo: ilicitud y responsabilidad no son sinónimos. Es decir que exige que necesariamente haya culpabilidad en el agente para poder configurar un acto ilícito. Pero el acto ilícito es sólo un factor más que puede originar responsabilidad, puesto que también la ley, por razones de solidaridad social, “pone a cargo del sujeto la obligación de responder en circunstancias que no provienen de su actuar ilícito (responsabilidad objetiva) cuando el daño ha sido causado por personas que están bajo la dependencia del responsable, o por cosas de las que se sirve o saca provecho”, art. cit., pág. 97. Concluye el gran formador de discípulos, diciendo que “haber superpuesto las nociones de culpabilidad y responsabilidad se erigió, durante largo tiempo, en un factor de confusión que, por una parte, ha constituido un obstáculo a soluciones justas, privando de indemnización a numerosas víctimas de hechos dañosos; y por otra, ha llevado a la doctrina a incurrir en distorsiones lógicas, en su búsqueda de justicia, llevando a calificar de “ilícitas” conductas que no lo eran, para lograr el resultado de atribuir ‘responsabilidad’, olvidando el hecho de que muchas conductas lícitas, y aún autorizadas, generan también responsabilidad”, art. cit., pág. 102.

²⁸ Conf. Alfredo ORGAZ, *La culpa (actos ilícitos)*, Córdoba-Buenos Aires, Lerner, 1970, pág. 166 *in fine*. Luego señala el jurista que “Con frecuencia se caracteriza esta hipótesis diciendo que la ley establece una presunción *juris et de jure* (o absoluta) de culpabilidad en contra del principal, en tanto que en los supuestos antes mencionado se trata de una presunción *juris tantum* (o relativa). Esta caracterización, a primera vista satisfactoria es, sin embargo, errónea: cuando la ley declara que el principal es responsable del acto ilícito de su subordinado, no se limita a presumir una culpa en aquél, sino que, más radicalmente, declara que es responsable, y esto sin admisión de ninguna prueba excusante. No se trata, por tanto, de una regla de carácter procesal -como son las que establecen las presunciones verdaderas o *juris tantum*- sino de una regla de derecho material. El paso de la presunción relativa a la absoluta no importa solamente una diferencia de grado sino, verdaderamente, de naturaleza: ambas no están en el mismo plano”, ob. cit., pág. 167.

²⁹ Alfredo ORGAZ, *La culpa (actos ilícitos)*, ob. cit., pág. 187.

³⁰ Por cierto que podría así haberlo determinado como lo hizo renglón atrás respecto de los daños ocasionados “con” las cosas.

³¹ En tal sentido: René A. PADILLA, *Sistema de la responsabilidad civil*, Buenos Aires, Abeledo-Perrot, 1997, pág. 150. Allí dijo nuestro maestro, al tratar la óptica de Llambías sobre la presunción de culpa *iuris et de iure* respecto del principal por los hechos de sus dependientes, que “como quiera no consta establecido un régimen de eximición de responsabilidad acreditando ausencia de culpa en los casos genéricos de responsabilidad refleja (art. 1113), nuestro autor (Llambías) entiende que la presunción es *iuris et de iure*. Siendo ello así la cuestión se torna en puramente lúdrica, pues pensar que se han tomado elementos presumiendo irrefragablemente su presencia al tiempo que se vea toda posibilidad de probar su ausencia, implica emplear un criterio objetivo de imputación pues esa “culpa” nada exhibe de personal en el Responsable, por lo que podría llamársele culpa o cualquier otra cosa”.

³² En este punto nos acercamos al parecer de Moisés. Pero también, paradójicamente, al de otro buen amigo e insigne jurista, Jorge Mosset Iturraspe, al menos con lo expresado en el recordado Congreso.

³³ Justamente por la “magia” del concepto de responsabilidad se la denomina responsabilidad objetiva. Más correcto sería llamarla “reparabilidad”. Aclaremos que los extremos en este punto piensan en denominar responsabilidad al caso del 907 del Código Civil, que no es más que una indemnización por equidad. Otro tanto quepa decir si se interpreta que este artículo 1113 del C.C., constituye una simple indemnización fundada en razón de equidad.

³⁴ El Proyecto de Código Civil para la República Argentina del año 1998 la define diciendo que: “La responsabilidad se denomina objetiva si, conforme a la ley o a la estipulación de partes, la conducta diligente del sindicado como responsable no es suficiente para excluirla” (art. 1606). Vélez por supuesto que no la contempló en su sistema -por lo menos no en forma “directa”- que era, siguiendo a las legislaciones modernas (v.gr. Código Francés), de inspiración netamente subjetiva, como tuvimos oportunidad de resaltar.

En cuanto al origen de la reparabilidad objetiva, si bien es conocido que en la antigüedad la imputación era claramente objetiva (ver, por ejemplo, el Código del rey de Babilonia Hammurabi, 1792-1750 a. de C.), ello era así sencillamente porque se prescindía de la subjetividad del agente. En cambio, otros son los fundamentos que la hicieron resurgir en la modernidad, algunos de los cuales son ampliamente conocidos, pero del que quizás se olvidan es la fuerte influencia que tuvo la escuela positivista italiana de derecho penal.

³⁵ Con criterio parecido, René A. PADILLA, *Sistema de la responsabilidad civil*, Buenos Aires, Abeledo-Perrot, 1997, pág. 146.

³⁶ Expresa el art. 1602 *in fine* del “Proyecto del 98”: “A falta de norma legal, o de estipulación de partes, el factor de atribución es la culpa”.

³⁷ El art. 1113 del Código Civil contempla, en su primer párrafo, casos de “responsabilidad refleja” (los derivados de la relación de dependencia y por las cosas de que se sirve o que tiene a su cuidado), y en el segundo (agregado por ley 17711) *los daños causados “con intervención de cosas”*. En la primera parte de este segundo párrafo trata de *daños causados “con” las cosas*. Todavía nos encontramos, en este supuesto, en el ámbito de la imputación subjetiva, si bien con una inversión en cuanto a la prueba de la culpa, puesto que ésta se la presume al

dueño o guardián y “para eximirse de responsabilidad, deberá demostrar que de su parte no hubo culpa”. Por otro lado, la segunda parte de este párrafo consagra los casos más claros de “responsabilidad” objetiva inmersos en el Código, y son, a saber: “*el daño causado por el riesgo o vicio de la cosa*”.

³⁸ Ya el *Proyecto de Unificación del año 1987* nos hablaba de “*actividades riesgosas*”, haciendo un agregado al art. 1113 que decía: “*Lo previsto para los daños causados por el riesgo o vicio de la cosa es aplicable a los daños causados por actividades que sean riesgosas por su naturaleza o por las circunstancias de su realización*”. En cuanto a imputación objetiva se refiere, debe mencionarse también a los siguientes artículos del Proyecto en cuestión: art. 1118 “*El daño causado por una cosa arrojada o caída hace responsables a todos los que habitan la parte del edificio de donde provino. Sólo se libera quien demuestre que no participó en la causación del daño*”. Art. 1119 “*El daño proveniente de la actividad de un grupo de individuos que sea riesgosa para terceros los hace responsables solidarios. Sólo se libera quien demuestre que no participó en la causación del daño*”. Como puede apreciarse, la diferencia entre lo normado en el art. 1113 y 1119 es que el primero de ellos trata a las actividades que sean riesgosas “por su naturaleza o por las circunstancias de su realización”, mientras que en aquel se refiere a “actividades de grupos” que originen riesgos. Para finalizar diremos que el carácter objetivo de la imputación -además de la solidaridad proclamada- está configurado porque: en el art. 1113 (daños causados por el riesgo o vicio de la cosa y actividades riesgosas) sólo funciona como eximente de responsabilidad probar la “incidencia de una causa ajena al riesgo o vicio”, es decir, el *casus*; amén de que el uso de la cosa contra la voluntad del dueño o guardián también sirve como eximente de responsabilidad. En los arts. 1118 y 1119 probar que no se participó en la causación del daño es demostrar la total ruptura del nexo causal.

³⁹ El Proyecto de Código Civil para la República Argentina del año 1998 consagra específicamente el caso de la “*actividad peligrosa*” (art. 1665) aunque con el calificativo de “especialmente” peligrosa, lo que ha ocasionado el reparo de cierta doctrina. Lo de “especialmente peligrosa” se refiere a la actividad que tenga aptitud para causar “daños frecuentes o graves”. E incluso, la misma “cosa riesgosa” es la que “tiene en sí misma aptitud para causar daños frecuentes o graves” (art. 1662), lo cual puede reducir notablemente el ámbito de aplicación de este factor objetivo al exigir el requisito de “frecuencia o gravedad”. También se ha proyectado (arts. 1668 y 1669) lo referido a la “*obligación tácita de seguridad*”. Ahora bien, si la forma de liberación de esta obligación radica en demostrar haber actuado con diligencia (conf. art. 1669), nos preguntamos ¿qué tiene de objetiva tal imputación?

⁴⁰ Contemplados en los arts. 1071, 2º párr. y 2618 del C.C. Ambos según ley 17.711.

⁴¹ Ver en este punto Ramón Daniel PIZARRO - Carlos Gustavo VALLESPINOS, *Instituciones de derecho privado, Obligaciones*, Tomo 2, Hammurabi, Buenos Aires, 1999, & 526, pág. 626 y ss. También puede consultarse con provecho la obra de Edgardo LÓPEZ HERRERA, *Teoría general de la responsabilidad civil*, Buenos Aires, Lexis Nexis, 2006, Cap. X, pág. 309 y ss.

⁴² Es muy grato resaltar que tal conclusión (ya insinuada en nuestro libro sobre *Visión crítica... cit.*, pág. 47) confluye con el parecer de Carlos LÓPEZ DE ZAVALÍA, “El reverdecer de la culpa como tendencia actual de la responsabilidad civil” (publicada en la pág. web de la Academia Iberoamericana de Derecho). En tal monografía -excelente, por cierto- el joven jurista siguiendo la línea de pensamiento de su padre, concluye: “Sin entrar en disquisiciones ideológicas, aplaudimos la aproximación entre ambos sistemas, porque lleva al encuentro de dos cosmovisiones que están destinadas a convivir en armonía mediante una adecuada complementación. Favorece a este clima el descubrimiento de que la confianza en los seguros de responsabilidad civil y en la seguridad social era desmedida. No podemos dejar de decir que identificar la responsabilidad civil con la seguridad social y dejar en manos de ésta el problema, además de ser una solución errada, es peligrosa y ajena a nuestras costumbres. En el fondo, no creemos que actualmente existan demasiadas diferencias entre las soluciones prácticas buscadas por ambas posturas (subjetivista y objetivista) actuales. Unos acuden al juego de diferentes presunciones *hominis* de culpa, otros a la delimitación de los riesgos imputables. Más que una diferencia de colores hallamos una diferencia de matices porque actualmente es tan difícil encontrar a un objetivista puro como a un subjetivista puro. En definitiva, actualmente entre los llamados “*dos campos de la responsabilidad civil*” se han acortado las distancias. En el primero, si bien se aplican teóricamente los principios subjetivos tradicionales, se ha ampliado groseramente lo que se entiende por culpa y se hace un uso frecuente de las teorías de la inversión de la carga probatoria. En el segundo, si bien se aplica la teoría del riesgo, además de restringirse los riesgos imputables no se prescinde del estudio de la conducta de los sujetos a efecto de morigerar, agravar, exonerar o contagiar las consecuencias legales de esas conductas”. Lógicamente compartimos tal sentir. De hecho este brillante trabajo fue realizado con apoyo de dos estimados amigos y reconocidos catedráticos (Dres. Eugenio Llamas Pombo y José María León González) de nuestra añorada Universidad de Salamanca.

⁴³ Por esta misma senda transita Jorge Mario GALDÓS, “¿El riesgo creado suprimió el régimen de la culpa del Código Civil de Vélez Sársfield?”, en *Homenaje a Dalmacio Vélez Sársfield*, Vol. II, Cap. III, Responsabilidad civil, Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Córdoba, Córdoba, 2000, pág. 427 y ss. El citado autor concluye su estudio diciendo que “El centro de imputación subjetivo prohijado por Dalmacio Vélez Sársfield -de fértil y provechosa aplicación no sólo a la época de la sanción del Código Civil sino de pervivencia fructífera casi un siglo después- fue decayendo en cuanto exclusiva “*imputatio iure*”, como corolario inhesitable del requerimiento de la evolución tecnológica e industrial y del maquinismo. Así, la reforma de 1968, primero tenuemente, y los ulteriores desarrollos doctrinarios y luego jurisprudenciales de los últimos dos decenios, acogieron ampliamente, sin debitar y con alborozo la teoría del riesgo creado en materia de responsabilidad civil extracontractual o de la llamada responsabilidad objetiva, que debilitó a la culpa como presupuesto jurídico del deber de responder. Empero subsiste -especialmente en el derecho judicial- un sólido y amplio espectro de remanente subjetivo como factor de atribución, correlativamente con la consolidación de su función como eximente de responsabilidad. No se ha concretado -pese a la crisis de la culpa- su desentronización, toda vez que juega un rol perturbador de la objetividad del deber de

responder”. Compartimos su pensamiento final en tanto afirma que deviene ineficaz el esfuerzo de la dogmática jurídica que pretende generar un “micro sistema” (riesgo creado) que se autoabastezca, es decir que se exhiba como suficiente *per se*, prescindiendo íntegramente de la culpa, ver art. cit., pág. 493.

⁴⁴ Otra vez nos acercamos al pensamiento de Moisés cuando expresa que la “culpa omisiva” es el fundamento de la responsabilidad por riesgo. Claro que habría que preguntarse ¿qué clase de omisiones culposas debe imputársele al autor de un hecho ilícito con fundamento en el vicio o riesgo de la cosa? Por otro lado, jamás debe prescindirse de los elementos que hacen que un acto sea voluntario (discernimiento, intención y libertad, arts. 897 y 900 del C.C.), caso contrario ni siquiera tendríamos un acto “humano”. Recordemos que la acción es el primer peldaño de la responsabilidad civil, un presupuesto decíamos nosotros hace unos años. Ver nuestra *Visión crítica a las cuestiones centrales de la responsabilidad civil*, Tucumán, El Graduado, 2001, pág. 20.

EL ENIGMA DEL ARTÍCULO 1113

por BENJAMÍN MOISÁ

SUMARIO: 1. Introducción. 2. Declaración aprobada por el IV Congreso Nacional de Derecho Civil. 3. Dificultades terminológicas. a. El pleonismo de la “responsabilidad subjetiva”. b. El contrasentido de la “responsabilidad objetiva”. c. Responsabilidad y reparabilidad. Hacia la superación de las dificultades. 4. Naturaleza jurídica de la responsabilidad civil. 5. Fundamento ético de la responsabilidad civil. La aspiración hacia un ideal de justicia (doctrina tradicional) o la constatación de una realidad legal (doctrina objetivista). 6. El fundamento subjetivo de la “teoría del riesgo”. a. Responsabilidad objetiva y responsabilidad por riesgo. b. La culpa omisiva como fundamento de la responsabilidad por riesgo. 7. La falsa distinción entre obligaciones de medios y de resultado. 8. Recursos técnico-jurídicos para determinar la culpa. a. Prueba de la culpa (recurso técnico-procesal). b. Presunciones legales (recurso técnico-sustancial). 9. El art. 1113 y su sistema de presunciones de culpa. a. Principio general. Prueba de la culpa. b. El sistema de presunciones de culpa del art. 1113. 10. Conclusiones

1. Introducción

El IV Congreso Nacional de Derecho Civil reunido en la ciudad de Córdoba entre el 22 y 27 de septiembre de 1969 ¹, en conmemoración del centenario de la sanción del Código Civil argentino y en homenaje a la memoria de su ilustre autor ², bajo la presidencia del doctor José Antonio Buteler Cáceres ³, tuvo por objeto el análisis y discusión de la por entonces reciente reforma que el decr. ley N° 17.711 introdujera al Código de Vélez.

Invitados a participar de este justo homenaje organizado por la Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Córdoba a los cuatro Congresos Nacionales de Derecho Civil llevados a cabo hasta la fecha y a sus presidentes -doctores Enrique Martínez Paz (1927), Henocho Domingo Aguiar (1937), Pedro León (1961) y José Antonio Buteler Cáceres (1969)-, hemos elegido como tema de nuestro trabajo *La responsabilidad sin culpa* ⁴, y le hemos dado como título “El enigma del artículo 1113” en atención a la atinada sugerencia de Roberto Brebbia, quien en los debates de la Comisión N° 6 del IV Congreso decía: “*Señor presidente: el insigne civilista Dr. Héctor Lafaille, al tratar el artículo 521 del Código de Vélez, intitulaba el capítulo dedicado a estudiarlo ‘El enigma del artículo 521’. Deberíamos emplear el mismo epígrafe para tratar el artículo 1113 reformado por la ley 17.711; sólo que en este caso no se encuentra dubitado el texto de la disposición legal sino su sentido, que resulta imposible desentrañar si se quiere dar a la norma un contenido congruente*” ⁵.

Precisamente, dotar de un “contenido congruente” a ese polémico art. 1113 es el desafío que nos motiva en lo que diremos a continuación.

2. Declaración aprobada por el IV Congreso Nacional de Derecho Civil

El Pleno del IV Congreso Nacional de Derecho Civil aprobó por 46 a 35 votos la siguiente declaración:

“1°) Que no obstante las reformas introducidas por la ley 17.711, sigue rigiendo, como principio general, la idea de que no hay responsabilidad sin culpa del responsable.

2°) Que la reforma del Código Civil ha admitido casos específicos de responsabilidad por riesgo.

3°) Que la llamada responsabilidad por riesgo no se justifica si previamente no se delimita el ámbito en que habrá de requerirse la reparación del perjuicio al creador del riesgo por el cual provino el daño” ⁶.

Como acertadamente lo observa Pablo A. Horvath, secretario de la Comisión que se ocupó del tema, el punto 2°) de la declaración incurre en un error inaceptable, pues es evidente que la ley 17.711 no ha admitido “casos específicos” de responsabilidad por riesgo, sino que ha

estatuido una norma general aplicable a todos los casos de daños ocasionados por “el hecho de una cosa”. En cambio, parece más plausible y correcta la redacción de los puntos 1º) y 3º) ⁷.

Por otra parte, si bien lo esperable de una reunión de tanta jerarquía como fue el IV Congreso era la propuesta de una interpretación constructiva del nuevo régimen legal y alguna recomendación concreta de mejora del mismo, ello no fue posible debido a lo exiguo del tiempo y a la división de la Comisión en dos sectores aparentemente irreductibles: uno decididamente a favor de la ponencia de Llambías y contrario a la teoría del riesgo -por lo menos, en los términos concebidos por el artículo-, y otro apoyando enérgicamente la incorporación de la referida teoría. A fin de superar el estancamiento producido, la Mesa Directiva de la Comisión trató de concretar una avenencia que se formalizó en el despacho que luego resultó aprobado, sin modificaciones, por el Pleno del Congreso. Cabe destacar que, a pesar de las profundas diferencias, casi todos los delegados coincidieron en criticar el reformado art. 1113 ⁸.

Desgraciadamente, entonces, advertirá el lector que más allá del apasionante debate ideológico que tuvo lugar en el seno de la Comisión N° 6 del IV Congreso, poco nos aportan sus conclusiones desde el punto de vista científico sobre la interpretación del todavía hoy enigmático art. 1113.

3. Dificultades terminológicas

Roque F. Garrido, miembro informante del dictamen de la mayoría en la Comisión N° 6 del IV Congreso, advertía ya sobre las dificultades terminológicas de la materia: “*No es posible en una interpretación literal hablar de responsabilidad sin culpa, porque la responsabilidad supone un juicio de imputación; y los presupuestos de una relación puramente causal sin imputación a una conducta, naturalmente que parten de la base de no valorar si ha existido culpa por parte del agente, sino que buscan reparar el daño producido en base a determinados presupuestos legales*” ⁹.

La circunstancia apuntada, esto es, llamar *responsabilidad sin culpa* o *responsabilidad objetiva* a lo que en realidad no es *responsabilidad* entendemos que, compartiendo en cierta forma el pensamiento de Alfredo Orgaz, es en gran parte la causa de los desacuerdos existentes sobre la materia, más allá de los distintos posicionamientos filosóficos, éticos e ideológicos que dan fundamento a las dos principales corrientes -sin contar las tesis eclécticas- en que se divide la doctrina: la subjetivista y la objetivista.

a. El pleonasma de la “responsabilidad subjetiva”

Con razón decía Orgaz: “*La responsabilidad es siempre y necesariamente subjetiva, al menos en el derecho moderno y desde hace siglos, es decir, exige el elemento de la culpabilidad. La llamada ‘responsabilidad objetiva’ o sin culpa alude a supuestos de obligaciones legales por garantía hacia terceros, por riesgos provenientes de personas o de cosas subordinadas*” ¹⁰.

Consecuentemente, la expresión *responsabilidad subjetiva* constituye un verdadero *pleonasma*, en el sentido de redundancia viciosa de palabras, pues, si no hay una *conducta culpable* del sujeto, por imperativo lógico no puede haber *responsabilidad*.

b. El contrasentido de la “responsabilidad objetiva”

La mayoría de la Comisión N° 6, a través de su miembro informante, Roque F. Garrido, convalidando una confusa licencia lingüística tributaria del pensamiento objetivista de Salelles y Jossierand, expresa: “*Se ha aceptado la enunciación de la temática, porque es un presupuesto*

*por todos conocidos, que al referirse a responsabilidad sin culpa, estamos hablando de la llamada responsabilidad objetiva o sea, con otra denominación, de la posibilidad de reparar los daños sin necesidad de entrar a juzgar la conducta del agente, que pudo o no tener culpa”*¹¹.

En este sentido, como la acción de responsabilidad tiene por objeto la reparación del daño causado, se ha tomado el mal hábito de llamar acciones de responsabilidad a todas aquellas que tienden a la reparación de un daño, cualquiera sea la causa de la obligación de reparar; pero, aunque resulte difícil corregir una terminología corriente, esto no puede ser excusa, sobre todo en el ámbito científico, para la utilización de una calificación que no es exacta¹².

Poniendo en evidencia el *contrasentido* de la denominada *responsabilidad objetiva*, Henoch Aguiar concluyentemente sentencia: “*Tal teoría no puede llamarse de ‘responsabilidad’, cualquiera sea el calificativo que se adopte para individualizarla, porque a la noción de responsabilidad va, ordinariamente, aneja la de imputabilidad moral, cuya base se encuentra en la moralidad del acto*”¹³.

Paul Esmein con insuperable elocuencia se pronuncia sobre la cuestión diciendo: “*Hablar de responsabilidad sin culpa es como hablar de un hombre sin cabeza, un automóvil sin motor o un silogismo sin premisas*”¹⁴.

c. Responsabilidad y reparabilidad. Hacia la superación de las dificultades

En una posición conciliadora y a la vez superadora, Alfredo Orgaz agudamente observa: “*El apasionamiento que suscitó el debate entre los sostenedores de la responsabilidad objetiva y de la subjetiva, acaso reconozca como fuente principal la confusión inicial de considerar todos estos casos como de **responsabilidad** en sentido propio, en lugar de separar los que eran realmente tales de aquellos otros que se explicaban mejor por la idea de ‘garantía’ o de ‘seguridad’ o de ‘justicia social’, en que los principios subjetivistas no tienen aplicación. Sin esta confusión, quizás el debate no habría alcanzado el ardor que tuvo y los polemistas habrían podido ponerse de acuerdo más fácilmente sobre las soluciones prácticas*”¹⁵.

Haciéndonos eco de tan acertada observación, entendemos que dentro del género *deber de reparar el daño injusto* corresponde distinguir dos especies: a) la *responsabilidad*, que como hemos dicho es siempre y necesariamente subjetiva, con sustento en la culpabilidad del sujeto; y b) la *reparabilidad*, que reconoce su fundamento en razones objetivas de equidad, las cuales son apreciadas políticamente por el legislador al hacer la ley.

En otras palabras, no negamos la existencia de supuestos que exigen una reparación -si se quiere, *objetiva*- por razones de equidad, que en algunos casos han sido consagrados con justicia por nuestra ley, pero, tales hipótesis no son de *responsabilidad objetiva*, expresión que encierra una contradicción en sus propios términos, sino de *reparabilidad*, pues la noción de responsabilidad presupone la de imputabilidad moral: la responsabilidad siempre implica cierta relación, al menos indirecta, del acto con la voluntad del agente, o es otra cosa, pero no responsabilidad¹⁶.

Ahora bien, sentado lo precedente y compartiendo la opinión de Llambías, nos parecen perfectamente conciliables los supuestos legales de *reparabilidad -objetiva-* con los casos de *responsabilidad -subjetiva-*, como especies de un mismo género -*deber de reparar el daño injusto*- que tienen de común sus efectos pero que difieren en sus causas: *culpa* en la responsabilidad y *equidad* en la reparabilidad. Aunque sí nos resulta absolutamente inadmisibles, por incoherente, afirmar el principio de la responsabilidad con sustento en la culpa del agente y, a la vez, aceptar que esa misma responsabilidad pueda tener lugar sin culpa¹⁷.

4. Naturaleza jurídica de la responsabilidad civil

Si en materia de responsabilidad civil, como bien se ha señalado, para el logro de una solución justa es menester “*contemplar siempre los dos intereses en juego: el del damnificado y el del sindicado como responsable*”¹⁸; necesariamente, entonces, debemos concluir en que la responsabilidad civil presenta una naturaleza jurídica bifronte: desde el punto de vista del damnificado, es *resarcitoria*, mientras que, desde la perspectiva del responsable, es *sancionatoria*¹⁹.

No decimos que se trate de una “pena”, pero de ningún modo puede negarse la presencia de un elemento punitivo en la indemnización. Una interpretación distinta y a medias, como sería atribuirle una naturaleza exclusivamente resarcitoria, nos conduciría al absurdo de tener reconocer como justo el *derecho de dañar*, siempre que después se reparen los perjuicios, pues no existirían ni el reproche ni la sanción propios de todo orden coactivo. Esta circunstancia es la que permite que la responsabilidad civil pueda cumplir una función de *reparación* y, a la vez, de *prevención* del daño²⁰.

5. Fundamento ético de la responsabilidad civil. La aspiración hacia un ideal de justicia (doctrina tradicional) o la constatación de una realidad legal (doctrina objetivista)

Hasta aquí el problema entre las llamadas responsabilidad subjetiva y responsabilidad objetiva bien podría quedar circunscripto a una mera cuestión semántica o terminológica, vaciada de contenido ético; sin embargo, quienes pensamos que todo derecho requiere un sustento moral, nos vemos obligados a indagar acerca del fundamento filosófico de la responsabilidad civil.

Es que, como bien lo señala Christian Larroumet: “*La cuestión fundamental de la filosofía del derecho se refiere a cuál es la justificación del derecho*». Y, precisamente, la respuesta a este interrogante depende de una toma de posición filosófica entre dos grandes corrientes de pensamiento, entre dos cosmovisiones distintas, según se entienda que el fundamento del derecho está dentro de la aspiración hacia un ideal de justicia -iusnaturalismo- o en la constatación de una realidad -iuspositivismo-”²¹.

Enrolados en la primera posición y compartiendo la opinión de que la justicia clama por la reparación del perjuicio, nos resistimos a elevar a la categoría de responsabilidad civil a la reparación fundada en una mera relación de causa a efecto, pues, siendo el derecho una disciplina ética, es decir, reguladora de conductas humanas, de ningún modo se puede prescindir de la valoración de tales conductas para la imputación de responsabilidad. Podrá existir un deber de reparar impuesto por la ley, mas si no hay culpa, no habrá responsabilidad.

En suma, en muchos casos, probablemente quienes defendemos la *doctrina tradicional* coincidamos en las soluciones prácticas con quienes militan en la *doctrina objetivista*; pero, mientras los primeros aspiraremos a la concreción de un ideal de justicia, los segundos se conformarán con la constatación de una realidad legal.

El maestro Brebbia claramente señalaba al respecto: “*La verdadera diferencia entre la teoría de la culpa (real o presunta) y del riesgo creado reside en el fundamento o motivo que inspira al legislador cuando impone la obligación de resarcir el daño, y no en la fuerza o alcance de la presunción de responsabilidad establecida. Cuando la ley impone a una persona la obligación de indemnizar en razón de que su conducta no fue diligente (o cuando presume que no fue diligente), la disposición adquiere un contenido ético puesto en evidencia por la doble finalidad buscada: la de restaurar en lo posible el estado de cosas anterior al hecho dañoso, y la de sancionar al mismo tiempo a quién, desoyendo los consejos de la prudencia, actuó en forma peligrosa para los bienes personales y patrimoniales de los demás.*

*Cuando la ley se inspira, en cambio, en la doctrina del riesgo creado, no entra a considerar la naturaleza de la conducta del agente ni busca sancionarlo, sino tiene en cuenta únicamente el carácter externo de la relación de causalidad que lo une con el daño, fincando la indemnización en razones de solidaridad social, motivo éste también de carácter ético, pero que carece de la fuerza moralizadora del anterior sobre el agente”*²².

6. El fundamento subjetivo de la “teoría del riesgo”

a. Responsabilidad objetiva y responsabilidad por riesgo

Hace más de medio siglo, sagazmente, Henocho Aguiar sostenía: “Distinguimos desde ya, la doctrina llamada de la responsabilidad objetiva de la que fundamenta la obligación de reparar en el hecho de haber sido **autor voluntario** de la creación de la contingencia que ocasiona el perjuicio, o sea, de la del **riesgo creado** o, simplemente, del **riesgo**; porque aquélla se funda en el solo nexo causal, en la mera causalidad material que liga un hecho a la persona que lo produjo, y la del riesgo tiene como antecedente la voluntariedad de acto que creó la posibilidad de un perjuicio». Por lo tanto, proseguía: «conviene separar y distinguir la teoría de la responsabilidad objetiva de la del riesgo, por más que muchos autores emplean, indistintamente, una u otra denominación para referirse a la responsabilidad sin culpa”²³.

b. La culpa omisiva como fundamento de la responsabilidad por riesgo

Hoy, nosotros agregamos que la “teoría del riesgo”²⁴, no sólo tiene como antecedente la voluntariedad del acto que creó la posibilidad de un perjuicio, sino que además, ante esa posibilidad, no puede dejar de reconocer como fundamento una *omisión culposa*, una negligencia, esto es, una falta de la diligencia adecuada para evitar que la cosa o actividad riesgosa provoque un daño. En efecto, quien se vale de una cosa o realiza una actividad, ambas riesgosas, debe extremar su diligencia para evitar ocasionar un perjuicio.

7. La falsa distinción entre obligaciones de medios y de resultado

Aunque para arribar a conclusiones diametralmente opuestas, coincidimos con Jorge Mosset Iturraspe en que toda obligación importa al mismo tiempo una *obligación de medios* -técnicamente, deber genérico de prudencia y diligencia- y una *obligación de resultado* – obligación en sentido propio-²⁵, con lo cual queda sin sustento la distinción, ya que toda obligación persigue siempre un resultado: el cumplimiento de la prestación (art. 725)²⁶.

Sin embargo, la abrumadora mayoría de la doctrina argentina actual hace reposar la teoría general de la responsabilidad civil -o, por lo menos, la llamada responsabilidad contractual- en una desvirtuación de la distinción entre obligaciones de medios y de resultado, desarrollada por Demogue²⁷ a propósito del régimen de la prueba. Concretamente, según el destacado jurista francés, en las *obligaciones de medios*, el acreedor debe demostrar la culpa del deudor para conseguir su condena; por el contrario, en las denominadas *obligaciones de resultado*, la culpa del deudor se presume²⁸.

Con un alcance bien distinto, actualmente nuestros autores, como si se tratase de dos especies diferentes, ven en el incumplimiento de las denominadas obligaciones de medios supuestos de *responsabilidad subjetiva* y en el de las obligaciones de resultado casos de *responsabilidad objetiva*; pero, ocurre que ni las *obligaciones de medios* son verdaderas obligaciones, ni tampoco la llamada *responsabilidad objetiva*, al prescindir de la culpa, es realmente responsabilidad²⁹.

Precisando los conceptos, conforme recientemente lo hemos sostenido con nuestro maestro Luis Moisset de Espanés, la denominada *obligación de medios* no es propiamente una obligación porque le falta uno de los elementos esenciales del vínculo obligatorio: una prestación concreta. En este sentido, cabe recordar que entre *deber* y *obligación* existe una relación de género a especie, en la cual el *deber* es el género, en tanto que la *obligación* es la especie. “En resumen, diremos que la obligación es uno de los múltiples deberes jurídicos;

pero, aún más, es una relación compleja, que corresponde a un verdadero derecho subjetivo, individualizado por una serie de elementos esenciales, y al que corresponden facultades y deberes varios. Esto diferencia a la obligación de los simples deberes jurídicos de carácter general, como el deber de respetar la propiedad ajena, el deber de no causar daño a otro, el deber de diligencia, el deber de no enriquecerse ilegítimamente a expensas del prójimo, el deber de prestar alimentos, etc.; y con frecuencia sucede que la violación de uno de estos deberes generales de comportamiento engendra concretamente una ‘obligación’ [...] Tenemos así el **deber moral** (general, indeterminado, incoercible); el **deber jurídico** (general, indeterminado, pero dotado de coercibilidad); y la **obligación** (concreta, con sujetos determinados, objeto determinable y dotada de coercibilidad)”³⁰.

Concordantemente, los hermanos Mazeaud distinguen las “obligaciones determinadas (o de resultado)” y las “obligaciones generales de prudencia y diligencia (o de medios)”; y explican: “Esta clasificación reposa sobre la comprobación siguiente: A veces, el deudor se halla obligado a cumplir un hecho determinado; la obligación es estrictamente precisa; el deudor debe alcanzar un resultado. Por el contrario, a veces, el deudor se halla obligado solamente a ser diligente, a conducirse con prudencia para intentar lograr el resultado deseado”. Está claro, entonces, que lo que los Mazeaud denominan “obligación general de prudencia y diligencia” no es propiamente una *obligación* sino un *deber jurídico*”³¹.

8. Recursos técnico-jurídicos para determinar la culpa

Antes de ocuparnos del art. 1113 y tratar de dotarlo de un «contenido congruente», resulta conveniente que nos detengamos en algunas precisiones sobre los recursos técnico-jurídicos para determinar la culpa, pues nos serán de vital importancia para la tarea que nos espera.

Así, descartada por notoriamente sofisticada -con los alcances atribuidos por nuestra doctrina- la pretendida distinción entre obligaciones de medios y de resultado, los recursos técnico-jurídicos para descubrir la culpa como fundamento de la responsabilidad civil son dos: uno de índole procesal, la prueba; otro de naturaleza sustancial, las presunciones legales.

a. Prueba de la culpa (recurso técnico-procesal)

De acuerdo con las reglas de la carga de la prueba (*onus probandi*), corresponde a cada una de las partes probar el presupuesto de hecho del derecho invocado como fundamento de su pretensión, defensa o excepción, con independencia de su posición procesal, esto es, de su condición de actor o demandado³².

En consecuencia, llevada esta regla general al campo de la responsabilidad civil, en principio, el damnificado debe demostrar los presupuestos de la responsabilidad del autor del daño: daño, ilicitud, culpabilidad y causalidad.

En otras palabras, siempre que el demandante pretenda deducir efectos jurídicos favorables de la culpa del demandado, tendrá la carga de probar los hechos que la configuran, y cuando el segundo oponga como excepción la culpa del primero, estará sujeto a la carga de su prueba, tanto en el terreno contractual como en el extracontractual. Además, la prueba de la ausencia de culpa se somete a la misma regla general y la situación procesal del demandante o demandado no modifica su aplicación, ya que la carga de la prueba pesa sobre quien pretende en su favor los efectos jurídicos de una norma que contempla la culpa -o su falta- como requisito para su aplicación³³.

Se exceptúan, naturalmente, los casos en que la ley establece una presunción de culpa. Lo que ocurre es que la prueba de la culpa frecuentemente representa una grave dificultad, por lo que el legislador ha establecido un sistema de presunciones para, en determinadas circunstancias, invertir o directamente eximir de la carga de la prueba al damnificado.

b. Presunciones legales (recurso técnico-sustancial)

La presunción es un juicio lógico del legislador (*presunción legal*) o del juez (*presunción judicial*), en virtud del cual se considera como cierto o probable un hecho, con fundamento en las máximas generales de la experiencia, que les indican cuál es el modo normal como suceden las cosas y los hechos ³⁴.

Dejando de lado las *presunciones hominis o judiciales* por cumplir una función exclusivamente procesal, las *presunciones legales* son reglas jurídicas sustanciales para la aplicación del derecho a ciertos casos concretos, cuyos efectos se producen fuera del proceso pero son reconocidos en éste, donde además influyen sobre la carga de la prueba ³⁵.

Desde los glosadores nos viene la división de las presunciones en *iuris tantum* y *iuris et de iure*, según que admitan o no la prueba en contrario, y justamente con respecto a esta distinción es que algunos autores consideran que las presunciones *iuris et de iure* no son verdaderas presunciones debido a que no admiten la prueba en contrario del hecho presumido, entendiendo que tal prueba debe ser siempre posible en la presunción.

En el campo de la responsabilidad civil, fundamentalmente a partir de Louis Josserand ³⁶, varios autores estiman que es contradictorio sentar una presunción de culpa e impedir, al propio tiempo, que se la desvirtúe por la prueba en contrario. Entre nosotros, recientemente se ha dicho: “Una presunción de culpa que no admite ser desvirtuada mediante la prueba del obrar diligente del agente o, más aún, de la ausencia del presupuesto de imputabilidad tiene de tal solamente su nombre. Se trata, en todos los casos, de casos de responsabilidad objetiva en donde la imputación transita por parámetros diferentes de la culpabilidad” ³⁷.

Por nuestra parte, compartiendo las enseñanzas de Devis Echandía, rechazamos enfáticamente esta tesis por sustentarse en la premisa errada que la presunción legal es una prueba, lo cual implicaría la posibilidad de probar en contrario con otros medios. En realidad, tanto las presunciones *iuris tantum* como las *iuris et de iure* participan de la misma naturaleza, esto es, son reglas jurídicas sustanciales –no reglas de prueba– para la aplicación del derecho a un caso determinado, con la única diferencia que mientras las primeras presumen cierto el hecho hasta que se demuestre lo contrario, las segundas otorgan al hecho presumido una certeza definitiva e indiscutible ³⁸. Por esta razón, las normas que las consagran son de naturaleza sustancial y no procesal ³⁹.

En suma, a semejanza de la presunción judicial, la presunción legal tiene una estructura silogística en la que la premisa mayor es la regla general indicada por la experiencia, la premisa menor es un hecho concreto, y la conclusión es la consecuencia normal de ese hecho según la referida regla de la experiencia. Al igual que el juez, el legislador tiene en cuenta que según el orden normal de la naturaleza, de ciertos hechos derivan determinados efectos y, en consecuencia, por razones de política legislativa, impone una solución de la que aquél no puede apartarse ⁴⁰.

Por lo demás, no debe caerse en el grave error de confundir lo que es una *ficción legal* con una *presunción* ⁴¹, lo que impone su distinción. Así, si bien la ficción legal tiene de común con la presunción *iuris et de iure* que no admite la prueba en contrario, la primera a diferencia de la segunda no se basa en la experiencia sino en razones de técnica legislativa, aun mediando el conocimiento del legislador de una realidad distinta, como, por ejemplo, la ficción según la cual la ley es conocida por todo el mundo, a sabiendas de que esto es imposible; o la que considera que el heredero es continuador de la persona del causante, cuando en realidad se trata de dos personas diferentes. Esto ha llevado a Ihering a definir a las ficciones como mentiras técnicas consagradas por la necesidad ⁴².

9. El art. 1113 y su sistema de presunciones de culpa

a. Principio general. Prueba de la culpa

El art. 1067 de nuestro Código Civil es la norma capital en materia de responsabilidad civil por actos ilícitos. El establece: “No habrá acto ilícito punible para los efectos de este Código [...] sin que a sus agentes se les pueda imputar dolo, culpa o negligencia»; y el artículo 1109 agrega para los actos ilícitos que no son delitos: “Todo el que ejecuta un hecho, que por su culpa o negligencia ocasiona un daño a otro, está obligado a la reparación del perjuicio”.

En la actualidad, sin embargo, la doctrina dominante, soslayando y restando importancia a los citados artículos, entiende que la mayoría de los supuestos más importantes de responsabilidad civil, contractual y extracontractual, caen bajo la órbita de la llamada responsabilidad objetiva⁴³. Nuestro amigo, el prestigioso jurista cordobés Daniel Pizarro, pone como ejemplos de responsabilidad objetiva: a) los daños causados por el riesgo o vicio de la cosa (art. 1113 C.C.); b) los daños causados por actividades riesgosas (arts. 1113 C.C. y 40, ley 24.240); c) los daños al consumidor por productos o servicios defectuosamente prestados (art. 40, ley 24.240) y por incumplimiento de la obligación -“deber contractual”, entendemos nosotros- de seguridad; d) la responsabilidad del principal por el hecho del dependiente (art. 1113, primer párrafo); e) la responsabilidad de las personas jurídicas (art. 43 C.C.); f) el daño ambiental; g) el daño informático; y h) la responsabilidad emanada del incumplimiento de las obligaciones de resultado⁴⁴.

Por nuestro lado, desde la línea de pensamiento que defendemos, entendemos que en todos esos casos estamos en presencia de supuestos de responsabilidad civil basados en presunciones de culpa, de distinta intensidad, establecidas por el legislador en atención a circunstanciales -y por lo tanto, mutables- razones de política legislativa. Respetuosos de quienes piensan distinto, creemos que lo nuestro no es un sofisma proclamado por un apego dogmático a la tradición⁴⁵, sino un modo diferente de ver las cosas. Como lo hemos anticipado, probablemente quienes defendemos la doctrina tradicional coincidamos en las soluciones concretas con quienes militan en la doctrina objetivista; pero, insistimos, mientras los primeros aspiraremos a la realización de un ideal de justicia, reconociendo la dignidad de la persona humana como unidad inescindible de cuerpo y alma⁴⁶, los segundos se conformarán con la constatación de una realidad legal, basada en la materialidad física de las acciones y vaciada de todo contenido ético⁴⁷.

b. El sistema de presunciones de culpa del art. 1113

Volviendo a nuestro Código Civil -después de la reforma de la ley 17.711- y circunscribiéndonos a él, pues de otra manera traspasaríamos los límites propios de este trabajo, encontramos que de un modo general -sin perjuicio de los supuestos particulares contemplados en otras normas del mismo Código- el art. 1113 establece un sistema de presunciones de culpa, como excepciones al principio de la prueba de la culpa: a) una *presunción absoluta -iuris et de jure-* de culpa: responsabilidad por el hecho ajeno (art. 1113, párr. 1°); b) una *presunción relativa -iuris tantum-* de culpa: responsabilidad por el daño causado *con* las cosas (art. 1113, párr. 2°, parte 1ª), y c) una *presunción agravada* -la prueba en contrario está limitada a la *culpa de la víctima*, a la *culpa de un tercero* por quien no se debe responder o al *casus* (art. 513)-: responsabilidad por el daño causado *por* el riesgo o vicio de la cosa (art. 1113, párr. 2°, parte 2ª).

Más arriba ya hemos aclarado porque para nosotros las *iuris et de jure* son verdaderas presunciones legales, distinguiéndolas claramente de las ficciones legales. Por otro lado, con relación a las presunciones de culpa establecidas respecto de la responsabilidad por el hecho ajeno (*iuris et de jure*) y del daño causado *con* las cosas (*iuris tantum*) no existen mayores discrepancias doctrinarias, por lo que sólo nos ocuparemos ahora de la *presunción agravada de culpa* establecida con relación al daño causado *por* el riesgo o vicio de la cosa, y refutaremos a aquéllos que ven en ella una *presunción de causalidad*⁴⁸.

Quienes, siguiendo a la jurisprudencia y doctrina francesas ⁴⁹, ven en la segunda parte del párrafo segundo del art. 1113 una *presunción de causalidad* y no una *presunción de culpa* parten de la premisa errada que la *responsabilidad por riesgo* es una *responsabilidad sin culpa*, error conceptual que hemos tratado de corregir a lo largo de estas líneas ⁵⁰. El razonamiento es el siguiente: como se trata de una *responsabilidad sin culpa* no hay culpa que presumir, y como lógico corolario de ello las eximentes de responsabilidad -aunque su naturaleza sea destruir las presunciones de culpa-, forzando los conceptos, vienen a excluir una denominada *presunción de causalidad*, cuando precisamente en la llamada *responsabilidad objetiva* la *relación de causalidad* no se presume sino que debe ser probada.

Por lo tanto, somos de la opinión que la ley 17.711, al introducir la responsabilidad por riesgo de la cosa en el art. 1113, párr. 2º, parte 2ª del C.C., ha establecido una *presunción agravada de culpa* y no una *presunción de causalidad*. En efecto, al limitar la posibilidad de desvirtuar la presunción creada a la comprobación de la culpa de la víctima, de un tercero por quien no se debe responder u, obviamente, del caso fortuito o de fuerza mayor, tales eximentes prueban una ausencia de culpa en el presunto culpable y no una ruptura de la relación de causalidad entre la cosa y el daño, pues, excluyen el elemento subjetivo de la responsabilidad -si se quiere, la causalidad *moral*- y nada tienen que ver con el elemento objetivo relación de causalidad -si se quiere, causalidad *material*-.

Un sencillo ejemplo permitirá comprobar la exactitud de nuestro aserto: si Juan con su automóvil embiste al de Pedro y, como consecuencia de ello -sin que exista culpa concurrente-, éste atropella a Pablo que se encuentra cruzando la calle, existirá una relación de *causalidad material* entre el vehículo de Pedro y las lesiones de Pablo, pero la culpa será de Juan -tercero por quien no se debe responder-, lo cual excluye la *culpa* de Pedro ⁵¹; a idéntica conclusión cabe arribar si, por su exclusiva culpa, Pablo -víctima- es arrollado por el automóvil de Pedro: la relación de *causalidad material* existirá, pero no habrá *culpa* de Pedro; y, de igual modo, si el accidente fuera consecuencia de un terremoto o de un huracán, habrá *relación de causalidad* entre el vehículo y las lesiones, pero no existirá *culpa*.

10. Conclusiones

Lo precedentemente expuesto nos permite arribar a las siguientes conclusiones, a modo de síntesis final:

1º) No hay responsabilidad sin culpa; sólo varían los recursos técnico-jurídicos para determinarla.

2º) Hablar de *responsabilidad subjetiva* es un pleonasma, así como hablar de *responsabilidad objetiva* es un contrasentido.

3º) La naturaleza jurídica de la responsabilidad civil es bifronte: *resarcitoria*, desde el punto de vista del damnificado; *sancionatoria*, desde la perspectiva del responsable.

4º) La *responsabilidad por riesgo* reconoce su fundamento en una *omisión culposa*, en una negligencia, esto es, en la falta de diligencia adecuada para evitar que la cosa o actividad riesgosa provoque un daño.

5º) Es falsa la distinción entre obligaciones de medios y de resultado -con los alcances asignados por la doctrina nacional dominante- por dos razones: a) porque la llamada obligación de medios no es una verdadera obligación, sino un deber genérico de prudencia y diligencia, y b) porque toda obligación, al mismo tiempo, persigue un resultado e implica un deber genérico de prudencia y diligencia para su cumplimiento.

6º) Los recursos técnico-jurídicos para determinar la culpa son dos: a) uno procesal, la prueba de la culpa; y b) otro sustancial, las presunciones de culpa.

7º) Salvo presunción legal, pesa sobre cada una de las partes la carga de probar la culpa invocada como fundamento de su pretensión, defensa o excepción, con independencia de su posición procesal, esto es, de su condición de actor o demandado.

8º) Las presunciones *iuris et de iure* son verdaderas presunciones establecidas por el legislador, diferenciándose de la *ficciones legales* en que, mientras aquéllas reconocen como fundamento la experiencia, éstas responden a razones de técnica legislativa con prescindencia de la realidad.

9º) En la responsabilidad por actos ilícitos (responsabilidad extracontractual): por principio, la culpa debe probarse (arts. 1067 y 1109 C.C.); por excepción, el art. 1113 C.C., establece un sistema de presunciones de culpa para los casos generales de responsabilidad: a) una presunción absoluta *-iuris et de iure-* (art. 1113, párr. 1º); b) una presunción relativa *-iuris tantum-* (art. 1113, párr. 2º, parte 1ª), y c) una presunción agravada -la prueba en contrario está limitada a la culpa de la víctima, de un tercero o al *casus-* (art. 1113, párr. 2º, parte 2ª).

10) Para los casos de responsabilidad por riesgo o vicio de la cosa (art. 1113, párr. 2º, parte 2ª), la ley 17.711 introdujo al Código una *presunción de culpa* -agravada- y no una *presunción de causalidad*, pues las eximentes culpa de la víctima, de un tercero o el *casus* no rompen la relación de causalidad entre la cosa (causa) y el daño (efecto), sino que excluyen la culpa del presunto culpable.

NOTAS:

¹ Cabe recordar que los cuatro Congresos Nacionales de Derecho Civil (1927, 1937, 1961 y 1969), realizados todos en la ciudad de Córdoba, reunieron a los más eminentes civilistas de la Argentina con el objeto de estudiar la ley vigente y las reformas propuestas -Anteproyecto de Bibiloni y Proyecto de 1936- o ya efectuadas -como el caso del IV Congreso y la ley N° 17.711- para ajustarla a la siempre cambiante realidad social, siendo sus conclusiones y recomendaciones de decisiva influencia para nuestra legislación, jurisprudencia y doctrina actuales.

El IV Congreso subsumió a las Cuartas Jornadas Nacionales de Derecho Civil, denominación esta última que responde a los encuentros periódicos de civilistas que desde 1963 (Santa Fe) se realizan cada dos años en distintas sedes del país, jornadas que reconocen su origen en la iniciativa del doctor Roberto H. Brebbia, director del Instituto de Derecho Civil de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales de la Universidad Nacional del Litoral, y que con sus altibajos se han convertido en el más importante evento de la civilística nacional (confr. *Congresos y Jornadas Nacionales de Derecho Civil*, Buenos Aires, La Ley, 2005, pág. XIX y ss.).

² Ordenanza N° 2/68 del decano de la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales de la Universidad Nacional de Córdoba.

³ El doctor José Antonio Buteler Cáceres nació en Córdoba el 14 de junio de 1911. En palabras del doctor Eduardo Ignacio Fanzolato, el profesor Buteler Cáceres fue un verdadero “maestro”: **“Maestro en el saber y en el fervor para transmitir sus conocimientos... maestro porque consagró su vida a la enseñanza observando fielmente un desinteresado compromiso con la sociedad... maestro porque ejerció la docencia no como una mera actividad laboral sino como una vocación a la que no retaceó ningún esfuerzo... maestro por su constancia, por su invariable disponibilidad, por el afectuoso seguimiento que prodigaba a sus discípulos y por fuerza de sus cálidos estímulos humanos y científicos, que brindaba natural y espontáneamente, con absoluta sencillez... maestro en su defensa de la democracia, y del respeto a la pluralidad de ideas y de creencias”** (Fanzolato, Eduardo Ignacio, palabras con motivo de su incorporación como miembro de número de la Academia de Derecho y Ciencias Sociales de Córdoba, *Separata de Anales*, año académico 1999, Córdoba, 2000, pág. 11 y ss.).

⁴ Tema N° 14 del Cuarto Congreso Nacional de Derecho Civil, tratado por la Comisión N° 6, bajo la presidencia del doctor Aquiles Horacio Guaglianone, con la secretaria del doctor Pablo A. Horvath (*Actas del Cuarto Congreso Nacional de Derecho Civil*, www.acaderc.org.ar).

⁵ *Actas del Cuarto Congreso...* cit..

⁶ *Idem*.

⁷ Pablo A. HORVATH, “La responsabilidad objetiva en el derecho privado”, J.A. Doctrina 1970, pág. 550.

⁸ *Idem*.

⁹ *Actas del Cuarto Congreso...* cit..

¹⁰ Alfredo ORGAZ, *La culpa (actos ilícitos)*, Córdoba, Lerner, 1992, pág. 16, N° 1.

¹¹ *Actas del Cuarto Congreso...* cit..

¹² Confr. Georges RIPERT - Jean BOULANGER, *Tratado de derecho civil según el tratado de Planiol*, Buenos Aires, La Ley, 1965, t. V, pág. 43, N° 926, supervisión Jorge Joaquín Llambías, trad. Delia García Daireaux.

¹³ Henoah D. AGUIAR, *Hechos y actos jurídicos*, Buenos Aires, T.E.A., 1950, t. II, pág. 219.

¹⁴ Paul ESMEIN, “Le fondement de la responsabilité contractuelle rapprochée de la responsabilité délictuelle”, *Revue trimestrielle de Droit Civil*, 1933, págs. 627-692.

¹⁵ Alfredo ORGAZ, *La culpa...* cit., pág. 29 y s., N° 5.

¹⁶ Confr. Vincenzo MICELI, citado por Henoah D. AGUIAR, op. cit., t. II, pág. 219 y nota 17.

¹⁷ Jorge Joaquín LLAMBÍAS, *Tratado de derecho civil. Obligaciones*, Buenos Aires, Perrot, 1987, t. III, pág. 546, N° 2164.

¹⁸ Ramón Daniel PIZARRO, *Responsabilidad civil por riesgo creado y de empresa*, Buenos Aires, La Ley, 2006, t. I, pág. 123.

¹⁹ Benjamín MOISÁ, “La culpa como único fundamento de la responsabilidad civil”, RCyS, 2006-XII, 10, en especial, acápite III.

²⁰ Sobre las funciones de la responsabilidad civil puede verse: Luis DIEZ-PICAZO, *Derecho de daños*, Madrid, Civitas, 2000, pág. 41 y ss.; Félix A. TRIGO REPRESAS - Marcelo J. LÓPEZ MESA, *Tratado de la responsabilidad civil*, Buenos Aires, La Ley, 2005, t. I, pág. 60 y ss..

²¹ Christian LARROUMET, *Derecho civil. Introducción al estudio del derecho privado*, Bogotá, Colombia, Legis, 2006, pág. 29 y ss., N° 58 y ss., tr. Viviana Díaz Perilla bajo la dirección del autor de la obra.

²² Roberto H. BREBBIA, *Accidentes de automotores*, Buenos Aires, Bibliográfica Omeba, 1961, pág. 86 y ss., § 32.

²³ Henoch D. AGUIAR, op. cit., t. II, pág. 220 y ss..

²⁴ “Defendida [en Francia] en 1897 por Saleilles y por Josserand, a los que denominaron sus adversarios ‘sindicados de la quiebra de la culpa’, había sido concebida especialmente para socorrer a los obreros víctimas de los accidentes de trabajo. Cuando esa esfera fue sometida por el legislador a una reglamentación especial (ley del 9 de abril de 1898), no dejó por ello de ser defendida por sus promotores, que la declararon de aplicación general. Por aquella época, su generosa intención sedujo a numerosos juristas” (Henri, León y Jean MAZEAUD, *Lecciones de derecho civil*, Parte II, vol. II, Buenos Aires, EJE, 1969, pág. 18, N° 382, tr. Luis Alcalá-Zamora y Castillo bajo la dirección y responsabilidad de Santiago Sentis Melendo).

²⁵ Jorge MOSSET ITURRASPE, “De la imputación subjetiva a la objetiva (en la responsabilidad por incumplimiento contractual)”, en *Responsabilidad civil*, Kemelmajer de Carlucci, Aída (directora), AA.VV., Santa Fe, Rubinzal-Culzoni, 2007, pág. 115 y ss., en especial, el § 8. El distinguido autor santafesino, en la obra citada, llega al extremo de sostener que: “Probado el incumplimiento material por el acreedor, se le imputa al deudor una responsabilidad objetiva”, lo cual nos parece verdaderamente inaceptable.

²⁶ “Toda obligación entraña un resultado a obtener y los medios apropiados para lograrlo. No es discutible que pueda existir en el contrato una determinación más o menos grande del objeto de la obligación, pero esa determinación es relativa al resultado como a los medios” (Georges RIPERT - Jean BOULANGER, op. cit., t. IV, pág. 465, N° 783).

²⁷ “Se discute quién fue el autor de esta distinción: algunos autores argentinos y franceses, asignan la paternidad de la misma a Demogue; en cambio, otros encuentran antecedentes de significación previos a la obra de Demogue, aun cuando reconocen la entidad y significación del aporte de éste” (Félix A. TRIGO REPRESAS - Marcelo J. LÓPEZ MESA, op. cit., t. I, pág. 735).

²⁸ Para un amplio tratamiento del tema, véase Félix A. TRIGO REPRESAS - Marcelo J. LÓPEZ MESA, op. et loc. cits..

²⁹ Ya hemos dicho en varias oportunidades que: “no negamos la existencia de supuestos que exigen una reparación -si se quiere, **objetiva**- por razones de equidad, que en algunos casos han sido consagrados con justicia por nuestra ley, pero, tales hipótesis no son de **responsabilidad objetiva**, expresión que encierra una contradicción en sus propios términos, sino de reparabilidad” (Benjamín MOISÁ, “La culpa como único fundamento de la responsabilidad civil”, en *Revista de Responsabilidad Civil y Seguros*, Buenos Aires, La Ley, 2006, XII, 10). Por lo tanto, no insistiremos ahora en ello.

³⁰ Luis MOISSET DE ESPANÉS - Benjamín MOISÁ, “La responsabilidad de los médicos y servicios hospitalarios en el pensamiento de François Chabas”, en *Responsabilidad civil*, Kemelmajer de Carlucci, Aída (directora), AA.VV., Santa Fe, Rubinzal-Culzoni, 2007, pág. 287 y ss.; Luis MOISSET DE ESPANÉS, *Obligaciones naturales y deberes morales*, Buenos Aires, Zavalía, 1998, pág. 30 y ss..

³¹ Henri, Jean y León MAZEAUD - François CHABAS, *Derecho civil. Obligaciones*, Buenos Aires, Zavalía, 1997, t. I, pág. 26 y ss., N° 21, tr. Luis Andorno.

³² Hernando DEVIS ECHANDÍA, *Teoría general de la prueba judicial*, Buenos Aires, Zavalía, 1981, t. I, pág. 490 y ss..

³³ Hernando DEVIS ECHANDÍA, op. cit., t. I, pág. 496 y ss..

³⁴ Hernando DEVIS ECHANDÍA, op. cit., t. II, pág. 694.

³⁵ Hernando DEVIS ECHANDÍA, op. cit., t. II, pág. 697.

³⁶ Louis JOSSEAND, *Dalloz Periodique*, 1900-2, pág. 293.

³⁷ Ramón Daniel PIZARRO, op. cit., t. I, pág. 55.

³⁸ Hernando DEVIS ECHANDÍA, op. cit., t. II, pág. 697 y ss..

³⁹ Hernando DEVIS ECHANDÍA, op. cit., t. II, pág. 700.

⁴⁰ Confr. Hugo ALSINA, *Derecho procesal*, Buenos Aires, Ediar, 1964, t. III, págs. 684 y 697

⁴¹ Por todos, incurre en este lamentable error Alfredo Orgaz, aquel gran jurista cordobés que renunciara a la Corte Suprema de Justicia de la Nación por cansancio moral, sosteniendo que las presunciones absolutas o *juris et de jure*, por ser absolutas, “ya no son presunciones sino ficciones” (Alfredo ORGAZ, op. cit., pág. 187, N° 78).

⁴² Hugo ALSINA, op. cit., t. III, pág. 685; Hernando DEVIS ECHANDÍA, op. cit., t. II, pág. 707 y ss..

⁴³ Por todos, Ramón Daniel PIZARRO, op. cit., t. I, pág. 163 y ss..

⁴⁴ *Idem*.

⁴⁵ *Idem*, pág. 164.

⁴⁶ “El hombre, como individuo, es sólo otra unidad biológica (el materialismo es consecuente al estimar al hombre sólo como animal evolucionado). La **persona** es también individuo, sin duda, pero con jerarquía **espiritual**: es portadora de valores, religiosos, éticos y de cultura en general, y construye su vida (que sólo le ha sido dada en lo biológico) sobre esos valores. Tiene conciencia de sí, de deberes y de derechos, es capaz de virtudes generosas y de vicios, de sacrificios, de crímenes y de pecados. Es, en fin, responsable” (Alfredo ORGAZ, “El hombre como individuo social”, en *Las personas humanas. Esencia y existencia*, Matilde Zavala de González -dirección-, Buenos Aires, Hammurabi, 2000, pág. 37; publicación originaria en el diario “La Voz del Interior” -suplemento-, Córdoba, ejemplar del 31 de diciembre de 1976).

⁴⁷ Véase nuestro trabajo citado en la nota 19, en especial, el acápite XI.

⁴⁸ Por todos, Alfredo Orgaz, quien ocupándose del sistema de presunciones establecido por el Código, dice: “Algunas son efectivamente presunciones de culpa, otras son más exactamente presunciones de causalidad”; y aclara: “Las primeras se destruyen simplemente con la prueba de que ‘no se tuvo culpa’, es decir, con la prueba de la diligencia normal; las segundas exigen la prueba más severa y concreta de una causa extraña (caso fortuito, culpa exclusiva de la víctima o de un tercero). Éstas se fundan únicamente en la **causalidad**, y son, por tanto, supuestos de responsabilidad objetiva; aquéllas se basan en la **culpabilidad**, es decir, pertenecen al ámbito de la responsabilidad subjetiva” (Alfredo ORGAZ, *La culpa...* cit., pág. 160 y ss., N° 58).

⁴⁹ Por todos, Alfredo Orgaz quien -con cita de Ripert, Mazeaud, Tunc y Savatier- expresa: “Pero ¿cómo atribuirle esta significación [presunción de culpa] a una responsabilidad que rechaza absolutamente esa prueba liberatoria y sólo admite la de una **causalidad** ajena al guardián? Ya no se puede hablar aquí correctamente de una ‘presunción de culpa’, sino, más bien, de una ‘presunción de causalidad’ o ‘de responsabilidad’, expresiones manifestamente distintas de aquélla. Y así se ha hablado en efecto, más recientemente, por la Corte de Casación y algunos tribunales, con la aprobación o la indiferencia de los comentaristas” (Alfredo ORGAZ, *La culpa...* cit., pág. 194, N° 73).

⁵⁰ Véase especialmente el § 6 de este trabajo.

⁵¹ Obsérvese la similitud de este caso hipotético con el real decidido por la Cámara Nacional Civil, Sala H, que en un exceso *objetivista* resolvió que el conductor de una camioneta embestida debe responder -en concurrencia con el embestidor- por las lesiones ocasionadas a un peatón que aguardaba en la ochava para cruzar la calle, como consecuencia del desprendimiento de una caja de herramientas que llevaba en la caja de la camioneta (CNCiv, Sala H, 24/10/05, “Leguizamón Abdo, Julio C. c/ Montenegro, Daniel S. y otros”, Lexis N° 1/1008797; Zeus, t. 100, R-21.396-; D.J. 2006-1-30).

Luis Moisset de Espanés, quien nos hizo llegar el fallo por correo electrónico, nos comenta en su correspondencia: “La conclusión a que arriba el Tribunal parece ser una prueba de los excesos a que se llega en nuestro sistema por aplicación de la responsabilidad ‘objetiva’. El responsable, a nuestro criterio, es única y exclusivamente el ‘embistente’, y no el ‘embestido’, que ha sido un ‘objeto inerte’. El exceso de ‘protección’ a la víctima, crea en este caso una nueva víctima, y el problema no se soluciona diciendo: ‘usted puede repetir lo que le cobren dirigiéndose contra el embistente’”.

IMPLICANCIAS DE LA RESPONSABILIDAD POR RIESGO

por LIDIA M. R. GARRIDO CORDOBERA

SUMARIO: I. Aclaración. II. Nuestra Lectura del IV Congreso. III. Opiniones doctrinales post 17.711. IV. El riesgo creado: el riesgo de actividad y la cuestión de las actividades riesgosas. V. Los principios de derecho europeo de daños. VI. Los proyectos de reforma. 1. La unificación de la legislación civil y comercial de 1987. 2. Proyecto de Reformas de la comisión del Ejecutivo D 468/92. 3. Proyecto de la Comisión federal de 1993. 4. Proyecto de unificación de 1998. VII. La Ley de Defensa al Consumidor y las leyes ambientales. VIII. Merituación final

I. Aclaración

El IV Congreso trató conjuntamente el tema de los daños y perjuicios en la reforma y el de la responsabilidad sin culpa; hemos optado por dejar de lado ciertos temas muy interesantes y abocarnos dentro de la responsabilidad objetiva a la situación que planteó y aún hoy plantea el riesgo, sobre todo en su vertiente del riesgo creado para observar que muchas de las polémicas vertidas oportunamente en el debate, hoy continúan vigentes, entre quienes preconizan se regle su aplicación exhaustivamente mediante leyes especiales y quienes sostenemos que una interpretación dinámica jurisprudencial y doctrinaria de una regla que la contenga es el mejor camino.

II. Nuestra Lectura del IV Congreso

Rescataremos de los miembros y los despachos lo que nos interesa y que es en esta oportunidad el alcance y en cierta medida una opinión o juicio acerca de la teoría del riesgo ¹.

La Dra. Leonfanti (UCA-Rosario) con magistral visión exhortó a que las próximas reuniones de juristas en el futuro se dedicaran al estudio de la responsabilidad civil, hemos visto en los últimos 30 años cómo dicho requerimiento se ha cumplido, aunque no siempre de un modo óptimo, y la Convocatoria a las Jornadas Nacionales de 2009, acertadamente dividen el tema de obligaciones y de daños (nombre con que usualmente se refiere de modo indistinto a la responsabilidad civil ²).

Señalaba ya en 1969 que era urgente reconstruir el sistema Stark-Tunc y citando a Savatier manifestaba que era imposible concebir el juego de la responsabilidad civil sino como un aspecto del servicio general de reparación de daños, las cuatro construcciones provenientes de las cuatro fuentes de deudas: culpa, riesgo, seguro y seguridad, son irreductibles por su naturaleza y caracteres propios pero es necesario coordinarlas ³.

El Dr. Brebbia (UNL) se oponía a la reforma en los términos en que fue realizada insistía en que debían establecerse nuevas normas destinadas a regular la responsabilidad por actividades riesgosas ⁴ conforme a las pautas aprobadas en las II Jornadas de derecho Civil de Corrientes.

El Dr. Atilio A Alterini (UBA) por su parte también recalca que el Código Civil de Vélez se veía perturbado por el agregado al art. 1113 y por su alcance desmesurado ⁵.

El Dr. Roque F. Garrido (UNNE) ⁶ señaló que el progreso jurídico origina siempre una marcada resistencia, ya sea por apego a viejas formulas que no responden a la realidad o por la estratificación de conceptos ⁷.

Recordaba a Aguiar Díaz ⁸ para quien en realidad ya no se trataba de responsabilidad civil aunque convenga mantener el *nomen iuris*, diciendo que el problema ha trascendido estos límites, se trata de reparación del daño ⁹ y expresaba que los más ardientes partidarios del

subjetivismo no niegan la conveniencia de normas que fundadas en la equidad determinen supuestos de responsabilidad objetiva.

Con respecto al supuesto del riesgo, manifestaba que allí aparece el peligro potencial que es presupuesto para la responsabilidad, el riesgo creado presupone una actividad humana que incorpora al medio social una cosa peligrosa por su naturaleza o por su forma de utilización¹⁰, recordando que Josserand expresaba que la idea de la culpa es insuficiente debe completarse, vigorizarse con la noción más moderna, más económica y más práctica del riesgo creado.

El Dr. Jorge J. Llambías (UCA) señalaba que la responsabilidad por riesgo es en verdad una traslación o una distribución de daños por razón de equidad o bien la exigencia de una obligación legal de garantía, pero expresaba enfáticamente que no se justifica si previamente no se delimita el ámbito en que habrá de requerirse la reparación al creador del riesgo¹¹.

El Dr. Jorge Mosset Iturraspe (UNL) afirmó que la responsabilidad por riesgo constituía un supuesto de responsabilidad objetiva.

El Dr. Eduardo L. Vallejo (UN Santo Tomás de Aquino) expresó que la teoría del riesgo con un entroncamiento materialista en cualquiera de sus manifestaciones choca con la filosofía del ordenamiento, y es contrapuesta en su orientación filosófica jurídica y sus consecuencias pues elimina toda distinción entre los hechos culposos y no culposos.

Por su parte el Dr. Iván M. Díaz Molina (Inst. de Derecho Civil de Córdoba) recalcó que las nuevas condiciones sociales y técnicas de la vida y del trabajo exigen la adopción del sistema de responsabilidad sin culpa para determinadas actividades¹².

Finalmente se arribó a dos dictámenes que fueron sostenidos el de la mayoría por Roque F. Garrido y el de la minoría por Jorge J. Llambías¹³ votándose en general y en particular sin objeción, arrojando la votación la cifra de 46 por la afirmativa a 36 por la negativa.

Si bien en lo pertinente la recomendación establece: El riesgo creado presupone una actividad humana que incorpora al medio social una cosa peligrosa por su naturaleza o por su forma de utilización, es interesante lo referido por los miembros informantes.

En cuanto a las fundamentaciones a cuya lectura en extenso remitimos, nos permitimos señalar, con Garrido la cuestión terminológica¹⁴ y la alusión a Orgaz de que el interprete debe buscar el sentido más razonable, aun prescindiendo del texto literal, con el límite que esa interpretación tenga algún sustento en las palabras de la ley.

Señalaba este despacho de la mayoría que la ley marcaba pautas esenciales, una responsabilidad por culpa, la existencia de la teoría del riesgo dentro de la regulación actual, y la necesidad de llegar a una regulación que señalara con la mayor claridad conceptual posible los límites en los que se debe mover (justificar racionalmente su aplicación).

Si bien Llambías abogaba duramente por la supresión del riesgo creado como principio general, atacando el contenido ético, considerándola una noción recesiva, degradante del orden social justo¹⁵, también apuntó en esa oportunidad, que la misma que podría tener alguna función con respecto a ciertas hipótesis particulares, debiéndose describir las mismas con precisión, para que la idea de riesgo creado latente en esos supuestos no se desorbitara desquiciando la teoría general de la responsabilidad en las restantes situaciones¹⁶.

Son muy interesantes las palabras vertidas por el Dr. Cassiello acerca de la diferencia entre aplaudir el texto de la reforma y la intención perseguida que era la de pretender ampliar el campo del derecho de la reparación de daños.

Consideraba que el cambio es una exigencia de la vida moderna y que ésta impone acudir a nuevos principios para dar solución a nuevos problemas. Apunta a que la sensación de injusticia se desvanece cuando se mira a la víctima, ella también merece protección y habrá de dársele so pena de pecar más gravemente contra elementales postulados de justicia.

Garrido al hacer uso de su derecho a réplica, comenzó por afirmar fuertemente el contenido ético del riesgo¹⁷ pues se intenta controlar la desigualdad jurídica que origina la creación de riesgos más allá de lo que es admisible en una normal convivencia, propugna realizar el equilibrio entre quienes integran un determinado conglomerado social, no admitiéndose la posibilidad de ejercer una actividad que pueda originar eventualmente daños por la naturaleza de las cosas o por su forma de utilización.

El fin es ético, de protección y amparo al tercero extraño al proceso de utilización y denota un profundo contenido social y moral.

El problema debía examinarse desde el punto de vista de la víctima y lo realmente reñido con la ética, los valores morales y el sentido de justicia es suponer que se admita la producción de daños por la incorporación de cosas riesgosas al medio social. Señalaba que el derecho civil considera que la actividad de incorporar al medio cosas peligrosas o que por su forma de utilización puedan ocasionar daños aun cuando sean autorizadas no exime de reparar los perjuicios que se ocasionen.

Compartimos, como ya hemos dicho, la opinión que volvió a verter sobre que el riesgo creado presupone una actividad humana que incorpora al medio social una cosa peligrosa por su naturaleza o por su forma de utilización, implicando una negativa al criterio que propugna solamente reducirlo a supuestos expresos (“... reducirlo a un catálogo limitado, para encerrarlo en una jaula”...) y su pronunciamiento a favor de que el casuismo no daría a la ley la elasticidad fecunda que es necesaria en esta materia y finalmente su pronunciamiento por el principio de la reparación plena.

Llambías al hacer lo propio, llamó a la idea de riesgo, idea informe, proteica, indócil, imposible de sujetar o dominar, decía que el jurista, que es el hombre gobernado por la razón, no puede dar salida incontrolada a un principio explosivo que quiebra uno de los fundamentos del buen orden social, como es la necesidad de la culpa para originar responsabilidad.

Sostenía que la responsabilidad por riesgo creado que establece la reforma es por completo injustificada, sería “indispensable y urgente para impedir el deterioro de nuestro derecho, desplazar la idea del riesgo creado de ese sitio prominente de responsabilidad, que en los hechos ha venido a usurparle a la culpa”. Por ello propugnaba que se le asigne en definitiva alguna función, siempre que se comience por delimitar con precisión el ámbito de aplicación¹⁸.

Adviértase, que aunque hayan pasado 40 años, la vigencia de muchas palabras e inquietudes que se vertieron en ese encuentro y como hoy muchos vuelven a la palestra, vemos que aún hoy se discute del riesgo de empresa¹⁹, del reverdecer de la culpa²⁰ y de los sistemas de seguridad social²¹, pensemos rápidamente en los temas de daños que se abordaron en las Jornadas Nacionales de Derecho Civil y los despachos que suscitaron.

III. Opiniones doctrinales post 17.711

Veamos paralelamente las opiniones doctrinales vertidas por varios juristas de la época. Garrido y Andorno, por ejemplo consideraron que el agregado al art. 1113 significó un profundo acierto legislativo²². Seguiremos a estos autores que en su obra destinada específicamente al tratamiento del art. 1113 del C.C. nos brindan conceptos expresados por Orgaz, Salas, Borda, Llambías, Goldenberg, Casiello y Mosset Iturraspe²³.

El maestro Alfredo Orgaz²⁴, rechazaba la interpretación literal del art. 1113 C.C., ya que no puede interpretarse de ese modo, sin caer en el absurdo de decir que el art. 1109 C.C. había quedado reducido al ínfimo ámbito de los daños causados por el hombre con su solo cuerpo y por ello sostenía lo siguiente:

a) Ha de considerarse razonablemente que el art. 1109 conserva su valor de principio general de la responsabilidad por hecho propio, sea que el daño se origine en pura actividad física, sea que se ocasione con el empleo de cosas no aptas en sí para dañar y por la actividad de aquél²⁵.

b) En el art. 1113 habría que distinguir la hipótesis de los daños causados con las cosas, en que hay una presunción de culpa contra el dueño o guardián que éstos pueden destruir demostrando que de su parte no hubo culpa²⁶.

c) En el mismo art. 1113 C.C. está previsto el daño causado por el riesgo o vicio de la cosa, términos amplios, que comprenden: 1) todas las actividades y cosas en sí mismas peligrosas, de que es capítulo principal la circulación automotriz, pero también una fábrica de explosivos, un establecimiento de productos químicos, etc.; 2) todos los supuestos de daños ocasionados por el

mal estado de construcción o de funcionamiento de las cosas, como ser caída de edificios en construcción, exhalaciones cloacales o de depósitos infectantes, dispersión de polvo de cemento, emanaciones de humo de una fábrica que ensucia los frentes vecinos, etc.²⁷.

Borda²⁸ afirmaba que el sistema de la culpa no debe ser totalmente suplantado por el principio del riesgo, en su opinión, en una sociedad jurídica refinada la culpa debe ser el fundamento esencial de la responsabilidad, pero este sistema debe ser completado y enriquecido por el riesgo creado, no se trata de expulsar el sistema de la culpa, sino de instalar a su lado el del riesgo para la realización de un equilibrio más perfecto entre los intereses y los derechos.

Considera positiva la reforma que introduce oficialmente en nuestro derecho la doctrina del riesgo (que ya la jurisprudencia había aplicado); que concluye con la distinción entre daños causados por las cosas y con las cosas y distingue entre las cosas con vicio o riesgos derivados de su naturaleza, y las que no lo tienen.

Isidoro H. Goldenberg²⁹ señaló que en el mecanismo reparador del daño confluyen distintas fuentes, encauzadas todas ellas hacia una meta común, el restablecimiento, por medio del orden jurídico, del equilibrio patrimonial alterado por la acción dañosa.

Estos diversos títulos (culpa, seguridad, previsión, garantía, etc.) no se excluyen entre sí, constituyen sólo diferentes vías que van luego a entroncarse en el concepto unitario de la responsabilidad.

Al examinar la reforma, estima que se incorporan a los ya existentes algunos tipos de responsabilidad objetiva, incluyendo el derivado del riesgo por actividades peligrosas³⁰.

Por su parte Mosset Iturraspe³¹, en un trabajo considerado especialmente valioso por su poder de síntesis, ha expresado que la responsabilidad en el Código de Vélez, en seguimiento del Código francés tenía una marcada orientación moralista e individualista, pero sin perjuicio de esa tendencias se admitieron supuestos excepcionales: el daño causado por un animal feroz, art. 1129; el originado en un hecho involuntario con base en el enriquecimiento, art. 907 y lo mismo aconteció en el terreno de la responsabilidad por incumplimiento de la obligación, los arts. 1118, 1119, y en los casos de evicción y vicios redhibitorios.

Expresó que una interpretación inteligente del Código de Vélez permitió a la doctrina y jurisprudencia nacionales extraer otros supuestos de responsabilidad sin culpa: responsabilidad del principal por el hecho dañoso de su dependiente (art. 1113), responsabilidad del guardián por el daño originado en cualquier cosa inanimada (art. 1113). Pero, a falta de un texto legal, se debió recurrir a presunciones de culpa que no admitían prueba en contrario y que sólo permitían la exoneración del agente con base en la prueba del caso fortuito³².

La reforma de 1968, ley 17.711, incorpora al Código Civil una responsabilidad típicamente jurídica. Ello aparece en los arts. 907, responsabilidad por hechos involuntarios, y 1113, responsabilidad por riesgo creado; acepta, una responsabilidad más factible o matizada, con base en el principio de equidad³³.

En el Código Civil, luego de la reforma de 1968, coexisten dos sistemas de responsabilidad: la fundada en culpabilidad y la basada en el riesgo creado. La responsabilidad por riesgo creado no tiene como presupuesto único la relación de causalidad entre el hecho riesgoso y el daño, están presentes todos los presupuestos ordinarios de la responsabilidad: autoría, antijuridicidad, imputabilidad, daño y relación causal.

Al agente se le imputa haber multiplicado o potenciado con su conducta el peligro de dañosidad, cuando se concreta en un daño, configura una conducta antijurídica.

Reconoce fundamentos plurales: la justicia y la equidad, desde un ángulo mediato; el "interés activo" desde uno inmediato. Este último puede explicitarse así: quien desenvuelve en su propio interés una actividad peligrosa, debe sufrir las consecuencias previsibles provenientes de ella.

Expresa que los daños atribuibles a riesgo creado deben ser resarcidos en el terreno extracontractual, con el mismo criterio que impera en los actos ilícitos, son indemnizables las consecuencias inmediatas y las mediatas, y los daños morales. La causalidad adecuada se aprecia en la responsabilidad por riesgo creado según la previsibilidad objetiva de un hombre medio (art. 906).

En una posición distinta encontraremos a Llambías³⁴ quien adopto una postura adversa y extrema al analizar la reforma³⁵. Su interpretación es literal y no aparece como aceptada por la mayoría de la doctrina.

Critica la incorporación de la teoría del riesgo, ya que vulnera, a su criterio, principios esenciales del ordenamiento jurídico, opina que se propugna una organización social vaciada en sus cimientos de sustancia moral, pues no es posible resolver sobre la responsabilidad, haciendo abstracción del verdadero estado de conciencia del inculpado, se responde, no porque haya mérito para sancionar una conducta reprochable, sino porque se ha originado el factor material del que, como condición *sine qua non*, provino el daño.

La considera una concepción regresiva de la responsabilidad civil que arrasa con toda valoración de la conducta de la gente y arruina el cimiento moral del orden jurídico.

Cree que no es susceptible de coordinación lo dispuesto por el art. 1067 y la doctrina del riesgo incorporada por el art. 1113. Ello sólo sería posible si la responsabilidad por riesgo jugara en un ámbito limitado, por ejemplo, en el caso de accidente causado por vehículos, pues habría un principio general de responsabilidad por culpa y una especie, para cierto sector particular previamente delimitado, de responsabilidad por riesgo pero sin culpa. Opina que es contradictorio el funcionamiento simultáneo de dos principios genéricos de responsabilidad por culpa y por riesgo.

Acdeel Salas³⁶, al examinar la reforma, expreso que en los supuestos de daños causados con las cosas, el nuevo apartado presume la culpa del dueño o guardián y que la mayor parte de los hechos ilícitos quedan comprendidos en su ámbito, debiendo atribuírsele el alcance que le daba la jurisprudencia que es el que gramaticalmente corresponde.

Critica la expresión “...si el daño hubiera sido causado por el riesgo o vicio de la cosa”, pues el daño no es causado por el riesgo de la cosa sino por la cosa que presenta riesgos, es decir, por la cosa peligrosa, concepto dentro del cual se debe incluir a las cosas con vicios aptos para causar daños.

Consideraba que la adopción de dos teorías distintas para resolver un mismo problema sólo puede traer incertidumbre³⁷: y además no confiaba en una aplicación adecuada del principio de la peligrosidad

Juan J. Casiello³⁸, al analizar la respuesta a los problemas de la responsabilidad y en especial la moderna concepción de la teoría de la garantía de los derechos, expresa que su contenido es objetivo; estima que hay daños que no pueden ser causados impunemente pues no hay casi derechos subjetivos que por su naturaleza autoricen a un individuo a matar o a herir a un semejante, o aun a dañar sus bienes materiales.

Considera que los daños de esta naturaleza son ilícitos *per se*, aunque ninguna culpa los acompañe, constituyen un atentado a los derechos de la víctima³⁹, la razón de ser de la responsabilidad es que hay un mínimo de seguridad sin el cual no puede existir ninguna sociedad civilizada.

IV. El riesgo creado: el riesgo de actividad y la cuestión de las actividades riesgosas

En la posición del IV Congreso Nacional de Derecho Civil el *riesgo creado supone incorporar al medio social una cosa, que por su naturaleza o su forma de uso, importa un peligro potencial de daños.*

En las II Jornadas Sanrafaelinas se dijo que se crea un *riesgo* cuando la cosa, por un acto anormal -habida cuenta del destino para el que regularmente sirve según su naturaleza- está en situación virtual de ser por sí causa de un daño. Se sostuvo que la ley 17.711, no ha formulado una categoría rígida de cosas “riesgosas”, y debe ponderarse en cada caso, sí, en razón de haber quedado la cosa fuera del contralor del guardián -por su riesgo o vicio- y desempeñando un “papel activo”, causó un daño en violación del deber de no causarlo.

Según Orgaz el art. 1113 del C.C. considera dos supuestos de daños: el resultante del *riesgo* y el proveniente del *vicio* de la cosa. Los dos no son idénticos ni en sus fundamentos ni

en sus efectos, el riesgo se funda en la creación de un riesgo particular de daños, en razón de la naturaleza peligrosa de la actividad desarrollada o de los medios utilizados. Se trata de una responsabilidad absolutamente objetiva o sin culpa: es una responsabilidad por actividades lícitas o por el empleo lícito de cosas, pero que entrañan peligro para otras personas.

Garrido y Andorno en su libro sobre el art. 1113 dicen: *“Afirmamos que no es admisible en una sociedad progresista que existan daños sin la correspondiente reparación. Los paliativos por presunciones de culpa, si bien aptos para obtener el justo equilibrio, en determinados supuestos resultan insuficientes, en especial cuando se incorporan medios de notoria actitud dañosa pero que socialmente permiten una mejor producción o una distribución más eficaz de los bienes. En tal situación, la reparación del daño debe otorgarse como consecuencia de la incorporación del elemento dañoso o peligroso y del beneficio obtenido con su utilización”*⁴⁰.

Zavala de González señala⁴¹ que el riesgo de la cosa es siempre un peligro de daño, es inherente a ciertas cosas, proviene de las características normales de ella, se infiere de la naturaleza o destino de acuerdo a la experiencia y sin necesidad de demostración particular autónoma, es un peligro lícito y socialmente aceptado como contrapartida de los beneficios sociales o económicos que importa la introducción, utilización o aprovechamiento de las cosas peligrosas y que el daño nunca deriva del solo riesgo de la cosa, requiere su conjunción con otro hecho que agrave o concrete ese peligro.

Enseña Bustamante Alsina⁴² que las cosas pueden tener un peligro estático o dinámico, en el primero es necesario un factor externo para desencadenar el daño, en el segundo caso se trata de cosas que llevan el riesgo latente en su accionar, es la cosa en acción, puesta en movimiento

Dice Pizarro⁴³ que nos encontraremos con una cosa riesgosa por su naturaleza cuando su empleo normal conforme a su estado natural pueda causar daños a terceros y que es importante el uso que el hombre le dé, por ejemplo el funcionamiento (auto), su estado (arma cargada) o la localización (madera que cae de en un camión)

La experiencia común indica que existen numerosas cosas susceptibles hoy de causar daños, tales los compuestos químicos incorporados a los fertilizantes, los gases inflamables, los elementos corrosivos utilizados en la industria, etc.

Estas cosas llevan en sí, en su naturaleza, una dañosidad potencial, la que no puede ser contemplada como una cosa inerte cuya intervención únicamente puede atribuirse a la actividad de la gente.

Es exacto que su incorporación al medio tiene en definitiva el presupuesto de una actividad humana, aun cuando pueden en ciertos casos existir como consecuencia propia de una actividad de la naturaleza. Tal el caso, por ejemplo, de manantiales de agua que pudiera ser tóxica por el contenido excesivo de elementos nocivos para la salud del hombre o de otros seres vivos.

Que existan cosas peligrosas en sí, no excluye que en la casi totalidad de los casos han sido incorporadas al medio ambiente por una actividad humana, generalmente con fines de lucro o de beneficio para un grupo determinado⁴⁴.

Existen entonces cosas riesgosas por su naturaleza, respecto de las cuales no corresponde examinar su forma de utilización pues, aun siendo ésta normal, cabe la posibilidad de la producción de daños un ejemplo de ello lo tenemos en el PCB y esta expresamente contemplado en la ley ambiental.

Hoy tiene especial importancia para la concreción de leyes especiales que regulen sus consecuencias dañosas y para la prevención de los daños, en tales casos la atribución recae sobre quien ha incorporado al medio esa cosa peligrosa por su naturaleza.

En el derecho comparado y también en la Argentina se sostiene que no debe darse un carácter extremadamente expansivo a la aplicación de la teoría del riesgo, ella debe estar para aquellos supuestos en que se han incorporado al medio factores que por su naturaleza o forma de uso son potenciales productores de daño y donde se requiera la más inmediata protección de los damnificados.

Pizarro, como varios de nuestros autores, sostiene que nuestro legislador no ha creído conveniente limitar los supuestos de daños causados por riesgo a casos específicos si no se

limitó a fijar pautas genéricas quedando en poder del magistrado la determinación en cada caso de su procedencia.

Por nuestra parte confiamos en una adecuada interpretación finalista y realista realizada por los jueces para ir adecuando la norma a las nuevas realidades⁴⁵.

Se ha planteado desde la recepción del riesgo la posibilidad de aplicación analógica a situaciones en que sin necesidad de cosas o bien teniendo ellas un rol secundario produzcan un daño por una actividad. Es una interpretación dinámica apoyada en el espíritu de la teoría del riesgo.

Una actividad es riesgosa cuando por su propia naturaleza (características ordinarias propias y normales) o por las circunstancias de su realización genera un riesgo o peligro a terceros.

La cuestión pasa por el grado de previsibilidad y poco importa que intervenga o no una cosa ej. son los medios masivos de comunicación, la informática, los servicios.

Zavala de González⁴⁶ expresa que una actividad puede ser peligrosa por su naturaleza (con motivo de sus características intrínsecas o habituales) o por las circunstancias con que se desenvuelve (a raíz de los medios empleados en la ejecución u otros accidentes de lugar, tiempo o modo).

Para Pizarro⁴⁷, posición que compartimos, la ley argentina comprende tres categorías . los daños causados por cosas riesgosas o peligrosas por su propia naturaleza (sin importar que ese riesgo sea normal o anormal, regular o irregular, propio o impropio), los daños causados por el riesgo de la actividad desarrollada mediante utilización o empleo de cosas y también los daños por actividades riesgosas sin intervención de cosas.

El citado autor⁴⁸ estima que una actividad es riesgosa cuando por su propia naturaleza (esto es por sus características propias, ordinarias y normales), o por las circunstancias de su realización (lugar tiempo o modo) genera una significativa probabilidad de riesgo o peligro para terceros, ponderable conforme a lo que regularmente sucede según el curso normal y ordinario de las cosas. Recalca que se trata en general de actividades que son consentidas por la utilidad social que representan y que derivan dañosas para terceros.

El término actividad manifiesta la posible existencia de varios hechos humanos, pudiendo combinarse con otros elementos materiales o inmateriales, poniendo Pizarro y Zavala a la empresa como ejemplo.

En el derecho español, hace ya muchos años Puig Brutau con su análisis jurídico y sociológico, señalaba que los fenómenos sociales cuya existencia no está plenamente reconocida, producen sus primeros efectos a través de rodeos y ficciones⁴⁹.

En el caso concreto de las actividades peligrosas, este autor, recuerda que cuando se inventó el motor de explosión y la autoridad no lo prohibió, sino que favoreció su adopción para diversos usos, en especial para el transporte de personas y de mercancías, era fácilmente previsible que se produjeran accidentes y que hubiere víctimas, con independencia del examen de cada uno de los accidentes .

La víctima inocente de una actividad peligrosa debe recibir indemnización en todos los casos, con independencia de la responsabilidad del autor material del daño, indica que los fenómenos esbozados seguramente corresponden a una evolución cuyo término habrá de ser la protección de víctimas de actividades peligrosas, con independencia de la existencia de culpa en el autor del daño, pero sin que por ello se deje de castigar con rigor al culpable cuando exista.

Recordemos para cerrar, que el Código Civil italiano de 1942 fue el primer ordenamiento que lo consagró, aunque su fórmula alude a un encuadre subjetivo, con inversión de la carga probatoria, la doctrina fue trasladándose a una concepción más objetiva.

Visintini⁵⁰ al tratar el tema expresa que la norma no distingue entre quien ejerce una actividad de empresa y un particular que organiza una actividad peligrosa sin fines de lucro y también la Administración puede ser sujeto pasivo del art. 2050. Recuerda que la jurisprudencia italiana ha considerado actividades riesgosas, por ejemplo, la producción de fármacos, la actividad ferroviaria, la producción y transporte de garrafas de gas, las actividades portuarias, la

actividad hotelera, etc. debiendo distinguir entre peligrosidad de la conducta (con base en un criterio subjetivo) y peligrosidad de la actividad en sí misma (con base en un criterio objetivo).

V. Los principios de derecho europeo de daños

En materia de daños, en Europa se ha conformado un grupo de expertos de varios países que han elaborado una serie de principios en dicha materia, podemos mencionar que se le otorga el carácter de principio general a la obligación de reparar los daños sufridos por otra persona⁵¹.

El daño puede imputarse cuando se haya causado por una conducta culposa o una *actividad anormalmente peligrosa* (art. 1:101 b) o por un auxiliar en ejercicio de sus funciones.

El alcance de la responsabilidad está previsto en la Sección 2, hablando el art. 3:201 a) de la previsibilidad, fijando la pauta de la previsibilidad del daño para una persona razonable en el momento de producirse la actividad considerando en especial la cercanía en el tiempo y en el espacio entre la actividad dañosa y sus consecuencia o la magnitud del daño en relación con las consecuencias normales de tal actividad.

En cuanto al fundamento de la responsabilidad en el Título III se menciona la responsabilidad por culpa (Capítulo 4, Sección 1 y 2) y la *responsabilidad objetiva* (Capítulo 5) en el primer supuesto refiere al estándar de conducta exigible (4:101) y al explicarlo dice que consiste en el de una persona razonable mencionando entre otros aspectos la peligrosidad de la actividad.

En el Capítulo 5 engloba a las *actividades anormalmente peligrosas* y a otros supuestos de responsabilidad objetiva (5:102).

Dice el **art. 5: 101**. Actividades *anormalmente peligrosas* (1) La persona que lleva a cabo una actividad anormalmente peligrosa responde *objetivamente* por el *daño característico del riesgo que tal actividad comporta y que resulta de ella*.

(2) una *actividad es anormalmente peligrosa si a) crea un riesgo previsible y significativo de daño incluso aunque emplee todo el cuidado debido en su ejercicio b) no es una actividad que sea objeto de uso común*.

(3) *el riesgo de daño puede ser significativo en atención a la gravedad o a la probabilidad del mismo*.

(4) este artículo no se aplica a una actividad sujeta específicamente a responsabilidad objetiva por cualquier otra disposición de estos principios o por cualquier legislación nacional o convención internacional.

Art. 5: 102. Otros supuestos de responsabilidad objetiva (1) Las leyes nacionales pueden establecer otros supuestos de responsabilidad objetiva por la práctica de *actividades peligrosas, incluso aunque dichas actividades no sean anormalmente peligrosas*.

(2) A menos que una ley nacional disponga de otro modo, los supuestos adicionales de responsabilidad objetiva *pueden establecerse por analogía a otros que originen un riesgo parecido de daño*.

Al emitir su opinión sobre este proyecto, Fernando Reglero Campos sostiene que no varía sustancialmente del esquema vigente en la mayor parte de los ordenamientos europeos, un principio general de responsabilidad por culpa y la previsión de sistemas objetivos de responsabilidad en las actividades de riesgo y manifiesta que el Proyecto se enrola en la distinción entre actividades “anormalmente peligrosas” y “meramente peligrosas”⁵².

Nosotros queremos apuntar como significativo en lo atinente a la responsabilidad objetiva la aplicación de la analogía salvo normativa expresa, situación que sostenemos aplicable en la Argentina al art. 1113 C.C., el art. 40 LPC, art.184 C. de Com., leyes ambientales etc.

VI. Los proyectos de reforma

Luego de la reforma de la 17711 se han sucedido en la Argentina ciertos intentos reformistas de nuestra legislación, si les pasamos revista notaremos de un modo evidente la influencia que continúa teniendo la discusión que se realizó en el IV Congreso en cuanto al tema de la responsabilidad objetiva y veremos también cómo varios de ellos buscan explicitar la responsabilidad por actividades riesgosas.

1. La unificación de la legislación civil y comercial de 1987

Art. 1113, 2p, 2ª parte si el daño hubiera sido causado por el riesgo o vicio de la cosa, sólo se eximirá total o parcialmente de responsabilidad acreditando la incidencia de una causa ajena al riesgo o vicio.

Si la cosa hubiera sido usada contra la voluntad expresa o presunta del dueño o guardián, no será responsable.

Lo previsto para los daños causados por riesgo o vicio de la cosa es aplicable a los daños causados por actividades que sean riesgosas por su naturaleza o por las circunstancias de su realización.

En los casos de atribución objetiva del deber de reparar el daño, la indemnización se limitará a un equivalente a dos mil argentinos oro por cada damnificado directo. Dicho límite no será aplicable si el demandado (1) no prueba que de su parte no hubo culpa, o que adoptó todas las medidas técnicas idóneas para evitar el daño o (2) debió razonablemente haberse asegurado.

Adhiere a la aplicación de la responsabilidad por riesgo a las actividades riesgosas por su naturaleza o por las circunstancias de su realización y a la limitación de la responsabilidad objetiva con excepciones

2. Proyecto de Reformas de la comisión del Ejecutivo D 468/92

Art. 1556 la equidad, la garantía y el *riesgo* son factores objetivos de atribución de la obligación de reparar daños, *en los casos previstos por el ordenamiento judicial*.

Art. 1590 el dueño y el guardián son responsables indistintamente del daño causado por o con la intervención activa de las cosas, muebles o inmuebles, animadas o inanimadas, de las cuales son propietarios, se sirven o tienen bajo su cuidado. Para eximirse total o parcialmente deberán demostrar la incidencia de una causa ajena; tampoco responderán si prueban que la cosa fue usada contra su voluntad expresa o presunta.

Lo previsto para los daños causados por o con la intervención activa de las cosas es aplicable a los daños causados por actividades que sean peligrosas por su naturaleza o por las circunstancias de su realización.

Adhiere a la aplicación de la responsabilidad por riesgo a las actividades peligrosas por su naturaleza o por las circunstancias de su realización, puntualiza la intervención activa, menciona al riesgo como uno de los factores objetivos para los casos previstos por el ordenamiento.

3. Proyecto de la Comisión federal de 1993

Art. 1109 la adjudicación de un daño al agente que lo causa, puede basarse en factores subjetivos en grado de dolo o culpa o en *factores objetivos de atribución*.

Art. 1113, 2 párr. 2ª parte, si el daño hubiera sido causado por el *riesgo de la cosa*, sólo se eximirá total o parcialmente de responsabilidad acreditando la incidencia de una *causa ajena al riesgo de ella*.

Si la cosa hubiere sido usada contra la voluntad expresa o presunta del dueño o guardián, no será responsable

No alude a las actividades riesgosas, si se manifiesta, por la existencia de factores objetivos de atribución en un pie de igualdad con los subjetivos. En caso de riesgo de la cosa la ruptura obedece a causa ajena al riesgo de ella.

4. Proyecto de unificación de 1998

Art. 1602. Atribución de la responsabilidad. La responsabilidad es atribuida en los casos y conforme a las circunstancias en que lo dispone la ley o lo estipulen las partes.

A falta de norma legal o de estipulación de partes el factor de atribución es la culpa.

Art. 1606. Responsabilidad objetiva. La responsabilidad se denomina objetiva si *conforme a la ley o a la estipulación de las partes la conducta diligente del sindicado como responsable no es suficiente para excluirla.*

El dueño responde concurrentemente si se ha desprendido voluntariamente de la guarda y la cosa es usada conforme a su voluntad expresa o tácita.

Art. 1661. Hecho de la cosa y actividades toda persona responde por el daño causado *con intervención de cosas* de las que se sirve o tiene a su cuidado o por la realización de *actividades especialmente peligrosas.*

Art. 1662. Cosa riesgosa. Se considera cosa riesgosa *a la que tiene en sí misma aptitud para causar daños frecuentes o graves, por sus propias cualidades o por las circunstancias en que es utilizada.*

Art. 1665. Actividad especialmente peligrosa quien realiza una actividad especialmente peligrosa, se sirve u obtiene provecho de ella por sí o por terceros, es responsable del daño causado por esa actividad.

Se considera *actividad especialmente peligrosa a la que por su naturaleza o por las circunstancias en las que es llevada a cabo tiene aptitud para causar daños frecuentes o graves.*

Queda a salvo lo dispuesto por la legislación especial.

Art. 1666. Liberación. Quien está sujeto a responsabilidad conforme los arts. 1662, 1663, y 1665 sólo se libera de ella total o parcialmente si prueba que la causa del daño es la *culpa del damnificado.*

No son invocables como eximentes la autorización administrativa para el uso de la cosa o la realización de la actividad, el cumplimiento de las técnicas de prevención, el caso fortuito, el hecho de un tercero, ni cualquier otra causa ajena.

Art. 1634. Límite cuantitativo en algunos casos de responsabilidad objetiva. En los casos previstos por los arts. 1662, 1663, y 1665 la reparación del daño queda limitada a la cantidad de 3000.000 \$ por cada damnificado directo, que se reduce proporcionalmente si hay liberación parcial conforme al art. 1166.

El responsable no tiene derecho a prevalerse,

- Si actuó sin diligencia y en especial si no adoptó las medidas de prevención razonablemente adecuadas.

- Si razonablemente debió haber asegurado ese riesgo y no lo hizo.

- Si tomó un seguro y la aseguradora no pone a disposición del damnificado la indemnización que corresponde en el tiempo oportuno para la liquidación del siniestro

conforme a la legislación de seguros, a menos que interpelado el responsable ponga a disposición de aquel esa indemnización dentro de los 30 días.

- Si se convino una indemnización mayor.

- Si el damnificado directo sufre gran discapacidad el tribunal puede aumentar el máximo indemnizatorio hasta el triple.

Las disposiciones de este artículo dejan a salvo lo establecido por la legislación especial.

Mucho se ha escrito sobre este proyecto, lo que nos releva de hacerlo aquí, podemos puntualizar que considera a la culpa norma de clausura del sistema de responsabilidad, establece que se entiende por responsabilidad objetiva y también hace lo propio con la actividad especialmente peligrosa (por su naturaleza o por las circunstancias en las que es llevada a cabo), fija topes indemnizatorios.

VII. La Ley de Defensa al Consumidor y las leyes ambientales

Tomemos a modo de ejemplo para demostrar la captación e importancia de la teoría del riesgo dos ordenamientos que consagran la responsabilidad objetiva en la Argentina, aunque no los analicemos en profundidad.

Con la sanción el 22 de septiembre de 1993 de la ley 24.240 de Defensa del Consumidor, nuestro país se incorporó al grupo de naciones que han puesto la atención en la protección de los consumidores de bienes y servicios, es sabido pero cabe igual la aclaración, que había sufrido el veto presidencial del art. 40 que justamente imponía la responsabilidad de la cadena de comercialización (por ley 24.499 quedó nuevamente establecido). Con la reforma constitucional en 1994 dicha protección llegó a su máxima expresión y en el 2008 la ley es nuevamente reformada.

Con la sanción de la ley 24.499 se reinstaló a nuestro modo de ver una de las normas más importantes, aunque idéntica solución era viable por la aplicación de los arts. 1119 , 1198 y 1113 del Código Civil. El art. 40 consagra la responsabilidad objetiva y solidaria de toda la cadena de comercialización, estableciendo como única causal para eximirse, el deber de probar que la causa del daño le ha sido ajena; con excepción del transportista quien podrá liberarse si prueba que el daño no se produjo en ocasión del transporte⁵³.

Los miembros de la cadena se podrán liberar “probando que la causa le es ajena”, creemos que esto sólo puede entenderse como que podrá probar la ruptura del nexo causal en alguna de las formas establecidas para el art. 1113 2º párrafo (ya sea mediante culpa de la víctima, culpa de un tercero por quien no se debe responder o caso fortuito o fuerza mayor externa a la actividad).

Podemos observar que a nivel nacional se ha modificado la legislación ambiental, se ha dictado la ley 25.612 del 2002 de Gestión Integral de Residuos industriales y de actividades de servicios, estableciéndose los presupuestos mínimos de protección con consagración de la responsabilidad objetiva considerándola cosa riesgosa en los términos del art. 1113 del C.C. y donde podemos señalar como muy importantes los arts. 40, 41, 42 y 43.

El art. 1 entiende por residuo cualquier elemento, sustancia, u objeto en estado sólido o semisólido, líquido o gaseoso obtenido como resultado del proceso industrial. Y por proceso industrial toda *actividad*, procedimiento, desarrollo u operación, de conservación, reparación o transformación en su forma, esencia, cantidad o calidad de una materia prima o materia para la obtención de un producto final mediante la utilización de métodos industriales.

También podemos mencionar la ley 25.670 que consagra los presupuestos mínimos de protección ambiental para la Gestión de los PCBs en todo el territorio de la Nación señalando en su art. 2º inc d) la prohibición de ingreso al país de PCBs y e) la prohibición de producción y comercialización de dicha sustancia. El art. 19 establece que se presume que el PCBs y los

PCBs usados y todo aparato que contenga dicha sustancia, es *cosa riesgosa* en los términos del art. 1113.

En concordancia con esto, la Ley general del Ambiente considera los factores objetivos como fundamento para la obligación de reparar.

Establece en el art. 28 que el que cause un daño ambiental será objetivamente responsable del restablecimiento al estado anterior y que en el caso de no ser técnicamente posible de la indemnización sustitutiva, la exención de responsabilidad sólo se producirá si los daños se produjeron por culpa exclusiva de la víctima o de un tercero por el que no se deba responder.

Si hubiesen participado dos o más personas o no fuere posible la determinación precisa de la medida del daño todos serán solidariamente responsables frente a la sociedad sin perjuicio de su derecho de repetición (art. 31) Este artículo trae además la importante responsabilidad de las personas jurídicas extensiva a sus autoridades y profesionales en la medida de su participación.

Repetimos una vez más que con respecto al daño ambiental y los daños a los consumidores, el problema es de enorme interés y complejidad, ya que por su naturaleza es un daño colectivo, afecta a comunidades de individuos y a la sociedad toda⁵⁴.

VIII. Merituación final

Vivimos en un mundo tecnificado y globalizado en el que las circunstancias que rodean la vida del hombre son cada vez más complejas, se habla de un mundo de riesgos, de continuos peligros⁵⁵, todos soportamos ciertos riesgos latentes y nos beneficiamos en mayor o menor medida del avance de la ciencia y de las técnicas.

En el camino recorrido desde el paradigma absoluto de los factores subjetivos hasta la instauración de los fondos de compensación del sistema de Nueva Zelanda se han planteado una serie de cuestiones como la que hoy nos ocupó, la de los daños causados por el riesgo y el de la actividad riesgosa.

Por otra parte, frente a los intentos de armonización europeos y las discusiones que hoy continúan sobre si la culpa es o no la norma de clausura del sistema, creemos que estamos frente a dos sectores que pueden ser armonizados sin considerar que el fenómeno numérico de ocurrencia implique una soberanía del elemento objetivo sino que evidencia esa coexistencia y el ajuste a las circunstancias actuales que siempre reclamamos.

Hay que tener presente que no sólo enfrentamos una cuestión terminológica como qué debe entenderse por riesgo, sino además, una cuestión de política legislativa en lo atinente a si se deben propugnar cláusulas normativas abiertas, o, sistemas especiales aglutinantes de ciertos riesgos identificados (por ejemplo los concernientes a accidentes de automotores o los daños por productos) y varias cuestiones vinculadas como son el traslado de las indemnizaciones de estos tipos de daños a los precios de los bienes, la cobertura de estos riesgos por los seguros, el costo de las medidas de seguridad, situaciones que hacen al coste de los accidentes en la terminología de Calabresi y todo ello sin que se pueda descuidar la faceta preventiva aplicable a quiénes son los creadores del riesgo.

Si queremos un régimen humanista, debemos respetar todos los aspectos de la complejidad del sistema, por ello, adherimos firmemente a la teoría del riesgo creado y consideramos que las actividades riesgosas tiene cabida en una interpretación finalista y dinámica de las normas; y aun si acudiéramos a un método de interpretación histórico debería arribarse a idéntica solución (conf. lo expresado en las III Jornadas y el IV Congreso), pero para despejar cualquier atisbo de duda y las críticas es que propiciamos una reforma que la establezca expresamente.

NOTAS:

¹ Para una mayor apreciación del tema en debate remitimos a las Actas del IV Congreso de Derecho Civil en www.acaderc.org.ar.

² No compartimos tal equivalencia como ya lo hemos expresado en varias oportunidades. Ver nuestro artículo “La inclusión de los daños colectivos en el derecho de daños: de las fronteras individuales a la realidad de la colectividad”, *Universitas*, junio 2009.

³ Cita al dar sus argumentos al Concilio Vaticano II.

⁴ También menciona la necesidad de regular los daños ocasionados con automotor.

⁵ En los dictámenes preliminares encontramos el de Atilio A. Alterini insistiendo en que la teoría del riesgo agrietaba el sistema mediante la intromisión de un elemento que conmueve sus principios y debían concretarse los casos en los cuales opera el riesgo, sosteniendo además el tope cuantitativo de la obligación de reparar sin perjuicio de la vigencia de las pautas generales si se demuestra culpa o dolo del responsable y también la necesidad de la expresa mención de la demostración de causa extraña para excusarse.

⁶ Sostiene que el riesgo creado presupone una actividad humana que incorpora al medio social una cosa peligrosa por su naturaleza o por su forma de utilización.

⁷ Llegándose a negar al legislador la capacidad necesaria para incorporar normas que reclama la complejidad de la vida moderna.

⁸ Señalan que filosóficamente no es posible hablar de responsabilidad sin culpa, siendo los requisitos imputabilidad más capacidad.

⁹ AGUIAR DÍAZ, *Responsabilidad civil*, t. 1, pág. 26.

¹⁰ La vida moderna a veces con su secuela impresionante de daños no pudo ser previsto por Vélez Sársfield.

¹¹ Recomendaba eliminar del art. 1113 C.C. la palabra riesgo y agregar al 1067 un texto referido al riesgo siéndole aplicable el art. 907 2º p..

¹² En el pto. 6 considera que el riesgo creado debe aplicarse por ej a accidentes de trabajo, aeronaves, circulación de automotores, transporte, ruina de edificios, animales, instalaciones eléctricas, padres, tutores, directores y maestros y en gran medida a algunas responsabilidades que derivan del sector público.

¹³ Decía Garrido que la existencia de dos dictámenes no sorprende pues trasunta una toma de posición frente al tema de la llamada responsabilidad sin culpa en nuestro derecho civil y que debido a la poca feliz modificación de las normas vigentes ha llevado a sostener las más dispares posturas desde los que sostienen que ha muerto el principio de la responsabilidad por culpa para ser sustituido en su totalidad por la responsabilidad objetiva, pasando por posturas intermedias que buscan una armonización de textos.

¹⁴ V. nota 7. Se aceptó la denominación aludiendo a la posibilidad de reparar los daños sin juzgar la conducta del agente, se contempla la necesidad social de reparar el perjuicio antes del factor subjetivo y se aprecia si el hecho ha ocurrido en determinadas circunstancias que darán lugar a la reparación.

¹⁵ El derecho no es una simple técnica de organización social, de signo indiferente, si no ciencia de la cultura, que interpreta el bien del hombre y propende a él instalando la justicia en la sociedad.

¹⁶ Enuncia la necesidad de establecer el ámbito de aplicación, la indemnización tarifada, con tope, y de que se señale la causal de excusación por causa extraña.

¹⁷ En extenso su posición puede consultarse en Roque F. GARRIDO y Luis O. ANDORNO *El art. 1113 del C.C.*, Buenos Aires, Hammurabi, pág. 271 y ss. y en *Comentarios a la Reforma ley 17.711*, Buenos Aires, Zavalía, pág. 215 y ss..

¹⁸ “*Se está en presencia de una idea rebelde, aunque generosa en cuanto procura la reparación de los daños sufridos por inocentes, que por su misma indocilidad hay que mantener convenientemente enjaulada, para que no lo desquicie todo como un caballo en un bazar*”.

¹⁹ Ramón D. PIZARRO, *Responsabilidad civil y riesgo de empresa*, Buenos Aires, La Ley.

²⁰ Marcelo J. LÓPEZ MESA, “La culpa como factor de atribución de culpabilidad (cenit, ocaso, y resurgimiento de la culpa como factor de atribución de responsabilidad)”, *Anuario*, Universidad La Coruña, 2006.

²¹ RAMÍRO J. PRIETO MOLINERO, *El sistema de compensación de daños personales de Nueva Zelanda*, RCyS 2007.

²² Roque F. GARRIDO y Luis O. ANDORNO, *Reformas al Código Civil comentadas*, Buenos Aires, Zavalía. En la segunda edición, recordaron que en la ponencia que presentaron al IV Congreso Nacional de Derecho Civil celebrado en Córdoba en septiembre de 1969, expresaron que la vigencia de los arts. 1067 y 1113 en su nuevo texto, crean para el jurista la necesidad de desentrañar sus posibilidades de aplicación.

²³ Roque F. GARRIDO y Luis O. ANDORNO, *El art. 1113 del C.C.*, Buenos Aires, Hammurabi, pág. 272 y ss.

²⁴ Alfredo ORGAZ, “El daño con y por las cosas”, L.L. 135.

²⁵ El alcance del art. 1109 sería el emergente del Código antes de su reforma, con exclusión de supuestos especiales que son contemplados por el art. 1113 en su nueva redacción.

²⁶ Interpreta que se refiere a las cosas que deben ser guardadas (o vigiladas) para que no causen daños; y no al vasto conjunto de cosas inofensivas por sí mismas, sin vicios y sin riesgos, que únicamente pueden dañar como instrumentos pasivos del hombre (por ej., el bastón, el paraguas, la navaja, el bisturí, etc.)

²⁷ Roque F. GARRIDO, y Luis O. ANDORNO, ob. cit., pág. 293.

²⁸ Guillermo A. BORDA, *La reforma al Código Civil*, Buenos Aires, Perrot, 1971, pág 212 y ss. Ejemplifica que los tribunales comenzaron declarando que en materia de accidentes de tránsito era necesario afinar la apreciación de la culpa del conductor. La más leve negligencia era bastante para hacer lugar a la acción de daños, se ha declarado que el conductor de una máquina peligrosa, como lo es el automóvil, debe tener en todo momento el control de su

vehículo de modo de poder detenerlo cuando se presenta una de las frecuentes contingencias del tránsito, para evitar daños a terceros. La omisión de tal deber de vigilancia importa culpa suficiente para hacer lugar a la acción (CNCiv., Sala A, L.L. 88-656; Sala C, L.L. 105-68).

²⁹ Isidoro H. GOLDENBERG, *Homenaje al centenario del Código Civil*, Inst. de Derecho Civil de la Fac. de Cs. Jcas. y Soc. de La Plata.

Analiza también la evolución histórica de la responsabilidad en nuestro derecho, y los supuestos de responsabilidad más allá de la culpa que ya existían en nuestra legislación, y no admite que se les considere exclusivamente subjetivistas

³⁰ Lo son o bien por su naturaleza o por la forma de uso, y estarían comprendidas las industrias que trabajan con solventes, pirotecnia, gases, productos químicos; además todo daño por instalaciones eléctricas o por utilización de energía nuclear y, en sentido general, toda fuente energética que pueda causar daño

³¹ Jorge MOSSET ITURRASPE, "La recepción de la teoría del riesgo creado por el Código Civil a través del art. 1113", L.L. 1979-D-713.

³² "La evolución desde una responsabilidad imputable exclusivamente a culpabilidad, culpa o dolo, hacia una sin culpa imputable a riesgo creado, ha estado marcado por un largo período de "ficciones jurídicas" -meras mentiras legales- caracterizado por culpas normativas, presuntas e inconscientes".

³³ "La "responsabilidad equitativa" permite al juez hacer lugar o no a la reparación solicitada en el caso del art. 907; moderar el *quantum* del resarcimiento en los supuestos de ilícitos culposos o ilícitos imputables a riesgo creado, art. 1069".

³⁴ Jorge J. LLAMBIAS, "Estudios de la Reforma del Código Civil ley 17.711", J.A. 1969.

³⁵ Al extremo de considerar comprendido en los daños causados con cosa todo supuesto en que interviene una cosa en la producción del daño.

³⁶ Acdeel SALAS, "La responsabilidad en la Reforma del Código Civil", J.A. 1969.

³⁷ Consideraba que no se sabe si el daño causado por un automotor será considerado un daño causado con la cosa o por el contrario, emergente de una cosa peligrosa

³⁸ Juan J. CASIELLO, "Viejos y nuevos enfoques sobre la responsabilidad civil", L.L. 135

³⁹ El autor de la injuria, no puede escudarse en ningún poder legal de dañar, y su actividad dañosa origina obligación de reparar

⁴⁰ Roque F. GARRIDO y Luis ANDORNO, ob cit..

Dicen también que observando sus reseñas anteriores sobre la formulación teórica en el derecho francés, también llegan "a la misma conclusión de Ripert y Boulanger. En el fondo es una cuestión en la que más juega la defensa de una postura anterior que el problema de la responsabilidad. La diferencia en la aplicación práctica resulta prácticamente nula cuando se toma la presunción de culpa -como se hace en el derecho francés- como una presunción de causalidad o, mejor expresado, una presunción de responsabilidad a pesar del rechazo de estos términos y -en nuestra legislación- cuando se sostiene y se legisla disponiendo la existencia de responsabilidad por riesgo. La identidad de efectos emerge de las excusas absolutorias, comunes para ambos supuestos y que consisten exclusivamente en la culpa de la víctima, en el hecho de un tercero por quien no se debe responder o en la concurrencia de la causa general de exoneración de responsabilidad por fuerza mayor o caso fortuito extraño a la cosa".

⁴¹ M. ZAVALA DE GONZÁLEZ, ob. cit., pág. 61.

El vicio trasunta un defecto en la fabricación o conservación de la cosa que puede o no crear un peligro pero cualquier cosa puede tener un vicio. el vicio que es un defecto extraña alguna anormalidad en ella. El vicio exige una prueba especial que ponga en relieve el defecto de la cosa.. el peligro creado por una cosa viciosa es siempre reprobado en el vicio la sola utilización o las fuerzas naturales desenvuelven la potencialidad dañosa que encierra el defecto de la cosa.

⁴² Jorge BUSTAMANTE ALSINA, *Teoría general de la responsabilidad*, Abeledo-Perrot.

⁴³ Ramón D. PIZARRO, ob. cit., t. 2, pág. 121.

⁴⁴ Producido el evento explosivo, al propietario de un depósito de artículos de pirotecnia le cabe la responsabilidad y no podrá pretender demostrar la falta de culpa en el contralor de esos artículos, porque tales cosas son, por sí, susceptibles de causar daños y su imputabilidad ya está en haberlas incorporado al medio. Sólo procede la ruptura del nexo causal

⁴⁵ Casos extraídos de la Jurisprudencia

B) Armas de fuego, explosivos y artículos pirotécnicos

C) Ascensores y montacargas Pueden ser riesgosa o viciosa

D) Sierras

E) Jeringas infectadas con HIV

F) Electricidad

G) Guinches, grúas

H) Lancha con motor fuera de borda

I) Natatorios Piletas, espejos de agua (Jiménez c/ Esta Nac)

J) Minas

- K) Obstáculos en lugares de acceso público, zanjas, montículos, baches
- L) Pisos resbaladizos
- M) Vidriera
- N) Tractores y máquinas viales
- O) Cosas expuestas a caer (cornisas mampostería de edificios)
- P) Cosas que explotan
- Q) Aviones, automóviles, trenes
- R) Cigarrillos
- S) Agua caliente
- T) Hidrocarburos
- U) Productos químicos

⁴⁶ Matilde ZAVALA DE GONZÁLEZ, ob. cit., pág. 197.

⁴⁷ Ramón D. PIZARRO, ob. cit., pág. 122.

⁴⁸ Ramón D. PIZARRO, ob. cit., pág. 161.

⁴⁹ Señala la incidencia de la legislación de accidentes de trabajo, y que no debe sorprender esta referencia si se tiene en cuenta que algunas innovaciones legislativas sobre indemnización a las víctimas de accidentes de la circulación, siguen la pauta de la legislación de accidentes de trabajo y representan una elocuente manifestación de la moderna tendencia a la socialización del riesgo en derecho privado

⁵⁰ Giovanna VISINTINI, *Tratado de la responsabilidad civil*, Buenos Aires, Astrea, t. 2, pág. 418 y ss..

⁵¹ Entre los intereses protegidos está la vida, la integridad física y síquica, la dignidad humana (art. 2° 102). Al hablar de la responsabilidad de la empresa conceptúa al “defecto” como toda desviación con respecto a los estándares que son razonablemente exigibles a la empresa o a sus productos o servicios.

El art. 7°: 102 en las causas de exoneración menciona como causa la conducta de un tercero y la fuerza de la naturaleza. El art. 8°: 101 establece la influencia de actividad concurrente de la víctima pudiendo excluirse o reducirse la responsabilidad.

Se reconoce que la indemnización tiene efectos compensatorios pero que también contribuye a la finalidad de prevenir el daño (art. 10:101)

Finalmente en el art. 10:401 se establece que en casos excepcionales puede reducirse la indemnización si comporta una carga opresiva para el demandado a la luz de la situación económica de las partes.

⁵² Fernando REGLERO CAMPOS, *Culpa y riesgo en los modernos sistemas de responsabilidad*, PDF.

⁵³ “Si el daño al consumidor resulta del vicio o riesgo de la cosa o de la prestación del servicio, responderán el productor, el fabricante, el importador, el distribuidor, el vendedor y quien haya puesto su marca en la cosa o servicio. La responsabilidad es solidaria sin perjuicio de las acciones de repetición que correspondan. Sólo se liberará total o parcialmente quien demuestre que la causa del daño le ha sido ajena”.

⁵⁴ Lidia M.R. GARRIDO CORDOBERA, *Los daños colectivos y la reparación*, Buenos Aires, Universidad.

⁵⁵ Matilde ZAVALA DE GONZÁLEZ, ob. cit., pág. 23 y ss..

DOLO Y CULPA DE LOS DIRECTORES EN LA SOCIEDAD ANÓNIMA: ALCANCES DE SU RESPONSABILIDAD

por Carlos A. MOLINA SANDOVAL

SUMARIO: I. Introducción. II. Marco normativo. III. Una perspectiva axiológica. III.1. Las dos ópticas. III.2. La responsabilidad de los directores. IV. Los supuestos del art. 274 L.S.. IV.1. Enunciación de los supuestos. IV. 2. Primer supuesto. IV.3. Segundo supuesto. a. Carácter redundante. b. Alcance de la distinción. IV.4. Tercer supuesto. a. Un cambio de presupuesto de la responsabilidad. b. La culpa “grave” del art. 274 L.S.. IV.5. El daño. V. Responsabilidad ilimitada y solidaria. V.1. Alcance de la responsabilidad. V.2. Posibilidad de alterar el régimen estatutariamente. VI. Excepciones al régimen general de responsabilidad. VI.1. La imputación “personal” de responsabilidad. VI.2. Otras excepciones: la exención. a. Exigencia de protesta del director “ignorante”. b. Ausencia de conocimiento “fundada”. c. Procedimiento de exención. d. Deber de anotar al síndico cuando no ha sido previsto estatutariamente. e. Oportunidad de la noticia. VI.3. Extinción de la responsabilidad. a. Diferencia entre “extinción” y “exención”. b. El art. 275 L.S. y su proyección. c. Aprobación de la gestión. d. Renuncia. e. Transacción. f. Obstáculos para la extinción. VII. Proyecto de reforma parcial al régimen de la sociedad anónima. VII.1. El texto del proyecto. VII.2. Breves reflexiones. a. Deber del fiduciario. b. El interés social.

I. Introducción

En un homenaje a los célebres congresos de derecho civil no puede faltar un estudio que analice la cuestión de la responsabilidad y sus factores subjetivos de atribución. Así, Bielsa, en el “**Segundo Congreso de Derecho Civil**” celebrado en el año 1937, remarcando la importancia del factor subjetivo de atribución ya se preguntaba sobre la noción de responsabilidad, simplificando la idea: daño jurídico, o contra derecho, y culpa.

Incluso en la opinión de Mariano F. Pascual en el “**Primer Congreso de Derecho Civil**” celebrado diez años antes del anterior citado, pueden verse algunos de los actuales enfoques económicos del derecho, al señalar: “*Ocurre un hecho que produce un perjuicio. Este hecho no es un delito criminal pero ha sido ejecutado o ha ocurrido por culpa del agente en tanto que las consecuencias las sufre un tercero sin que haya estado en su mano impedirlo. Uno de los dos debe sufrir en definitiva el perjuicio, y la equidad más elemental nos enseña que entre quien causa y quien sufre el mal no puede la opción ser dudosa*”.

El problema de la responsabilidad de los administradores societarios es un tema de indudable interés¹. Interés que, casi cotidiano, no deja de proyectarse en la realidad² que hoy toca vivir³. Así, se habla de conflicto societario en diversos sentidos, pudiendo considerarse incluido el que se genera entre la sociedad y el administrador societario que actúa en violación a la ley o el contrato social⁴. Y -¿por qué no?- el que vincula a los directores con los accionistas o terceros.

Tan es así que se ha llegado a decir que los deberes de los directores societarios sólo tienen relevancia en cuanto constituyen un presupuesto de responsabilidad de los mismos⁵. Entonces, la “persona considerada como órgano es la misma persona jurídica actuando”⁶. Y es el órgano de administración que al actuar puede ocasionar daños. Y allí, donde exista ese daño, se finca la responsabilidad directorial.

Por ello, muchos e interesantes son los puntos que pueden estudiarse al abordar el amplio espectro de la responsabilidad de los directores en la sociedad anónima. En muchos la doctrina y jurisprudencia no es conteste (v. gr. prescripción⁷, obligaciones laborales⁸, etcétera); en otros, simplemente calla. El presente solamente presta atención a los supuestos del art. 274 L.S., como a las excepciones (imputación personal, exención y extinción). Sólo de ellos ocupará, aunque al final se hará un breve comentario al proyecto de reforma.

II. Marco normativo

En la L.S. existen varias normas -destinadas a las sociedades anónimas-, que estatuyen el régimen de responsabilidad de los directores. Son los arts. 274 a 279 L.S.. Sin perjuicio de ello, la norma basilar del sistema de responsabilidad se sitúa en el primero de los artículos citados: el art. 274 L.S..

Este precepto, textualmente señala: “(Mal desempeño del cargo) - Los directores responden ilimitada y solidariamente hacia la sociedad, los accionistas y los terceros, por el mal desempeño de su cargo, según el criterio del art. 59, así como por la violación de la ley, el estatuto o el reglamento y por cualquier otro daño producido por dolo, abuso de facultades o culpa grave”.

“Sin perjuicio de lo dispuesto en el párrafo anterior, la imputación de responsabilidad se hará atendiendo a la actuación individual cuando se hubieren asignado funciones en forma personal de acuerdo con lo establecido en el estatuto, el reglamento o decisión asamblearia. La decisión de la asamblea y la designación de las personas que han de desempeñar las funciones deben ser inscriptas en el Registro Público de Comercio como requisito para la aplicación de lo dispuesto en este párrafo”.

“(Exención de responsabilidad) - Queda exento de responsabilidad el director que participó en la deliberación o resolución o que la conoció, si deja constancia escrita de su protesta y diere noticia al síndico antes de que su responsabilidad se denuncia al directorio, al síndico, a la asamblea, a la autoridad competente, o se ejerza la acción judicial”.

Esta norma debe relacionarse, además de con todas las normas que expresa o implícitamente que integran el “sistema” de responsabilidad civil de los administradores societarios⁹, con el art. 59 L.S.¹⁰. Esta disposición, ubicada en la parte general de la L.S., expande sus efectos a todos los tipos societarios, marcando una directriz fundante, un standard de conducta que no puede soslayarse en el régimen de la administración societaria. Por su parte, la extinción de la responsabilidad se encuentra reglamentada en el art. 275 L.S.¹¹.

III. Una perspectiva axiológica

Surge, entonces, el clásico interrogante del “porqué” de la responsabilidad de los directores. ¿Cuál es el fundamento del régimen resarcitorio? ¿Con qué propósito se ha implementado en la legislación societaria?

El derecho -sobre todo el llamado “derecho de daños”-, además de otras múltiples funciones, se proyecta en dos direcciones: en la prevención y en la reparación. El derecho societario no escapa a tales funciones. Y tales *reviven* -bajo un disfraz u otro- en todo el articulado societario. Así, si bien la regla según la cual “el que daña injustamente repara”, posee inequívoca vigencia axiológica, se ha dicho que es *prioritaria* la de “no dañar”, también derivada del *alterum non laedere* y conducente a arbitrios que dismantelen la posibilidad de daños injustos y evitables¹².

Surge cierta resignación de la ponencia de Mariano F. Pascual cuando señala en el “**Primer Congreso de Derecho Civil**” que el derecho no puede aspirar a soluciones perfectas (ello impondría su cristalización porque lo perfecto no debe cambiar) sino que debe conformarse con soluciones aceptables, elevadas en cuanto a su espíritu e intención, aunque incapaces de alcanzar el ideal de la justicia, que dejará de ser humana si no presentarla imperfecciones.

III.1. Las dos ópticas

i) Desde una faz preventiva, la L.S. articula algunos institutos que apuntan a ello: a prevenir el daño, a evitarlo. A tutelar esa máxima -también jurídica- que dispone la preferencia a “prevenir” en lugar de “resarcir”. Uno de ellos es la *intervención judicial*¹³ (art. 118 L.S.), que en sus distintas *intensidades* (clases), procura una medida cautelar judicial que se *activa* a

pedido de los socios cuando los administradores (directores) “realicen actos o incurran en omisiones” que pongan al ente societario “en peligro grave”¹⁴.

Otro instituto de corte preventivo se sitúa en el art. 252 L.S.. Esta norma, incorporada en el marco de la impugnación de las decisiones asamblearias, persigue la suspensión preventiva de la ejecución de la resolución emanada por el órgano de gobierno (en la anónima: asamblea), cuando se den los recaudos exigidos rigurosamente por la L.S.. Consiste en una medida -también cautelar- específica prevista por la ley para impedir la ejecución de las decisiones asamblearias contrarias a la ley, al estatuto o reglamento, con lo cual se produciría la frustración de los derechos de quienes impugnan ese acuerdo, malográndose la eficacia del fallo a dictar en oportunidad de decidir sobre la acción de nulidad¹⁵.

En su órbita -y en Esto la doctrina ya casi es unánime- también se puede incluir la suspensión de los actos del directorio¹⁶.

También se habla en la esfera societaria de las medidas autosatisfactivas¹⁷. Ya existen muchos precedentes judiciales que han avalado la aplicación de tales medidas en el delicado ámbito de las sociedades comerciales¹⁸.

ii) Desde la otra esfera, y en relación específica con el tema *sub examine*, surge la reparación de los daños. Este deber de resarcir los daños ocasionados injustamente se irradia en múltiples aspectos.

Así, se encuentra la responsabilidad de los socios (controlantes o no necesariamente -arts. 54 y 254 L.S.), del síndico societario (arts. 296 y 297 L.S.)¹⁹ y de los directores (arts. 59, 274 y ss. L.S.).

El problema de la reparación de los daños, como señaló Borda en el “**Tercer Congreso de Derecho Civil**” debe apreciarse sobre todo del ángulo de la víctima; porque en definitiva de lo que se trata es de indemnizar los daños que a esa persona le han derivado de una conducta antijurídica de un tercero, pero los jueces nunca prescindirán de tener en cuenta en alguna medida el elemento culpa. Se habla de la reparación integral, de que deben indemnizarse todos los daños que tengan una conexión causal adecuada con el hecho generador.

III.2. La responsabilidad de los directores

En lo que hace a la responsabilidad de los directores, este esquema marca un ansiado *punto de equilibrio* entre su deber como administrador y la transgresión de ese deber²⁰. Se puede decir que “busca *a posteriori* la reintegración del patrimonio social injustamente perjudicado por la mala gestión (ilegal, antiestatutaria), por medio del mecanismo indemnizatorio, pero actúa también *a priori*, como límite que fija el marco lícito de la gestión del interés social”²¹.

Básicamente, se puede decir que el fundamento de la responsabilidad del órgano de administración radica en un problema de distribución de la obligación de soportar un determinado daño. El “daño” implica un menoscabo patrimonial para un determinado sujeto (art. 1068, Cód. Civil) y el problema de la responsabilidad es, básicamente, quien debe ser ese sujeto: ¿el ente societario o el administrador? Se funda en un principio de “adjudicación” del daño. El “responder no es un simple sancionar sino un distribuir daños”²².

En esta inteligencia conceptual, la L.S. -de conformidad a las normas antes transcriptas- establece un esquema que si bien no escapa “notoriamente” al régimen general, tiene algunas peculiaridades. En este sentido, el plexo societario distribuye:

i) Si el daño es causado por el mal desempeño según el standard del art. 59 L.S., por la violación de la ley, el estatuto o reglamento, o por cualquier otro producido por dolo, abuso de facultades o culpa grave, quien debe hacerse cargo del mentado daño es el director²³.

ii) Ahora bien, si no se transgreden esos límites, el daño no debe ser soportado por el órgano de administración, sino que debe recaer en la sociedad. Obviamente, esta afirmación se refiere a la esfera interna societaria; más concretamente a la relación “director-sociedad”. Y por

ello, es “sin perjuicio” de las acciones que la sociedad tenga contra el agente productor del daño.

Este esquema distributivo deberá aplicarse, también, cuando la relación “dañosa” vincule al director con los accionistas; o incluso con un tercero.

IV. Los supuestos del art. 274 L.S.

IV.1. Enunciación de los supuestos

Nos es nuestra intención el análisis exhaustivo de los presupuestos de responsabilidad civil. Por ello, y habiendo sido desarrollados por la doctrina y jurisprudencia no sólo civilista²⁴, si no también comercial²⁵, se ingresará de lleno en el estudio de cada uno de los supuesto plasmados por el art. 274 L.S., que -como dijimos- es la norma eje del sistema de responsabilidad directorial.

Así, la norma citada “parecería” discriminar varios supuestos. En este sentido, los directores deben responder:

- i) el mal desempeño de su cargo según el standard de lealtad y del buen hombre de negocios (art. 59 L.S.).
- ii) por la violación de la ley, el estatuto o el reglamento.
- iii) por cualquier otro daño producido por dolo, abuso de facultades o culpa grave.

IV. 2. Primer supuesto

La primera parte de la norma establece que el director responderá cuando su conducta no se amolde a los cánones de lealtad y del buen hombre de negocios. Un buen hombre de negocios no es el irreflexivo, ni el pródigo, ni el aprovechador de mala fe²⁶. El criterio marcado por el art. 59 L.S., establece un cartabón de conducta que el administrador debe cumplir. Y este standard no es *abstracto*; no es igual para todos los directores.

Si bien todos los administradores deben actuar lealmente como buen hombre de negocios, la transgresión a este deber sólo se determinará en el caso “concreto”. Sólo dependerá de las características de la sociedad (de su estructura organizativa, de su magnitud, su carácter personalista o no), las relaciones “intra” y “extra” societarias. Incidirán las circunstancias personales, de tiempo, modo o lugar²⁷. En términos simples: una conducta del director, en un ente societario puede significar la violación del standard del art. 59 L.S. mientras que en otra no.

Se trata de un concepto vacío de contenido que el órgano jurisdiccional deberá llenar o completar en el caso concreto²⁸. En síntesis, de toda una gama de factores que mezclados *dialécticamente* en la hipótesis concreta dirán si el actuar directorial es o no acorde al standard del leal y buen hombre de negocios de una sociedad determinada. Todos y cada uno de estos factores incidirán -en distintas gravitaciones- a los fines de establecer si hay o no violación del deber pautado por el art. 59 L.S..

IV.3. Segundo supuesto

a. Carácter redundante.

Con respecto a la segunda hipótesis condicionante de responsabilidad civil (violación de la ley -deberes expresamente establecidos por el ordenamiento jurídico en su totalidad-, estatuto o reglamento), se puede decir que goza de un carácter *redundante* en dos sentidos:

- i) Desde la *perspectiva interna* del giro lexicográfico empleado, se puede decir que la violación del estatuto o reglamento implica una violación de la ley. El estatuto social (y el

reglamento) tienen naturaleza contractual (arts. 1 y 4 L.S.), formando para los socios una regla a la cual deben someterse como la ley misma (1.197, Cód. Civil que concuerda con el art. 12 L.S.). La norma tendió a utilizar el término “ley” en su sentido estricto (en el sentido de la disposición emanada de la función legislativa) y no en su sentido “amplio”, que enfatiza el carácter *obligatorio*. Por ello, hubiese bastado que el precepto refiriera sólo a la violación de la ley, pues cualquier violación del estatuto o reglamento implica la violación de una ley que les dio fuerza obligatoria.

ii) El otro sentido redundante mira, no ya el aspecto interno del giro, sino su relación con los otros supuestos descritos en el art. 274 L.S.. En este sentido nos preguntamos: ¿cumple con su deber de leal buen hombre de negocios (art. 59 L.S.) quien ha soslayado la ley (y con ello, el estatuto o reglamento)? Pensamos que no.

Todo buen administrador societario, para ser tal, debe adecuarse a la ley. Una de sus principales funciones del director tiene que ver -entre otras y según la concepción de Otaegui- con la gestión “estatutaria”²⁹. Es que como se ha dicho³⁰, ambos conceptos *se absorben mutuamente*: todo administrador debe cumplir con las disposiciones legales estatutarias y reglamentarias y la obligación de cumplir las obligaciones legales incluye la de actuar con diligencia y lealtad del buen hombre de negocios.

b. Alcance de la distinción.

En este último aspecto, cabe indagar el “porqué” de la disposición. Si el legislador lo incluyó como un supuesto con relativa autonomía, debe atender a alguna razón justificante. Aunque no nos convence del todo la endeble justificación, ella residiría en el art. 275 L.S., que escudriña los recaudos para la extinción (que no es exención) de la responsabilidad. Entre ellos, exige que esa responsabilidad no sea “por violación de la ley, del estatuto o reglamento” (sic) y si no media oposición del cinco por ciento del capital social.

Con esta pauta legal, la L.S. impondría un carácter a este supuesto que no se encuentra en los otros supuestos: su matiz “*inextinguible*”. Los demás supuestos no gozarían de esta característica. Ahora bien, si, como dijimos, ambos conceptos pueden asimilarse (son redundantes), resulta menester distinguir qué hipótesis fácticas son extinguidas y cuáles no lo son. En términos simples: ¿qué conducta entra en el “primer supuesto” del art. 274 L.S. (adecuar la conducta al standard del art. 59 L.S.) y cuál es una *mera* violación de la ley, el estatuto o reglamento (“segundo supuesto” del art. 274 L.S.)? Estas son algunas interpretaciones hechas por la doctrina:

i) Ferrer, con buen tino, da su respuesta al interrogante planteado partiendo de una distinción entre las obligaciones *genéricas* y *específicas* de los directores. A tales efectos entiende: “*La violación a las obligaciones genéricas del directorio de llevar adelante los negocios sociales con la diligencia y lealtad del buen hombre de negocios, genera responsabilidad solidaria e ilimitada, que en virtud del art. 275 L.S.C, la asamblea puede redimir, transar o eximir. Por otra parte, también genera idéntica responsabilidad el incumplimiento de las obligaciones específicas que la ley ha puesto en cabeza de los administradores, pero con la particularidad que por imperio del art. 275 citado, esta responsabilidad no se extingue por remisión, transacción o aprobación de la gestión que disponga la asamblea*”³¹.

ii) Otra lectura de la norma hace notar que la “violación de la ley, el estatuto o reglamento” ha sido tutelado con mayor ahínco por la legislación societaria. Ello es claro, pues el otro tipo de violación a las normas legales (art. 59 L.S.) es extinguido. La L.S. de sociedades no busca darle libertad a los socios sobre la posibilidad de extinguir la responsabilidad en estos supuestos. Tiende a proteger a las minorías; incluso aquellas que no llegan al cinco por ciento necesario para oponerse a la extinción de responsabilidad: si media violación de ley, estatuto o reglamento, por más que el 99,9999% de los accionistas estén contestes en “extinguir” la responsabilidad, la misma no se extinguirá.

iii) Así, también, se podría hablar de violaciones *directas* e *indirectas*. Se incluirá en el segundo supuesto del art. 274 L.S., cuando la vulneración legal del estatuto o reglamento sea *directa*; cuando la conducta del administrador societario sea incompatible con una obligación expresamente establecida a tal fin. Cuando el valor soslayado con dicha ilicitud tenga una carga valorativa mayor; cuando tenga un matiz más imperativo (lo que no significa necesariamente el quebrantamiento de una norma imperativa) en el orden societario.

De otro lado, será *indirecta*, y en consecuencia “extinguible” (art. 59 L.S.), cuando la violación de la ley, estatuto o reglamento no haya sido de manera palmaria, sino que haya sido la consecuencia de conducta que *tangencialmente* impliquen la violación de obligación legal, estatutaria o reglamentaria; aquella que también pueda depender de las circunstancias de un determinado tiempo, modo y lugar.

La diferencia radicaría en una cuestión de grados. Y por ello, la carga axiológica de ambos supuestos difiere: el ordenamiento tutela más fuertemente -y por ende aneja otros elementos enfatizantes de la sanción normativa- a la hipótesis que abarca la violación de la ley, estatuto o reglamento.

IV.4. Tercer supuesto

La última hipótesis normativa se da “*por cualquier otro daño producido por dolo, abuso de facultades o culpa grave*”.

Este giro también genera algunos problemas interpretativos.

a. Un cambio de presupuesto de la responsabilidad.

En primer lugar, pues tiene como eje un *presupuesto resarcitorio* distinto del empleado en los dos supuestos anteriores. Nos explicamos: los dos primeros describen y concentran sus energías en la ilicitud o antijuridicidad; en la transgresión a una norma legal (un deber), con prescindencia del factor de atribución. En cambio, en este último supuesto (el tercero del art. 274 L.S.) el presupuesto de responsabilidad empleado es el subjetivo: dolo, abuso de facultades o culpa grave.

Ello trae como consecuencia que en muchos casos los supuestos no sólo no sean diferentes, sino que sean idénticos. Es sabido -y mucho más en legística³²- que para que varias hipótesis puedan diferenciarse entre sí deben tener un mismo parámetro de medición. La distinción tiene que basarse en algún elemento concreto que admita diversas variantes.

A un mismo caso concreto podrá incluirse en el primer “o” segundo supuesto (no en los dos según lo fundamentado), pero también podrá -sin inconvenientes lógicos- encuadrar en el tercero. Por ello, en muchos casos perdería consistencia jurídica la descripción del tercer supuesto.

Por otra parte, el “abuso de facultades” no constituye un presupuesto de la responsabilidad. El “abuso” puede obedecer a diversos factores de atribución: culpa o dolo. Dependerá de la índole del abuso. Aunque “innecesario” (pues encuadra en el art. 59 L.S.), la L.S. quiso remarcar la prohibición de utilizar las facultades sociales en su propio beneficio; o de un tercero ajeno a la sociedad. Pretende evitar actividades directoriales que no sean beneficiosas para el ente social³³.

b. La culpa “grave” del art. 274 L.S..

En segundo lugar, establece un concepto diferencial de culpa: la “culpa grave”. Se ha discutido -y mucho- sobre si se acepta o no la graduación de la culpa. El Código Civil parecería desecharlo (nota al art. 512, Cód. Civil)³⁴. Pero la ley societaria fue clara al imponer que la culpabilidad sea grave. Ahora bien, la gran duda que se genera es determinar si esta calificación (grave) se extiende sólo al tercer supuesto del art. 274 L.S., o si lo hace con respecto a todo el artículo citado en último término.

Pensamos que los efectos de esta diferenciación (culpa leve y grave) sólo se aplica al tercer supuesto. Fundamos nuestra perspectiva:

- i) la L.S. ha diferenciado claramente tres hipótesis; por ello cada una de ellas tiene una relativa autonomía;
- ii) el art. 59 L.S. (que se ubica en la parte general), no exige que la culpa sea grave;
- iii) aun interpretando que el art. 274 L.S. (referido a las sociedades anónimas) sobrepasa al art. 59 L.S., en cuanto a los presupuestos resarcitorios -por el principio de especialidad- sería imponer una distinción innecesaria entre la sociedad anónima y los demás tipos sociales;
- iv) la mala técnica legislativa empleada en el art. 274 L.S.;
- v) es inconcebible que un texto legal en el cual se pretende guiar justamente la conducta de los administradores sociales sólo se funde en el concepto de culpa grave;
- vi) quien administra un patrimonio ajeno (el social) debe actuar con mayor cuidado, incluso, que cuando lo hace con el propio.

IV.5. El daño

A todo ello, cabe formular una aclaración, aunque obvia, respecto del daño: el daño es el presupuesto de mayor importancia. Sin daño no hay responsabilidad; pues no hay qué resarcir. Es el presupuesto en torno al cual gira todo el sistema resarcitorio. Y también el preventivo. El art. 274 L.S., lo exige para los tres supuestos: ello se desprende del giro de la última parte del artículo citado: “*y por cualquier otro daño*”. Enfatizamos “otro”, pues el término ha sido puesto intencionalmente y en relación a los dos supuestos anteriores, para remarcar la necesidad de la existencia del daño.

No obstante ello, y así dicho giro no hubiese sido consignado por la L.S., hubiese sido igualmente necesario -para todas las hipótesis estudiadas- acreditar este presupuesto, como así también todos los demás presupuestos³⁵. Esta aclaración tiene sentido, pues muchas veces en el afán de desmenuzar las normas específicas de índole societaria, se escapan algunos de los principios generales de la responsabilidad de los administradores societarios que no pueden ser soslayados. Habrá responsabilidad siempre que hay un comportamiento antijurídico que cause un daño (cierto, subsistente y no insignificante) y que se halle vinculado por nexo adecuado de causalidad, pudiendo obedecer a un factor de atribución objetivo o subjetivo.

V. Responsabilidad ilimitada y solidaria

V.1. Alcance de la responsabilidad

La L.S. impone al administrador que ha vulnerado la pauta del art. 274 L.S., el deber de responder ilimitada y solidariamente.

Con respecto a la solidaridad en el cumplimiento del deber de resarcimiento, el art. 699, Cód. Civil, establece que una obligación “*es solidaria, cuando la totalidad del objeto de ella puede, en virtud del título constitutivo o de una disposición de la ley, ser demandada por cualquiera de los acreedores o a cualquiera de los deudores*”. Llevado al ámbito societario (tema de responsabilidad directorial), la propia L.S. lo impone. Por ello, como regla (aunque existen excepciones -v. gr. art. 274, 2º párr. L.S.), el damnificado podrá reclamar a cualquiera de los directores el cumplimiento íntegro del deber de resarcir.

Por otro lado, se dice que la responsabilidad es “ilimitada” en el sentido de que su deber no se ciñe solamente a la garantía constituida por ellos (art. 256, 2º párr. L.S.), sino que todo el patrimonio del director “garantiza” (acepción amplísima) su correcto desempeño funcional.

V.2. Posibilidad de alterar el régimen estatutariamente.

Asimismo, se ha dicho que “*las normas sobre responsabilidad de los administradores son de orden público y, en consecuencia, no pueden ser suprimidas o limitadas por los estatutos y acuerdos de la asamblea general*”³⁶. Al margen de la discusión sobre si existen las disposiciones de orden público en nuestro régimen societario y sobre los alcances de ese orden público³⁷, debemos decir esta modalidad resarcitoria (solidaria e ilimitada) no puede ser soslayada estatutariamente. Menos aún de manera paraestatutaria, mediante un contrato parasocietario.

Los fundamentos, entre otros, son:

- i) los contratos (incluido el social) no pueden perjudicar a terceros (art. 1195, *in fine*, C.C.); y si así lo pactan, son inoponibles;
- ii) implica un bill de indemnidad para los directores que no admisible en nuestro sistema;
- iii) significaría -en caso de directores que respondan a los intereses del grupo mayoritario de accionistas- un abuso de las mayorías en perjuicio de las minorías;
- iv) es imposibilidad se funda en el interés público emanado del “deber genérico de no dañar”;
- vi) vulnera el derecho de propiedad, constitucionalmente tutelado (arts. 14 y 17, C.N.);
- vii) incitaría el actuar imprudente y desleal de los administradores, ya que no obstante ello, no responderían con su propio patrimonio.

Esta posición ha sido avalada por importante doctrina diciendo que se trata de “*un precepto de derecho necesario y por ello el estatuto no podría disminuir o atenuar las garantías de la sociedad en la materia*”³⁸.

Sin perjuicio de ello, el estatuto podría exigir un *quorum agravado* para la asamblea que autoriza la promoción de la acción social resarcitoria. Pero, este *quorum* tiene que ser coherente con el tratamiento asambleario de otras disposiciones (art. 243, *in fine* L.S. y 1.197 C.C.). La doctrina admite expresamente tal posibilidad³⁹.

Desde otro ángulo visual, debe hacerse una aclaración: la responsabilidad solidaria de los directores por los daños ocasionados con su actuar no empece (no es obstáculo) a las acciones que el director *inocente* pueda entablar -con fundamento en las disposiciones civiles- a los demás integrantes del órgano administrador; verdaderos -estos últimos- causantes del daño a la sociedad, accionistas o terceros. En la esfera interna, cada miembro del directorio debe ser responsable de la conducta que asuma en el seno íntimo de la administración.

VI. Excepciones al régimen general de responsabilidad

No obstante lo dicho (responsabilidad solidaria), la L.S. establece una serie de excepciones

VI.1. La imputación “personal” de responsabilidad

Una de ellas está descripta en el art. 274, 2º párr. L.S., cuando señala que la imputación de responsabilidad se hará atendiendo a la actuación individual en los casos que se hubieren “*asignado funciones en forma personal*” de acuerdo con lo establecido en el estatuto, el reglamento o decisión del órgano de gobierno. Esta decisión y la designación de tales personas deben gozar de la inscripción registral para que la excepción tenga lugar (art. 274, 2º párr., y arg. art. 12 L.S.).

La L.S. no sólo exige la actuación a título individual de uno de los directores (o sea ajenidad de los demás). Esta actuación individual no alcanza para eximir a los restantes directores, aun cuando éstos ignoren el desenvolvimiento concreto de un director⁴¹; ni aun cuando hubiese sido pactado entre ellos mismos. Por ello, exige como recaudo *extra* la asignación de funciones “personales” a un determinado director. Y, con claro fundamento en la seguridad de los terceros y en la publicidad registral, exige su inscripción en el Registro Público de Comercio.

Por otra parte, si el director trasvasara los límites “inscriptos” asignados en forma personal, su responsabilidad deja de ser individual, para ingresar en las filas de la solidaridad. Lo contrario llevaría, como dice Cabanellas de las Cuevas, “*al absurdo de beneficiar al director que culposamente actúa en violación de los límites de sus atribuciones, así como ignorar que las disposiciones del art. 274 son “sin perjuicio de lo dispuesto en el párrafo anterior” o sea el régimen general de responsabilidad del artículo 59 de la L.S.C.*”⁴².

Además, la interpretación de este precepto debe realizarse en forma restrictiva. O mejor: “estricta”. Ello es claro, pues se trata de una excepción a una disposición general. Y aun cuando se negara que siempre es así⁴³, debe ponderarse la norma no sólo tiene en vista el interés de los propios directores, sino que tiene que ver -como todo el derecho de daños- con una cuestión de interés general: se tiende a tutelar a los terceros (de buena fe) ajenos -en cuanto a culpabilidad- a la conducta generadora del daño.

VI.2. Otras excepciones: la exención

Otras hipótesis que eximen de responsabilidad a un director en relación a la que cabe al órgano de administración se encuentran en el art. 274, 3º párr. L.S., bajo el epígrafe “exención”. En estos casos, a diferencia de la extinción (art. 275 L.S.), la responsabilidad ni siquiera nace. Pero, esta exención exige que el director -que participó o conoció la deliberación o resolución directorial- deje constancia escrita de su protesta y anoticie al órgano de vigilancia con anterioridad a que su responsabilidad se denuncie al directorio, al síndico, a la asamblea, a la autoridad competente o se ejerza la acción judicial.

a. Exigencia de protesta del director “ignorante”.

De lo expuesto se deduce que si el director no la conoció también queda excluido del deber de resarcir. Se dice que en estos casos el administrador “ignorante” (*lato sensu*) no tiene necesidad de hacer protesta conforme a este artículo. No compartimos tal extensión de la norma. El director “sí” debe formular protesta formal y cumplimentar con el íter establecido en el art. 274, 3º párr. L.S.. Nuestras razones son:

- i) la ley no lo exime de formular la protesta;
- ii) si bien la protesta no podrá formularse en el seno de la reunión de directorio ello no obsta a que se realice a posteriori;
- iii) cristaliza el sistema, pues obliga al director a efectuar una conducta que no deje margen a dudas de su desconocimiento; y por ende de su intención de desvincularse de responsabilidad;
- iv) el razonamiento argumental a los fines de incluir al ignorante es de tipo *a fortiori*: si se excluye a quien conoce y se opone, no puede incluirse a quien no tiene la posibilidad de oponerse (pues no conoce);
- v) el momento para formular tal protesta será cuando se tome conocimiento del acto jurídico directorial;
- vi) por último, aun cuando se acepte que no se exige protesta escrita, sí debería requerirse -al menos- la noticia al síndico societario.

b. Ausencia de conocimiento “fundada”.

Ahora bien, si el director no conoció la decisión, pero debía conocerla, no quedará libre de responsabilidad bajo el art. 274 L.S.⁴⁴. Ya que nadie puede escudarse en un comportamiento culpable: nadie puede alegar su propia torpeza. Si debió hacerlo y no lo hizo, deberá responder como si hubiese conocido la decisión. La regla parece indicar que en la mayoría de los casos debió conocer la decisión; la excepción se deja para algunas hipótesis particulares en las cuales el director se ausentó por un tiempo de la sede social, enfermedad u otra circunstancia similar.

La simple ausencia a la deliberación o la falta de conocimientos por sí solos “no son suficientes para que el director quede exento de responsabilidad; es menester que dichas ausencia o falta de conocimiento se encuentren debidamente justificados”⁴⁵.

c. Procedimiento de exención.

Por otra parte, el procedimiento que se exige para la exención de responsabilidad indica que debe formularse protesta; aunque no solemne, si al menos escrita. La actividad de quien quiera eximirse de responsabilidad debe ser clara y precisa, requiriéndose que esa actividad escrita tenga el carácter de protesta y, por tanto, esté fundada⁴⁶.

Asimismo, debe anoticiarse a la sindicatura. Esta noticia -aun cuando la L.S. no solicita ninguna formalidad en particular-, deberá por razones prácticas formularse de manera fehaciente (es decir “que haga fe” de sí misma).

d. Deber de anotar al síndico cuando no ha sido previsto estatutariamente.

Este deber de anoticiamiento marca un recaudo mínimo: cursar noticia al síndico o consejo de vigilancia. ¿Y si el estatuto prescinde de la sindicatura (art. 284, 4º párr. L.S.)? Si está comprendido dentro de los supuestos del art. 299 L.S., -como es sabido- no se podrá prescindir de prever en el contrato social el órgano de contralor. Pero si no se encuentra en tales hipótesis, ¿qué debe hacer el director?

La respuesta a este interrogante tiene varias alternativas (soluciones):

a) El director puede prescindir de emitir tal comunicación. El fundamento es simple: i) si la L.S. contempla la “carga” de notificar al síndico societario su protesta; no existiendo síndico, tampoco existe carga, por imposibilidad material; ii) argumento literal: la ley sólo exige síndico. Cuando la ley es clara, se debe prescindir de la interpretación teleológica; iii) con la protesta justamente se ha tendido a notificar a otro órgano societario: el directorio.

b) Una interpretación armónica buscaría la misma solución en el art. 284, 4º párr. L.S.. Las razones: i) el síndico es un órgano de contralor; fiscalizador por esencia; ii) en los casos que estatutariamente se obvia la función sindical, “los socios poseen el derecho de contralor que confiere el art. 55”. Si la L.S. busca anotar a quien es el fiscalizador social, se deberá anotar en la asamblea de socios; iii) la teleología normativa exige un procedimiento a los fines de eximirse de responsabilidad: noticia al órgano contralor; iv) la analogía permite equiparar en los casos de prescindencia el término a quien ejerce el control.

c) Una tercera, también fundada en alguna tenue analogía, indicaría puede acudir a la fiscalización estatal (limitada). La argumentación: i) El art. 301 L.S., habilita el ejercicio de las funciones de vigilancia de las sociedades no incluidas en el art. 299 L.S.. Aunque forzada la interpretación, la noticia podría cursarse a la Inspección General de Justicia (Inspección de Personas Jurídicas en el radio cordobés); ii) también se basa en que el art. 274, 3º párr. L.S., admite la denuncia a la “autoridad competente”. Si se admite tal denuncia, *a fortiori* debe admitirse el anoticiamiento a los fines de la exención.

e. Oportunidad de la noticia.

Con respecto al *dies a quem* de tal noticia, la L.S. lo establece: “y diere noticia antes de que su responsabilidad se denuncie al directorio, al síndico, a la asamblea, a la autoridad competente, o se ejerza la acción judicial”. Estas posibilidades están unidas por la conjunción disyuntiva “o”, por lo que se colige que cualquier denuncia -la que acaezca primero- es

suficiente a los fines de hacer caer la ansiada (por los administradores) posibilidad de exención de responsabilidad.

Problema distinto será el relacionado con la faz formal de dicha denuncia. Y *de prueba* -e importantes consecuencias- si esa denuncia se formuló con anterioridad a la “noticia” *sub examine*.

VI.3. Extinción de la responsabilidad

a. Diferencia entre “extinción” y “exención”.

Si bien algunos efectos de la extinción y la exención son similares (y aunque la exposición de motivos *parecería* equipararlos ⁴⁷), ambos supuestos son diferentes. El efecto principal o determinante de ambas hipótesis es el mismo: evitar la responsabilidad emanada del actuar del directorio. Pero inmediatamente aparecen las diferencias:

i) Señala Verón que en la *extinción* la responsabilidad se ha producido (aunque posteriormente se la deje sin efecto jurídico), mientras que en la *exención* la responsabilidad no se ha generado ⁴⁸.

ii) En segundo lugar, una diferencia esencial. En la *exención*, el director que incurrió en responsabilidad lo hizo contra su voluntad. O, por lo menos, exteriorizó protesta. O ni siquiera lo conoció. En el actuar encuadrativo de la exención el director no avaló -o no conoció- la conducta del directorio que causó un daño. En la *extinción* de responsabilidad, el director consintió tal conducta dañosa. No protestó contra la resolución directorial que motivó la responsabilidad. Simplemente, que tal actuación se avaló *a posteriori* por parte del órgano de gobierno.

iii) Otra diferencia se funda en que para que opere la *exención* es menester la actividad del propio director. Esta exención opera, en cierto modo, a instancia de parte: sólo si el director cumple el procedimiento societario prescrito legalmente podrá eximirse. Obvio resulta aclarar que además deberá darse el supuesto fáctico descripto en la norma.

Al contrario, para que opere la *extinción* de la responsabilidad no depende de la voluntad del director. Depende de una resolución asamblearia de los socios que apruebe su gestión o que renuncie expresamente a dicha responsabilidad, o transacción; siempre y cuando no exista violación de la ley, estatuto o reglamento y no media oposición del cinco por ciento del capital social.

Lo dicho no debe confundirse con el plano realista o práctico: en muchos casos, el administrador será nombrado por un grupo accionario de control; incluso puede serlo por el mismo accionista mayoritario. Ergo, si bien la extinción por medio de un acto asambleario dependerá a la postre del accionista mayoritario (a quien el director obedece fielmente órdenes); se trata de dos órbitas funcionales claramente diferenciadas que en algún punto pueden escindirse. Aunque debe aclararse: el accionista director no puede aprobar los actos de su gestión (art. 241 L.S.).

iv) Otra diferencia radica en la última oración del art. 275 L.S.. Este giro prescribe: “La extinción es ineficaz en caso de liquidación coactiva o concursal”. Por el contrario, esta disposición no se encuentra en el régimen de exención (art. 273, párr. 3º L.S.). Por ello, esta “ineficacia” sólo tiene virtualidad en la extinción.

v) Se ha dicho, además, -en una interpretación demasiado rigorista- que la *exención* sólo abarca a quienes ocupan el cargo de directores, mientras que la *extinción* de responsabilidad incluye no sólo a los directores, sino también a los gerentes. Esta diferenciación se fundaría en el giro empleado por la norma, ya el art. 274, 3º párr. L.S., sólo se refiere al “director”, mientras que el art. 275 L.S., alude a “la responsabilidad de los directores y gerentes”.

vi) Otro eje distintivo, aunque discutible, se funda en una *cuestión de extensión*. Esto es, en el tipo de responsabilidad a que se hace referencia con una u otra modalidad. Así, la *exención* de responsabilidad eximiría al director respecto de cualquier tipo de responsabilidad en que haya

incurrido el órgano de administración. En este sentido, abarca no sólo la responsabilidad frente a la sociedad, sino que se proyecta a la responsabilidad frente a terceros y los propios accionistas.

Una intensa duda se genera en la posibilidad de oponer a un tercero de buena fe una exención que transita en la esfera interna societaria. En el caso de los accionistas, la cuestión sería distinta, pues cuentan con el derecho de información mediante el órgano sindical.

Por el contrario, los casos de *extinción* -como es lógico- sólo absorben los supuestos de responsabilidad respecto de la sociedad, ya que es la propia asamblea quien la extingue.

vii) Por último, se puede decir que la *exención* tiene corte individual, mientras que la *extinción* tiene carácter orgánico. Que muchas veces, en los directorios unipersonales, la “persona” coincida con el “órgano” no le quita sustento a esta distinción. En efecto, la *exención* sólo se refiere a la persona que ejerció el cargo de director; sólo a él a título individual. Valora su actitud personal. En cambio, la *extinción* surte efectos sobre el órgano, independientemente de quienes sean los ocupantes de sus asientos. Tiene una cierta vocación pluralista: la extinción se expande a todos los miembros del directorio⁴⁹.

b. El art. 275 L.S., y su proyección.

Analizadas las diferencias estructurales de ambas modalidades “extintivas” (en sentido débil del término) de responsabilidad, cabe efectuar algunas reflexiones en torno a la extinción propiamente dicha.

El art. 275 L.S., expresamente reza: “*La responsabilidad de los directores y gerentes respecto de la sociedad, se extingue por aprobación de su gestión o por renuncia expresa o transacción, resuelta por la asamblea, si esa responsabilidad no es por violación de la ley, del estatuto o reglamento y si no media oposición del cinco por ciento del capital social, por lo menos. La extinción es ineficaz en caso de liquidación coactiva o concursal*”.

De la norma transcripta emanan tanto los supuestos de extinción como sus obstáculos. Las hipótesis de extinción son: i) aprobación de la gestión; ii) renuncia; iii) transacción. Por su parte, los obstáculos son: i) que la responsabilidad sea por violación de la ley, estatuto o reglamento; y ii) medie oposición del cinco por ciento del capital social; iii) es ineficaz en caso de liquidación coactiva o concursal.

Debe agregarse que la norma exige resolución asamblearia; más concretamente la asamblea ordinaria (art. 234 L.S.). Por ende, no puede votar el director-accionista en las decisiones vinculadas con la aprobación de los actos de su gestión (art. 241 L.S.).

c. Aprobación de la gestión.

La aprobación de la gestión del directorio requiere de la resolución asamblearia que consienta la gestión⁵⁰ del órgano de administración. Otaegui⁵¹ señala que esta extinción hace a las funciones operativa y empresaria de los negocios sociales y no comprende la función representación y gestión societaria.

Un interrogante que se plantea en este tópico es si es menester aprobar cada acto de gestión en forma particular o si es suficiente consentir la generalidad⁵². Se entiende que la norma no parece exigir una singularización de las distintas cuestiones sometidas a la asamblea, aunque no todos los actos tienen la misma entidad y la respuesta final dependerá de la situación fáctica⁵³.

En este sentido, estimamos que la regla es la aprobación “en general” de la gestión directorial; la excepción radica en aquellos actos que -por su gravitación en la estructura societaria, por su peculiaridad o rareza, o por los intereses que están en juego- requieren aprobación “singular”. La evaluación de tal necesidad se deberá efectuar en el caso concreto, según las circunstancias particulares de la sociedad, del administrador y demás cuestiones de hecho.

Además, debe tenerse bien presente que la aprobación de los estados contables no lleva necesariamente a la liberación de la responsabilidad de los directores. Así lo señala el art. 72 L.S.: “La aprobación de los estados contables no implica la de la gestión de los directores,

administradores, gerentes, miembros del consejo de vigilancia o síndicos, hayan o no votado en la respectiva decisión, ni importa la liberación de responsabilidades”.

d. Renuncia.

Otra de las causales extintivas es la renuncia expresa dispuesta por asamblea. Esta disposición genera algunos inconvenientes interpretativos. En primer lugar, se exige que sea “expresa”. La intención de la norma ha sido, sin dudas, la de no dejar margen de ambigüedad en la declaración asamblearia. Si tal renuncia no ha sido “expresa”, no será considerada -a los efectos de la responsabilidad directorial- como extintiva de la misma. A lo sumo, podrá servir como un elemento probatorio; como una pauta de conducta, pero carecerá de efectos jurídicos extintivos.

En este sentido, Cabanellas de las Cuevas señala que “*el requisito de renuncia expresa se refiere a las acciones sociales de responsabilidad. Se trata así de una cuestión diversa a la de la extinción de las obligaciones que hayan nacido a favor de la sociedad como consecuencia del éxito de tales acciones, obligaciones cuya extinción se regirá por las reglas generales del Derecho Civil*”⁵⁴.

Por otro lado, como hemos dicho, esta disposición (art. 275 L.S.) sólo se aplica para la acción social. Ergo, en materia de acciones individuales se podría admitir la renuncia tácita. Aunque con una directriz: la interpretación en materia de renuncia debe ser restrictiva.

Por su parte, la doctrina se cuestiona si habiendo nacido la acción (social) *uti singuli* -por demora en su promoción o por la oposición del cinco por ciento del capital social- es posible extinguir dicha acción vía renuncia⁵⁵.

Nuestra opinión se inclina por la negativa.

a) Si la acción *uti singuli* se funda en la “demora”, ello implica que ya hubo resolución asamblearia de accionistas. Sólo con ésta decisión se habilita la acción *uti singuli*. Por ello, pensamos que:

i) sería ir contra los propios actos⁵⁶ resolver la acción social, dejar transcurrir el plazo y luego pretender anularla, cuando el accionista, por fin, tenía la posibilidad de iniciarla;

ii) por otro lado, cercenaría la real posibilidad de funcionamiento de la acción *uti singuli*;

iii) por último, si transcurrido el plazo, pierde competencia para iniciarla, también pierde competencia para “renunciarla”. La acción deja de estar en manos de la sociedad (aunque sigue siendo social), para pasar a manos de los accionistas.

b) Si la acción *uti singuli* es iniciada por los “opositores” del art. 275 L.S., la renuncia carece de sentido. En efecto, si media oposición del cinco por ciento del capital social, la responsabilidad de los directores se transforma en inextinguible. Por ello, aun cuando dicha acción social se hubiese renunciado expresamente, la extinción no tendrá efectos en virtud de tal oposición.

e. Transacción.

Si existían supuestos confusos, éste (transacción) es uno de ellos. El único sentido que ella tendría sería el caso de que habiendo decidido la responsabilidad del administrador, éste (en la asamblea o con posterioridad) ofrezca algún tipo de compensación por el daño causado a la sociedad. En estos casos, a los efectos de la transacción se deberán tener en cuenta todos los elementos de la gestión del órgano de administración.

Si la oferta transaccional se realiza por el director con posterioridad a la decisión que da nacimiento a la acción social, dicha posibilidad de transar deberá ser aprobada por acto asambleario, debiendo convocarse una asamblea al efecto. Si, por el contrario, ella es realizada en el seno de la deliberación asamblearia relacionada con la responsabilidad social, la misma asamblea reviste competencia para aprobar dicha transacción.

No obstante ello, en un sentido práctico debe tenerse en cuenta que si existe oposición del cinco por ciento del capital social, esta posibilidad transaccional se desvanece en la *nada* jurídica, pues la oposición actúa como un obstáculo de la extinción.

f. Obstáculos para la extinción.

La L.S. contempla dos supuestos que obstan a la eficacia de la extinción: que la responsabilidad sea por violación de la ley, estatuto o reglamento y que medie oposición del cinco por ciento del capital social.

Con respecto a la responsabilidad por violación de la ley, estatuto o reglamento nos remitimos al análisis ya efectuado en relación a los supuestos de responsabilidad el art. 274 L.S.⁵⁷.

En relación al obstáculo del “*quitas*” consistente en una exigencia mínima de oposición (cinco por ciento), puede fundarse desde dos perspectivas diferentes:

i) Busca, según la opinión de Odriozola, limitar esta acción a supuestos en los que exista un real interés económico y seriedad en la oposición.

ii) Por otro lado, tiende a tutelar a alguna minoría que de otro modo vería -de manera impotente- extinguirse la responsabilidad de quienes han perjudicado a la sociedad; se vería imposibilitado de “frenar” una extinción injusta. La L.S. ha dado a esta minoría (cinco por ciento) una herramienta eficaz para tutelar los derechos de la sociedad. Para evitar que se abuse del ente societario⁵⁸ en beneficio del grupo de control mayoritario.

VII. Proyecto de reforma parcial al régimen de la sociedad anónima

En el mes de enero de 2001, por iniciativa de la Secretaría de Finanzas del Ministerio de Economía de la Nación, tomó estado público un proyecto de reforma de la L.S.⁵⁹. Entre sus principales disposiciones, incluye una modificación al régimen de responsabilidad de la sociedad anónima.

VII.1. El texto del proyecto

Así, dicha proyección legislativa propone un nuevo artículo 59 L.S.. Dicho precepto textualmente reza:

“Los administradores y los representantes de la sociedad tienen para con ésta y para con sus socios los deberes del fiduciario y deben obrar con lealtad y con la diligencia de un buen hombre de negocios teniendo en consideración el interés social y la creación de un mayor valor económico de la empresa en beneficio de todos los socios”.

“Asimismo, no podrán favorecer a una sociedad vinculada, controlada, o controlante en perjuicio de la sociedad administrada, debiendo vigilar que las operaciones entre las sociedades se efectúen en condiciones equitativas”.

“Los que faltaren a sus obligaciones son responsables, ilimitada y solidariamente, por los daños y perjuicios que resultaren de su acción u omisión”.

VII.2. Breves reflexiones

Algunas breves reflexiones al respecto. En una comparación con el texto actualmente vigente, se advierte que la esencia del precepto es el mismo; a excepción de algunos agregados.

a. Deber del fiduciario.

Por ello, además de imponer el deber de lealtad y la diligencia del buen hombre de negocios, adiciona un deber autónomo: el “deber del fiduciario”. Pensamos que el agregado, a más de innecesario, es redundante. Y, en algún sentido, hasta incompatible.

Nos explicamos: la ley 24.441 regula el contrato de fideicomiso y los distintos sujetos intervinientes. El art. 6, LF, impone cómo debe cumplir el fiduciario sus obligaciones: “deberá cumplir las obligaciones impuestas por la ley o la convención con la prudencia y diligencia del buen hombre de negocios que actúa sobre la base de la confianza depositada en él”. Es, entonces, una remisión circular: ya que el buen hombre de negocios no se determinará en el sustrato fáctico del contrato de fideicomiso, sino en la convención social.

Por otro lado, el art. 7 LF, impone al fiduciario la obligación de rendición de cuentas. ¿Deberá el director de una sociedad anónima rendir cuentas de su gestión? Definitivamente no. Para ello están las vías societarias.

Así lo dispuso la jurisprudencia: “La rendición de cuentas en materia societaria se materializa en forma diferente según se trate de sociedades regularmente constituidas o irregulares o de hecho. En las primeras, la acción comercial de rendición de cuentas no es viable contra los administradores sociales, debiendo los interesados recurrir a los diversos remedios y procedimientos que la ley en materia otorga para conocer, informarse y controlar la marcha de los negocios sociales y la labor del órgano de administración. Tratándose en cambio de sociedades irregulares o de hecho, al no verificarse la estructura orgánica propia de aquellas, y particularmente por la facultad que tienen los socios de representar y administrar la sociedad, se ha considerado procedente la acción de rendición de cuentas entre los socios por los actos y negocios cumplidos a nombre de la sociedad”⁶⁰.

b. El interés social.

En segundo término, la reforma propende a que los administradores tengan “en consideración el interés social”. Y es lógico que así sea. Aun cuando la L.S. no lo diga es obvio que el director debe tener en miras el interés societario; no puede actuar en desmedro de dicho interés que, en el esquema legislativo actual, no es institucional sino contractual⁶¹.

La existencia del interés social hoy es innegable⁶². Nadie duda de su existencia; de “contornos difíciles”⁶³, pero delimitantes de una directriz estructurante del sistema. Por ello, y con el art. 59 L.S., vigente se ha dicho que si el órgano de gobierno (asamblea) ha tomado una decisión, pero ésta es contraria al interés social, los administradores deberían desconocer la decisión y actuar en cumplimiento del interés societario, por cuanto éste se desprende del contrato social, que es un elemento normativo de nivel superior a las decisiones de los órganos de gobierno, dentro de la estructura jurídica de la sociedad⁶⁴.

Además, el aditamento de “*la creación de un mayor valor económico de la empresa en beneficio de todos los socios*” (sic) va de suyo en el interés social, que no es el interés de la mayoría; sino simplemente el de la sociedad.

En síntesis, cabe señalar que muchas e innumerables observaciones caben al precepto proyectado. Debido al tenor del presente trabajo no se podrán abarcar, pues insumiría una extensión no proporcionada con la temática central. Para ello nos remitimos a estudios más profundos⁶⁵.

NOTAS:

¹ “Se ha dicho con autoridad que la responsabilidad civil y penal de los administradores de la sociedad anónima es una *pieza principal del régimen de este tipo de sociedad* (Isaac HALPERÍN, *Sociedades anónimas*, Buenos Aires, Depalma, 1.975, pág. 447; Isaac HALPERÍN y Julio C. OTAEGUI, *Sociedades anónimas*, 2ª ed., Buenos Aires, Depalma, 1998, pág. 543), pero también se ha afirmado que es uno de los temas más difíciles y complicados del derecho de las sociedades anónimas (Joaquín RODRÍGUEZ Y RODRÍGUEZ, *Tratado de las sociedades mercantiles*, México,

Porrúa, 1965, pág. 189). Confr. Héctor ALEGRIA, "Prescripción de acciones de responsabilidad contra los directores de sociedades anónimas", RDP, (Prescripción) N° 22, Rubinzal-Culzoni, pág. 264.

² Con más fuerza que nunca la realidad exige solución a los supuestos de las sociedades infracapitalizada. Alguna alternativa, puede verse en: Alfredo R. LISDERO, "Una posible solución al problema de la infracapitalización societaria", E.D. del 6/3/01, pág. 4.

³ Ver -a guisa de muestreo- el interesante desarrollo de los conflictos societarios más comunes de nuestro tiempo en: Ernesto Eduardo MARTORELL, "Panorama del conflicto societario frente a la República Argentina del tercer milenio", La Ley 16/4/01, pág. 1 y ss..

⁴ Víctor ZAMENFELD, "Conflictos societarios. Una visión general y particular del derecho argentino", Revista de las Sociedades y Concursos (director: Ricardo A. Nissen), N° 3 (mayo/abril-2000), pág. 16.

⁵ Mariano GAGLIARDO, "Sociedad hueca", E.D. 20/5/99 (nota al fallo de la CNCom., Sala B, "Estructuras Elcora S.A. s/ quiebra c/ Y., R. y otros, s/ ordinario", 26/11/1998).

⁶ Luis M. DIEZ PICAZO, *La representación en el derecho privado*, Madrid, 1979, pág. 70.

⁷ Ver el importante desarrollo del tema en: ALEGRIA, *Prescripción de acciones de responsabilidad contra los directores de sociedades anónimas* cit., pág. 263 y en Germán Luis FERRER, "Prescripción de la acción social de responsabilidad de directores de sociedades anónimas", RDP (Prescripción) N° 22, Rubinzal-Culzoni, pág. 155.

⁸ A guisa de ejemplo y por nombrar sólo doctrina cordobesa, mencionamos a: Germán Luis FERRER, y Horacio ROITMAN, "Responsabilidad de directores por las obligaciones laborales", Revista de Derecho de Daños, N° 8, Rubinzal-Culzoni, pág. 155; Germán Luis FERRER, "La responsabilidad de los directores de sociedades anónimas y la inoponibilidad de la persona jurídica en la relación de empleo "en negro". (A propósito del caso "Duquesly" y sus comentarios)", Revista de Derecho Privado y Comunitario, 2.000-1 (Sociedades Anónimas), pág. 203; Efraín Hugo RICHARD, "Responsabilidad de los administradores societarios por relación laboral no registrada", Revista de Responsabilidad Civil y Seguros, N° 4 (julio/agosto-1.999), La Ley, pág. 393; Francisco JUNYENT BAS, "Responsabilidad de los administradores societarios por fraude laboral. Apuntes a los fallos "Delgadillo Linares" y "Duquesly"", Revista de Derecho Privado y Comunitario, 2000-1 (Sociedades Anónimas), pág. 183.

⁹ Francisco JUNYENT BAS, *Responsabilidad civil de los administradores societarios*, Córdoba, Advocatus, 1998.

¹⁰ "Art. 59 L.S. (Diligencia del administrador: responsabilidad) - Los administradores y los representantes de la sociedad deben obrar con lealtad y con la diligencia de un buen hombre de negocios. Los que faltaren a sus obligaciones son responsables, ilimitada y solidariamente, por los daños y perjuicios que resultaren de su acción u omisión".

¹¹ Nos remitimos al texto transcrito en el punto VI. 3. b.

¹² Matilde ZAVALA DE GONZÁLEZ, "La tutela inhibitoria contra daños", Revista de Responsabilidad Civil y Seguros, año I, N° I, enero-febrero de 1999, pág. 1. Y continúa, refiriéndose a la prevención de daños injustos como principio general de derecho, que: "Se trata de un principio general de derecho con rango constitucional: las acciones perjudiciales están sometidas a la autoridad de los magistrados (art. 19, Constitución Nacional) y la protección jurisdiccional de los derechos y garantías no se ciñe a lesiones efectivas sino que comprende las amenazas de lesión (art. 43, al regular la acción de amparo)".

¹³ Sobre el tema: Horacio ROITMAN, "Intervención judicial", R.D.P.C. 2000-1 (Sociedades Anónimas), pág. 241; Ricardo A. NISSEN, *Panorama actual de derecho societario*, Buenos Aires, Ad-Hoc, 1999, pág. 337; Ernesto Eduardo MARTORELL, "La intervención de sociedades: equívocos. Errores y sinrazones", L.L. 1.996-D, pág. 1486; Salvador R. PERROTA, *Intervención judicial en las sociedades comerciales*, Buenos Aires, Abeledo-Perrot, 1965.

¹⁴ En efecto, para la procedencia de la intervención judicial se requiere: i) Promover conjuntamente o haber promovido la demanda de remoción definitiva del administrador; ii) acreditar la calidad de socio y/o la de otros de los posibles legitimados; iii) que los administradores hayan incurrido en conductas reñidas con la administración societaria, incumpliendo el deber de obrar con la "diligencia y lealtad del buen hombre de negocios" que exige el art. 59 L.S.; iv) que las acciones u omisiones del administrador cuya remoción se solicita sean de tal naturaleza (graves irregularidades) que si no se obra con rapidez se exponga a un serio peligro la integridad del patrimonio social (peligro en la demora); v) Que se hayan agotado las instancias societarias, y los recursos contractuales y legales; vi) que se preste la caución fijada por el juez.

¹⁵ Ricardo A. NISSEN, *Impugnación judicial de actos y decisiones asamblearias*, Buenos Aires, Depalma, 1989, pág. 164. Se trata, siguiendo a Garo, de una medida grave que importa la anulación momentánea de la resolución adoptada por la mayoría de los accionistas, que es por lo general y normalmente la voluntad de la sociedad (Francisco GARO, *Sociedades anónimas*, Buenos Aires, Ediar, 1954, t. II, pág. 69).

¹⁶ La doctrina es mayoritaria en cuanto a la admisión de la impugnación de los actos directoriales. En este sentido, se enrolan: Ricardo Augusto NISSEN y Daniel Roque VÍTOLO, "La impugnación de decisiones del directorio", L.L. 1990-B, pág. 971; Francisco JUNYENT BAS, "Impugnación de actos del directorio", J.A. 1997-IV, pág. 769; Liliana ARALDI, "Impugnación de las decisiones del directorio", J.A. del 18/2/98; Rubén O. LUCHINSKY, "Impugnación de los actos del directorio", R.D.C.O., 1.989, pág. 703; Hee SUN SON, "Impugnación de los actos del directorio", La Ley actualidad del 4/5/99, pág. 1; ZALDÍVAR y otros, *Cuadernos de derecho societario* cit., t. II, 2ª parte, pág. 534; Julio C. OTAEGUI, *Administración societaria*, Ábaco, 1979, p. 297; Julio C. OTAEGUI, *Invalidez de actos societarios*, Buenos Aires, Abaco, 1978, pág. 423; Isaac HALPERÍN, *Sociedades anónimas*, Buenos Aires, Depalma, 1974, pág. 653; Juan M. FARINA, *Tratado de sociedades comerciales. Parte especial*, Zeus Editora Rosario, 1978, t. II-B (Sociedades anónimas), pág. 371; Enrique M. BUTTY y Juan C. CARVAJAL, "Aspectos generales de la nulidad e impugnación de las

decisiones del Directorio”, ponencia presentada al “Segundo Congreso de Derecho Societario”, Comisión I: Administración y Fiscalización Privada, 1979, pág. 65; Roberto A. MUGUILLO, *La impugnación de las decisiones del directorio*, “La Información”, t. LVIII, pág. 773; Ricardo A. NISSEN, “Las minorías y su derecho a impugnar decisiones asamblearias y acuerdos de directorio inválidos”, L.L. 1.987-D, pág. 1.172; Ricardo A. NISSEN, *Ley de sociedades comerciales*, Buenos Aires, Depalma, 1983, t. 2, pág. 634; José I. ROMERO, Ignacio ESCUTI (H) y Efraín Hugo RICHARD, “Impugnación de las decisiones del directorio que se atribuye funciones no propias”, ponencia presentada al “Primer Congreso Nacional de Derecho Societario”, La Cumbre, 1977, t. III, pág. 157; Mario BENDERSKY, “Invalidez de los actos del directorio de las sociedades anónimas”, en *Temas de Derecho Comercial. Instituto Argentino de Derecho Comercial. Conflictos Societarios*, Buenos Aires, Abaco, 1983, pág. 196; Fernando H. MASCHERONI y Roberto A. MUGUILLO, *Régimen jurídico del socio*, Buenos Aires, Astrea, 1996, pág. 46. Y jurisprudencialmente: CNCom., Sala C, “Saiz, Marta c/ Camper S.A., 2/4/79, L.L. 1979-D, pág. 35; CNCom, Sala B, “Paoli de Yechillán, Josefina c/ Kleiman, Mario A.”, 14/10/86; CNCom, Sala B, “Kraft, Guillermo Ltda. c/ Motormecánica S.A.”, 24/9/80, L.L. 1.982-A, pág. 82.

Aunque existe aislada postura adversa: Alberto Víctor VERÓN, “Nulidades societarias. Sistema de voto acumulativo. Protección de abuso de mayorías y minorías”, L.L. 1987-B, pág. 378 y Eduardo MILBERG, “Algo más sobre la impugnación de las decisiones del directorio”, “Información Empresaria” N° 243, pág. 18 y fallo de la CNCom, Sala A, “Vistalba S.A. y otros c/ Banco de Galicia y Buenos Aires S.A.”, 11/12/86, L.L. 1.987-B, pág. 346.

¹⁷ Sobre el tema, ver: Carlos A. MOLINA SANDOVAL, “Pautas para la implementación de las medidas autosatisfactivas”, Foro de Córdoba, año X, N° 51 -1999- Sección Doctrina, pág. 29; Carlos A. MOLINA SANDOVAL, *Un proyecto para incorporar la “medida autosatisfactiva”, algo mejor que la acción de amparo. Para agilizar la administración de justicia*, Diario La Voz del Interior (de Córdoba) del 5/12/00, pág. 11 A-Columna de Opinión; Carlos A. MOLINA SANDOVAL, “A propósito del Proyecto de Ley para la incorporación de las “medidas autosatisfactivas” en el Código Procesal Civil y Comercial de Córdoba”, Foro de Córdoba, año XII, N° 67 -2001- Sección Doctrina, pág. 51 y ss. Ver también del suscripto: “Proyecto de ley de reforma del Código Procesal Civil y Comercial de la Provincia de Córdoba. Incorporación del art. 484 bis: “Medidas autosatisfactivas”, presentado en el Ministerio de Justicia de la Provincia de Córdoba el 22 de noviembre de 2000 (N° 021002053900).

¹⁸ Existen muchos pronunciamientos, cuya plataforma fáctica se relaciona con el derecho societario: por ejemplo, Juzgado de Primera Instancia de Distrito en lo Civil y Comercial de la 3^{ra} Nominación de Rosario a cargo del Dr. Hernán G. Carillo, 30/10/96, en los autos caratulados: ‘Raineri, Fernando Maximiliano contra ETA Gral. Mosconi S.R.L. s/ exhibición de libros sociales’, que señala Peyrano (Jorge W. PEYRANO, “Reformulación de la teoría de las medidas cautelares: tutela de la urgencia. Medidas autosatisfactivas”, J.A. 1997-II, pág. 926.) que la misma también fue consentida y se encuentra firme); ver también otro precedente: Juzg. de Distrito Civ. y Com. 3^a Nom. Rosario, 28/7/97, “Marcucci, Osvaldo s/ medida autosatisfactiva” (firme) cit. por PEYRANO, “Reformulación de la teoría de las medidas cautelares: tutela de la urgencia. Medidas autosatisfactivas”, cit., pág. 926.

Por último, otro fallo es del Juzgado de Primera Instancia de Distrito en lo Civil y Comercial de la 6^{ta} Nominación de Rosario a cargo del Dr. Roberto A. Vázquez Ferreyra, 23/9/96, en los autos caratulados: ‘M.L.N. contra R.C.’, citados por Roberto VÁZQUEZ FERREYRA, “Las medidas autosatisfactivas en Derecho de Daños y en la tutela del consumidor”, L.L. 1.997-E, pág. 1.440 y Jorge M. GALDÓS, “Un fallido intento de acogimiento de una medida autosatisfactiva”, L.L. 1.997-F, pág. 482). Pero no corrió la misma suerte en la Cámara ya que la sentencia del *a quo* fue revocada (C. Civil y Com., Rosario, Sala III, 5/5/97. Fallo publicado en La Ley del 5/12/97). También, pueden consultarse una amplia gama de precedentes jurisprudenciales en: Marcela GARCÍA SOLÁ, “Medidas autosatisfactivas: perfiles jurisprudenciales”, en: *Medidas autosatisfactivas* (director: Jorge W. Peyrano), Rubinzal-Culzoni, 1999, pág. 689.

En doctrina, puede consultarse el trabajo de: R. SILBERSTEIN, “Algunas aplicaciones de las medidas autosatisfactivas en el derecho societario argentino”, J.A., número especial del 29/7/98, pág. 57.

¹⁹ Se ha dicho que más allá del sistema de responsabilidad previsto en la normativa societaria, subsiste la vigencia del principio general “*non alterum laedere*” (art. 1109 C.C.), debiendo tenerse presente lo sostenido por Rivera en el sentido de que su aplicación residual aparece remota, habida cuenta de la latitud con que se desarrolla la cuestión en la L.S. (Julio César RIVERA, *Responsabilidad civil de los síndicos societarios*, Buenos Aires, Hammurabi, 1986, pág. 60).

²⁰ La exposición de motivos señala: “El régimen de responsabilidad civil de los directores -que es menester completar con normas represivas adecuadas-, constituye uno de los factores más importantes para asegurar una administración leal y prudente. De ahí la preocupación de una regulación equilibrada, que impida que la aplicación de esas normas someta a la sociedad o a los directores a los excesos de una minoría obstruccionista” (Exposición de motivos, Capítulo II, Sección V, punto IX, párrafo 10). Ver el texto en: Jorge Osvaldo ZUNINO, *Régimen de sociedades comerciales. Ley 19.550*, 15^a ed., Buenos Aires, Astrea, 1996, pág. 67.

²¹ Efraín Hugo RICHARD y Orlando Manuel MUIÑO, *Derecho societario*, Buenos Aires, Astrea, 1997, pág. 538.

²² José María LÓPEZ OLACIREGUI, *Esencia y fundamento de la responsabilidad civil*, RDCO, 1978, año 11, pág. 941.

²³ Y aunque parezca obvio, señalar que se den todos los presupuestos de la responsabilidad civil: i) comportamiento antijurídico; ii) daño; iii) nexo adecuado de causalidad; iv) factor de atribución.

²⁴ Matilde ZAVALA DE GONZÁLEZ, *Resarcimiento de daños*, Buenos Aires, Hammurabi, 1993, vol. III; Jorge BUSTAMANTE ALSINA, *Teoría general de la responsabilidad civil*, Buenos Aires, Abeledo-Perrot, 1992; Alberto J. BUERES, *Responsabilidad civil del escribano*, Buenos Aires, Hammurabi, 1984; Alfredo ORGAZ, *La ilicitud*, Córdoba, Lerner, 1974; *id.*, *El daño resarcible*, Lerner; *id.*, *La culpa*, Lerner, 1970; *id.*, *La ilicitud*, Córdoba, Lerner, 1974.

²⁵ JUNYENT BAS, *Responsabilidad civil de los administradores societarios*, cit.; Mariano GAGLIARDO, *Responsabilidad de los directores de sociedades anónimas*, Buenos Aires, Abeledo-Perrot, 1.995; Germán Luis FERRER, *Responsabilidad de Directores de Sociedades Anónimas*, Tesina de Maestría del Master en Derecho Empresario de la Universidad Austral, .997 (inédito).

²⁶ Mario E. ACKERMAN, *Riesgos del trabajo y accidentes y enfermedades inculpables*, Santa Fe, Rubinzal-Culzoni, pág. 85; Héctor GENOUD, “La falta de trabajo y la nota de ‘perdurabilidad’”, en: “Gaceta del Trabajo”, 1962-1, pág. 527.

²⁷ Así lo señala Halperín cuando dice que la noción del buen hombre de negocios es una auténtica responsabilidad profesional, ya que implica capacidad técnica, experiencia y conocimientos, los cuales en relación al caso concreto dependerán de “la dimensión de la sociedad; su objeto; las funciones genéricas que incumben como director y las específicas que se le hubieren confiado; las circunstancias en que debió actuar (urgencia, acopia de datos, etcétera) y como cumplió su deber de diligencia” (Isaac HALPERÍN, *Sociedades anónimas* cit., pág. 453).

²⁸ FERRER, *Responsabilidad de directores de sociedades anónimas*, cit., pág. 40.

²⁹ Así en: OTAEGUI, *Administración societaria* cit. y en: *id.*, “Sobre la legitimación de los accionistas y la impugnación de las resoluciones directoriales” (E.D. t. 168, pág. 480), donde distingue entre la gestión operativa, la empresaria, la estatutaria y la representativa.

³⁰ FERRER, *Responsabilidad de directores de sociedades anónimas* cit., pág. 42.

³¹ FERRER, *Responsabilidad de directores de sociedades anónimas* cit., pág. 43.

³² Luis F. P. LEIVA FERNÁNDEZ, *Fundamentos de técnica legislativa*, La Ley, 1999.

³³ En este sentido expresa Verón: “En el ámbito societario, los derechos otorgados por la ley o los estatutos tienen por fin que sus titulares desarrollen una actividad beneficiosa para la sociedad, pues el patrimonio social no debe ser administrado para favorecer aspiraciones de algunos accionistas, que utilizan las asambleas como instrumento personal” (Alberto Víctor VERÓN, *Manual de sociedades comerciales*, Errepar, 1998, t. III, pág. 1714).

³⁴ Aunque el Código Civil aplica el criterio de la *culpa leve in concreto* respecto del socio administrador (art. 1723 C.C).

³⁵ Dice Gagliardo que la jurisprudencia determinó que “no basta demostrar que el administrador incumplió sus obligaciones legales y estatutarias o que incurrió en negligencia culpable en su desempeño, sino que, para que se configure su responsabilidad, deben concurrir los otros presupuestos de la teoría general de la responsabilidad civil” (Mariano GAGLIARDO, *Responsabilidad de los directores de sociedades anónimas*, Buenos Aires, Abeledo-Perrot, 1994, pág. 629).

³⁶ VERÓN, *Manual de sociedades comerciales* cit., pág. 1706 con cita de Velasco Alonso.

³⁷ Ver una opinión en: Rafael Mariano MANÓVIL “Impugnación de resoluciones asamblearias violatorias de normas de orden público y de normas imperativas: una imprescindible distinción”, en el V Congreso de Derecho Societario (Huerta Grande, Córdoba, 1992), *Libro de ponencias del Congreso Iberoamericano de Derecho Societario y de la Empresa*, Córdoba, Advocatus, 1992, pág. 305.

³⁸ GAGLIARDO, *Responsabilidad de los directores de sociedades anónimas* cit., págs. 620/621.

³⁹ Leonardo RODRÍGUEZ, “Aprobación de la gestión del directorio y posibles acciones de responsabilidad contra los directores”, J.A., ejemplar del 11/4/01, pág. 14; GAGLIARDO, *Responsabilidad de los directores de sociedades anónimas* cit., pág. 628; MARTORELL, *Los directores de sociedades anónimas* cit., pág. 421.

⁴⁰ Obviamente, y como se notará a lo largo del presente, el término “excepciones” se utiliza en su sentido amplio.

⁴¹ Sobre el tema ver el análisis que se efectúa del art. 274, 3^{er} párr., L.S..

⁴² Guillermo CABANELLAS DE LAS CUEVAS, *Derecho societario. Parte General. Los órganos societarios*, Buenos Aires, Heliasta, 1996, t. IV, pág. 355.

⁴³ Fornieles, en un clásico estudio, señaló que “Hay excepciones que lo son respecto a la regla de que se separan, pero que a su vez constituyen una media dentro del campo en que funcionan” (Salvador FORNIELES, “Interpretación de las excepciones”, en: *Cuestiones de derecho civil*, Buenos Aires, 1964, pág. 34 cit. por NISSEN y VÍTOLO, *La impugnación de decisiones del directorio* cit., pág. 978).

⁴⁴ CABANELLAS DE LAS CUEVAS, *Derecho societario. Parte general. Los órganos societarios* cit., pág. 355.

⁴⁵ Germán Luis FERRER, “La acción social de responsabilidad del art. 274 de la ley de sociedades comerciales en la quiebra (Naturaleza y prescripción)”, *Semanario Jurídico* N° 1.315 del 2/11/2000 (t.83- 2000-B), pág. 556. Nissen opina que la “ausencia del director en la reunión del órgano de administración que resolviera la actuación generadora de responsabilidad no constituye causal suficiente de exención de responsabilidad, salvo cuando aquella decisión ha sido adoptada en forma clandestina, omitiendo deliberadamente la participación de aquel” (Ricardo A. NISSEN, *Ley de sociedades comentada, anotada y concordada*, 2^a ed., Abaco, Buenos Aires, 1994, t. 4, pág. 386)

⁴⁶ RICHARD y MUÑO, *Derecho societario* cit., pág. 542.

⁴⁷ Dice la Exposición de motivos: “Se prevén como causales de exención y extinción de esta responsabilidad”, para luego mezclar ambos tipos supuestos. (Exposición de motivos, Capítulo II, Sección V, punto IX, párrafo 10) Ver el texto en: ZUNINO, *Régimen de sociedades comerciales* cit., pág. 67.

⁴⁸ VERÓN, *Manual de sociedades comerciales* cit., pág. 1724.

⁴⁹ Sin perjuicio de ello, no habría óbice en que al producirse la extinción de responsabilidad en sede asamblearia, los accionistas sólo la confieran con respecto a un determinado director.

⁵⁰ Si se decide la responsabilidad del administrador, “la decisión asamblearia deberá indicar los motivos y/o causa de atribución de responsabilidad, especificando en particular el daño causado, el que de ser cierto puede ser indemnizado en la propia asamblea sin necesidad de un pleito posterior, oportunidad en la cual deberá identificarse si el inicio de la acción es contra uno o varios de los administradores” (José María GARRETA SUCH, *La responsabilidad civil, fiscal y penal de los administradores de las sociedades*, 4ª ed. actualiz., Madrid, Marcial Pons, 1997; GAGLIARDO, *Responsabilidad de los directores de sociedades anónimas* cit., pág. 629; RODRIGUEZ, *Aprobación de la gestión del directorio y posibles acciones de responsabilidad contra los directores* cit., pág. 14).

⁵¹ OTAEGUI, *Administración societaria* cit., pág. 329; Avala esta opinión: JUNYENT BAS, *Responsabilidad civil de los administradores societarios* cit., pág. 196.

⁵² Miguel A. SASOT BETES y Miguel P. SASOT, *Sociedades anónimas. El órgano de administración*, Buenos Aires, Abaco, 1980, pág. 561; JUNYENT BAS, *Responsabilidad civil de los administradores societarios* cit., pág. 197.

⁵³ SASOT BETES y SASOT, *Sociedades anónimas. El órgano de administración* cit., pág. 561; JUNYENT BAS, *Responsabilidad civil de los administradores societarios* cit., pág. 198. Por su parte, Gagliardo entiende que la aprobación debe ser general y no para cada acto; la excepción está contemplada en el art. 72 L.S., que no exige de responsabilidad a los directores por la conformación de los balances. Asimismo, considera que se excluyen del tratamiento los actos que son competencia originaria de la asamblea, relativos a la gestión de la sociedad, impuestos estatutariamente o por la ley (arts. 234 inc. 1 y 281 inc. c L.S.) o los que someta a su consideración el directorio (GAGLIARDO, *Responsabilidad de los directores de sociedades anónimas* cit., pág. 600).

⁵⁴ CABANELLAS DE LAS CUEVAS, *Derecho societario. Parte General. Los órganos societarios* cit., pág. 419.

⁵⁵ CABANELLAS DE LAS CUEVAS, *Derecho societario. Parte General. Los órganos societarios* cit., pág. 421.

⁵⁶ Carlos A. MOLINA SANDOVAL, “La teoría de los actos propios en el nuevo Código Procesal Civil y Comercial de Córdoba”, Foro de Córdoba Nº 43 (1998), pág. 51.

⁵⁷ Ver punto IV.3.

⁵⁸ Efraín Hugo RICHARD, “La frustración del sistema jurídico por uso abusivo de sociedades”, Revista de Derecho Privado y Comunitario (Abuso de derecho), pág. 81.

⁵⁹ Ver al respecto: Mariano GAGLIARDO, “Observaciones preliminares a un proyecto de reforma parcial al régimen de la sociedad anónima”, E.D. del 26/3/01, pág. 1.

⁶⁰ CNCom., Sala A, “Macri, Emilio y otros c/ Sielco S.A., en formación y otros”, 18/6/84, L.L. 1984-D, pág. 177. Ver también sobre el tema: CNCom., Sala A, “Amenta, Roberto c/ Pascuariello, Italino O.P.”, 30/12/76, E.D. 74, pág. 700.

⁶¹ Ver en este sentido: Carlos A. MOLINA SANDOVAL, “El difícil contorno del interés social”, E.D. de 2001. También de indispensable consulta: Pier Justo JAEGER, *L'interesse sociale*, Milano, Giuffrè, 1964; Mónica G. C. DE ROIMISER, *El interés social en la sociedad anónima*, Buenos Aires, Depalma, 1979; Guillermo, CABANELLAS, “El interés societario y su aplicación”, RDCO, 1992, pág. 591; Jaime Luis ANAYA, “Consistencia del interés social”, en *Anomalías societarias* (homenaje al doctor Héctor Cámara), Córdoba, Advocatus, 1992, pág. 214.

⁶² Múltiples son las disposiciones en el ordenamiento societario que dan constancia de la existencia del mentado interés social. Así, la L.S. se refiere “*expresamente*” al interés societario en el art. 197 (la limitación al derecho de preferencia de los accionistas debe estar basada en el “interés de la sociedad”), en el art. 248 (que prohíbe el voto del accionista con “interés contrario al de la sociedad”), el art. 272 (prohíbe la participación del director que tuviere “interés contrario al de la sociedad”). También lo contempla “*implícitamente*” en el art. 54 L.S., cuando alude que la actuación de la sociedad no puede “encubrir la consecución de fines extrasocietarios”.

También lo hace la legislación concursal. Y de manera expresa. El art. 161 inc. 2 L.C. (reedición del viejo art. 165 inc. 2), cuando dice que debe extenderse la quiebra a “toda persona controlante de la sociedad fallida, cuando ha desviado indebidamente el *interés social de la controlada*, sometiéndola a una dirección unificada en *interés de la controlante o del grupo económico* del que forma parte” (énfasis añadido).

⁶³ MOLINA SANDOVAL, *El difícil contorno del interés social* cit..

⁶⁴ Guillermo CABANELLAS DE LAS CUEVAS, *Derecho societario. Parte General. Los socios. Derechos, obligaciones y responsabilidades*, Buenos Aires, Heliasta, 1997, t. V, pág. 760.

⁶⁵ GAGLIARDO, *Observaciones preliminares a un proyecto de reforma parcial al régimen de la sociedad anónima* cit. En este estudio, no sólo se estudia el proyecto de reforma al art. 59 L.S., sino todos los aspectos de la reforma.

REPARACIÓN DEL DAÑO MORAL EN LOS CASOS NO PREVISTOS POR LA LEY. EL CÓDIGO CIVIL ARGENTINO, LOS CONGRESOS Y LOS PROYECTOS DE REFORMAS

por JOSÉ FERNANDO MÁRQUEZ

SUMARIO: I. El problema. Los límites a la reparación del daño moral. II. La reparación del daño moral en el Código Civil argentino. 1. Los textos legales involucrados. 2. Antecedentes. III. La reparación del daño moral durante la vigencia del original art. 1078 C.C. Las interpretaciones. IV. El daño moral en el Tercer Congreso Nacional de Derecho Civil. 1. Las ponencias, dictámenes y debates. 2. La recomendación aprobada. V. Los proyectos de reformas hasta la sanción de la ley 17.711. 1. El anteproyecto de Juan Antonio Bibiloni. 2. Proyecto de Reforma del Código Civil de 1936. VI. La reforma al régimen de reparación del daño moral por la ley 17.711. a. Las normas materias de reformas. b. Los alcances de las reformas. VII. El Cuarto Congreso Nacional de Derecho Civil. VIII. Los proyectos de reformas después de la reforma de 1968. 1. Proyecto de Código Civil de 1987. 2. Proyecto de la Comisión Federal de 1993. 3. Proyecto del Ejecutivo de 1993. 4. Proyecto de 1998. IX. La reparación del daño moral en los casos no previstos por la ley. Situación actual.

I. El problema. Los límites a la reparación del daño moral

Bajo el título “Reparación del daño moral en los casos no previstos por la ley”, el Tercer Congreso Nacional de Derecho Civil, realizado en la ciudad de Córdoba, Argentina, en 1961, debatió sobre la necesidad de reformar el Código Civil argentino a fin de superar las reglas restrictivas a la reparación del daño moral que fijaba el art. 1078 de ese cuerpo normativo.

Una larga disputa doctrinaria, autoral y judicial, motorizó el debate congresal, cuyas conclusiones animaron, en gran parte, la reforma legislativa del Código de 1968 a través de la ley 17.711.

Sin embargo, a más de cuarenta años de aquella enmienda, la discusión sobre la reparación del daño moral y la conveniencia de limitarla, subsiste, y los posteriores proyectos de reformas a las leyes civiles, todos frustrados, abordaron la cuestión. Llamativamente, pese a la avanzada doctrinaria en ese sentido, ninguna de las propuestas pretendió una reparación amplia e ilimitada.

Repasaremos el camino recorrido desde el Código Civil, hasta nuestros días, haciendo hincapié en las jornadas de aquel Congreso y su tratamiento en el Cuarto Congreso (jornadas que esta obra colectiva homenajea) y los proyectos de reformas del siglo pasado.

II. La reparación del daño moral en el Código Civil argentino

1. Los textos legales involucrados

El Código Civil argentino, producto de la pluma de don Dalmacio Vélez Sársfield, fue sancionado por ley 340, el 25 de septiembre de 1869, con vigencia desde el 1° de enero de 1871.

Con relación a reparación de daño moral previó su régimen en el art. 1078, el que expresaba: “Si el hecho fuese un delito del derecho criminal, la obligación que de él nace no sólo comprende la indemnización de pérdidas e intereses, sino también del agravio moral que el delito hubiese hecho sufrir a la persona, molestándolo en su seguridad personal, o en el goce de sus bienes o hiriendo sus afecciones legítimas”.

Además tenían importancia el régimen del Código, los arts. 1080 y 1090, a los que haremos referencia en el numeral siguiente.

2. Antecedentes

El Código Civil argentino fue un producto de avanzada en materia de indemnización del daño moral, ya que se apartó de sus antecedentes, principalmente el Código francés, los que no la regulaban.

El texto del art. 1078 tiene su fuente directa en la obra de Aubry y Rau, aunque la nota a la norma no lo dice y cita a la ley 3, Título 15, de la Partida 7^a.

El texto de los autores franceses expresa: *“El daño comprende siempre la pérdida y la falta de ganancia que el delito ha ocasionado a una persona (damnum emergens et lucrum cessans). Comprende, además, por lo menos cuando se trata de un delito de derecho criminal, el agravio moral que el delito ha hecho experimentar a la persona lesionada, sea perturbándola en su seguridad personal o en el goce de su patrimonio, sea hiriéndola en sus afecciones legítimas”*.

Enseña Aguiar ¹ que entre el texto de Aubry y Rau y el plasmado en el Código existen diferencias, algunas sin importancia y otras, en cambio, que sí la tienen.

En cuanto a las lesiones que pueden generar daño moral, los franceses se refieren a perturbaciones en el goce del “patrimonio”, en tanto el Código hace mención al goce de los “bienes”. La distinción, para Aguiar, no es trascendente, pues el Código Civil argentino define al patrimonio como el conjunto de los bienes de una persona (art. 2312, último párrafo).

En cambio, el autor cordobés sí le da importancia a la diferencia existentes entre ambos textos entre los verbos “perturbar”, utilizado por Aubry y Rau, y “molestar”, usado en el Código: “El cambio del gerundio del verbo ‘perturbar’ por el del verbo ‘molestar’, no carece de importancia, a virtud del distinto significado de ambos verbos, desde que el primero comporta una alteración del orden de las cosas, o de la tranquilidad y sosiego de las personas; y el segundo, cualquier incomodidad, enfado, desasosiego, fastidio, desagrado, etc., producidos en el ánimo por una causa cualquiera. Hay pues una diferencia de grado entre la perturbación y la molestia en cuanto capaces de producir el agravio moral, más intensa en la primera, menos intensa en la segunda; de manera que ésta comporta una exigencia menor, en la proporción del daño cuya existencia, respectivamente, condicionan, en cuanto a la procedencia, en uno y otro texto, de la indemnización del daño moral”.

Ponía de resalto, de este modo, una mayor apertura a la reparación que surgiría de dicha diferente redacción.

Mas la modificación en que Aguiar encuentra una repercusión capital es la supresión (consciente según su posición) de una frase del texto de Aubry y Rau, a fin de circunscribir la reparación del daño moral a los supuestos en que el hecho constituyera delito del derecho criminal: “Vélez Sársfield, al suprimir la frase adverbial ‘por lo menos’, que indica exclusión o salvedad y disponer llanamente que ‘si el hecho fuese un delito de derecho criminal no sólo comprende la indemnización de pérdidas e intereses, sino también el agravio moral’, ha descartado toda posibilidad de excepción a la regla que sienta la indemnización conjunta del daño material y moral, cuando el hecho generador fuere un delito del derecho criminal; de manera que fuera de este supuesto la improcedencia de ese resarcimiento sería indudable, como lo sería también en el texto que le ha servido de fuente, desde que no puede concebirse en el orden moral ningún hecho ilícito más grave que un delito reprimido por el Código Penal, que es el que ‘por lo menos’ en el texto de Aubry et Rau da lugar a la reparación del daño moral”.

Además del art. 1078, se citaba como supuestos legales del Código vinculados a la reparación del daño moral a los arts. 1080² y 1099³, aún vigentes.

Se decía que el art. 1080, que legitima al marido y los padres a reclamar los daños por las injurias hechas a la mujer y a los hijos, regula un supuesto específico de legitimación de reclamo por daño moral, toda vez que el delito de injurias, precisamente, deriva en un daño de este tipo.

El art. 1099, por su parte, determina un límite más a la acción por daño moral, al ordenar que sólo el damnificado directo tiene la acción, no siendo transmisible por causa de muerte a sus herederos (salvo que el damnificado hubiere entablado la acción en vida).

El Código Civil argentino nada decía en materia de reparación del daño moral cuando mediare un incumplimiento contractual.

III. La reparación del daño moral durante la vigencia del original art. 1078 C.C. Las interpretaciones ⁴

La interpretación del art. 1078 C.C., antes de su reforma en el siglo veinte, fue mutando desde una actitud restrictiva a una mayor apertura -que devino, en muchos casos, en su derogación del texto a través de la labor doctrinaria-.

La restricción derivada del texto, la reparación del daño moral sólo cuando el hecho dañoso fuese un delito de derecho criminal, fue defendida durante mucho tiempo por la llamada doctrina “restrictiva”, en un claro acatamiento al mandato legal. Fue la posición del citado Aguiar ⁵ y del cordobés Orgaz ⁶, entre muchos otros, y la jurisprudencia ⁷.

Sin embargo, una importante doctrina abrió los caminos para superar el límite legal. La tesis amplia entendió que la indemnización procedía en todo ilícito civil (delito civil -art. 1072 C.C.- o cuasidelito civil -art. 1109 C.C.) ⁸, existiera o no existiera condena penal, con argumentos que resume con precisión Rezzónico ⁹:

a) La interpretación y aplicación del art. 1078 *contrario sensu* son peligrosas y no conciben con el sistema del Código.

b) El juego armónico de los arts. 1108, 1109, 1078 y 1075 C.C., obliga a reparar el daño moral sin distinguir entre delito y cuasidelito ¹⁰.

c) No hay razón lógica para distinguir entre la posibilidad de reparación del daño moral causado por un delito de derecho criminal y por un delito o cuasidelito civiles ¹¹.

d) La tendencia moderna es la de admitir en todos los casos la indemnización del daño moral, “porque es justa y racional y conduce al resultado ideal de la reparación integral que busca restituir al lesionado a la situación anterior a la lesión que sufre por cual ajena”.

Dentro de quienes admitían la procedencia de la reparación en casos de ilícitos civiles, se mostraba una posición más limitada, que entendía que la reparación del daño moral se debía circunscribir a los supuestos en que el agente dañoso hubiere actuado con dolo ¹².

Estas vías de apertura, sin embargo, no se corrieron a la materia contractual, en la cual la tesis negatoria se extendió aún a quienes propugnaban la mayor amplitud en el terreno extracontractual, aunque con importantes disidencias doctrinarias ¹³.

IV. El daño moral en el Tercer Congreso Nacional de Derecho Civil

1. Las ponencias, dictámenes y debates

Entre el 9 y 14 de octubre de 1961 sesionó en la Universidad Nacional de Córdoba el Tercer Congreso Nacional de Derecho Civil ¹⁴.

Dentro de los temas desarrollados en el certamen estuvo el daño moral. El tema 8 del Congreso se denominó “La reparación del daño moral en los casos no previstos por el Código Civil” y sesionó en base a la ponencia presentada por el Dr. Roberto H. Brebbia, representante de la Federación Argentina del Colegio de Abogados y de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales de la Universidad Nacional del Litoral, Santa Fe ¹⁵, quien la propone a fin de superar el cisma existente entre la posición que entendía que el daño moral era indemnizable cuando el hecho ilícito constituía un delito criminal y la que admitía la reparación también en presencia de ilícitos civiles, aunque no se encuentren subsumidos en tipos penales y, aún, dentro de esta última postura, con el sector que ampliaba la reparación a casos de incumplimiento contractual.

Se presentaron tres dictámenes preliminares. El de Guillermo Borda quien expresó que el tema había perdido interés práctico pues, en la jurisprudencia, se indemnizaban las consecuencias patrimoniales del daño moral, por lo cual “la reparación del daño moral puro

pierde gran parte de su interés” y, por otra parte, el juez puede ampliar la indemnización del daño patrimonial a fin de reparar el daño moral. De *lege lata* entendió que la solución legal es clara, mas, de *lege ferenda*, “parece preferible inclinarse, de acuerdo a la tendencia hoy prevaleciente, a la reparación aún en el caso de responsabilidad contractual”.

El mencionado Roberto H. Brebbia, se mostró partidario de la reparación aun en aquellos supuestos no previstos en el Código Civil. Propuso en una reforma del Código Civil se consagre el siguiente principio: “El daño moral debe ser reparado en todos los casos de hechos ilícitos, constituyan o no delitos de derecho criminal, y de incumplimiento de obligaciones convencionales que no consistan en la entrega de sumas de dinero. La suma acordada a la víctima con carácter de reparación será inembargable”.

Los cordobeses Edgard A. Ferreyra, Rolando Moroni Petit y Enrique C. Banchio, de *lege lata* expresaron que el art. 1078 C.C., limita sin ninguna duda la reparación del daño moral, porque pone como condición que el hecho fuese un delito del derecho criminal, mas marcaron el grave defecto de la ley, al dejar sin protección a otros ataques a la integridad, pronunciándose por la indemnización en toda clase de actos ilícitos, criminales o civiles, y al incumplimiento de las obligaciones contractuales.

Se realizaron observaciones a los dictámenes. Acdeel Salas, profesor de La Plata, se opuso a la inclusión de la frase “que no consistan en la entrega de sumas de dinero” (propuesta por Brebbia), como consecuencia de su posición acerca de la reparación amplia del daño moral, en todo supuesto, aun en incumplimiento de obligaciones dinerarias.

Llambías, profesor de Buenos Aires, fijó su postura opuesta a la reparación del daño moral puro, a partir de su distinción entre daño moral y agravio moral. Expresó que el daño moral puro no causa disminución patrimonial alguna, por lo que se desvirtúa la función de la indemnización, cual es “restablecer mediante arbitrios justos la situación patrimonial al *status quo* anterior al daño”; los arts. 1078 y 1099, dijo, se refieren a agravio moral y quien agravia actúa con intención de ofender previendo el mal moral que ha provocado: “Es claro -dijo- que en el sistema del Código Civil (conf. art. 1078 C.C.) no cabe la reparación del agravio moral sino cuando el hecho que origina el daño es un delito del derecho criminal”.

Entendió Llambías que, de *jure condendo*, la exigencia que el hecho ilícito revista el carácter de delito criminal no tiene en el terreno de los principios bastante justificación, mas yendo al otro extremo “*se corre el peligro de que toda vez que se cometan hechos sancionados por el Código Penal se piense en la necesidad de una reparación de daños morales que en justicia sólo procede cuando se haya causado lesión intencional y con ella una ofensa o agravio que pueda saldarse por el consiguiente desagravio*” y estimó: “*aconsejable admitir la reparación del daño moral en todo supuesto de hecho ilícito o incumplimiento de obligación obrados con dolo, es decir con conocimiento del mal moral que se podía producir y que de hecho se habría producido*”.

2. La recomendación aprobada

El Despacho de la Comisión Definitiva aceptó las observaciones de Acdeel Salas y suprimió la referencia a las obligaciones de dar sumas de dinero. El despacho fue aprobado sin oposición por la asamblea plenaria.

El 14 de octubre de 1961, el Congreso aprobó la recomendación N° 17: “Que en todos los casos de indemnización por responsabilidad contractual o extracontractual, el juez podrá condenar al responsable a la reparación del agravio moral que hubiere causado, de acuerdo con la índole del hecho generador de la responsabilidad y las circunstancias del caso”.

La recomendación tiene una notable importancia, pues fue transpuesta, limitada en su alcance a través de la legitimación activa, a la reforma del Código Civil introducida por la ley 17.711.

V. Los proyectos de reformas hasta la sanción de la ley 17.711

1. El anteproyecto de Juan Antonio Bibiloni ¹⁶

a. El texto proyectado

Se propuso el siguiente texto para el art. 1391: “Aunque el hecho ilícito fuese un delito del derecho penal, la indemnización del daño sólo comprenderá el perjuicio de orden patrimonial, sin perjuicio de las disposiciones especiales de este Código”.

El anteproyecto era aún más restrictivo que el Código Civil, pues niega la reparación aún en casos en que el hecho constituyera delito criminal y sólo lo admite si una disposición especial lo previera.

b. Los fundamentos

Las extensas notas con que Bibiloni justificó su anteproyecto son de alta utilidad para entender la intención de la reforma.

Expresa que en materia de reparación de daño moral “reina un equívoco” que es menester disipar. Distingue entre supuestos en que un “hecho moral” causa perjuicios patrimoniales, los que merecen una disposición especial (v.gr., art. 1088 C.C.) y aquellos en que existe sólo daño moral (“Se habla del dolor sufrido, de afecciones heridas, de sentimientos lastimados, y se pide dinero para curarlos: es el precio del dolor, de que hablan los alemanes: Schmerzengeld”).

Y se pronuncia en contra de la reparación, con ejemplos varios y expresiones contundentes, de los cuales recordaremos sólo uno a fin de demostrar la posición del autor: “Un hombre ha muerto por un hecho imputable. Y se dice, la viuda, los hijos, aunque posean medios (Demolombe, 31, N° 675) pueden pedir indemnización, “¡por la unión disuelta, su duelo, su dolor”!. Las lágrimas se pagan con dinero. El cadáver se exhibe, para comerciar con él...Que el autor del homicidio haya de responder... por el perjuicio causado a la viuda e hijos, que carecen de medios propios de subsistencia, privados hoy del trabajo, y ayuda del jefe de familia, se comprende. Ese no es el precio del dolor. Es daño efectivo sufrido. ¡Pero que hipócritamente se pasee el cadáver, y se exhiban las lágrimas para tender la mano...! ¹⁷.

Como base de la propuesta, también invoca la arbitrariedad de la reparación. Porque “no hay daño, perjuicio, pérdida de valor, que el dinero pueda compensar” y porque “no hay punto alguno en qué afirmar la estimación. El juez la fija arbitrariamente, porque sí. No es, entonces, reintegración de una pérdida: es una condenación penal suplementaria” y cita antecedentes legislativos que avalan su posición.

2. Proyecto de Reforma del Código Civil de 1936 ¹⁸

a. El texto proyectado

Art. 866: “Existirá daño, siempre que se causare a otro algún perjuicio en su persona, en las cosas de su dominio o posesión, o en sus derechos o facultades. El deber de reparar se extiende a toda lesión material o moral causada por el acto ilícito”.

b. Los fundamentos

El Informe de la Comisión ¹⁹, que acompañó al Proyecto, expresa que “No condice sin embargo, el Proyecto con la ley actual ni con Bibiloni en cuanto a la extensión del daño, pues consideramos justo y conveniente prescindir de la exigencia relativa a la apreciación pecuniaria, y establecer que debe indemnizarse todo perjuicio, material o moral, que se ocasione a otro en las cosas de su dominio o posesión o por el detrimento causado a su persona o a sus derechos o facultades...”, en una notable apertura a la reparación del daño moral.

Los miembros de la Comisión reformadora hicieron llegar por escrito sus observaciones al anteproyecto Bibiloni (base de las discusiones) ²⁰. Martínez Paz, en observación enviada desde Córdoba el 20 de septiembre de 1930, expresaba con relación al proyectado art. 1391 de Bibiloni: “*Nos pronunciamos abiertamente en contra del rechazo absoluto el agravio moral en la indemnización. Legislada con moderación no la encuentro ni arbitraria, ni peligrosa ni mucho menos inconstitucional; no habría caído en semejante yerro los autores del proyecto franco-italiano que en el art. 84 establecen: ‘L’obligation de reparation s’etend a tout dommage material ou moral causé par l’acte ilicite’...*”. Luego de citar antecedentes del derecho checo eslovaco, francés y angloamericano, que admiten la reparación plena, concluye: “*Y así debe ser porque de lo contrario pretendería crear, un régimen social asentado únicamente en los intereses materiales...*”.

En la sesión 16^a, del 8 de noviembre de 1930, la comisión discutió el tema, manifestándose contrarios a la disposición propuesta por Bibiloni, Rébora y Lafaille. En cambio, Repetto opinó que la indemnización del daño moral debía establecerse sólo en casos especiales y determinados en el Código.

Finalmente se aprobó el texto transcrito, con el voto en contra de Repetto.

3. Anteproyecto de Código Civil de 1954 para la República Argentina ²¹

a. La norma proyectada

Art. 884: “Cuando el perjuicio no sea de carácter patrimonial, sólo dará lugar a la indemnización en los casos en que la ley expresamente lo disponga. La indemnización será fijada por el juez teniendo en vista las circunstancias especiales de cada caso”.

La solución propuesta se alinea con la posición restrictiva que Llambías sostuvo, desde la cátedra ²² y la judicatura.

VI. La reforma al régimen de reparación del daño moral por la ley 17.711

a. Las normas materias de reformas

La ley 17.711 ²³ incluyó dos importantes reformas en materia de reparación del daño moral.

En el ámbito de la responsabilidad extracontractual, modificó el art. 1078, el que quedó redactado así: “La obligación de resarcir el daño causado por los actos ilícitos comprende, además de la indemnización de pérdidas e intereses, la reparación del agravio moral ocasionado a la víctima. La acción por indemnización del daño moral sólo competará al damnificado directo; si el hecho hubiera resultado la muerte de la víctima, únicamente tendrán acción los herederos forzosos”.

En materia de responsabilidad obligacional, incluyó un artículo nuevo, el numerado con el 522, que reza: “En los casos de indemnización por responsabilidad contractual el juez podrá condenar al responsable a la reparación del agravio moral que hubiere causado, de acuerdo con la índole del hecho generador de la responsabilidad y circunstancias del caso”.

b. Los alcances de las reformas

i. La derogación del requisito de existencia de delito criminal. Con los textos sancionados, la reforma del Código Civil de 1968 zanjó las dudas existentes durante la vigencia del texto original con relación a la reparación del daño moral, pues se derogó la necesidad de que el hecho dañoso constituyera delito de derecho criminal (reforma del art. 1078).

La doctrina estaba de acuerdo con la necesidad de la reforma. El Tercer Congreso Nacional influyó de manera directa en la nueva solución legislativa.

ii. La limitación a la reparabilidad: los legitimados activos. Pese a la notable apertura que implicó la derogación legal de la necesidad de la existencia de delito criminal, la reforma determinó una importante limitación a la posibilidad de reclamos, al circunscribir la legitimación activa a la víctima (damnificado directo) y, sólo para el caso de su muerte, a quienes fueran sus herederos forzosos.

Brebbia ²⁴, fijando posición acerca de la cuestión antes de la reforma, se había pronunciado sobre la cuestión de la titularidad de la acción de reparación de los daños morales, con palabras similares a las utilizadas por la reforma, aunque finalmente ésta fue mucho más limitada que la interpretación del rosarino. Expresaba: ¿Cuáles son las personas que tienen derecho a la reparación del agravio moral sufrido? Tal derecho corresponde en principio a la víctima o damnificado por el hecho ilícito; pero, con esta afirmación no se agota ni mucho menos la cuestión. Una segunda pregunta salta a la vista: ¿qué personas deben considerarse víctimas o damnificadas en los casos de hechos ilícitos productores de agravio moral? Víctima es la persona que se ha sentido lesionada en algunos de sus derechos inherentes a la personalidad por el hecho ilícito. Generalmente, es la persona *directamente* afectada por el hecho agravante, pero en algunos casos, el damnificado no sufre en su persona, *sino en la repercusión del hecho perpetrado contra otro sujeto con el que se halla unido por ciertos vínculos jurídicos*. En esta última hipótesis se está ante el caso del *damnificado indirecto*, al que aluden los arts. 1079 C.C. y 29 C.P. Vale decir que, aparte de la víctima inmediata, pueden ser titulares de la acción de resarcimiento del daño extramatrimonial aquellas personas que sufren en su patrimonio moral las consecuencias de daños inferidos a otras personas con las que tienen una vinculación legal, que en nuestro derecho no es otra que el *parentesco*.

Borda, mentor de las modificaciones, explica los porqués de la decisión legislativa ²⁵. Luego de recordar que la opinión corriente era que cuando la víctima sobrevivía sólo ella tiene acción por daño moral, no había tal consenso cuando fallecía. Criticando una decisión de la Cámara Nacional Civil de la Capital Federal, que admitió la legitimación a cualquier persona, aunque no fuera pariente, dice que “esta doctrina implicaba crear un verdadero semillero de pleitos por pretendidos o reales daños morales...”, por lo que se “hacía sentir la falta de una norma que regulara de modo claro, preciso y razonable, quiénes tienen acción para reclamar este daño”.

Resumiremos sus conclusiones acerca del artículo reformado: a) la limitación a la legitimación es aplicable al daño moral contractual; b) la acción es personalísima: si del hecho no ha resultado la muerte del damnificado, el único titular es él; si luego muere, sus herederos la pueden continuar (arg. art. 1099 C.C.) y no puede ser intentada por vía subrogatoria por los acreedores; c) igual solución debe aplicarse en el supuesto de injurias hechas al marido y los hijos (art. 1080 C.C.), supuesto en que se consideraba que tenían acción la mujer y los padres; d) Para delimitar quiénes son herederos forzosos, a fin de conceder la acción en caso de muerte, debe estarse a quienes revisten ese carácter en el momento del fallecimiento y no todos los que potencialmente lo sean; e) los herederos forzosos gozan de una presunción de daño moral: “la proximidad del parentesco hace presumir que lo han sufrido”.

La legitimación a los herederos forzosos trajo, luego, problemas de interpretación. Una parte de la doctrina expresó que la reparación correspondía a los herederos forzosos en el orden que la ley sucesoria determinaba, de tal manera que la acción intentada por un pariente de un grado más próximo obstaba a la acción promovida por un pariente más lejano en el orden sucesorio -v.gr., el reclamo de un hijo del muerto impediría el del padre-, posición que recordamos de Borda.

Finalmente, la interpretación se consolidó en la doctrina que expresa que todos los herederos forzosos (ascendientes, descendientes y cónyuge) tienen derecho a reclamar el daño moral por muerte del causante de la sucesión, sin excluirse recíprocamente ²⁶.

iii. *Admisibilidad del daño moral contractual.* En cuanto al art. 522 reformado la discusión se centró en el alcance que la expresión “podrá” tendría sobre las facultades de los jueces en cuanto a la reparación del daño moral contractual. Algunos entendieron que era una clara muestra de delegación de discrecionalidad al juez para determinar la procedencia de la acción, en tanto otros, hoy mayoritarios, propusieron que la utilización del verbo poder, en defecto de deber, no cambiaba la obligación de admitir la reparación si se presentan los requisitos de reparabilidad del daño moral en el incumplimiento contractual.

Recordaremos, nuevamente, la opinión de Borda²⁷. Entiende que existen diferencias entre la reparación del daño moral contractual y extracontractual, pues en esta última hipótesis la ley debe ser más severa, pues “*en el respeto de una norma jurídica está comprometido un interés de orden público*”, en tanto en el cumplimiento de un contrato lo inmediato es sólo un interés privado, por lo que justifica la decisión de otorgar una facultad al juez para otorgar la indemnización del daño moral contractual. Sin embargo, con la perspicacia que caracterizaba a este jurista, concluye: “*Sin embargo, nos atreveríamos a asegurar que, abiertas como han quedado las puertas para la indemnización del daño moral en los contratos, los jueces no tardarán en concederla con carácter general en todos los contratos en que se pruebe realmente su existencia. Porque teniendo en sus posibilidades el recurso para amparar de modo más completo y cabal a la víctima de una conducta antijurídica, los jueces se inclinarán siempre por la solución que lo cubra lo más ampliamente posible*”.

La evolución posterior doctrinaria -autoral y jurisprudencial- no le dio la razón a Borda en su planteo teórico, más sí lo hizo en su perspectiva práctica, pues es hoy materia sentada que también en el ámbito contractual el juez “deberá” mandar a reparar el daño moral en toda relación contractual en que el incumplimiento lo haya generado²⁸.

VII. El Cuarto Congreso Nacional de Derecho Civil

El Cuarto Congreso Nacional de Derecho Civil se llevó a cabo en la ciudad de Córdoba, Argentina, desde el 22 al 27 de septiembre de 1969 y tuvo como centros de debates las reformas introducidas al Código Civil a través de la ley 17.711²⁹.

La Comisión N° 13 trató las reformas en materia de responsabilidad civil, entre las cuales se encontraba las introducidas a los arts. 1078 y 522 C.C..

Se presentaron dos ponencias sobre el tema. La del profesor Roque Garrido propuso que el Congreso refirmara que “*por lo dispuesto en los arts. 1078 y 522 en la redacción dada por la ley 17.711 no corresponde establecer la distinción para la reparación del agravio moral entre los hechos ilícitos dolosos y culposos; y que procede en el caso de inexecución de las obligaciones contractuales*”.

En la propuesta asomaba la crítica a las posturas que interpretaron la reforma en el sentido que, al referirse el Código al agravio moral (art. 1078), sólo procedería cuando la conducta del agente dañoso es dolosa, y que el art. 522, en su nueva redacción, otorga sólo una facultad al juez para otorgar la reparación del daño moral contractual.

Por su parte, Jorge Mosset Iturraspe propuso que de *lege ferenda* se esclareciera “*... el alcance del art. 522 que, en ‘casos de indemnización por responsabilidad contractual’, parece acordar a los jueces una facultad discrecional -al decir “podrá condenar”- respecto de la indemnizado» del daño moral debidamente probado*”.

El miembro informante de la Comisión, Dr. Aquiles Guglianone, expresó que en la comisión se estudió el problema del daño moral, presentándose tres posiciones: una favorable al resarcimiento del daño moral en todas las circunstancias, que es la posición mayoritaria; otra, posición del doctor Llambías, que distingue entre lo que es daño moral y agravio moral; y una tercera, bastante solitaria, en la cual se enrolaba el informante, que es contraria al resarcimiento del daño moral o agravio moral en cualquier circunstancia. Finalmente informó que se trató un proyecto de modificación al art. 522 que no obtuvo mayoría por resultar la votación con 11 votos a favor y 11 votos en contra.

La posición demostró cómo, a poco tiempo de producida y a pesar de la reforma, la cuestión del resarcimiento del daño moral seguía produciendo importantes y encontrados debates en la doctrina nacional.

VIII. Los proyectos de reformas después de la reforma de 1968

1. Proyecto de Código Civil de 1987³⁰

Propuso la modificación del art. 522, en el campo de la responsabilidad obligacional, mediante el siguiente texto: “La indemnización comprende el daño moral”.

Si bien la propuesta de reforma avanzaba en algunos aspectos, no lo hacía en otros en los que se mostraba necesaria una definición legal. Enseña Moisset de Espanés³¹ que el texto parece limar los dos puntos de conflicto que existían en la interpretación del artículo, pues elimina el verbo poder, que marcaba la actuación del juez, y desaparece la denominación de “agravio moral”, esgrimida por algunos para justificar la diferencia de trato los ámbitos contractual y extracontractual, mas “... *no contempla ninguno de los otros problemas que se suscitaban, como por ejemplo, los vinculados con las personas legitimadas, tanto activa como pasivamente*”³².

2. Proyecto de la Comisión Federal de 1993³³

a. Los textos proyectados

Art. 522: “La indemnización comprende el daño moral. En los casos de daño moral y patrimonial, causados por infracciones contractuales, será de aplicación la facultad judicial morigeradora consagrada en el art. 1069”.

Art. 1078: “La obligación de resarcir los perjuicios causados por los actos ilícitos comprende el daño moral. La acción por indemnización del daño moral competará al damnificado directo, y en vida de éste a sus padres, hijos y cónyuge. Si del hecho sobreviene la muerte de la víctima, tendrán acción sus ascendientes, cónyuge y hermanos”.

Art. 1099: “La acción para reclamar el daño moral cuando no ha sido deducida por el causante no pasa a los herederos, salvo que se demuestre que aquél se encontraba imposibilitado para accionar”.

b. Fundamentos y alcances de las reformas propuestas

El informe de la Comisión, que acompaña la proyecto, en relación a la nueva redacción propuesta para el art. 522 expresa que “reproduce a la letra del texto que con el mismo número incluía el proyecto de Código Único de 1987” y se supera la discusión con relación al giro “podrá” existente en la norma luego de la reforma de 1968. Llamativamente, nada dice sobre la inclusión en este mismo artículo de la facultad morigeradora del art. 1069 C.C..

El proyecto se pronuncia claramente por la indemnización del daño moral contractual.

Con respecto a la reparación del daño moral en el ámbito extracontractual la norma proyectada amplía el elenco de legitimados activos. El informe expresa que la comisión se vio en la encrucijada de admitir el reclamo de cualquier persona (posibilidad que surge por la reparación del daño patrimonial -art. 1079-) o establecer límites: “la comisión optó por proponer la ampliación de los posibles pretenses con criterio muy moderado”, que trasciende en el texto; y que se explicitó la legitimación en caso de muerte, para evitar la discusión que genera la expresión “herederos forzosos” de la redacción del Código.

La posición restrictiva se mantiene en la propuesta reformista.

Igual posición adoptan en materia de transmisibilidad, la que es admitida sólo cuando el damnificado directo estuvo imposibilitado de accionar en vida.

3. Proyecto del Ejecutivo de 1993 ³⁴

a. Las normas proyectadas

Art. 1567: “La indemnización comprende el daño material y el moral”.

Art. 1571: “El juez debe determinar el monto del daño moral con independencia del daño material sufrido, tomando en consideración la índole del hecho generador y demás circunstancias del caso”.

Art. 1596: “La acción por indemnización del daño moral compete a la persona física que lo ha sufrido. Los jueces valorarán la procedencia del resarcimiento del daño moral sufrido por otros damnificados distintos a la víctima. La acción sólo se transmite a los sucesores universales del damnificado, si fue interpuesta por éste. Si del hecho dañoso hubiese resultado la muerte de la víctima, están legitimados el cónyuge, los descendientes, los ascendientes y las personas que convivían con ella al tiempo del hecho”.

b. Los alcances de las normas proyectadas

El proyectado art. 1567 constituye la ratificación de que el principio es la reparación de todo el daño, el material y el moral, sin distinciones en relación a los ámbitos en que se produzca.

El art. 1571 propulsó deslindar la cuantificación del daño moral de los montos del daño material (para desbaratar una tendencia de la jurisprudencia, minoritaria, que tiende a alinear -de una modo proporcional- ambas indemnizaciones).

El propuesto art. 1596 otorgaba una amplio abanico de legitimaciones para el reclamo por daño moral: i) a la persona física (*contrario sensu* puede interpretarse que lo negaba a la persona jurídica); ii) a otros damnificados distintos de la víctima (sujeto a la valoración del juez); iii) en caso de muerte, al cónyuge, descendientes y ascendientes (los herederos forzosos del Código Civil, con la redacción actual) y los convivientes con la víctima al tiempo del hecho.

La propuesta fue amplia y consultaba la doctrina mayoritaria de la época en que se realizó, aunque en caso de muerte se limita a parientes cercanos y convivientes.

4. Proyecto de 1998 ³⁵

a. Los textos propuestos

La Sección Tercera (Daño), Título IV (De otras fuentes de las obligaciones), Libro IV (De los derechos personales), contiene dos artículos, mediante los cuales define al daño.

El art. 1600 expresa: “*Alcances.* En este Código:.. b) El daño extrapatrimonial comprende el que interfiere en el proyecto de vida, perjudicando a la salud física o psíquica o impidiendo el pleno disfrute de la vida, así como al que causa molestias a la libertad, en la seguridad personal, en la dignidad personal, o en cualesquiera otras afecciones legítimas...” y el art. 1601 reza: “*Daño reparable.* Son reparables el daño patrimonial y el daño extrapatrimonial, sea directo o indirecto, así como el daño futuro cierto, y la pérdida de probabilidades en la medida en que su contingencia sea razonable”.

La Sección Decimotercera (Ejercicio de las acciones de responsabilidad), de los mismos Título y Libro, contiene dos artículos referidos al daño moral. El art. 1689, titulado Daño extrapatrimonial, expresa: “La persona humana damnificada directa tiene legitimación para accionar por la satisfacción de su daño extrapatrimonial. Si sufre gran discapacidad, o del hecho dañoso resulta su muerte, también tienen legitimación a título personal, según corresponda conforme a la circunstancias, el cónyuge, los descendientes, ascendientes, y quienes convivían con ella recibiendo trato familiar ostensible. Los tribunales tienen atribuciones para asignar legitimación a otros sujetos, en los casos especiales en los que el hecho tiene un grado de

repercusión en el reclamante que excede el ordinario, habida cuenta de su vinculación con el damnificado y las demás circunstancias”.

El art. 1690, rotulado Transmisibilidad de la acción, propuso: “La transmisibilidad de la acción por reparación del daño está sujeta a reglas:.. b) La acción por satisfacción del daño extrapatrimonial es transmisible por acto entre vivos. También lo es a los herederos del damnificado si éste ha interpuesto en vida, o ha fallecido dentro de los seis (6) meses de sufrido el daño”.

La Nota de Elevación del proyecto justifica la ampliación de la legitimación en “el insistente reclamo de la doctrina” y se hace cargo de los supuestos en que la solución actual se muestra impotente para reparar la injusticia del daño (legitimación en casos de gran discapacidad y muerte).

b. Alcances de las normas propuestas

El proyectado art. 1600 intenta describir los diferentes aspectos constitutivos del daño extrapatrimonial, rematándola con una hipótesis residual de lesión a cualquier afección legítima.

En materia de legitimación, aunque se amplía el elenco, aún subsisten restricciones y se admite, por primera vez en un proyecto legislativo, la transmisibilidad por acto entre vivos de la acción.

IX. La reparación del daño moral en los casos no previstos por la ley. Situación actual

Desde el Código Civil hasta nuestros días ha habido una larga y fructífera evolución en materia de reparación del daño moral.

En cuanto a los ámbitos de aplicación de la reparación del daño moral, la situación se ha corrido desde la admisibilidad en aquellos supuestos en que el hecho dañoso constituyera delito de derecho criminal (solución del Código Civil) a la admisibilidad amplia, cualquiera sea el ámbito de producción del daño (a través de la reforma al art. 522).

Con relación a las facultades del juez, se suprimió cualquier distinción entre la reparación del daño moral en los ámbitos contractual y extracontractual (sorteando los problemas de interpretación que planteó la reforma al art. 522).

En materia de legitimación se evolucionó hacia una admisión limitada a la víctima y, en caso de muerte, a los herederos forzosos de la personas fallecidas (con una interpretación amplia de la expresión herederos forzosos del art. 1078 del Código).

En cuanto a los intereses protegidos, se amplía la protección y resarcimiento a toda lesión perjudicial de todo interés no ilícito.

Mas la aún vigente limitación en relación a legitimación activa en supuestos de supervivencia del damnificado directo y la limitación de legitimados en caso de muerte de la víctima, crea graves injusticias, cuyo remedio es necesario. Sin embargo, el repaso de los numerosos proyectos de reformas a la legislación civil propuestos en nuestro país nos demuestra que aún las posiciones más avanzadas no admitieron una legitimación amplia, tal como prevé el art. 1079 C.C., respecto al daño material o patrimonial.

Desde nuestro punto de vista no deben existir restricciones legislativas en materia de legitimación. Y no creemos que esta postura derive en una “catarata de juicios”, como lo prevén quienes justifican las restricciones.

Entendemos que el recurso técnico adecuado para la correcta delimitación de los damnificados no es el impedimento legal, sino el correcto análisis, por parte del intérprete, del interés invocado por el pretendiente y la relación de causalidad adecuada entre el hecho y el resultado lesivo alegado. De esta manera se evitarán los graves efectos de negar facultades de reclamo en casos tales que como padres o convivientes de grandes discapacitados, o de parientes o convivientes de personas fallecidas, supuestos que hoy demuestran la sinrazón de la limitación del art. 1078 C.C..

NOTAS:

¹ Henoch D. AGUIAR, *Hechos y actos jurídicos*, Buenos Aires, T.E.A., 1951, t. IV, pág. 270 y ss..

² Art. 1080 C.C.: “El marido y los padres pueden reclamar pérdidas e intereses por las injurias hechas a la mujer y a los hijos”.

³ Art. 1099 C.C.: “Si se tratare de delitos que no hubiesen causado sino agravio moral, como las injurias o la difamación, la acción civil no pasa a los herederos y sucesores universales, sino cuando hubiese sido entablada por el difunto”:

⁴ V. Ramón Daniel PIZARRO, *Daño moral*, 2ª ed., Buenos Aires, Hammurabi, 2004, pág. 147 y ss..

⁵ Henoch D. AGUIAR, op. cit., pág. 273 y ss.. “... *No queda, en consecuencia, como fuente de la disposición legal, que pueda orientar su interpretación, más que el texto transcrito de Aubry et Rau y las citas hechas por éstos, al pie de aquél, de los arts. 51 y 115 del Código Penal francés, reformados en 1832. El primero de estos artículos sanciona en general, en contra de todo autor de todo delito, la obligación de indemnizar a la víctima del mismo, sin distinguir entre daño material y moral, cuya determinación deja librada a la justicia de la corte o del tribunal respectivo; y el segundo, no obstante disponer sobre los ‘atentados a la libertad’, en los que va implícito un agravio moral, concreta la indemnización, también sin distinguir la naturaleza del daño, a una suma dada por cada día de detención, sin que excluya la del daño moral, que siempre se lo ha considerado indemnizable, tanto por los penalistas clásicos franceses del siglo pasado como por los actuales. Teniendo su origen en los penalistas, la doctrina de la indemnización del daño moral, no han podido referirla sino a los originados por los delitos por ellos contemplados, los delitos criminales, como lo establecieron Aubry et Rau y lo dispuso el art. 1078 de nuestro Código Civil. No se consideró otra especie de actos ilícitos como capaces de generar un daño indemnizable de esta especie”.*

⁶ Alfredo ORGAZ, *El daño resarcible*, 2ª ed., rev. y act., Buenos Aires, Bibliográfica Omeba, 1960, pág. 231 y ss..

⁷ C.S.J.N., “Alfaya, Pedro c/ Prov. de San Juan”, Fallos t. 193, pág. 221.

⁸ V.gr., C.S.J.N., “García, Adolfo c/ Prov. de Buenos Aires”, Fallos t. 184, pág. 652.

⁹ Luis María REZZÓNICO, *Estudio de las obligaciones en nuestro derecho civil*, Buenos Aires, Librería Editorial Ciencias Económicas, 1958, pág. 594.

¹⁰ El art. 1108 (hoy derogado) expresaba que eran aplicables a los cuasidelitos las disposiciones de los arts. 1070 a 1076. El art. 1075 tiene como fuente a Aubry-Rau, que reconocen el daño moral. El art. 1109 remite a las disposiciones de los delitos del derecho civil, entre las que está el art. 1078, que impone la reparación del daño moral y el art. 1068 se refiere al daño moral.

¹¹ “*La intensidad del daño moral nada tiene que ver con su fuente productora, y no varía porque nazca de un acto ilícito doloso o de un acto ilícito culpable...*” (Rezzónico, op. cit., pág. 595).

¹² Su principal defensor por Jorge Joaquín Llambías, en un trabajo que constituye un clásico sobre el tema: “El precio del dolor (Naturaleza jurídica de la reparación del agravio moral”, J.A. 1954-III, págs. 358 a 368, y en los votos en disidencia que dictó en la Sala A de la Cámara Civil de la Capital.

¹³ REZZÓNICO, op. cit., pág. 596, recuerda que la posición negativa estaba respaldada por la opinión de Llerena, Salvat, Legón, Colombo, en tanto Colmo, Lafaille, Busso, Dassen, Anastasi y Alconada Aramburú, a la que adhería el autor citado, y alguna jurisprudencia, se inclinaban por la reparación integral, aún en materia contractual.

¹⁴ Se puede consultar el desarrollo completo de las sesiones en el Tercer Congreso Nacional de Derecho Civil, 2 tomos, edición a cargo del Dr. Luis Moisset de Espanés, Universidad Nacional de Córdoba, 1962 y en www.acaderc.org.ar/biblioteca/biblioteca-virtual.

¹⁵ El tema fue tratado en la 9ª Sesión del Congreso, el 14 de octubre de 1961, bajo la presidencia del Dr. Horacio L. Poviña y la Secretaría de los Dres. Luis Moisset de Espanés, Jorge A. Mazzinghi y Edgard A. Ferreyra.

¹⁶ El anteproyecto de Código Civil elaborado por Juan Antonio Bibiloni tuvo su origen en el decr. 12.542, del 2 del julio de 1926, del Departamento de Justicia, a cargo de Sagarna, por el cual el presidente de la Nación, Alvear, resolvió designar una comisión compuesta por siete juriconsultos para estudiar el Código Civil y aconsejar las reformas y coordinación con otras leyes que juzgaren pertinentes (art. 1º). Luego de la ampliación dispuesta por decr. 13.156, la Comisión estaría formada por un ministro de la Suprema Corte de Justicia de la Nación (Roberto Repetto), un Vocal de la cada una de las Cámaras en lo Civil de la Capital (Julián V. Pera, vocal de la Cámara Primera en lo Civil de la Capital Federal, a quien sucedió Gastón Federico Tobal, y Raymundo M. Salvat, de la Cámara Segunda en lo Civil de la Capital Federal, a quien sucedió César Tezanos Pinto); un profesor de Derecho Civil de la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales de la Universidad de Buenos Aires (Héctor Lafaille); un profesor de Derecho Civil de la Universidad de La Plata (Juan Carlos Rébora); un profesor de Derecho Civil de la Facultad de Derecho de la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales de la Universidad de Córdoba (Enrique Martínez Paz); un profesor de Derecho Civil de la Facultad de Ciencias Jurídicas de la Universidad del Litoral (José A. Gervasoni); un miembro de la Academia Nacional de Ciencias Jurídicas de Buenos Aires (Juan Antonio Bibiloni) y un delegado del Colegio de Abogados de la Capital Federal (Rodolfo Rivarola). La Comisión encargó la redacción de un anteproyecto a Juan Antonio Bibiloni, quien lo entregó en menos de seis años (Utilizamos el texto publicado bajo el título *Reforma del Código Civil. Anteproyecto de Juan Antonio Bibiloni*, Buenos Aires, Guillermo Kraft, 1939, t. II).

¹⁷ Op. cit., pág. 240.

¹⁸ El denominado Proyecto de Reformas de 1936 fue presentado al Poder Ejecutivo el 1° de octubre de 1936, y fue redactado por encargo del Ejecutivo según dechr. N° 12.542, de 2 de julio de 1926, citado en nota 1. Suscribieron el Proyecto Roberto Repetto, Rodolfo Rivarola, Héctor Lafaille, Enrique Martínez Paz, Gastón Federico Tobal, actuando como secretario Ricardo E. Rey.

¹⁹ Informe de la Comisión, *Reforma del Código Civil. I. Antecedentes- II. Informe. III. Proyecto*, Buenos Aires, Guillermo Kraft, 1936, t. I, pág. 106.

²⁰ *Reforma del Código Civil* cit., pág. 437.

²¹ El anteproyecto fue elaborado entre 1950 y 1954 por el Instituto de Derecho Civil del Ministerio de Justicia de la Nación. Su redacción fue realizada por Jorge Joaquín Llambías, quien desempeñaba la dirección del Instituto, con la colaboración de Roberto Ponssa, Jorge A. Mazzinghi, Jorge E. Bargalló Cirio y Ricardo Julio Alberdi (texto publicado por Universidad Nacional de Tucumán, Facultad de Derecho y Ciencias Sociales, Instituto de Derecho Civil y Comparado, 1968).

²² Ver Jorge Joaquín LLAMBIAS, *Tratado de derecho civil. Obligaciones*, Buenos Aires, Perrot, 1973, t. I, pág. 331 y ss..

²³ La reforma del Código Civil por la ley 17.711 se originó con el nombramiento por la Secretaria del Estado de Justicia, a fines de 1966, de una comisión integrada por los doctores José F. Bidau, Abel Fleitas, Roberto Martínez Ruiz, José María López Olaciregui, Alberto G. Spota, Dalmiro Alsina Atienza y Guillermo Borda. Más tarde renunciaron a la comisión López Olaciregui, Spota y Alsina Atienza. El Proyecto fue sancionado el 22 de abril de 1968 bajo el N° 17.711 (V. Guillermo BORDA, *La reforma de 1968 al Código Civil*, Buenos Aires, Perrot).

²⁴ Roberto BREBBIA, *El daño moral*, 2ª ed., Rosario, Orbir, 1967, pág. 240 (los destacados son del autor).

²⁵ Guillermo BORDA, op. cit., pág. 202.

²⁶ En ese sentido, la Corte Suprema argentina dijo: “Si bien es cierto que el art. 1078 del Código Civil admite el reclamo del daño moral sufrido como consecuencia del fallecimiento de una persona sólo respecto a los herederos forzosos, corresponde asignar a tal mención una interpretación amplia, de modo que alcance a todos aquellos que son legitimarios con vocación eventual, aunque de hecho pudieron quedar desplazados de la sucesión por la concurrencia de otros herederos de mejor grado, comprensión que se compadece con el carácter *iure proprio* de esta pretensión resarcitoria y, además, satisface la necesidad de evitar soluciones disvaliosas” (C.S., 7/8/97, “Badín, Rubén y otros c/ Provincia de Buenos Aires”, L.L. 1998-E, pág. 194; C.S., 9/12/93, “G. O. de G., F. A. y otra c/ Provincia de Buenos Aires y otros”, L.L. 1994-C, pág. 546; C.S., 2/5/07, “Sánchez, Elvira Berta v. M° J y DD.HH. - art. 6° ley 24.411 (Resol 409/01)”, Lexis N° 4/63858).

²⁷ Guillermo BORDA, op. y pág. cits..

²⁸ V. Ramón Daniel PIZARRO, op. cit., pág. 165 y ss..

²⁹ Se pueden consultar las ponencias, debates y despachos en www.acader.org.ar, sección Biblioteca/Biblioteca virtual.

³⁰ La Cámara de Diputados de la Nación resolvió, durante el período ordinario de 1986, constituir una Comisión llamada de “Unificación Legislativa Civil y Comercial” para proponer un proyecto que condujera al propósito indicado. La Comisión fue integrada por los diputados Baglini, Fappiano, Furque, Gonzalez Cabañas, Natale, Spina y Camisar, quien la presidió. Por Resolución RP No. 988/86 de la Honorable Cámara de Diputados de la Nación, se designó a los juristas Dres. Héctor Alegría, Atilio Alterini, Jorge Alterini, Miguel Araya, Francisco De la Vega, Horacio Fargosi, Sergio Le Pera y Ana Piaggi, quienes elaboraron un proyecto de reforma parcial al Código. El Proyecto tuvo media sanción, por Diputados, el 15 de julio de 1987, recibiendo sanción definitiva, por el Senado, el 27 de noviembre de 1991, ley 24.032. Por dechr. 2719, del 23/12/91, el Poder Ejecutivo Nacional vetó totalmente la ley.

³¹ Luis MOISSET DE ESPANÉS, “El daño moral en los proyectos de reforma del Código Civil”, conferencia pronunciada el 15 de octubre de 1993, publicada en *Daño moral*, Colección Estudios de Derecho Civil (director Luis Moisset de Espanés), Córdoba, 1994, pág. 51 y ss.

³² Luis MOISSET DE ESPANÉS, op. y loc. cits..

³³ La Comisión de Legislación General de la Honorable Cámara de Diputados de la Nación, creó, en su seno, una subcomisión de “juristas de reconocida capacidad y prestigio en la disciplina del derecho privado, encargada de proyectar las reformas necesarias a tal derecho, entre ellas, la unificación de la legislación civil y comercial”, según da cuenta el Informe de elevación del Proyecto de la Comisión de Legislación General a la H. C. de Diputados. La constitución de la Comisión tuvo su origen en una resolución de la Cámara del 5 de Septiembre de 1992 (orden del día No. 503/92), fue denominada “Comisión Federal” y quedó conformada por los doctores Héctor Alegría, Jorge Horacio Alterini, Miguel Araya, María Artieda de Dure, Alberto Mario Azpeitia, Enrique Carlos Banchio, Alberto Bueres, Osvaldo Camisar, Marcos Córdoba, Rafael Manóvil, Luis Moisset de Espanés, Jorge Mosset Iturraspe, Juan Carlos Palmero, Ana Isabel Piaggi, Efraín Hugo Richard, Néstor Solari, Félix Trigo Represas y Ernesto Wayar. El 26 de abril de 1993 la Comisión de Legislación General recibió el “Código Unico Civil y Comercial”, propuesto por la Comisión Federal, figurando en el orden del día No. 1322 de la Cámara de Diputados de la Nación (impreso el 28 de julio de 1993), habiendo recibido media sanción, a libro cerrado, en los últimos días de octubre de ese año. El Proyecto no fue tratado en el Senado. Se utiliza Unificación de la Legislación Civil y Comercial Proyecto DE 1993, Buenos Aires, Zavalía, 1994.

³⁴ Producido el veto de la ley 24.032 que aprobó el Proyecto de Código Civil de 1987, el propio Poder Ejecutivo, en los considerandos del decreto de veto, manifestó su intención de continuar con proceso de reformas al derecho privado, expresando su decisión de designar una comisión de destacados juristas que lleven a cabo un

análisis profundo y pormenorizado de las normas e instituciones civiles y comerciales que estimen prudente modificar, proponiendo las reformas que se consideren necesarias introducir al ordenamiento vigente... (decr. 2719/91, publicado en el Boletín Oficial de la Nación del jueves 2 de enero de 1992, 1ra. Sección, pág. 3). Fue así que por Decreto Presidencial 468/92, el P.E. designó a los doctores Augusto César Belluscio, Salvador María Bergel, Aída Rosa Kemelmajer de Carlucci, Sergio Le Pera, Julio César Rivera, Federico Videla Escalada y Eduardo Antonio Zannoni a efectos de elaborar un proyecto de reformas al Código (conocido como Proyecto del Poder Ejecutivo). El 26 de marzo de 1993 la comisión elevó al Ministro de Justicia la tarea realizada, la que tuvo entrada en la Cámara de Senadores de la Nación en el mismo año. El Proyecto apareció en el diario de Asuntos Entrados en el Senado el 13 de agosto de 1993. Para la elaboración de este trabajo se utiliza el texto editado en la primera quincena de agosto de 1993 por Astrea, Buenos Aires.

³⁵ Por decreto del Poder Ejecutivo Nacional 685/95 se designó una comisión honoraria a los fines de estudiar las reformas necesarias al derecho privado. El Proyecto de Código Civil Unificado por el Código de Comercio, elaborado por dicha comisión fue presentado al ministro de Justicia de la Nación el 18 de diciembre de 1998 y tuvo tratamiento legislativo. Suscribieron el proyecto Héctor Alegría, Atilio Aníbal Alterini, Jorge Horacio Alterini, María Josefa Méndez Costa, Julio César Rivera y Horacio Roitman. A los fines de este trabajo utilizamos el texto publicado por Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1999.

“CUÁNTO” Y “QUIÉN” POR DAÑO MORAL

por JORGE MARIO GALDÓS¹

SUMARIO: I. Introducción. II. La reparación del daño moral en los casos no previstos por el Código Civil. El Tercer Congreso Nacional de Derecho Civil. III. La Recepción de la Recomendación N° 17 en la Reforma al Código Civil de 1968. Los proyectos de reforma posteriores. IV. El estado actual de la cuestión y sus proyecciones. 1. La problemática del “quid” (cuándo hay daño moral). A. Del precio del dolor al precio del consuelo. Los daños morales “mínimos”. B. La amplificación de los supuestos de daños morales resarcibles. C. El daño moral colectivo. 2. Consideraciones sobre el “quién” (la legitimación por daño moral). V. Conclusiones.

I. Introducción

La profundidad del debate de los gravitantes temas del derecho privado argentino abordados en los Cuatro Congresos Nacionales de Derecho Civil celebrados en Córdoba y la posterior proyección -doctrinaria, jurisprudencial y legislativa- de sus conclusiones, otorgan sólido y justiciero sustento al Homenaje de la Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Córdoba a esos destacados eventos científicos y a sus cuatro presidentes los Dres Enrique Martínez Paz, Henoch D. Aguiar, Pedro León y José A. Buteler Cáceres.

Al sumarnos a la convocatoria -la que agradecemos profundamente- efectuaremos algunas consideraciones sobre uno de los ejes temáticos del derecho de daños: la reparación del daño moral en los casos no previstos en el Código Civil. La vigencia de la cuestión se manifiesta con elocuencia en el trípede en el que se asienta la problemática actual del daño moral: cuándo hay daño (el “quid” del resarcimiento, esto es su configuración), quiénes están habilitados para reclamarlo (la legitimación activa), y cómo se lo cuantifica (“cuánto” es el resarcimiento)². Nos ocuparemos de los dos primeros aspectos en el marco del mencionado evento científico y de sus repercusiones³.

II. La reparación del daño moral en los casos no previstos por el Código Civil. El Tercer Congreso Nacional de Derecho Civil

1. Entre los valiosos y variados tópicos analizados en el Tercer Congreso Nacional de Derecho Civil (reunido en Córdoba entre el 9 y 14 de octubre de 1961) se estudió “La reparación del daño moral en los casos no previstos por el Código Civil”, correspondiente al tema N° 8, a partir de una ponencia del Dr. Roberto H. Brebbia, y de los Dictámenes Preliminares del propio Brebbia, del Dr. Guillermo A. Borda, de la propuesta conjunta de los Dres. Edgardo A. Ferreyra, Rolando Moroni Petit y Enrique C. Banchio, y de las observaciones de los Dres. Jorge Joaquín Llambías y Acdeel E. Salas.

En ese evento científico se aprobó por unanimidad el Despacho de la Comisión Definitiva que propició extender la reparación del agravio moral a los casos de indemnización por responsabilidad contractual y extracontractual, pronunciamiento que aprobó la doctrina nacional mayoritaria, sirvió de base a numerosos precedentes jurisprudenciales e inspiró las modificaciones que la ley 17.711 introdujo en los arts. 522 y 1078 del Código Civil⁴.

2. El art. 1078 del Código Civil de Vélez Sársfield establecía: “Si el hecho fuese un delito de derecho criminal, la obligación que de él nace no sólo comprende la pérdida e intereses, sino también el agravio moral que el delito hubiese hecho sufrir a la persona molestándole en su seguridad personal, o en el goce de sus bienes o hiriendo sus afecciones legítimas”.

En la época de celebrarse el Tercer Congreso Nacional de Derecho Civil, y aunque la doctrina prevaleciente sostenía de *lege ferenda* que el daño moral debía ser reparado cualquiera sea la naturaleza del hecho que lo producía, calificadas opiniones propiciaban su reparabilidad

sólo en los casos previstos legalmente, mientras que otros igualmente destacados autores opinaban que procedía en todos los supuestos de ilicitud civil, delictual o cuasidelictual, e incluso contractual.

En el ámbito jurisprudencial se registraban tres posiciones, las que Roberto Brebbia sintetizó cuando fundó su ponencia en el seno del Congreso: la postura amplia que admitía el daño moral no sólo en los supuestos de hechos ilícitos sino también en el campo de la responsabilidad contractual; la posición restringida que la aceptaba, conforme las previsiones del art. 1078 C.C., para los delitos de derecho criminal; y la tesis intermedia para la que procedía su reparación en los hechos ilícitos civiles, sean o no del derecho criminal ⁵.

El criterio amplio era seguido por tribunales bonaerenses y por la Sala II de la Cámara de apelaciones de Rosario. La Suprema Corte de Buenos Aires decidió tempranamente, con primer voto del Dr. Acuña Anzorena y en un supuesto de resarcimiento de daños de origen laboral, que el “derecho protege a la persona no sólo en su integridad y en su patrimonio sino que también en su patrimonio moral o de afección; de aquí que todo daño inferido a su personalidad -honor, paz, dignidad, pudor, etc.- obligue a su autor a repararlo”. Los arts. 1068 y 1075 C.C. admiten un daño inferido a la parte afectiva de los individuos por constituir “ésta un derecho susceptible de ser materia de un acto ilícito”. Añadió que para que la procedencia de la reparación “basta un acto ilícito cualquiera delito o cuasidelito de orden civil” y que “ninguna razón lógica o jurídica se opone a que en materia de contratos se indemnice el agravio inferido al acreedor”. Agregó el juez Acuña Anzorena que producida la lesión a la personalidad la reparación debía ser integral conforme los arts. 1077 y 1109 C.C. que no contienen exclusiones y que el art. 1078 C.C. no es limitativo sino que admite “también” el agravio moral. “Si los términos “daños e intereses” de los artículos 519 y 520 del Código Civil -concluía el pronunciamiento judicial- comprenden algo más que valores económicos como lo demuestra el art. 1080, siempre habrá que incluir en aquella fórmula el agravio moral, porque también es daño sufrido y cuya reparación debe hacerse mediante “satisfacción”, es decir acordando una suma de dinero que permita a la víctima del agravio compensar el sufrimiento moral con un goce equivalente” ⁶. La Cámara Civil y Comercial 1ª de La Plata acogió el daño moral en un caso de incumplimiento de una obligación de escriturar por haber transferido el vendedor el dominio del inmueble a un tercero, decidiéndose “que puede estimárselo existente por la sola violación de lo pactado por el demandado y por la natural expectativa del actor acerca del resultado final de la fallida operación” ⁷. También se inclinaron por la tesis amplia las Cámaras de Apelaciones de Rosario y de Mar del Plata ⁸.

Digamos, de paso, que la doctrina fundaba esa postura argumentando que el principio general es que el daño moral directo es resarcible en toda clase de hechos ilícitos y que el art. 1078 alude a un específico supuesto de daño moral indirecto: cuando el delito ha causado un sufrimiento a una persona, en su seguridad, sentimientos o en el goce de sus bienes. El concepto de daño contenido en el art. 1068 -se añadía en la opinión autoral- abarca ambas categorías de daños, materiales y morales; y se recurría a lo previsto en los arts. 1067, 1075 y 1108 C.C. que establecían que “no habrá acto ilícito punible si no hubiere daño causado” (art. 1067); que “todo derecho puede ser materia de un delito” incluidos el honor y la reputación de una persona (art. 1075 y su nota). De este modo la violación de uno de los derechos inherentes a la personalidad es susceptible de producir un daño moral. También se señalaba que en el art. 2312 Vélez Sársfield destaca que ciertos derechos tienen un origen en la existencia del individuo mismo (la libertad, el honor, el cuerpo) y que “*la violación de estos derechos personales puede dar lugar a una reparación que constituya un bien, jurídicamente hablando*” ⁹.

La posición intermedia que extendía la reparación del daño moral a los supuestos de hechos ilícitos civiles -delitos o cuasidelitos- era sostenida por los tribunales de la provincia de Santa Fe (Superior Tribunal de Santa Fe y de la Cámara de Apelaciones de Rosario) ¹⁰.

La tesis restrictiva fue recogida por un fallo plenario de la Cámara Civil de la Capital Federal ¹¹, estaba difundida en la escuela de derecho civil cordobesa por los maestros Aguiar, León y Orgaz y se apoyaba en los términos gramaticales del art. 1078 C.C. Argumentaba que el art. 1068 no incluye de modo general a los daños morales que son, en esencia, insusceptibles de apreciación pecuniaria y que el art. 1078 lo circunscribe a los delitos penales.

3. En este contexto la cuestión se analizó y debatió en el Tercer Congreso Nacional de Derecho Civil que aprobó la recomendación N° 17: “Que en todos los casos de indemnización por responsabilidad contractual o extracontractual, el juez podrá condenar al responsable a la reparación del agravio moral que hubiere causado, de acuerdo con la índole del hecho generador de la responsabilidad y las circunstancias del caso”.

Según se expresó en el Congreso su objeto consistió en limitar la división tripartita que se apreciaba en doctrina y jurisprudencia con relación al agravio moral (de *lege lata*) y en la reestructuración del articulado del Código Civil en una eventual reforma del mismo (de *lege ferenda*)¹².

En el dictamen preliminar de Borda y en el de los juristas cordobeses Ferreyra, Moroni Petit y Banchio se hacía hincapié en la limitación legal que imponía el art. 1078 del C.C. y se destacaba la necesidad de su ampliación. Borda distinguía entre el “daño moral puro” y “las consecuencias patrimoniales de un daño moral” (por ejemplo la cicatriz de un rostro) que son casi siempre indemnizables, lo que confería amplitud al concepto y debilitaba la practicidad de ese distingo. Brebbia propuso que en una futura reforma del Código Civil se consagrara que el “daño moral debía ser reparado en todos los casos de hechos ilícitos, constituyeran o no delitos de derecho criminal y de incumplimiento de obligaciones convencionales que no consistieran en la entrega de sumas de dinero. La suma acordada a la víctima en carácter de reparación será inembargable”. La Comisión Definitiva acogió la observación de Salas de suprimir la limitación referente a la obligación de entregar sumas de dinero.

Sometido a debate el Despacho Definitivo, los Dres. Arturo Barcia López y Pedro León adhirieron a él, aunque afirmaban que el régimen del Código Civil era el restrictivo. Hernán Racciatti propuso eliminar el vocablo “también” porque podía dar a entender que el daño moral era sólo complementario y no independiente del daño moral¹³. Diego R. May Zubiría enfatizó que el mandato al juez era imperativo de modo que el término “podrá” del texto proyectado debía ser entendido como “deberá”. Es interesante destacar que los profesores cordobeses Ferreyra, Banchio y Moroni Petit manifestaron que en su dictamen previo se habían inclinado por la tesis restringida pero que luego en las primeras conclusiones de la comisión coincidieron en la propuesta de ampliar la indemnización del daño moral.

Una opinión contraria a la mayoritaria fue sostenida por Llambías quien sostenía que no se justificaba computar el “daño moral puro”, pues el dolor no “podía ser un título de lucro” y que se “trocarían los bienes personales conculcados por una suma de dinero”. Argumentaba que la función de la indemnización es restablecer mediante arbitrios justos la situación patrimonial del damnificado al *statu quo* anterior al daño. “Pero cuando se resarce el daño moral puro... viene a resultar desvirtuada la función de la indemnización y a convertirse el dolor experimentado en título de adquisición de bienes” y “se hace jugar a la indemnización de daño moral como una pena”. Por ello sólo corresponde la reparación de daños morales “cuando el comportamiento del responsable lo haya hecho merecedor de semejante sanción, pues toda pena ha de ser condigna a la gravedad de la falta y a la malicia de la intención del agente”. Sostenía también que era necesario diferenciar el daño del agravio moral “en tanto que agravia quien tiene intención de ofender previendo el mal moral que ha provocado. De ahí que la reparación del agravio moral sólo fuera justa cuando el autor del hecho ilícito o el deudor que ha incumplido la obligación han obrado dolosamente, tanto en los delitos como en los incumplimientos dolosos”¹⁴. Brebbia respondió esas objeciones en el Congreso afirmando respecto de la inmoralidad del resarcimiento que “se confunde reparación con cesión o transferencia de derechos personalísimos (la integridad física, el honor, el nombre)”. No se trata -añadió- de “validar o legitimar la cesión” pues esos bienes son “por esencia intransferibles”. En lo atinente al temor que el juez al cuantificarlo incurra en arbitrariedad explicó que “una cosa es la discrecionalidad” para su ponderación (la que por ejemplo existe en materia de lucro cesante) y otra cosa es la arbitrariedad. Recordemos, de paso, la opinión anterior de Busso, quien avalando la tesis que prevaleció en el Tercer Congreso afirmó que “al disponer el art. 1083 que toda reparación del daño, sea material o moral... debe resolverse en una indemnización pecuniaria que fijará el juez...” no hay razón para limitar este reconocimiento del daño moral y su resarcibilidad a la

materia de los actos ilícitos. El daño es el mismo tanto en materia delictual como en materia contractual, y comprende en principio todo el daño sufrido, limitado sólo por los requisitos de la causalidad y de la imputabilidad. No existe ningún motivo de orden racional o derivado de la naturaleza de las cosas que imponga una diferenciación”¹⁵.

4. Finalmente se aprobó por unanimidad la ya anticipada Recomendación N° 17 que -reiteramos- propuso: “Que en todos los casos de indemnización por responsabilidad contractual o extracontractual, el juez podrá condenar al responsable a la reparación del agravio moral que hubiere causado, de acuerdo con la índole del hecho generador de la responsabilidad y las circunstancias del caso”.

Se postuló una regulación unificada en la que la reparación del daño moral es procedente sin distinciones, tanto en el ámbito contractual como en el extracontractual, sin hacer diferenciación de las causas generadoras, confiriéndole al juez la potestad de condenar al responsable a la reparación, teniendo como parámetros relevantes la índole del hecho generador y las circunstancias del caso.

III. La recepción de la Recomendación N° 17 en la Reforma al Código Civil de 1968. Los proyectos de reforma posteriores

1. Ha sido indudable el aporte dogmático del Tercer Congreso Nacional a la reforma del Código Civil del año 1968. En ello hay consenso aural y en lo sustancial se enfatizó su importancia y el avance de la nueva legislación, más allá de algunas objeciones puntuales¹⁶.

La reforma de 1968 introdujo el daño moral en materia contractual y despejó toda duda sobre su procedencia en materia extracontractual, aun cuando no se tratara de un delito criminal, pero impuso una limitación en orden a la legitimación de los damnificados indirectos, inexistentes en el Código de Vélez Sársfield.

Las modificaciones sustanciales -en lo que queremos remarcar- radican específicamente en la sustitución de los artículos 522 y 1078 y además en la derogación del art. 1108, el agregado al art. 1109 referido a la solidaridad de los cuasidelitos, la sustitución del art. 521 y en la modificación del art. 1083.

Los textos modificados expresan: Art. 522 “En los casos de indemnización por responsabilidad contractual el juez podrá condenar al responsable a la reparación del agravio moral que hubiere causado, de acuerdo con la índole del hecho generador de la responsabilidad y circunstancias del caso”. El art. 1078 establece: “La obligación de resarcir el daño causado por los actos ilícitos comprende, además de la indemnización de pérdidas e intereses, la reparación del agravio moral ocasionado por la víctima. La acción por indemnización del daño moral sólo competirá al damnificado directo; si del hecho hubiere resultado la muerte de la víctima, únicamente tendrán acción los herederos forzosos”.

Del texto del artículo 522 se desprende, por la identidad de los términos utilizados, que la fuente inmediata de esa norma fue la Recomendación del Tercer Congreso Nacional de Derecho Civil. Si bien por la técnica legislativa empleada se dividieron las disposiciones que se refieren al daño moral, otorgando un tratamiento separado a la responsabilidad contractual de la extracontractual (y una diferente ubicación dentro del articulado del Código), se advierte claramente la incidencia decisiva de aquel evento científico. Se aprecia que la conclusión final fue tomada *ad pedem literae* con relación a la responsabilidad generada por los contratos, con lo cual ninguna duda cabe en cuanto a cual fue la fuente inmediata del artículo 522 del Código Civil actual. También está presente la facultad del juez para su otorgamiento (“podrá” condenar) y las circunstancias que debe ponderar para su admisión y cuantificación, aunque la interpretación aural y jurisprudencial actual coincide en el carácter imperativo del mandato de condena.

En cuanto al daño moral en los supuestos de responsabilidad por los actos ilícitos la redacción actual del art. 1078 eliminó toda referencia a que el hecho estuviera tipificado como delito penal. El texto descarta cualquier interpretación restrictiva.

Pizarro sostiene que el Tercer Congreso Nacional de Derecho de 1961 es el antecedente más importante de la reforma en la materia de daño moral ¹⁷ y Garrido y Andorno ponen de relieve que sus conclusiones revisten “especial interés para el intérprete, por la uniformidad de los expositores en aquel congreso, quienes coincidieron plenamente en la justicia de tal reparación” ¹⁸. Borda sostuvo que la reforma parcial (y no total) había surgido del consenso logrado casi por unanimidad en el citado Congreso, aunque igualmente hace la salvedad que se debe tratar con mayor severidad al autor del hecho ilícito que al incumplidor de una obligación contractual ¹⁹. Brebbia puso el foco no tanto en la fórmula consagrada (susceptible de algunos reparos), sino en la casi absoluta coincidencia de opiniones demostrada por los congresales de 1961 sobre la amplitud de la reparación de los daños morales en nuestro derecho como solución de *lege ferenda*, por lo que el pronunciamiento del Tercer Congreso de Derecho Civil cobra una singular importancia. Resulta interesante destacar que Brebbia también postulaba ampliar el rango de los legitimados indirectos y proponía extenderla al cónyuge, ascendientes y descendientes, y en ausencia de éstos, a los hermanos, tíos y sobrinos si hubieran integrado un grupo familiar con la víctima inmediata, aclarando además que la acción iniciada por el cónyuge no excluye la de los ascendientes y descendientes y viceversa ²⁰.

Lo expuesto no supone soslayar la opinión aislada de Llambías, quien conforme su ponencia ya analizada en el ámbito del Tercer Congreso, interpretó que la Reforma incorporó el “agravio moral” como una especie del género “daño moral”, que consiste en la “lesión intencionada” o “proveniente del dolo del deudor”, por lo que el resarcimiento procede únicamente cuando el causante obró con “la maligna intención de producir ese resultado” dado su carácter de sanción ejemplar o pena ²¹.

2. En los últimos años se debatieron diferentes proyectos de Reformas al Código Civil, algunos de ellos integrales y otros actualizaciones parciales de la obra originaria de Vélez Sársfield. En todos se advierte la vigencia de la problemática del daño moral, su configuración (“cuándo” hay daño) y más específicamente en la legitimación de los damnificados indirectos (“quién” puede reclamarlo).

El Proyecto de Unificación Civil y Comercial de 1987 dice: “La indemnización comprende el daño moral” (art. 522) ²². Se advierte que sólo se retoca el art. 522 ubicado en el título destinado a las obligaciones en general, se deja en un texto muy breve que hace desaparecer el “podrá” viabilizando de esta manera su reconocimiento en todos los casos al referirse que la indemnización por el incumplimiento de las obligaciones comprende el daño moral, y desaparece la denominación defendida por Llambías de “agravio moral”. De esa forma se pretende superar las dificultades iniciales de interpretación que habían surgido alrededor de la locución “podrá”. Sin embargo no se refería los legitimados, tanto activa como pasivamente ²³.

Luego tuvo tratamiento el Proyecto de Unificación de la Legislación Civil y Comercial de 1993 de la Cámara de Diputados ²⁴. En el art. 522 se advierte una modificación y un agregado. El primer párrafo expresa: “La indemnización comprende el daño moral”. Se reemplaza de esta manera a la norma vigente que se refiere a la “responsabilidad contractual”, utiliza el verbo “podrá”, y no habla de “daño moral”, sino de “agravio”. Por su parte el segundo párrafo agregado al artículo dice: “En los casos de daños moral y patrimonial, causados por infracciones contractuales, será de aplicación la facultad morigeradora consagrada en el art. 1069”. El artículo 1068 conceptúa el daño, comprendiendo tanto al material como al moral, al decir que “existe daño cuando se lesione un interés ajeno, protegido por el ordenamiento jurídico, de naturaleza moral o material”. En tanto el art. 1078 del Proyecto es más específico y dispone en materia de actos ilícitos que “la obligación de resarcir los perjuicios que ellos han ocasionado comprende el daño moral”, ampliando luego la legitimación para reclamarlo, precisando que la acción para indemnizar el daño moral “competirá al damnificado directo, y en vida de éste, a sus padres, hijos y cónyuge. Si del hecho sobreviene la muerte de la víctima, tendrán acción sus ascendientes, descendientes, cónyuge y hermanos”.

El Proyecto de Reformas al Código Civil elaborado por la Comisión designada por decreto 468/92 del Poder Ejecutivo Nacional ²⁵ en su art. 1567 precisa que “la indemnización comprende el daño material y moral”. En orden a la legitimación el art. 1596 se la confiere a “la

persona física que lo ha sufrido”. En materia de damnificados indirectos agrega: “Los jueces valorarán la procedencia del resarcimiento del daño moral sufrido por otros damnificados distintos a la víctima. La acción sólo se transmite a los sucesores universales si fue interpuesto por éste. Si el hecho dañoso hubiere resultado la muerte de la víctima están legitimados el cónyuge, los descendientes, los ascendientes y las personas que convivían con ella al tiempo del hecho”.

El proyecto de Código Civil creado por la Comisión designada por el decreto N° 685/95 (conocido como Proyecto de 1998) modifica la redacción, la denominación y el alcance del daño moral. El art. 1600 al definir el daño incluye en el inciso b “el daño extrapatrimonial (que comprende al que interfiere en el proyecto de vida, perjudicando a la salud física o psíquica o impidiendo el pleno disfrute de la vida, así como al que causa molestias en la libertad, en la seguridad personal, en la dignidad personal, o en cualesquiera de otras afecciones legítimas”²⁶. El artículo siguiente -1601- declara reparable tanto el daño patrimonial como el extrapatrimonial, fuera directo o indirecto. En cuanto al modo de reparación del daño extrapatrimonial el art. 1621 inc. d) establece que lo es mediante “la *satisfacción* del valor del daño extrapatrimonial”. Finalmente en los arts. 996 y 1046 se regula la responsabilidad en la órbita contractual. El primero de ellos, y frente a un incumplimiento culpable del contrato, establece que el incumplidor queda obligado conforme lo dispuesto en el título correspondiente a la responsabilidad civil por los actos ilícitos. El segundo de los artículos, al referirse a la extinción de los contratos y a la reparación del daño por tal circunstancia, determina que queda sujeto también a las disposiciones correspondiente a la responsabilidad civil extracontractual, con lo cual en ambos supuestos remite a la reparación del daño extrapatrimonial de fuente aquiliana. Con relación al ejercicio de las acciones derivadas del daño extrapatrimonial el art. 1689 prescribe que “la persona humana damnificada directa tiene legitimación para accionar por la satisfacción de su daño extrapatrimonial. Si sufre gran discapacidad, o del hecho dañoso resultare su muerte, también tienen legitimación a título personal, según corresponda conforme a las circunstancias, el cónyuge, los descendientes, los ascendientes y quienes convivían con ella recibiendo trato familiar ostensible”. Concluye el art. 1689: “los tribunales tienen atribuciones para otorgar legitimación a otros sujetos, “en los casos especiales en los que el hecho tiene un grado de repercusión en el reclamante que excede del ordinario, habida cuenta de su vinculación con el damnificado y las demás circunstancias”.

Este último proyecto amplía los supuestos en que procede la reparación del daño moral y los legitimados para reclamarlo y confiere -a modo de norma abierta- amplitud a la facultad judicial para receptar otros casos de procedencia legitimatoria diferente a la preceptuada expresamente.

3. En conclusión, la Reforma de 1968, inspirada en las conclusiones del Tercer Congreso Nacional de 1961, unifica la procedencia de la reparación del daño moral en materia contractual y extracontractual, admitiendo “*una notable expansión conceptual y funcional del daño moral*”²⁷. Empero, con la limitación del daño moral extracontractual sólo al damnificado directo, y en caso de su fallecimiento con el conferimiento de la acción únicamente a los “herederos forzosos” (art 1078 C.C.), o de injurias a los familiares (art 1080 C.C.) se abre una compleja cuestión abordada por los proyectos de reformas posteriores, y que aún subsiste .

Sintetizando, y ceñido a lo que aquí interesa remarcar, la Reforma del Código Civil de 1968 acogió del Tercer Congreso Nacional de Derecho Civil:

- La identidad conceptual del daño moral y del “agravio moral” que son términos equivalentes y paritarios;
- La procedencia de la reparación del daño moral en todos los actos ilícitos, delitos o cuasidelitos;
- La procedencia del daño moral en el incumplimiento contractual, culposo o doloso;
- La interpretación de que el término “podrá” -utilizado por el art. 522 C.C.- no confiere una facultad discrecional al juez, quien “deberá” otorgar la indemnización si está acreditada.

- La concepción de que la reparación del daño moral no constituye una pena o sanción sino un resarcimiento.

IV. El estado actual de la cuestión y sus proyecciones

1. La problemática del “quid” (cuando hay daño moral)

Partimos de algunas ideas que deben ser especificadas.

En el derecho argentino el daño es binario, patrimonial y extrapatrimonial o moral, expresiones estas usualmente empleadas como de idéntico significado. El daño moral se ha potenciado particularmente por la tutela constitucional de la persona humana. Se trata del tránsito “*de la concepción de la inviolabilidad del patrimonio a la tesis de la inviolabilidad de la persona*”, según feliz postulación que recuerda Isidoro Goldenberg²⁸. De allí se sigue que “El daño a la persona configura un ámbito lesivo de honda significación y trascendencia en el que pueden generarse perjuicios morales y patrimoniales. La inviolabilidad de la persona humana supone su primacía jurídica como valor absoluto”, debiendo “jerarquizarse la esfera espiritual, biológica y social del hombre, sin dejar de tener en cuenta que los bienes materiales son necesarios para preservar su dignidad”²⁹.

En el ámbito de los daños personales no existen categorías intermedias o un *tertium genus* con autonomía resarcitoria que se adicione o superpongan a la división bipartita de daño moral y patrimonial, aunque se admiten ciertas denominaciones conceptuales, como daño psíquico, daño estético, daño biológico, daño a la vida de relación, daño al proyecto de vida, daño sexual, etc. pero para identificar el daño como lesión a un interés no reprobado por el ordenamiento jurídico. Estos “nuevos daños” carecen de independencia resarcitoria y son daños morales o patrimoniales, uno u otro o, en ciertos casos, ambos concurrentemente. El daño moral tiene carácter resarcitorio aunque a veces encubiertamente suele contener -erróneamente a nuestro juicio- un “plus” como sancionador de la conducta del dañador³⁰.

Lorenzetti puntualiza que asistimos a una notable expansión del concepto de daño moral tanto en su contenido como en la titularidad de la acción, incluyéndoselo en una noción más amplia de daño a la persona como lesión a derechos fundamentales de raigambre constitucional³¹. Y si bien esta afirmación está vinculada sólo con el que afecta a la persona humana, es extensible por añadidura al daño moral en sentido amplio. Si agregamos otro tópico esencial (su cuantificación) se conforman los tres anticipados problemas medulares del daño moral: la configuración (es decir su “quid” o “cuando” hay daño), la legitimación (o sea “quién” está habilitado para reclamarlo) y su cuantificación (“cuanto” es la indemnización)³².

En lo relativo al primer aspecto se ensanchó notoriamente el contenido del daño moral individual e incluso del colectivo y, por consiguiente, se produjo una mayor expansión a diferentes ramas del derecho. De esta manera el “piso o umbral” a partir del cual se configura el daño ha descendido, comprendiendo ahora mayores supuestos fácticos resarcibles.

A. Del precio del dolor al precio del consuelo. Los daños morales “mínimos”

1. Nosotros nos pronunciamos antes por entender que el daño moral se concibe considerando el interés jurídico susceptible de ser reparado toda vez que el derecho no protege los bienes en sí mismos o en abstracto sino en cuanto idóneos para satisfacer necesidades (intereses) patrimoniales o extrapatrimoniales que resultan frustrados a raíz del hecho dañoso³³. Con anterioridad adherimos a esta posición que atiende a la naturaleza del interés conculcado y sobre la base de que “el interés es la facultad de actuación en la esfera propia de la persona, para la satisfacción o goce de necesidades humanas, vale decir, para la consecución de bienes jurídicos”³⁴; para configurar el daño resarcible alcanza que ese interés sea simple o de hecho, esto es que actúe como “situación de provecho” porque para obtener su protección basta que sea “lícito, serio y justo”³⁵. El interés tiene un contenido individual o colectivo, patrimonial o

extrapatrimonial puesto que “aunque no existen pérdidas dinerarias, una persona o un grupo de ellas puede verse afectada porque la mera relación de disfrute sobre un bien jurídicamente protegido (interés) ha sido afectado”³⁶.

Creemos que el daño moral es el que conculca intereses extrapatrimoniales dignos o merecedores de tutela jurídica, que lo convierten en injusto o inmerecido para la víctima³⁷.

Ello no obsta destacar que en la actualidad asistimos a un auspicioso acercamiento entre las posturas que sustentan el daño como lesión a un interés lícito y la que computa sus efectos o repercusiones, en una suerte de armonización entre ambas. En ese sentido se recalcan las coincidencias puntualizando que el interés protegido constituye la esencia del daño y las consecuencias su contenido, por lo que media correspondencia entre el daño como lesión a un interés patrimonial o extrapatrimonial y la naturaleza de las consecuencias que trascienden en uno u otro ámbito³⁸. También se tiene en cuenta la denominada función polivalente del daño que incluye el evento lesivo (daño-evento) y el conjunto de consecuencias resarcibles (daño consecuencia)³⁹. Acercando ambas posiciones se pronunció Pizarro quien sostuvo que el daño moral importa la “*minoración de la subjetividad de la persona por la lesión a un interés no patrimonial*” o sea “*la modificación disvaliosa en el espíritu...como consecuencia de una lesión a un interés no patrimonial...*”⁴⁰.

Los distintos supuestos comprendidos en el daño moral personal, es decir las concretas exteriorizaciones de la amplitud de su contenido, abarcan en una clasificación que propone Mayo: a) el *pretium doloris* que involucra el dolor físico de la víctima y el puro daño moral, que se reflejan en la pena, la tristeza y el sufrimiento -no físico-; b) el daño a la vida de relación pero en una concepción más circunscripta a una privación de satisfacciones por la pérdida de la posibilidad de ejercitar ciertas actividades de placer u ocio; c) el daño estético; d) el “perjuicio juvenil” que corresponde al dolor que provoca en una persona joven la conciencia de su propia decadencia y la amargura por la pérdida de toda esperanza de vida normal; e) el perjuicio sexual o pérdida de las facultades sexuales⁴¹.

Para nosotros todas las repercusiones extrapatrimoniales por lesión a intereses no patrimoniales que configuran daño jurídico, si no constituyen daño patrimonial conforman daño moral, por lo que tienen cabida las manifestaciones extrapatrimoniales disvaliosas de los llamados daño biológico, a la vida de relación, al proyecto de vida, etc.

Se advierte la vigencia de los debates suscitados en el Tercer Congreso Nacional en el que -rememoremos- Borda se refirió al distingo entre “daño moral puro” y a “las consecuencias patrimoniales de un daño moral”⁴², lo que mereció la réplica de Llambías quien categorizó al daño moral como el género representado por la lesión en los sentimientos por el sufrimiento o dolor que padece alguien y al “agravio moral” como una especie consistente en la lesión intencionada⁴³.

Es oportuno traer a colación el precedente “Santa Coloma” en el que la Corte Suprema de Justicia de la Nación resolvió que resultan dogmáticas y carentes de fundamentos las afirmaciones del tribunal de origen según las cuales el dolor de los padres (por el fallecimiento de tres hijas y las lesiones graves de otro) no era susceptible de ser aplacado, ni siquiera en grado mínimo, por la reparación en dinero, cualquiera sea la cantidad. También rechazó el argumento de la Cámara que concedió una suma ínfima por daño moral entendiendo que sólo tenía finalidad principalmente punitiva. Sostuvo que la actitud “hacia las pérdidas definitivas no es aconsejar su asunción heroica, sino mitigarlas, aun de manera imperfecta como lo es a través de una suma de dinero”⁴⁴. De esta manera marcó una clara tendencia por la reparación integral del daño moral.

De su clásico y más reducido ámbito, restringido inicialmente al “precio del dolor”, ahora se difundió la noción del “precio del consuelo” esto es al resarcimiento que “procura la mitigación o remedio del dolor de la víctima a través de bienes deleitables (por ejemplo escuchar música) que conjugan la tristeza, desazón, penurias”⁴⁵. La jurisprudencia viene receptando esa interpretación señalando que “se atiende no sólo al dolor sino a todas las aflicciones, preocupaciones y pesares a los que el dinero puede compensar en cierta medida,

reemplazando en el patrimonio moral el valor que del mismo ha desaparecido” como medio de “obtener contentamientos, goces y distracciones para restablecer el equilibrio de los bienes extrapatrimoniales”⁴⁶. El daño moral consiste “no sólo en el dolor, padecimiento o sufrimiento espiritual del individuo, sino también en la “privación momentos de satisfacción y felicidad en la vida del damnificado -víctima o reclamante- y que en definitiva influyen negativamente en la calidad de vida de las personas”⁴⁷.

Se advierte, otra vez, la impronta del Tercer Congreso cuando el miembro informante de la Comisión, Dr. Brebbia, al fundamentar su carácter resarcitorio sostuvo, siguiendo a Ihering, que el dinero no sólo cumple una función compensatoria que se manifiesta al producirse menoscabo en los bienes patrimoniales, sino que también cumple un rol de satisfacción. Y añadió lo que hoy conforma el sustento dogmático del “precio del consuelo”: “el agravio moral, por su especial naturaleza, no puede ser apreciado adecuadamente en metálico pero con el dinero producto de la indemnización, el damnificado puede obtener ciertas satisfacciones y goces espirituales que compensen el desasosiego sufrido”⁴⁸. Trigo Represas reiteró en su ponencia en las Segundas Jornadas Sanjuaninas de Derecho Civil que, conforme lo prevé el art. 1083 C.C. actual, la reparación puede hacerse “en natura” en cuyo caso el dinero, “al cumplir un rol de satisfacción, posibilita al damnificado distracciones u otro tipo de sensaciones agradables, que le permitan olvidar o al menos mitigar las experiencias dolorosas ya sufridas”⁴⁹.

Una de las primeras manifestaciones del debilitamiento de la noción de dolor o sufrimiento como criterio de identificación del daño extrapatrimonial, es su admisión en las personas sin discernimiento o en estado de vida vegetativo⁵⁰. En tal sentido se decidió que “no se requiere discernimiento para experimentar sufrimiento porque los incapaces de hecho (en el caso un menor víctima de abuso deshonesto) poseen, al igual que los demás seres humanos, derechos inherentes a la personalidad, aun cuando muchas veces no pueden desplegar por sí mismos la actividad que constituye su contenido, por lo que tienen derecho a reclamar el daño moral”⁵¹. Se debe reconocer el daño moral -se decidió en otro caso- aunque “el damnificado no pueda comprender o tomar conciencia del accidente y de la amputación de una de sus piernas por la enfermedad mental que padece pero puede advertir su incapacidad física: antes podía andar, ahora, no; antes podía formar parte del grupo de labor terapéutico, ahora no”⁵². El menor en estado de vida vegetativo sin síntomas de conciencia psicológica, tiene derecho a que le indemnice el daño moral⁵³.

Otra manifestación de la superación del daño moral como equivalente a dolor o sufrimiento se exterioriza en el discutido tema del daño moral en las personas jurídicas, cuestión que registra opiniones divergentes, algunas que se pronuncian por su procedencia⁵⁴ pese a que en doctrina y jurisprudencia mayoritaria predomina el criterio negatorio⁵⁵. Empero, y aun desde la óptica negatoria, se admite el resarcimiento del daño extramatrimonial aunque no como menoscabo anímico o espiritual de la persona jurídica sino como afectación a la imagen comercial⁵⁶.

En la jurisprudencia se registran valiosos antecedentes que a fines de ponderar la entidad y cuantía de la reparación tienen en cuenta parámetros objetivos como retributivos o sustitutivos de la aflicción causada y del interés conculcado. Por ejemplo, en el supuesto en el que una señora fue insultada públicamente, en un salón de baile en el que se desarrollaban “veladas de tango” (se la calificó a ella y a su hija de prostituta), se indemnizó con \$3.000 el daño moral atendiendo a que con esa suma se podía gratificar “accediendo a una muy buena colección de grabaciones de tango y también “para poder viajar un fin de semana en Buenos Aires, disfrutando de los mejores espectáculos tangueros”⁵⁷. En otro precedente el mismo tribunal indemnizó el daño moral padecido por el actor -casado y padre de dos hijos- quién en razón de un erróneo análisis de sangre que se le efectuó al realizarse un examen preocupacional sufrió durante tres años la zozobra de padecer SIDA, diagnóstico que surgía del referido y equivocado informe. Para admitir la procedencia de \$100.000 como resarcitoria del daño moral se tuvo en cuenta que con esa cuantía se podría lograr una gratificación del espíritu, de intensidad similar al dolor padecido, concretando la compra de una casa “sencilla pero propia”⁵⁸. En otro caso de singulares matices de hecho un padre fue privado de su libertad durante 22 días y enfrentó otros graves padecimientos por la falsa denuncia penal de su ex esposa que le atribuyó abuso sexual

del hijo menor de ambos. Para fijar en \$100.000 el daño moral se ponderan factores externos que permitan “trocar el sufrimiento por alegría o placer y producir nuevamente la armonización perdida” considerando que con esa suma el padre podrá: “a) por la privación de su libertad personal por el lapso de veintidós días, gozar de unas vacaciones recorriendo el país durante idéntico lapso de tiempo, porque esas vacaciones son la máxima expresión de la libertad, el opuesto contradictorio al encierro tesis que receipta el precio del consuelo compulsivo que padeció; b) por la privación del contacto con su hijo menor durante años obtener una mejora estructural y/o de comodidades en su casa, generando un más confortable ámbito donde pueda disfrutar placenteramente con su hijo muchos hermosos momentos a lo largo de su vida; c) por su severa afectación al honor adquirir algún objeto material que le reporte placer, que según los gustos podría ser un cambio de automóvil, una lancha, un equipo de audio, o audio-video de categoría, etc.”⁵⁹.

2. Un repaso por los repertorios jurisprudenciales permite arribar a la conclusión empírica de que el umbral o piso a partir del cual las molestias, padecimientos o incomodidades constituyen daño jurídico en la órbita del daño moral ha descendido notablemente⁶⁰.

Se trata de los “daños morales mínimos”, a los que se los concibe como “aquellas angustias, molestias o trastornos provocados a una persona que, aunque no son graves y de envergadura, producen perjuicios que son injustos e inmerecidos, teniendo en cuenta las circunstancias que las generaron y por lo tanto son resarcibles; si se producen y son injustos, no están fuera de la tutela resarcitoria bajo el pretexto de ser mínimos”⁶¹. La jurisprudencia receiptando expresamente ese concepto juzgó indemnizables las molestias, incomodidades o perturbaciones que sufrieron los actores al aguardar durante cuatro horas y media, en un día no laborable y en horas de ocio, que se presentara el espectáculo (la actuación de un grupo bailanero), que finalmente no concurrió⁶². En doctrina también se menciona como ejemplo de “pequeño daño moral” el que padeció quién al ser accidentalmente pinchado por una jeringa cargada de sangre debió aguardar y esperar con angustia el resultado de laboratorio por la incertidumbre que sufrió al no preservarse el material para su análisis posterior⁶³. En otro precedente -ya en el ámbito de la relación de consumo- se indemnizó “la bronca, “rabia”, o malestar derivado del no poder disfrutar del aparato de aire acondicionado adquirido en pleno verano, porque está en el curso normal de las cosas y es dable esperar que cualquier persona media se sienta afectada por no poder disfrutar del confort prometido por el hoy cada vez más necesario aparato de climatización”⁶⁴.

Pero es necesario enfatizar que si bien de los pronunciamientos jurisprudenciales se desprende la procedencia de ciertos daños morales mínimos, la praxis judicial igualmente revela que será necesario superar o sortear un “tope” de lesión a intereses extrapatrimoniales para su admisión. El daño moral de escasa entidad no lo convierte en daño resarcible. Hace tiempo Lorenzetti puntualizaba que en el ámbito de la responsabilidad contractual quedaban en la jurisprudencia afuera del precitado “umbral” los padecimientos menores, los propios del costo del diario vivir, los derivados de la vida cotidiana y del mero incumplimiento negocial, -lo que no era extensible ni al incumplimiento doloso ni a los contratos de consumo-. Advertía que “la admisión generalizada del resarcimiento de perjuicios morales podría crear yacimientos de responsabilidad en casi toda la actividad económica y, dada la subjetividad del sufrimiento frente a los bienes, resultaría imprevisible, redundando en un incremento de precios y del seguro”⁶⁵.

En conclusión: lo cierto es que en la apreciación judicial se efectúa en concreto un “test de medición”, según -en principio- las circunstancias objetivas de la normal tolerancia o convivencia social al evaluarse la entidad cualitativa de la lesión extrapatrimonial. Sólo si se supera cierto estandar de “insoportabilidad” media se configura el piso a partir del cual la molestia, incomodidad o padecimiento adquiere el rango de daño moral resarcible⁶⁶.

Veamos un ejemplo.

Un tribunal decidió que “las dificultades e inconvenientes que el actor tuvo que soportar en su inmueble como consecuencia de los daños provocados por la obra vecina no conforman un verdadero daño moral. El desagrado que pueden producir las filtraciones de agua en el inmueble

como consecuencia de obras llevadas a cabo por el vecino, no es un daño moral, porque tal estado anímico forma parte de los riesgos que se corren diariamente en la ciudad”⁶⁷. En cambio, y con similar (aunque no idéntico) plafón fáctico, la doctrina de otro fallo de fecha más reciente pregona que “los padecimientos ocasionados a la actora en su edificio, tales como grietas en paredes, pisos y revestimientos, no reducibles a simples molestias o incomodidades, producen menoscabo en la forma más profunda de sus sentimientos, causando el dolor que es dable suponer, en tanto las fallas edilicias irrumpen en el desarrollo normal de la convivencia y suscitan expectativas y angustias que exceden los límites medianamente tolerables en el común de las personas”⁶⁸. Se advierte que el parámetro computable (aun como “consuelo”) es la entidad cualitativa del interés extrapatrimonial conculcado.

Veamos otro ejemplo: se rechazó por mayoría el resarcimiento del agravio moral a la compradora de una pileta de lona con una falla, que produjo la pérdida de agua y su imposibilidad de uso durante el verano. Si bien el voto en minoría entendió que el daño moral está personificado en la “falta de respeto” que ocasiona la aflicción de la actora que es consecuencia de la entrega de una cosa con vicio y de la tardanza en el cambio de la lona, la mayoría juzgó con criterio restrictivo la procedencia del daño moral contractual considerando también que existió una propuesta de reparación o cambio y que además había hecho uso (aunque limitado) de la pileta, entendiendo que la desilusión o frustración que pudo haber generado la conducta de la demandada no se corresponde con padecimientos espirituales extraordinarios de la reclamante para dar fundamento a la indemnización por daño moral”⁶⁹.

Está presente, de modo claro, la movilidad del contenido (el “cuando”) del daño moral.

B. La amplificación de los supuestos de daño moral resarcibles.

1. Hace tiempo destacaban Alterini y López Cabana que el resarcimiento del daño moral se extendió al contrato de transporte terrestre, con fundamento en el art. 184 del Cód. de Comercio, y también a la afectación del “derecho moral” del autor en materia de propiedad intelectual”⁷⁰.

El crecimiento cualitativo del daño moral se verifica en diferentes y amplificadas relaciones jurídicas determinantes del deber de resarcir.

Así, por caso, en el derecho laboral existe consenso en que no quedan subsumidos en la indemnización tarifada otros daños que se le han generado al trabajador por el distracto, como en casos en los que el despido se sustenta en una falsa denuncia de delito o en la imputación de una falta grave. Por ejemplo se admitió la reparación por la separación ilegítima del agente público pues no cabe duda que ello provoca en el damnificado intranquilidad y sufrimientos”⁷¹; por el despido en base a una denuncia penal en la que se determinó su inocencia⁷²; por las inquietudes derivadas del clima de hostilidad en el ámbito laboral, en el cual la actora era hostigada, procurando su renuncia⁷³; o por la actitud persecutoria de la ex empleadora que presionó a la nueva empleadora para que despidiera a la demandante⁷⁴.

En el derecho de familia se admite el daño extrapatrimonial por caso en los supuestos de omisión incausada de reconocimiento del hijo biológico⁷⁵; en el divorcio culpable, en la abstención de cumplir como la prestación alimentaria, entre otros otros⁷⁶.

También en los incumplimientos negociales se expande el daño moral.

Empero debe señalarse que en los contratos paritarios su admisión es más rigurosa sosteniéndose, en principio, que “el resarcimiento del daño moral contractual debe ser interpretado con criterio restrictivo para no atender a reclamos que obedezcan a una susceptibilidad excesiva o carezcan de significativa trascendencia jurídica”⁷⁷ o en “inquietudes corrientes del mundo de los pleitos o de los negocios”⁷⁸.

Empero, esa tendencia rigurosa no tiene aplicación en los contratos de consumo, ámbito en el que por ejemplo: se ordenó indemnizar el daño moral provocado por una publicidad engañosa en la que figuraba que una carrera de danzas otorgaba un título para ejercer esa especialidad y otorgaba puntaje en juntas de calificación⁷⁹; por el actuar negligente del banco a raíz del cual el actor apareció como incumplidor frente al sistema financiero y crediticio⁸⁰; por el incumplimiento de la obligación de cobertura de la compañía de seguros frente al robo del automotor⁸¹, por las privaciones del servicio eléctrico, durante un lapso de siete días, con los

innumerables inconvenientes que ello acarrea, al grupo familiar ⁸²; por los trastornos por la demora a la afiliada de la obra social quien solicitando urgente prestación de servicios, por padecer un infarto fue atendida con una importante demora ⁸³.

En la relación bancaria entre un ciudadano croata que debía viajar a su país de origen para resolver negocios inmobiliarios se indemnizó el daño moral contractual sufrido pues se acreditó que por un mal asesoramiento de la entidad financiera se vio imposibilitado de realizar las transacciones para las que había viajado al no poder retirar dinero del cajero automático, como le habían asegurado en el banco ⁸⁴.

2. En catálogo parcializado, y apenas meramente descriptivo, pueden mencionarse otros diversos supuestos provenientes de diferentes relaciones jurídicas como ejemplos ilustrativos de la movilidad descendente del umbral y de la expansión del daño extrapatrimonial ⁸⁵.

En primer lugar es necesario recordar precedentes jurisprudenciales señeros en los que se admitió la procedencia del daño moral, marcando un rumbo ampliatorio. Por caso el derivado de la falta de entrega de la documentación para la transferencia de un automotor ⁸⁶; por el no funcionamiento del sistema de refrigeración del local contratado para recepciones ⁸⁷; por el incumplimiento del vendedor de la entrega del automóvil comprado si los adquirentes vieron frustrado por ello la posibilidad de realizar su viaje de bodas con el rodado ⁸⁸; por el corte del servicio de televisión por cable por la privación de goces y satisfacciones comprensivas de actividades no lucrativas como las artísticas y deportivas ⁸⁹; por la excesiva mora en el cumplimiento de la obligación de escriturar ya que la vendedora conocía que los actores había adquirido la casa para instalar allí su hogar matrimonial y lo habían comprado días antes de contraer matrimonio ⁹⁰; por la omisión culpable de inscribir la transferencia de un vehículo ⁹¹; por la privación del uso de la heladera por defectos de fabricación misma en reiterados períodos, algunos en verano, los frecuentes e inútiles servicios de reparaciones han producido en el comprador molestias, ansiedades y una mortificación evidente ⁹²; por la postergación del casamiento por la falta de entrega de la casa comprometida situación que lo perjudicó anímicamente ⁹³.

En cambio persiste la doctrina de que la mera privación de bienes materiales no genera daño moral resarcible (en el caso por la rotura de un faro trasero de un automóvil y la abolladura de una de sus puertas), porque si bien son capaces de generar mal humor ello es el precio que se debe tributar por el cotidiano disfrute de los beneficios y comodidades de la vida urbana de nuestros días ⁹⁴. En cambio se concedió indemnización a raíz de los sinsabores y angustias sufridas por el dueño por la indisponibilidad del auto durante casi dos meses, como consecuencia del estacionamiento en un parquímetro deteriorado, lo que motivó su secuestro y muchas dificultades para recuperarlo ⁹⁵.

En referencias jurisprudenciales más recientes se receptó el daño moral por:

- la pasividad del conductor y productor del programa de televisión frente a las injurias vertidas por un invitado contra un tercero e invitarlo a programas sucesivos en los que persistió con los insultos ⁹⁶;

- por las sospechas infundadas de hurto en un supermercado, demorando a la salida al actor quién fue llevado a empujones a una habitación ⁹⁷;

- por la errónea descalificación en un concurso televisivo, en el que no se tuvo por válida la respuesta de la actora ⁹⁸;

- por el acoso sexual que sufrió una pasajera de la línea de colectivos en la que viajaba por el chofer ⁹⁹;

- por el retraso en el servicio aéreo a raíz del cual el pasajero perdió dos días de viaje ¹⁰⁰; por el denominado “daño a las vacaciones arruinadas” ¹⁰¹ y por la pérdida de tiempo derivada del incumplimiento del contrato de transporte aéreo de personas y la desconsideración en la atención a los pasajeros ¹⁰²;

- por la errónea publicación de la muerte de la reclamante en uno de los diarios más importantes del país y no obstante la posterior rectificación de la noticia ¹⁰³;

- por la difusión pública de su retrato sin su autorización ¹⁰⁴;
- por la difusión masiva de la imagen de un espectador a quien durante un partido de fútbol se lo filmó en forma particular durante buena parte del mismo, pidiendo insistentemente el conductor del programa radial a la cámara que lo filmara, burlándose por la peluca que usaba ¹⁰⁵;
- por la privación de energía eléctrica por más de diez días, lo cual le impidió disfrutar de un básico nivel de vida; no pudiendo el grupo familiar contar con luz en las horas nocturnas ni con heladera para mantener los alimentos y bebidas, ni con los cotidianos esparcimientos que reportan los aparatos de televisión, audio y video ¹⁰⁶;
- por el abrupto incumplimiento de una promesa formulada públicamente a una joven artista de que sería contratada para participar en un reconocido programa de televisión, comprendiendo además la repercusión pública que tuvo el hecho ¹⁰⁷
- por la errónea información crediticia, en virtud de la cual la actora fue calificada de morosa de una tarjeta de crédito cancelada desde hacía tres años ¹⁰⁸.

En similar tendencia se admitió el daño extrapatrimonial:

- por la publicación indebida del teléfono y nombre de pila de la actora en la sección del diario de ofrecimiento de servicios sexuales, lo que la afectó moral y psicológicamente a ella y a sus hijos menores ¹⁰⁹;
- por la difusión en Internet de la imagen de una modelo, sin su consentimiento, la que sólo había cedido sus derechos de imagen para publicarla en medios gráficos, lo que no es extensivo a Internet que es un medio digital ¹¹⁰;
- por los mensajes injuriosos en Internet a los esposos a los que atribuían adulterio ¹¹¹;
- por las injurias proferidas telefónicamente ¹¹²;
- la invasión a la privacidad por las reiteradas llamadas telefónicas equivocadas, porque el establecimiento comercial no puso en conocimiento de sus proveedores y de su clientela el cambio de número de sus líneas telefónicas y continuó divulgando como propio un teléfono adjudicado a un tercero ¹¹³.

C. El daño moral colectivo

El daño moral colectivo es el sufrido por una pluralidad de sujetos al conculcarse sus intereses extrapatrimoniales no reprobados por la ley, que no son susceptibles de apropiación ni de fraccionamiento individual y resulta autónomamente diferenciado de otros daños singulares o plurales. Consiste en la lesión en la esfera social de una clase o categoría de sujetos por el menoscabo de bienes públicos o por la afectación global de intereses no patrimoniales colectivos que tienen una base fáctica común, aun sin previa relación jurídica entre las personas físicas. Es el que atiende a la dimensión social del hombre en su afección colectiva extrapatrimonial ¹¹⁴. Si bien la denominación más usual es la de daño moral colectivo también se lo identifica como daño moral grupal; Cafferatta suele llamarlo daño moral ambiental colectivo ¹¹⁵; Zavala de González utiliza el plural: “los daños morales colectivos” ¹¹⁶; Kemelmajer de Carlucci alude al “daño moral a los valores culturales” ¹¹⁷ y en esa tendencia se lo vincula con el patrimonio cultural inmaterial ¹¹⁸.

Nosotros preferimos mantener la expresión más conocida y difundida de daño moral colectivo o grupal porque, en singular, da cuenta con mayor especificidad que el legitimado activo es el conjunto (el grupo) y no la suma de los daños individuales (lo que se podría inferir al utilizarse el plural). Si bien el daño moral colectivo no tenía un expreso reconocimiento normativo como el daño moral singular (arts. 1066, 1067, 1078, 522 y conec. C.C.) sostuvimos, antes de la vigencia de la Ley General del Ambiente 25.675, que le confería suficiente andamiaje la jerarquía constitucional de los derechos de incidencia colectiva (arts. 41,42 y 43 C.N.), los pactos internacionales sobre derechos humanos (art. 75 inc. 22) y las normas infraconstitucionales que los reglamentan desde distintos ángulos (v.gr ley 24.240 de Defensa de los Consumidores t.o. ley 26.361 y, luego, ley 25.197 de Protección del Patrimonio Cultural, entre otras).

Empero con la sanción de la Ley General del Ambiente 25.675 se reconoció explícitamente el rango legal del daño moral colectivo porque lo contempla el art 27 que define al daño ambiental de incidencia colectiva como “toda alteración relevante que modifique negativamente el ambiente ... o lo bienes o valores colectivos”. Puntualiza Lorenzetti que la ley introduce claramente el resarcimiento del daño moral colectivo cuando se mencionan “los valores colectivos”¹¹⁹. En concordante orientación entendemos que se pronuncia Kemelmajer de Carlucci porque señala que el daño ambiental colectivo, según la concepción legal, incluye al daño moral colectivo que es el derivado de la afectación de los valores culturales¹²⁰. También Cafferatta se ocupa puntualmente del instituto que denomina daño moral ambiental colectivo al analizar los distintos supuestos de configuración del daño ambiental (lesiones a bienes colectivos, al patrimonio común, a los valores culturales). Explica que “los “valores colectivos” apuntan a “una serie de creencias, costumbres, la significación o importancia colectiva de una cosa, cualidades de algunas realidades llamadas bienes por las cuales son estimables, valores espirituales o morales, representados a su vez por tradiciones, estimaciones, conocimientos, apreciaciones de carácter colectivo, cultural o social”¹²¹.

En sentido igualmente complementario a fines de considerar otros bienes colectivos pueden tenerse en cuenta “los bienes culturales” que integran el denominado Patrimonio Cultural. La ley 25.197 centraliza el ordenamiento de datos de los bienes culturales de la Nación “en el marco de un sistema de protección colectiva de su patrimonio” y define a los “bienes culturales”, como” todos aquellos objetos, seres o sitios que constituyen la expresión o el testimonio de la creación humana y la evolución de la naturaleza y que tienen un valor arqueológico, histórico, artístico, científico o técnico excepcional¹²².

La cuestión que se plantea radica en el alcance general, como principio, del daño moral colectivo, toda vez que su reconocimiento normativo expreso sólo alude al daño ambiental colectivo (patrimonial y extrapatrimonial) comprendido en ese régimen legal microsistémico. Ello no obsta que, en nuestra opinión, se extienda por analogía la base conceptual de este tipo genérico de daño a otros supuestos no comprendidos en la materia ambiental. En definitiva: el daño moral colectivo tiene sustento normativo expreso y autónomo en la Ley General del Ambiente para el supuesto de daño ambiental, en cuyo caso se aplican todos los principios y normas que le son propios; y, por analogía, su estructura conceptual es trasladable a los restantes casos ajenos al daño ambiental los que rigen las normas generales de la responsabilidad civil.

La noción de daño moral colectivo fue introducida en el derecho argentino por Morello y Gabriel Stiglitz en 1984, en las Segundas Jornadas Sanjuaninas de Derecho Civil cuando sostuvieron “que existe un daño moral colectivo, diferente del que pueden experimentar una o varias personas y que se cristaliza en lesiones que son actuales y concretas no tanto sobre bienes propios y exclusivos de los particulares sino de los intereses de los grupos o colectividades globalmente damnificados. En ese evento científico Mosset Iturraspe adhirió al pertinente despacho de comisión y luego lo auspició desde la doctrina¹²³.

“De lo que se trata siempre es de la preservación del bien colectivo, -acota Lorenzetti- no sólo como afectación de la esfera social de un individuo, sino del bien colectivo como un componente del funcionamiento social y grupal. Por ello, cuando se lo afecta, el daño moral está constituido por la lesión al bien en sí mismo, con independencia de las repercusiones patrimoniales que tenga, y fundándose en que se lesiona el bien colectivo en su propia existencia o extensión. De modo tal que el perjuicio inmaterial surge por la lesión al interés sobre el bien, de naturaleza extrapatrimonial y colectiva”¹²⁴.

La doctrina nacional marcadamente mayoritaria se pronuncia a favor de la existencia ontológica del daño moral colectivo y buena parte de esa doctrina abrió el debate al dictarse el fallo conocido como “Las Nereidas” o “Municipalidad de Tandil contra La Estrella S.A” y a partir entonces se viene definiendo y enriqueciendo el instituto con aportes, discusiones, coincidencias y discrepancias¹²⁵. En la corriente minoritaria dos calificados autores -Saux y Zannoni- se han pronunciado en contra del daño moral colectivo negando su existencia ontológica y Pizarro modificó su criterio inicial adhiriendo ahora a la tesis prevaleciente¹²⁶. Las objeciones se fundan en que la necesaria pluralidad de legitimados activos -al que

eventualmente podría adicionarse su inorganicidad o el real desconocimiento de la cantidad de afectados que pudieran registrarse- torna sumamente riesgoso y dificultosa la identificación de los damnificados y la prueba y cuantificación de la indemnización; en la ausencia del requisito de la personalidad del daño por no existir sujeto individual lesionado; en la improcedencia de la tutela resarcitoria colectiva y en la confusión del daño moral colectivo con los daños punitivos. En muchas y anteriores oportunidades, a las que nos remitimos para evitar repeticiones innecesarias, intentamos dar respuesta a esas observaciones ¹²⁷. Puntualizamos brevemente que se cumplimentan los requisitos de la personalidad del daño moral colectivo, el que atiende a un interés lícito que el damnificado directo es el grupo o colectividad y que la problemática está dominada por el proceso colectivo y por el destino también colectivo de la indemnización y que el instituto procura la unidad del fenómeno resarcitorio Por lo demás los daños punitivos -como lo hemos sostenido antes- si bien tienen puntos de contacto con el daño moral colectivo, es un instituto intrínseca y finalísticamente diferente; ambos tienen distinta naturaleza y funciones (art. 52 bis, Ley 26361 Defensa del Consumidor)

En “Mendoza”, la Corte Suprema, calificó al bien colectivo “como el que pertenece a la esfera social y transindividual” en cuyo caso el daño que “un individuo causa al ambiente se lo está causando a sí mismo”, porque “la mejora o degradación del ambiente beneficia o perjudica a toda la población” ¹²⁸.

En lo atinente a la legitimación activa el damnificado directo es el grupo o categoría (art. 1078 C.C. 27 LGA). La representación colectiva -como todo supuesto de daño transindividual o colectivo- es un problema de legitimación procesal; y la modalidad de la reparación -prevenir, recomponer o indemnizar (*in natura* o en dinero)- es, también, una cuestión propia de la reparación del daño colectivo, sea éste patrimonial o extrapatrimonial. Y el daño moral colectivo es un daño supraindividual extrapatrimonial e indivisible. Esta problemática de la legitimación es compartida tanto entre la legitimación por daño moral singular como por la inherente a la legitimación colectiva por lesión a bienes colectivos ¹²⁹. En el daño moral colectivo cada uno de los miembros de la clase o categoría “se protege a sí mismo y al mismo tiempo, en un área de significación, protege a todos los demás” ¹³⁰.

En cuanto a la legitimación pasiva están obligados a la reparación todos los dañadores; y el Estado es legitimado pasivo cuando es sujeto dañador. La dificultad que puede presentar la legitimación pasiva plural es muy similar a la del derecho ambiental (arts. 27, 30, 31 y concs. LGA) ¹³¹, por lo que no hay motivos atendibles para excluir al Estado de la obligación de resarcir. Además la eventual condena (sea o no al Estado) a reparar el daño colectivo no se agota en el resarcimiento dinerario sino que, además de la prevención, admite imposiciones de hacer (restaurar o recomponer el bien lesionado) y, agotadas sus alternativas modalizadas, la obligación de dar se destina a patrimonios públicos. Fracasada la prevención y acaecido el daño, no siendo posible la recomposición del bien colectivo afectado, o ya producidos sus efectos lesivos pese a su restauración, la reparación puede resultar compensatoria, por ejemplo con la ejecución de obras sustitutivas o equivalentes a la pérdida extrapatrimonial verificada, o -lo que es lo más típico- la indemnización dineraria que cumple su función colectiva destinándosela a patrimonios de afectación. En materia ambiental el art 34 de LGA otorga soporte normativo a esa reparación modalizada.

Entre los antecedentes jurisprudenciales podemos mencionar en apretada síntesis, el precedente “Municipalidad de Tandil contra La Estrella “o también conocido como “Las Nereidas” ¹³², en el que se admitió el daño del extrapatrimonial colectivo de la comunidad de Tandil y de los ocasionales visitantes de ese centro turístico provocado por la afectación a un bien del dominio público municipal (un grupo escultórico, emplazando en la vía pública) y cuya legitimación activa asumió la Municipalidad. Se otorgó una indemnización dineraria con su específica afectación a una partida del presupuesto que debía constituir el Concejo Deliberante, que es la autoridad competente conforme la Ley Orgánica Municipal y la Constitución de la Provincia de Buenos Aires, para destinar “el aporte concreto al goce estético de residentes y habitantes” de la ciudad. Se decidió que el daño moral grupal es el que comprende a un grupo o categoría que, colectivamente y por una misma causa global, se ve afectada en derechos o intereses de subida significación vital que son tutelados de modo preferente por la Constitución

y la ley. El daño asume la condición de cierto sólo en relación al grupo o categoría, mas no singularmente respecto de sus miembros, titulares de cada fracción del interés menoscabado. El destino de la indemnización se liga con el matiz de lo social, pues debe afectarse a un fondo de recuperación, reconversión o eliminación de las causas del daño colectivo. Se configura -en definitiva- un supuesto de daño colectivo extrapatrimonial por la privación del uso, goce y disfrute de un bien relevante del dominio público municipal (art. 2341 C.C.).

Más recientemente otro precedente (“Casa Millán”) recogió el instituto ¹³³. Se trató de la demolición de un bien que, aunque perteneciente al dominio particular, integraba el patrimonio natural, cultural e histórico de la ciudad de Buenos Aires porque el bien lesionado (la “Casa Millán”) era la construcción más antigua del barrio de Flores, su estructura era original, y perteneció a uno de los cofundadores del pueblo de San José de Flores ; por lo tanto pertenecía a esos fines a todos los habitantes de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires. Se argumentó que “el daño al patrimonio cultural de la comunidad es irreparable porque resulta imposible la recomposición material del bien a su estado original. Sin embargo se puede hallar una recomposición del bien jurídico afectado (el patrimonio cultural) mediante una compensación del daño moral colectivo. Este último resarcimiento resultará adecuado en la medida que su destino sea afectado a la preservación, recuperación y difusión del patrimonio cultural (cualquiera sea su régimen jurídico y titularidad) a la historia de la ciudad y de sus barrios”. Dado que lo único que se conservó de la demolición fue la puerta del inmueble, se condenó al Gobierno de la Ciudad a emplazarla en una plaza del barrio “ difundiendo así la historia cultural del bien, con el propósito de salvaguardar la memoria y conocimiento del pasado y en defensa de la identidad cultural presente y futura “. También se condenó a la empresa codemandada (que pese a estar notificada de la medida cautelar que dispuso la suspensión de la demolición la concretó) a colocar una placa recordatoria en el lugar de ubicación originaria de la casa. Es importante destacar que la legitimación activa la asumió el Defensor del Pueblo de la Ciudad de Buenos Aires y que el destino de la indemnización colectiva tuvo una afectación pública específica. “La Defensoría del Pueblo de la Ciudad de Buenos Aires (en tanto actor indiscutido de los derechos colectivos vinculados con la memoria histórica y el patrimonio cultural y órgano constitucionalmente habilitado para accionar por su preservación y cuidado) debe ser la receptora natural de las sumas que resultan de la indemnización de condena”. Se dispuso expresamente que los fondos deberán aplicarse a proyectos de preservación, recuperación y difusión del patrimonio histórico local por medio de un programa que deberá llevar a cabo la Comisión de Patrimonio Histórico de la Ciudad.

En conclusión: al destino colectivo de la indemnización de condena se añadieron las otras dos mencionadas imposiciones judiciales de hacer :al Gobierno de la Ciudad a emplazar la puerta recuperada de la demolición en una plaza, y a la empresa constructora a colocar una placa conmemorativa de la historia de la Casa Millán, asignando también destino colectivo a ambas y separadas condenas complementarias ¹³⁴.

2. Consideraciones sobre el “quién” (la legitimación por daños)

A) El art. 1078 C.C. confiere legitimación al damnificado directo y en caso de muerte de la víctima a los herederos forzosos y el art 1080 C.C. al marido y a los padres por las injurias contra su esposa y los hijos ¹³⁵.

El primer escollo interpretativo radicó en el inicial criterio restrictivo que entendía que revestían la condición de herederos forzosos únicamente quienes estaban habilitados según las normas del derecho sucesorio. Empero prevalece ahora la tesis amplia que sostiene que herederos forzosos no son sólo quienes tenían concreta vocación hereditaria en el momento de la muerte del causante sino también los que resultan legitimarios potenciales, con vocación hereditaria eventual, que podían quedar desplazados en la sucesión del difunto, como es el caso de los padres por la muerte de sus hijos casados o con descendencia (art. 3576 C.C.). Esta es la interpretación de la Corte federal ¹³⁶, criterio que reiteró al admitir el daño moral de los progenitores de la víctima además del daño moral del esposo e hijo menor ¹³⁷. Es también la

solución de la jurisprudencia plenaria de los tribunales nacionales ¹³⁸, de la Suprema Corte de Mendoza ¹³⁹, y de la Suprema Corte bonaerense que abandonó su doctrina anterior ¹⁴⁰.

La mayor flexibilidad exegética de la *condictio iure* de “herederos forzosos” condujo, con beneplácito de la doctrina, a indemnizar al progenitor por “el daño moral causado por la muerte del hijo concebido no nacido, toda vez que dicha muerte implica, la muerte de un hombre, sin otro matiz diferencial con el homicidio que el de que la víctima es un ser humano no nacido, lo que implica que el supuesto encuadra en la última parte del art. 1078 del C.C. (arts. 63, 70, 74 Convención sobre los Derechos del Niño, Pacto San José de Costa Rica)” ¹⁴¹. También se admitió la legitimación del hijo concebido para requerir el daño moral por la muerte del padre (art. 68 C.C.) ¹⁴².

B) Sin embargo, y pese al ingente esfuerzo exegético para no excluir damnificados indirectos que padecen fundadas y legítimas afecciones morales por el fallecimiento de su pariente, el obstáculo que proviene de la restricción legal del citado art. 1078 Código Civil es insalvable.

Para sortear ese escollo y ampliar la procedencia del daño extrapatrimonial en la esfera aquiliana se han acudido a diferentes arbitrios interpretativos, que en esencia, consisten en:

- Aplicar por analogía el art. 1079 C.C., criterio exegético desestimado por la doctrina y jurisprudencia porque se trata de una norma genérica desplazada específicamente por la norma particular del art 1078 C.C. en el daño moral ¹⁴³. Sin embargo ello no obsta recordar algunos pronunciamientos judiciales en los que, por caso, se otorgó legitimación al esposo por las lesiones sufridas por su cónyuge en un accidente de tránsito “aunque haya resultado ileso pues la mujer integra el círculo afectivo más estrecho del actor quien pudo sentir comprometidas sus legítimas afecciones” ¹⁴⁴. También se decidió que es inaplicable la limitación impuesta por el art. 1078 C.C. y se indemnizaron las afecciones personales que sufrieron los padres de la víctima como consecuencia de la lesión padecida por su hijo menor -amputación de la pierna- por mala praxis médica porque reclamaron por derecho propio el reconocimiento de ese rubro (sus trastornos emocionales por la lesión física y el peligro de vida que sufrió su hijo) ¹⁴⁵. Empero un precedente aislado más reciente, retomando en cierta medida esa línea interpretativa, se sentenció que resulta inaplicable el art. 1078 C.C. y se otorgó la legitimación del damnificado indirecto acudiendo el art. 1079 C.C., admitiendo así, y con esos fundamentos, el daño moral de los progenitores por la gran discapacidad del hijo que sobrevivió a una mala praxis en el parto ¹⁴⁶.

- Considerar que los daños a las personas constituyen una tercera categoría de daño autónomo que se acopla o suma al daño material y al moral. Esta posición hermeneútica carece en nuestra opinión de base normativa en el ordenamiento legal argentino ¹⁴⁷.

- Prescindir del encuadre aquiliano, y por consiguiente del art 1078 C.C., procurando ensanchar los casos de aplicación del art 522 C.C. que rige en la responsabilidad contractual, particularmente en casos de mala praxis médica. Por ejemplo en un precedente de la Corte Suprema de la Nación la minoría decidió que era arbitraria la sentencia que denegó el daño moral de los padres reclamado por derecho propio y por el incumplimiento del contrato de servicios médicos si sólo se tuvieron en cuenta las normas de la responsabilidad extracontractual y no las contractuales mencionadas en la demanda. De ese modo hizo lugar a un recurso extraordinario y casó la sentencia que rechazó el daño moral de los padres del menor que como consecuencia de una mala praxis médica sufrió ceguera, incontinencia, sordera e imposibilidad para comunicarse ¹⁴⁸. En esa tendencia interpretativa se admitió el daño moral de los padres, además del que sufrió la menor discapacitada, aplicando el art. 522 C.C. también para ellos ¹⁴⁹. Se decidió que cuando los progenitores contratan con un médico o una clínica la atención de la salud de un hijo menor de edad no lo hacen exclusivamente a nombre o representación de este último y sólo por un deber legal, sino por un interés propio tratándose de una estipulación a favor de terceros o de un contrato que contiene una estipulación, por lo que la relación es contractual ¹⁵⁰. Este enfoque más nuevo se suma a una jurisprudencia anterior, y minoritaria, que desde la órbita contractual reconoció legitimación a la madre por su perjuicio extrapatrimonial, además del acordado al menor, por su discapacidad (un cuadro de oligofrenia) en un supuesto

de responsabilidad médica ¹⁵¹. También de modo excepcional se reconoció el daño moral de la progenitora que padeció “uno de los máximos dolores al alumbrar un bebé discapacitado” y por la “directa afectación de sus aflicciones legítimas” ¹⁵². En un fallo se resolvió conceder daño moral a los integrantes de una familia cuya hija menor había sido sustraída de la maternidad reconociendo que el grupo familiar en su conjunto se había visto afectado. Se basó fundamentalmente en los tratados internacionales, y en la norma particular del art. 522 C.C. por la reparación del agravio moral en el ámbito contractual ¹⁵³. En la responsabilidad contractual y por la incapacidad total provocada a la menor recién nacida se les concedió indemnización por daño moral (tanto a la madre como a la hija) con fundamento en el art. 522 del C.C. entendiendo que ambas se hallan legitimadas como damnificadas directas ¹⁵⁴.

- En una ocasión un voto en minoría receptó una postura amplia que distingue dos etapas a fines de juzgar la legitimación activa de los damnificados indirectos :antes y después de la muerte de la víctima. En ese singular precedente se admitió el daño moral de los padres en ambos supuestos, ponderando: en la primera etapa -coetánea y posterior al accidente- el daño extrapatrimonial de los padres a raíz de que el que el hijo sufrió graves padecimientos en razón de su gran discapacidad, requiriendo de la atención de sus progenitores. En la segunda etapa, la que sobreviene a la muerte del causante, rige el art 1078 C.C., que es el único supuesto previsto legalmente en el que la legitimación nace *ipso iure* en cabeza de los herederos forzosos como damnificados indirectos. Argumenta que “no hay norma sino desde la fecha de la muerte lo que no empece considerar las circunstancias dolorosas vividas por los padres en la etapa que le precedió” ¹⁵⁵.

- En otro precedente judicial un voto en minoría al juzgar el daño moral de los padres en caso de gran discapacidad del hijo que sobrevivió, entendió que ellos también son damnificados directos, porque sufrieron “ellos mismos en sus afectos, de modo inmediato. Damnificado directo es el que por sí mismo sufre el daño moral, sin intermediarios, el directamente lastimado o mortificado” ¹⁵⁶. En ese antecedente otro juez hizo referencia al criterio predominante en la materia y con acopio de doctrina puntualizó :damnificado directo es la persona que sufre un daño en calidad de víctima inmediata del suceso; damnificados indirectos son los demás sujetos distintos de la víctima inmediata que también experimentan un perjuicio a raíz del hecho, es quién lo sufre por vía refleja ¹⁵⁷.

- Otros tribunales sostienen que siendo de aplicación el supuesto de responsabilidad civil extracontractual rige el art 1078 C.C. y que el único mecanismo válido para prescindir de esa base normativa consiste en la remoción de la valla legal mediante su declaración de inconstitucionalidad ¹⁵⁸. Algunos autores predicen la invalidez de la limitación que impone el art 1078 C.C. aunque diferencian diferentes supuestos, distinguiendo el vínculo afectivo con la víctima; así por ejemplo, se la confieren por vía de principio a los hermanos ¹⁵⁹. Otra postura que podría calificarse de intermedia sostiene que no puede afirmarse siempre una inconstitucionalidad *in abstracto* y que en todos los casos corresponde discriminar las distintas situaciones del damnificado, la concreta prueba del caso, distinguiendo entre legitimación y prueba, criterio juzgado para el puntual análisis de del art 1078 C.C. en cuanto le deniega habilitación legal a los hermanos ¹⁶⁰. Nosotros desde la judicatura hemos adherido a esta posición.

C. Este último arbitrio interpretativo es el que más se ha difundido últimamente verificándose un rico casuismo judicial que declaró la inconstitucionalidad de la norma ya mencionada, incluso a veces de oficio.

Así por ejemplo se juzgó que la exclusión de los algunos legitimados indirectos es contraria al bloque de constitucionalidad local y transnacional reconociendo la legitimación :

- a la concubina en caso de fallecimiento de la víctima, pese a no ser heredero forzoso, porque esa exclusión es irrazonable dada la equiparación afectiva y existencial entre cónyuge y concubino ¹⁶¹;

- a los padres por la gran discapacidad del hijo menor producida por una mala praxis médica en un “leading case” de la Suprema Corte de Justicia de Buenos Aires que mereció la aprobación de la doctrina y comienza a ser trasladada, con mesura, a los tribunales bonaerenses

inferiores ¹⁶². También una Sala de la Cámara Civil y Comercial Federal sostuvo que “es inconstitucional el art. 1078 del C.C. en cuanto establece que la acción por indemnización del daño moral sólo competará al damnificado directo, para permitir a los padres el resarcimiento por la angustia y dolor sufridos por su hijo nacido pretérmino severamente incapacitado a causa del accionar médico” ¹⁶³.

- a la hija por la discapacidad de la madre que sobrevive ¹⁶⁴;

- al hermano del damnificado directo fallecido ¹⁶⁵. Nosotros, desde otro lugar y como lo anticipamos, nos pronunciamos por la constitucionalidad del art. 1078 C.C. en cuanto excluye a los hermanos, cuando sostuvimos la regla general y abstracta contenida en el art. 1078 del C.C. que no admite la legitimación activa de los hermanos como damnificados indirectos no es incompatible con la Constitución Nacional; y la regla especial que podría, en casos particulares, determinar en concreto su inconstitucionalidad requiere de un análisis pormenorizado de las circunstancias del caso que debería tener particularmente en cuenta diversos parámetros. Así, y entre otros: la edad y relaciones afectivas de los hermanos; la convivencia entre sí; la existencia o no de otros hermanos; los especiales vínculos de unión, el rol económico del hermano de acuerdo con la estructura y situación económica de la familia; los roles vicarios de hermanos mayores en caso de muerte o abandono paterno; la dependencia de hermanos enfermos o discapacitados respecto de hermanos o hermanas con autonomía económica; la dependencia de hermanas solteras o viudas; la dependencia recíproca de hermanos adultos o ancianos, en general solteros o carentes de autonomía familiar materializada con convivencia y conjunción de recursos propios; la interdependencia surgida de la integración de empresas familiares. Además, y sin confundir la legitimación para reclamar el daño moral con la prueba de su existencia, sostuvimos que “es gravitante ponderar un dato de la realidad judicial cotidiana: los damnificados indirectos para reclamar el daño moral por ilícitos extracontractuales como herederos forzosos al que los habilita la ley están alcanzados por una suerte de “presunción de daño”, en la que ambas mociones jurídicas (legitimación y prueba) están muy emparentadas. Opera, de facto, una especie de daño *in re ipsa*, lo que puede ser totalmente exacto en ciertos supuestos, por v.gr. el daño moral de los padres por el fallecimiento de los hijos, el más grave de todos los sufrimientos. En muchos supuestos la legitimación por daño moral viene acompañada de una especie de presunción de su existencia, con un “piso” o “umbral” casi siempre aceptado. Por ello la admisión indiscriminada de los hermanos (u otros) legitimados activos no es tolerable, precisamente, por esa suerte de equiparación en la práctica entre legitimado y daño” ¹⁶⁶. En definitiva: en circunstancias excepcionales en las que se pruebe de modo cierto, claro e indubitado la existencia del daño extrapatrimonial, podrá operar -luego- la remoción del obstáculo legal limitante -la legitimación- que constituye obviamente un presupuesto previo. En conclusión: sólo una vez que en concreto se pruebe la existencia del daño moral del hermano podría -en proceso de razonamiento judicial argumentativo inverso- invalidarse la exclusión legitimatoria que prevé el art. 1078 del C.C. Otros prestigiosos tribunales bonaerenses se sumaron a esta postura ¹⁶⁷. Sin embargo, y fuera del debate expreso de la compatibilidad constitucional del texto del art 1078 C.C., la orientación jurisprudencial pregona que “debe desestimarse la indemnización que en concepto de daño moral pretende recibir el hermano de la víctima que falleció en un accidente de tránsito, pues aquél no reviste el carácter de heredero forzoso del occiso, condición requerida por el art. 1078 C.C. para la procedencia del resarcimiento” ¹⁶⁸.

En definitiva y centrándonos en la norma citada de modo genérico, en la actualidad el criterio que prevalece es “que no puede obviarse la aplicación del art 1078 C.C. que sólo reconoce legitimación al damnificado directo, salvo la hipótesis de muerte de la víctima o injurias contra familiares sin declara previamente para el caso la constitucionalidad del precepto” ¹⁶⁹.

V. Conclusiones

El daño moral exhibe en la actualidad diversas aristas conflictivas, vinculadas particularmente a la legitimación de los damnificados indirectos y al criterio de cuantificación, es decir al “quién” y “cuánto” por daño moral. Y aunque la cuestión no es pacífica en lo atinente al “cuándo” hay daño moral, esto es a los supuestos fácticos en lo que procede, no puede desconocerse el aporte clarificador de la Reforma del Código Civil de 1968, y el ulterior activismo judicial que integró y dotó de contenido más específico a su expansión a las esferas contractual y extracontractual. Y en ello se muestra la gravitante incidencia de los debates y la recomendación del Tercer Congreso Nacional de Derecho Civil.

NOTAS:

¹ Con la colaboración de Esteban R. Hess.

² Así lo planteamos en Jorge M. GALDÓS, “El daño moral colectivo. Su problemática actual” en *Derecho ambiental y daño* -director Ricardo L. Lorenzetti- Buenos Aires, La Ley, 2009, en prensa.

³ Parafraseamos las expresiones de Matilde ZAVALA DE GONZÁLEZ, “¿Cuánto por daño moral?”, J.A. 1987-III-822 y “Cuánto por daño moral” L.L. 1998-E-105.

⁴ Ver Luis MOISSET DE ESPANÉS, “El daño moral en los proyectos de Reforma del Código Civil”, conferencia pronunciada en la Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Córdoba el 15 de octubre de 1993, en www.acader.unc.edu.ar y en AA.VV., *Daño moral*, Córdoba, Alveroni, 1994, Luis MOISSET DE ESPANÉS, “El daño moral en los proyectos de reforma”, pág. 51.

⁵ *Tercer Congreso de Derecho Civil*, Córdoba, Ed. Universidad Nacional de Córdoba, 1962, t. II., pág. 648, N° 67 y ss.

⁶ SCBA, 18/06/1957, “Ciollaro, Ismael c/ Elaboración del plomo S.A: s/ daños y perjuicios”, A y S 1957-III-171 y L.L. 87-596 con nota aprobatoria de Leonardo Colombo “Acerca del resarcimiento del daño moral en las obligaciones contractuales”. En cambio la mayoría de los tribunales rechazaba el daño moral en las obligaciones convencionales: CNCiv., Sala E, 17/10/1961, “Martín Julián c/ Emp. Ferrocarriles del Estado s/ daños y perjuicios” L.L. 105-87; Cám. Nac. Civ. en pleno, 14/5/1964, “Elustondo de Grané c/ Empresas de Ferrocarriles del Estado s/ daños y perjuicios”, E.D. 7-815; CNCom., Sala A, 31/10/1951, “Gona Juan c/ Sociedad Gran Cha” L.L. 65-116; CNCiv., Sala B, 12/7/1961, “Fantoni Bruno c/ Rabbione Edmundo s/ daños y perjuicios”, E.D. 5-28.

⁷ Cámara 1ª C. y C. La Plata, Sala I, 21/8/1962, “Spadaro, José c/ Costa, Raúl F.”, J.A. 1963-I-92.

⁸ Cám. Apel. Rosario, Sala II C. y C., 13/11/1959, Juris 15-259; Cámara 1ª Apel. Mar del Plata, 9/11/1967, “Beltrán, Néstor c/ Organización Marplatense y/u otro”, E.D. 21-729.

⁹ Félix TRIGO REPRESAS en “Resarcimiento del daño causado por los actos ilícitos” en Augusto M. MORELLO - Néstor L. PORTAS (coordinadores) *Examen y crítica de la reforma del Código Civil*, t. 2, Obligaciones, La Plata, Platense, 1971, pág. 164; Juan Carlos SMITH, “Consideraciones sobre la reforma del Código Civil”, L.L. 130-1016; Luis MOISSET DE ESPANÉS, “El daño moral en los proyectos de reforma del Código Civil” en *Proyectos de reforma Daño moral*, cit., pág. 49; Néstor CICHERO, “La reparación del daño moral y la reforma civil de 1968”, en anotación a fallo de la CNCiv., Sala A, 11/10/74, “Lantaño, Lilia B. y otro c/ Teitelblau S.A.”, E.D. 66-157; Enrique V. GALLI, “Agravio moral”, en *Enciclopedia Jurídica Omeba*, t. 1, Bibliográfica Argentina, 1954, t. I, pág. 604; Arturo ACUÑA ANZORENA, “La reparación del agravio moral en el Código Civil” en anotación a fallo de la Cámara Civil 1ª de la Capital Federal, “López de Gomara, Ricardo c/ López Arturo L.”, J.A. 66-559; Roque GARRIDO - Luis ANDORNO, *Reformas al código Civil. Ley 17.711 comentada*, Buenos Aires, Víctor P. de Zavalía, 1969, pág. 87.

¹⁰ Ver el relato de BREBBIA en *Tercer Congreso de Derecho Civil* cit., t. II., pág. 648 N° 67.

¹¹ CNCiv., en pleno, 15/3/1943, “Iribarren, Fernando c/ Saenz Briones y Cia.”, E.D. 2-37.

¹² *Tercer Congreso de Derecho Civil*, cit., t. II., pág. 648 N° 67.

¹³ *Tercer Congreso de Derecho Civil*, cit., t. II., pág. 648 N° 67.

¹⁴ Ponencia del Dr. Jorge J. Llambías en el *Tercer Congreso Nacional* cit., t. II, pág. 652 y con remisión a su trabajo “El precio del dolor”, J.A. 1954-III-358, y que mantuvo luego en *Estudio de la Reforma del Código Civil, Ley 17.711*, Buenos Aires, Ed. Revista de Jurisprudencia Argentina, 1969, pág. 146, N° 4.

¹⁵ Eduardo B. BUSSO, *Código Civil Anotado*, Buenos Aires, Ediar Editores, 1958, t. III, pág. 417, N° 105.

¹⁶ Roque GARRIDO - Luis ANDORNO, *Reformas al código civil. Ley 17.711 comentada*, cit., pág. 87, en comentario al art. 522 y págs. 99/100 en comentario al art. 1078; Félix TRIGO REPRESAS, “Resarcimiento del daño causado por los actos ilícitos” y Pedro N. CAZEAUX “El daño moral en la inexecución contractual” en Augusto MORELLO - Néstor PORTAS (coordinadores), *Examen y crítica de la Reforma del Código Civil*, t. 2 Obligaciones, cit., pág. 161 y pág. 65; Guillermo A. BORDA, *La reforma de 1968 al Código Civil*, Buenos Aires, Perrot, 1971, págs. 201 y 227; Juan Carlos SMITH, “Consideraciones sobre la reforma del Código Civil”, cit. L.L. 130-1016; Luis MOISSET DE ESPANÉS, “El daño moral en los proyectos de reforma del Código Civil”, cit. *Daño moral*, pág. 49; Néstor CICHERO, “La reparación del daño moral y la reforma civil de 1968”, cit.; Anteo RAMELLA, “Naturaleza de los daños resarcibles” en A.A.V.V. *Reformas del Código Civil (Ley 17.711)*, Rosario, Orbis, 1968, pág. 99; Eduardo BUSSO, *Código Civil anotado*, Obligaciones, t. III, págs. 417 y 429 cit.; Acdeel Ernesto SALAS, “La responsabilidad en la reforma del Código Civil”, J.A. 1969 Doctrina-421 y en *Obligaciones. Contratos y otros ensayos*, Buenos Aires, Depalma, 1982, pág. 367.

¹⁷ Ramón Daniel PIZARRO, *Daño moral*, Buenos Aires, Hammurabi, 1996 pág. 167 pto. 4.

¹⁸ Roque GARRIDO - Luis ANDORNO, *Reformas al código civil. Ley 17.711 comentada* cit., pág. 87, en comentario al art. 522; págs. 133/135 en comentario al art. 1078; Anteo RAMELLA, “Naturaleza de los daños resarcibles” en AA.VV., *Reformas al Código Civil. Ley 17.711 comentada* cit., pág. 100.

¹⁹ Guillermo A. BORDA, *La reforma de 1968 al Código Civil*, cit., pág. 201.

²⁰ Roberto H. BREBBIA, *El daño moral, Doctrina, legislación, jurisprudencia*, 2ª ed., Rosario, Orbir, 1967, pág. 346.

²¹ Jorge J. LLAMBIAS, *El estudio de la reforma del Código Civil, Ley 17.711*, cit., pág. 146 y ss.; Jorge J. LLAMBIAS, *Tratado de derecho civil. Obligaciones*, Buenos Aires, Abeledo-Perrot, 1967, t. 1, pág. 302.

²² Sancionado por la ley 23.042 y vetado por decret. 2719/91.

²³ Conf. *in extenso* Luis MOISSET DE ESPANÉS, *El daño moral en los proyectos de reforma del Código Civil* cit.; Ramón Daniel PIZARRO, *Daño moral*, cit., págs. 169 y 200.

²⁴ Ver *Unificación de la legislación Civil y Comercial. Proyecto de 1993*, Zavalía.

²⁵ Ver *Reformas al Código Civil. Proyecto de la Comisión designada por decreto 468/92*, Buenos Aires, Astrea.

²⁶ *Proyecto de Código Civil de la República Argentina*, Revista Antecedentes Parlamentarios, año VI, N° 7 Buenos Aires, La Ley, agosto de 1999.

²⁷ Ramón Daniel PIZARRO, *Daño moral* cit., pág. 167 N° 24, punto b.

²⁸ Isidoro H. GOLDENBERG, *Indemnización por daños y perjuicios. Nuevos perfiles desde la óptica de la reparación*, Buenos Aires, Hammurabi, 1993, pág. 395; Isidoro GOLDENBERG - Roberto LÓPEZ CABANA, “Daño a la persona. De la tesis de la inviolabilidad del patrimonio a la inviolabilidad de la persona” en ANDORNO-CIFUENTES Y OTROS, *Daño y protección a la persona humana*, Buenos Aires, La Rocca, 1993, pág. 173.

²⁹ Conclusiones Unánimes de la Comisión N° 1 “Daño a la persona” del II Congreso Internacional de Daños de 1991, punto IV, cit. en Isidoro H. GOLDENBERG *Indemnización por daños y perjuicios. Nuevos perfiles desde la óptica de la reparación*, ob. cit., pág. 396; Matilde ZAVALA DE GONZÁLEZ, *Resarcimiento de daños. Daños a las personas. Integridad psicofísica*, Buenos Aires, Hammurabi, 1996, t. 2, pág. 343, N° 90; Matilde ZAVALA DE GONZÁLEZ, “Indemnización del daño moral por muerte” en *Tratado de derecho resarcitorio I*, Rosario, Juris, 2006, pág. 5; Jorge MOSSET ITURRASPE, “El daño fundado en la dimensión del hombre en su concreta realidad” en Revista de Derecho Privado y Comunitario N° 1, “Daños a la persona” pág. 39; Jorge MOSSET ITURRASPE, “Daño moral. Noción. Crítica a la denominación. Daño extrapatrimonial. Daño a la persona” cit. en Revista de Derecho de Daños, N° 6, cit., pág. 9. Ver Héctor Pedro IRIBARNE, *De los daños a la persona*, Buenos Aires, Ediar, 1995.

³⁰ Nos ocupamos del tema y remitimos a Jorge M. GALDÓS, “El daño moral colectivo. Su problemática actual” en *Derecho ambiental y daño*, director: Ricardo L. LORENZETTI, Buenos Aires, La Ley, 2009, en prensa; “Daños a las personas” R.R.C. y S. 2005-35, “Acerca del daño psicológico”, J.A. 2005-I-1197; “Un caso de gran discapacidad en fallo ejemplar”, en anotación a fallo Cámara C. y C., Sala III, 20/2/05, “Lioi, Ester y otro c/ Estado Nacional Ministerio del Interior”, L.L. 2005-B-868; “¿Hay daño al proyecto de vida?”, L.L. 2005-E-1027; “Nuevos daños a las personas en la sociedad de riesgo”, en libro Homenaje al Profesor Jorge Mosset Iturraspe, Santa Fe, Ediciones UNL, 2005, pág. 159; “Un caso de daño sexual. Algunas consideraciones iniciales” en Revista de Doctrina y Jurisprudencia de la Provincia de Santa Fe, N° 68, pág. 37; “¿Hay daño biológico en el derecho argentino?”, J.A. 2006-II-1255; “¿Hay daño sexual?” R.R.C. y S. 2006-129; “Daño a la vida de relación”, L.L. 2006-D-921; “Daños a las personas en la Provincia de Buenos Aires”, Revista de Derecho de Daños, “Determinación Judicial del daño -I-” 2004-3-31 y “Otra vez sobre los daños a las personas en la Provincia de Buenos Aires”, en Revista de Derecho de Daños, “Determinación judicial del daño -II-”, 2005-3-89.

³¹ Ricardo LORENZETTI, “El daño a la persona”, L.L. 1995-D-1012; aut. cit. “La lesión física a la persona. El cuerpo y la salud. El daño emergente y el lucro cesante”, Rev. de Der. Priv. y Com., N° 1, “Daños a las personas”, pág. 103.

³² Sobre el tema de la cuantificación ver: Félix TRIGO REPRESAS - Marcelo LÓPEZ MESA, *Tratado de la responsabilidad civil* cit., t. I, pág. 504.

³³ Jorge M. GALDÓS, “Daños a las personas”, R.R.C. y S. 2005-35 cit.; y “El daño moral colectivo. Su problemática actual” en *Derecho ambiental y daño*, director: Ricardo L. LORENZETTI- cit.; Eduardo ZANNONI, *El daño en la responsabilidad civil*, 3ª ed., Buenos Aires, Astrea, 2005, pág. 50; Alberto J. BUERES, “El daño moral y su conexión con las lesiones a la estética, a la sique, a la vida de relación y a la persona en general”, Revista de Derecho Privado y Comunitario, pág. 237; su voto en el plenario CNCiv., 4/4/95, “Fernández María C. c/ El Puente S.A.”, E.D. 162-651; L.L. 1995-C-642, p.2 y J.A. 1995-II-201, Juan BORAGINA, “El daño” en *Derecho privado (Homenaje a Alberto Bueres)*, cit., pág. 1138; María AGOGLIA - Juan C. BORAGINA - Jorge A. MEZA, “La lesión a los intereses difusos - Categoría de daño jurídicamente protegible”, J.A. 1993-III-887; Gabriel STIGLITZ - Carlos ECHEVESTI, en *Responsabilidad civil*, obra colectiva, dir. Jorge Mosset Iturraspe, coord. Aída Kemelmajer de Carlucci, Buenos Aires, Hammurabi, 1992 pág. 215; Miguel F. DE LORENZO, *El daño injusto en la responsabilidad civil*, Buenos Aires, Abeledo-Perrot, pág. 17, nota 11; aut. cit., “Lesión a un bien del dominio público, responsabilidad por riesgo y daño moral colectivo”, L.L. Actualidad, 25/2/97; Carlos CALVO COSTA, *Daño resarcible*, Buenos Aires, Hammurabi, 2005, pág. 70.

³⁴ Francesco MESSINEO, *Manual de derecho civil y comercial*, Buenos Aires, 1971, vol. 2, pág. 9; Eduardo A. ZANNONI, *El daño en la responsabilidad civil*, cit., pág. 50; Gabriel A. STIGLITZ, *La responsabilidad civil. Nuevas*

formas y perspectivas, Buenos Aires, La Ley 1983, pág. 23; Jorge M. GALDÓS, “Daño moral colectivo, daños punitivos y legitimación procesal activa”, *Revista de Derecho de Daños*, N° 6, pág. 113

³⁵ María M. AGOLIA, *El daño jurídico. Enfoque actual*, Buenos Aires, La Ley, 1999, pág. 18.

³⁶ Ricardo L. LORENZETTI, “Daño moral colectivo: su reconocimiento jurisprudencial”, J.A. 1997-III-233, Cap. VI.

³⁷ Así se pronunció más recientemente el maestro MORELLO (en Augusto M. MORELLO, *Indemnización del daño contractual*, con la colaboración de Jorge M. GALDÓS, 3ª ed., Buenos Aires, Lexis Nexis, 2003, pág. 25, N° 2 y nuestra referencia en pág. 180.

³⁸ Carlos CALVO COSTA, *Daño resarcible*, cit., pág. 94.

³⁹ Miguel F. DE LORENZO, *El daño injusto en la responsabilidad civil* cit., pág. 17; Jorge MAYO - Juan PREVOT, *Responsabilidad contractual*, Buenos Aires, La Ley 2007, pág. 314.

⁴⁰ Ramón D. PIZARRO, “Daño moral” cit., pág. 47, N° 2.; en el mismo sentido Alberto J. BUERES, “El daño moral y sus conexiones con las lesiones a la estética, a la psique, a la vida de relación y a la persona en general” cit. *Revista de Derecho Privado y Comunitario* N° 1, pág. 244 y en el prólogo al libro de Carlos CALVO COSTA, “Daño resarcible” cit., pág. 24.

⁴¹ Jorge A. MAYO, “El daño moral. Los diversos supuestos característicos que lo integran”, *Revista de Derecho de Daños*, N° 6, pág. 197. Mencionamos esta clasificación que es muy ilustrativa de la amplitud del daño moral con la salvedad que no adherimos totalmente a ella, conforme la posición que sostuvimos en nuestros trabajos citados supra.

⁴² *Tercer Congreso Nacional de Derecho Civil* cit., t. II, pág. 650.

⁴³ *Tercer Congreso Nacional de Derecho Civil* cit., t. II, pág. 652 y Jorge Joaquín LLAMBIAS, *Estudio de la Reforma del Código Civil* cit., pág. 146, n. 6. Ver Roberto BREBBIA, *El daño moral*, cit., págs. 82 y 229.

⁴⁴ C.S., 5/8/1986, “Santa Coloma Luis c/ Empresa Ferrocarriles Argentino, s/ daños y perjuicios”, L.L. 1987-A-442.

⁴⁵ La expresión precio del consuelo ha sido difundida por Héctor P. IRIBARNE, *De los daños a la persona* cit., págs. 147, 577, 599 y, especialmente, pág. 401; aut. cit. “Ética, derecho y reparación del daño moral” en anotación a fallo en E.D. 112-280; aut. cit., “La cuantificación del daño moral”, *Revista de Derecho de Daños* N° 6 *Daño moral*, pág. 197.

⁴⁶ CNCiv., Sala F, 12/3/2004, “García, Ramón Alfredo c/ Campana, Aníbal s/ daños y perjuicios”, voto Dra. Elena Highton de Nolasco elDial AA1F9C; CNCiv., Sala F, 3/8/2004, “T., V.O. y ots. c/ M.C.B.A. s/ daños y perjuicios”, RRC y S, 2004-1238, entre otros.

⁴⁷ Elena I. HIGHTON - Carlos G. GREGORIO, - Gladys S. ÁLVAREZ, “Cuantificación de daños personales. Publicidad de los precedentes y posibilidad de generar un baremo flexible a los fines de facilitar decisiones homogéneas y equilibradas”, *Revista de Derecho Privado y Comunitario* 21, *Derecho y Economía*, pág. 127 en reenvío a jurisprudencia de la Cámara Nacional Civil, Sala M.

⁴⁸ *Tercer Congreso Nacional de Derecho Civil* cit., t. II, pág. 65.

⁴⁹ Félix TRIGO REPRESAS, su ponencia para el tema 5 “Daño moral” de las Segundas Jornadas Sanjuaninas de Derecho Civil de 1984.

⁵⁰ Ver Anibal N. PIAGGIO, “Daño moral y personas privadas de conciencia en estado vegetativo”, *Revista de Derecho de Daños* N° 6, *Daño Moral*, pág. 257.

⁵¹ Cám. Civ. Com. Mercedes, Sala I, 29/2/1996, “Gómez Pereyra, Ramón c/ Clani, Alejandro s/ daños y perjuicios”, E.D. 169-218 y L.L.B.A., 1996-287.

⁵² CNCont.Adm., Fed. Sala IV, 2/8/1990, “Jiménez Urbano c/ Estado Nacional y ots. s/ daños y perjuicios”, E.D. 140-669.

⁵³ CNCom., Sala B, 11/11/98, “Ramos, Sonia y otro c/ Sanatorio Mitre y otro”, J.A. 1999-III-539.

⁵⁴ Roberto H. BREBBIA, “La persona jurídica como sujeto pasivo de agravio moral” en *Temas de responsabilidad civil* en honor al Dr. Augusto M. MORELLO, La Plata, Librería Editora Platense, 1981, pág. 55; Luis MOISSET DE ESPANÉS, “Daño moral y personas jurídicas”, *Zeus-Córdoba* t. 4, pág. 13; Luis MOISSET DE ESPANÉS - Benjamín MOISÁ, “Daño extramatrimonial (o moral) a las personas jurídicas”, *LexisNexis Córdoba*, 2008, N° 4, pág. 363.

⁵⁵ Jorge MOSSET ITURRASPE, *Responsabilidad por daños*, Santa Fe, Rubinzal-Culzoni, 1999, t. V, pág. 252; SCBA, 25/03/1981, “Equimac S.A. c/ Municipalidad de Gral. San Martín s/ demanda cont. adm.”, A.yS 1981-I, 289; C.S.N., 22/3/1990, “Kasdorf S.A. c/ Provincia de Jujuy s/ daños y perjuicios”, E.D. 138-188 con nota aprobatoria de Jorge BUSTAMANTE ALSINA, “Las personas jurídicas no son sujetos pasivos de daño moral” y L.L. 1991-A- 50 con nota crítica de Roberto H. BREBBIA, “Las personas jurídicas y las sociedades comerciales en particular como sujetos pasivos de agravio moral”

⁵⁶ CNCom., Sala C, 30/9/2003, “Martínez Hermanos S.R.L. c/ Banco Francés s/ ordinario”, L.L. 2004-B-650; CNCom., Sala C, 14/10/2005, “Cordis Corporación c/ Sistemas Médicos S.A. s/ ordinario”.

⁵⁷ Cám. Apel. Civ. y Com., Sala II, Bahía Blanca, 23/11/2006, “G.S c/ M.J. s/ Daños y perjuicios”. Voto Dr. Viglizzo.

⁵⁸ Cám. Apel. Civ. y Com., Sala II, Bahía Blanca, junio de 2006, “B.L.A c/ Municipalidad de la ciudad de Bahía Blanca s/ Indemnización de daños y perjuicios”, Voto Dr. Viglizzo.

⁵⁹ Cám. Apel. Civ. y Com., Bahía Blanca, Sala II, 19/9/2006 “B. G. M. c/ A. M. E. s/ Daños y perjuicios”. Voto Dr. Peralta Mariscal.

⁶⁰ Sobre el tema ver Ricardo Luis LORENZETTI en Jorge MOSSET ITURRASPE - Ricardo Luis LORENZETTI, “El daño moral en los contratos” en *Contratos*, R.D.P. y C. N° 9, pág. 351.

⁶¹ Matilde ZAVALA DE GONZÁLEZ, “Los daños morales mínimos”, L.L. 2004-E-1311.

⁶² Cám. Civ. y Com. Sala I, Mercedes, 28/6/07, “Coronel, Pedro A. y ot. c/ La Nueva Bailanta (NB) s/ Daños y perjuicios”, voto Dr. Ibarlucía

⁶³ CNCivil, Sala I, 30/9/199, “D.S. M. c/ Municipalidad de Buenos Aires”, L.L. 2000-C-389 con nota aprobatoria de Redacción.

⁶⁴ Sentencia firme; Juzgado Civil y Comercial de Federación del Dr. Andrés M. Marfil, 18/3/08, “Miñones, Roberto O. c/ Electrónica Megatone S.A y otro s/ Sumarísimo” en <http://federacionlex.blogspot.com/2009/02/defensa-del-consumidor-indemnizacion.html>

⁶⁵ Ricardo Luis LORENZETTI en Jorge MOSSET ITURRASPE - Ricardo Luis LORENZETTI, “El daño moral en los contratos” cit. en *Contratos*, R.D.P. y C. N° 9, pág. 351; aut. cit., “Daño moral contractual derivado de la privación de bienes” L.L. 1988-E-390.

⁶⁶ En contra: Matilde ZAVALA DE GONZÁLEZ, “Los daños morales mínimos”, cit. L.L. 2004-E-1311.

⁶⁷ CNCiv., Sala K, 10/3/1997, “Spacal, Jorge D. c/ Sole, David R y otros”, L.L. 1997-E, pág. 801.

⁶⁸ CNCiv., Sala J, 16/9/2003, “Tucci, Paula v. Instituto José M. Estrada S.A Educacional”, J.A. 2004-III-, pág. 255.

⁶⁹ Cám. Apel. Civ., Com. Lab. y Min.-I Circ. Neuquén, Sala II, 24/2/2008, en “Castañeda, Claudia Soraya Hogar S.A. s/ daños y perjuicios”, elDial - AA5072.

⁷⁰ Atilio A. ALTERINI - Roberto M. LÓPEZ CABANA, *Temas de responsabilidad civil*, Buenos Aires, Ciudad Argentina, 1995, pág. 128.

⁷¹ S.C.B.A., Ac. B. 56.525, 13/2/2008, “M., A. c/ Municipalidad de La Matanza. Demanda contencioso administrativa” (voto de la mayoría de los Dres. Negri, Pettigiani, Hitters y de Lazzari) WebRubinzal scjba3.8.1.1.r1 y 2; en el mismo sentido TS Córdoba, Sala Cont. Adm. 19/05/2004, “Conte Ivonne c/ Pcia. De Córdoba” L.L. C-2004-917.

⁷² Cám. Civ., Com., Trab y Flia. de Cruz del Eje, 14/10/1999, “Abulafia José c/ Tiempo S.A.”, L.L. C-2000-751, con nota aprobatoria de Daniel Pizarro.

⁷³ Cám. Nac. Trab., Sala II, 12/10/2007, “Reinhold, Fabiana c/ Cablevisión S.A.” RRC y S, 2007-76.

⁷⁴ Cám. Nac. Trab., Sala V, 15/12/2008, “Denicolai, Paola Andrea c/ Quickfood S.A. s/ despido”, elDial AA 5015.

⁷⁵ Cám. Apel. Civ. Com. Mercedes, 5/3/2009, “GJ c/ H.O.R. s/ reconocimiento de filiación, daños y perjuicios”; Cám. Apel. Civ. y Com. de Azul, Sala II, “P. y F.S. c/ R. de G. s/ filiación extramatrimonial”, L.L.BA 2005-767, con nota aprobatoria de Graciela Medina - Cynthia Guevara y María L. Sendra. En el mismo sentido y entre muchos otros Juzg. Civ. y Com. 1ª Instancia N° 9 San Isidro “E., N. c/ G., F.C.N.” sentencia de la Dra. Delma Cabrera; E.D. 128-332, con nota aprobatoria de Germán BIDART CAMPOS, “Paternidad extramatrimonial no reconocida voluntariamente e indemnización por daño moral al hijo: un aspecto constitucional”, confirmada por la Sala 1ª de Cám. Apel. Civ. y Com. San Isidro el 13/10/88 L.L. 1989-E-563, con nota elogiosa de María J. MÉNDEZ COSTA, “Sobre la negativa de someterse a la pericia hematológica y sobre la responsabilidad civil del progenitor extramatrimonial no reconociente” y en E.D. 132-477, con comentario laudatorio de Lidia MAKIANICH DE BASSET y Delia GUTIÉRREZ, “Procedencia de la reparación del daño moral ante la omisión de reconocimiento voluntario del hijo”; Sup. Corte de Mendoza, Sala 1ª, 24/7/2001, “D.R.C. c/ A.M.B.” voto Dra. Kemelmajer de Carlucci; S.C.B.A. Ac. 64506, “D.M., R. c/ R.A., R. Reclamación de estado de Filiación”, voto de la mayoría de los Dres. de Lazzari y Negri, A. y S. 1998-V-705; Ver Graciela MEDINA, “Cuantificación del daño en materia de familia”, en Rev. Derecho de Daños 2001-1, “Cuantificación del daño”, aut. cit., “Prueba del daño por falta de reconocimiento del hijo. Visión jurisprudencial”, Rev. Derecho de Daños N° 4 “La prueba del daño”, pág. 11; Eduardo ZANNONI, “Responsabilidad civil por el no reconocimiento espontáneo del hijo”, en anotación a fallo CNCiv., Sala F, 19/10/89, “R.E.N. c/ M., H.E.”, L.L. 1990-A-3.

⁷⁶ Graciela MEDINA, *Daños en el derecho de familia*, Santa Fe, Rubinzal-Culzoni, 2002, y los distintos supuestos que analiza.

⁷⁷ S.C.B.A., Ac. 73965, 21/3/2001, “Maximino Héctor D. c/ Gorosito Hugo H. Resolución de contrato”.

⁷⁸ S.C.B.A., Ac. 89.068, 18/7/2007, “Flores, José Martín y Corral, Silvia Mabel c/ Lucio V. López S.A. y Romaniuk, Alejandro. Cobro de pesos por indemnización de daños y perjuicios”.

⁷⁹ CNCiv., Sala A, 28/9/2005, “Gallotti Pablo y otros c/ Club. A Vélez Sársfield”, J.A. 2005-IV-483.

⁸⁰ CNCom., Sala B, 29/6/2000, “Caimez Oscar c/ Banco Francés S.A. s/ daños y perjuicios”, J.A. 2002, t. I, fasc. 2, pág. 40; en el mismo sentido Cám. Civ. y Com., Junín, 18/9/2007, “Iudica Pino c/ Banco de la Provincia de Buenos Aires”, L.L. Buenos Aires, 2007-1270.

⁸¹ CNCom., Sala D, 30/12/2008, “Cino Ricardo c/ La Mercantil Andina Cia. de Seguro S.A. s/ ordinario”, elDial - AA507A.

⁸² Cám. Apel. Civ. Com. Junín, 5/2/2009, “Uazzi Cristina Mabel y ots. c/ E.D.E.N. Empresa dist. de energía Norte s/ Daños y Perjuicios. Imcump. Contractual”, elDial - AA4FF3.

⁸³ Cám. Nac. Apel. Civ. y Com. Fed., 4/11/2008, “R.E. c/ OSRA s/ daños y perjuicios”.

⁸⁴ CNCCom., Sala A, 18/12/2008, “Ostoj Ivan c/ BBVA Banco Frances S.A. s/ordinario”, elDial - AA5041.

⁸⁵ Para un detalle exhaustivo de supuestos puede verse Félix TRIGO REPRESAS - Marcelo LÓPEZ MESA, *Tratado de la responsabilidad civil* cit. t. I, pág. 516, N° 4, 5, 6, 7.

⁸⁶ Cám. Apel. Civ. y Com. I, Sala 2, Bahía Blanca, 8/4/1996, “Hanazumi Osamu c/ Meglia, Raúl s/ daños y perjuicios” L.L.B.A. 1997-1385.

⁸⁷ CNCiv., Sala D, 17/9/1976, “Licht Jorge c/ GDF SACIMA s/ daños y perjuicios”, E.D. 79, pág. 508.

⁸⁸ CNCiv., Sala C, 25/7/1979, “Flores Carlos c/ Maldonado Automotores s/ daños y perjuicios”, L.L. 1979, C, pág. 535.

⁸⁹ CNCiv., Sala B, 5/5/1993, “Charlin, Enrique c/ Vides Cable Privado S.A. s/ daños y perjuicios”, L.L. 1994-E-374.3

⁹⁰ CNCiv., Sala C, 21/2/1985, “Forte ME c/ Lucasa construcciones s/ daños y perjuicios”, L.L. 1985-D-475.

⁹¹ CNCCom., Sala C, 25/02/1977, “Grande, Manuel c/ Dap automotores s/ daños y perjuicios”, E.D.176-614.

⁹² CNCCom., Sala E, 22/8/1986, “Severino, Carlos c/ Boris Garfunkel e hijos s/ daños y perjuicios”, L.L.-1986-E-641.

⁹³ J1ª inst. Com, Cap., 17/3/1972, “Rena, Carlos c/ Promobra s/ daños y perjuicios”, comentado en Jorge MOSSET ITURRASPE *Estudio sobre responsabilidad por daños*, Santa Fe, Rubinzal-Culzoni, t. I, pág. 205.

⁹⁴ Cám. Apel. Civ. y Com. I, Sala 2 Bahía Blanca, 10/8/1995, “Hebed, Jorge c/ Zanotti, Gerardo s/ daños y perjuicios” L.L.BA 1997-436.

⁹⁵ Cám. Civ. Com. San Isidro, Sala I, 12/8/98, “Olivera Wells, Ricardo c/ Parking S.A.”, L.L. Buenos Aires, 2000, pág. 442, con nota de Fernando A. SAGARNA “Responsabilidad de la concesionaria em el estacionamiento medido. El uso de parquímetros”, L.L.BA pág. 142.

⁹⁶ CNCiv., Sala C, 14/12/2004, “H.,E.M. c/ Golfarb, Mauricio”, L.L. 2005-B-322

⁹⁷ Cám. Civ. y Com. Lomas de Zamora, Sala 2, 15/7/2003, “Zagame Roberto c/ Carrefour Argentina S.A. s/ daños y perjuicios”, J.A. 2003-IV-257.

⁹⁸ CNCiv., Sala E, 21/9/2004, “Tórtora, Graciela Elvira c/ Promofilm S.A. y otros s/ Daños y Perjuicios”, E.D. 211-440, RRC y S 2004-63.

⁹⁹ Cám. Civ. Com. Necochea, 23/2/2009, “P., M. I. c/ M., R. C. y ot. s/ Daños y perjuicios”, elDial - AA5093.

¹⁰⁰ CNCiv. y Com. Fed., Sala 1ª, 20/10/2005, “Lavandera García Horacio c/ Alitalia Líneas Aéreas s/ daños y perjuicios”, J.A. 2006-IV-229.

¹⁰¹ Ver Aída KEMELMAJER DE CARLUCCI, “El contrato de servicios turísticos. Su realidad en la jurisprudencia Argentina reciente”, RDP y C, 2005-2 “Contratos de servicios-II”, pág. 21 y citas 43 a 47; Eduardo T. COSENTINO, “El retraso en el transporte aéreo”, Revista de Derecho de Daños N° 7, pág. 343. Sobre el tema compulsar la jurisprudencia compendiada por Camilo TALE, *Contrato de viaje* Buenos Aires, Hammurabi, 2005, t. 2, pág. 884.

¹⁰² CNCiv. y Com. Fed., Sala III, 10/5/2005, “Mansilla Juan Carlos y otro c/ Iberia Líneas Aéreas de España S.A. s/ daños y perjuicios”.

¹⁰³ CNCiv., Sala A, 31/10/2007, “M. M. T. c/ La Nación”, J.A. 2008-I-Fasc. 5 pág. 47.

¹⁰⁴ CNCCom., Sala D, 9/3/2004, “Tren de la Costa S.A. s/ Concurso preventivo” con nota de Santos CIFUENTES, “Protección de la imagen”, E.D. 211-94, págs. 97 a 100.

¹⁰⁵ CNCiv., Sala C, 25/11/2008, “M., N. A. c/ Torneos y Competencias Sociedad Anónima s/ daños y perjuicios”, elDial - AA503E.

¹⁰⁶ CNCiv. y Com., Fed., Sala III, 30/9/2004, “Martorell, José Omar c/ Edesur S.A. s/ daños y perjuicios”, E.D. 211-101.

¹⁰⁷ CNCiv., Sala M, 13/11/2007, “Mussa Nadia Yamila c/ Ideas del Sur S.A. s/ daños y perjuicios”, elDial AA446D.

¹⁰⁸ CNCiv., Sala B, 17/3/2006, “Francini, Patricia Claudia c. Citibank s/daños y perjuicios”, en <http://www.habeasdata.org/>

¹⁰⁹ CNCiv., Sala H, 5/12/2008, “B.M.M. y otros c/ Arte Gráfico Editorial Argentino S.A. s/ daños y perjuicios” elDial AA 50C4.

¹¹⁰ Cám. Apel. Civ. y Com., San Isidro, Sala 1ª, 14/8/2003, “Riva, María A. v. Sonne S.R.L.”, J.A., 2003-IV-431.

¹¹¹ Cám. Civ. y Com., Jujuy, Sala I, 30/6/2004, “S. M. y L. E. M.”, R.C. y S., 2004-509, con nota de René PADILLA (h), “Responsabilidad civil por información injuriosa en Internet”, J.A. 2004-IV-7.

¹¹² Cám. Civ. y Com., San Isidro, Sala 1ª, 15/6/1999, “W., A. C. v. F., D.”, J.A. 2000-II-409, con nota de Juan F. FREIRE AURICH en pág. 416; en parecida orientación Cám. Apel. Civ. Com., Bahía Blanca, sala I, 25/09/2001, “Araneda, Yolanda R. y otro c. Araujo de Cancinos o Cancino o Cansinos, Mariana s/ beneficio de litigar sin gastos y daños y perjuicios”, E.D. 197-332.

¹¹³ CNCiv., Sala E, 9/10/97, “Szewc, Andrés v. Carrefour Argentina S.A.”, J.A., 1999-II; 339; con nota de Luis D. CROVI, “Perturbar la tranquilidad familiar es perturbar la intimidad”.

¹¹⁴ Seguimos aquí, en lo pertinente, nuestras reflexiones anteriores en “El daño moral colectivo. Su problemática actual” cit.

¹¹⁵ Néstor CAFFERATTA, “Naturaleza del daño moral ambiental colectivo” cit. L.L.C. 2006, 1; aut. cit., “Daño ambiental. Jurisprudencia”, L.L. 2003-D-1339.

¹¹⁶ Matilde ZAVALA DE GONZÁLEZ, “Los daños morales colectivos”, en Revista de Doctrina y Jurisprudencia de la Provincia de Santa Fe, cit. N° 36-37, pág. 11; aut. cit., “Los daños morales colectivos” en Revista de Jurisprudencia de la Provincia de Corrientes”, N° 7, pág. 11.

¹¹⁷ Aída KEMELMAJER DE CARLUCCI, “Estado de la jurisprudencia nacional en el ámbito relativo al daño ambiental”, cit. punto IV-2.

¹¹⁸ Carlos A. RODRÍGUEZ, “La protección del patrimonio cultural inmaterial”, Revista de Derecho Ambiental N° 10, abril/junio 2007, pág. 91.

¹¹⁹ Ricardo LORENZETTI, “La nueva Ley ambiental argentina”, L.L. 2003-C-11329.

¹²⁰ Aída KEMELMAJER DE CARLUCCI, “Estado de la jurisprudencia nacional en el ámbito relativo al daño ambiental”.

¹²¹ Néstor CAFFERATTA, “Daño ambiental colectivo y proceso civil colectivo. Ley general del ambiente 25.675: compendio de reformas sustantivas y formales”, en revista Antecedentes parlamentarios, mayo-2003, N° 4, pág. 711; aut. cit., “Daño ambiental colectivo. Régimen legal. A la luz de la Ley General del Ambiente 25.675”, ponencia elaborada con motivo de las “II Jornadas Provinciales y I Latinoamericanas sobre Medio Ambiente”, 13, 14 y 15 de Mayo 2004, Salta; entre otras muchas publicaciones del autor.

¹²² Ver Gonzalo SOZZO, “El derecho fundamental al patrimonio cultural en estado gaseoso (la narrativa de los casos jurisprudenciales como solvente)”, Revista de Derecho Ambiental N° 10, pág. 49; Mariana CATALANO, “Los bienes culturales como integrantes del medio ambiente”, Revista de Derecho Ambiental, octubre / noviembre de 2006; Carlos A. RODRÍGUEZ, “La protección del patrimonio cultural inmaterial”, Revista de Derecho Ambiental N° 10, pág. 91. Ver a modo de ejemplo el caso resuelto Juzg. Fed. Mar del Plata, N° 2, 30/5/2002, “Municipalidad de Gral. Pueyrredón c/ Direct TV Latin América”, J.A. 2003-II-352.(la transmisión televisiva de un mundial de fútbol en el que participa la selección nacional).

¹²³ Augusto MORELLO M. - Gabriel A. STIGLITZ ponencia presentada en las Segundas Jornadas Sanjuaninas de Derecho Civil de 1984 en Comisión VI, sobre “Daño moral”, despacho VI, B; en Revista Notarial N° 877 año 91 pág. 1642; auts. cit., “Daños colectivos, aseguración y tarificación del resarcimiento por lesiones a la persona o pérdida de la vida humana”, E.D. t. 110-963; auts. cit., “Hacia un ordenamiento de tutela jurisdiccional de los intereses difusos”, J.A. 1985-IV-653; Augusto M. MORELLO, “El proceso civil colectivo”, J.A. 1993-I-861; aut. cit. *Tutela procesal de los derechos personalísimos e intereses colectivos*, La Plata, Platense, 1986, págs. 117, 133, 149 y ss. 22; Jorge MOSSET ITURRASPE, *Responsabilidad por daños*, Buenos Aires, Ediar, t. IV, pág. 229.

¹²⁴ Ricardo LORENZETTI “Daño Moral Colectivo: su reconocimiento jurisprudencial”, J.A. 1997-III-237; *Las normas fundamentales de derecho privado*, Santa Fe, Rubinzal-Culzoni, 1995 pág. 494; “Responsabilidad colectiva, grupos y bienes colectivos” L.L. 1996-D-1062; “Reglas de solución de conflictos entre propiedad y medio ambiente” L.L. 1998-A-1024; “El juez y las sentencias difíciles-Colisión de derechos, principios y valores” L.L. 1998-A-1039.

¹²⁵ Cám. Civ. y Com. Azul, Sala 2ª, 22/10/96 “Municipalidad de Tandil c/ La Estrella S. A. s/ daños y perjuicios” -con nuestro voto- con notas aprobatorias de: Félix A. TRIGO REPRESAS, “Un caso de daño moral colectivo”, E.D. t. 171-373; de Ricardo L. LORENZETTI, “Daño moral colectivo: su reconocimiento jurisdiccional”, J.A. 1997-III-237; de Matilde ZAVALA DE GONZÁLEZ, “Los daños morales colectivos y su resarcimiento dinerario”, L.L.B.A. 1997-289; de Jorge MOSSET ITURRASPE, “Daño moral colectivo originado en la lesión a un bien cultural. La Municipalidad legitimada activa”, en Revista de Jurisprudencia Provincial Buenos Aires, noviembre de 1996, n. 11, pág. 879; Miguel F. DE LORENZO, “Lesión a un bien del dominio público, responsabilidad por riesgo y daño moral colectivo” cit., L.L. Actualidad cit. 25/2/97, pág. 2. Ver: Jorge BUSTAMANTE ALSINA, “El daño moral colectivo es daño jurídico resarcible” L.L. 1998-A-1033; MOSSET ITURRASPE *Responsabilidad por daños*, t. V, “El daño moral”, Santa Fe, Rubinzal-Culzoni, 1999 pág. 104; Néstor A. CAFFERATTA, “Daño ambiental (Evolución de nuestra jurisprudencia)”, J.A. 1999-III-1162; aut. cit., “Daño moral ambiental. Jurisprudencia”, L.L. 2003-D-1339; Néstor CAFFERATTA, “Breves reflexiones sobre la naturaleza del daño ambiental colectivo” (inédito); Isidoro H. GOLDENBERG- Néstor CAFFERATA, “Compromiso social de la empresa en la gestión ambiental”, L.L. 1999-C-807; María M. AGOGLIA - Juan C. BORAGINA - Jorge A. MEZA, “La lesión al medio ambiente y el acceso a la justicia”, J.A. 80º Aniversario, pág. 15 (1918-1998); Matilde ZAVALA DE GONZÁLEZ, *Resarcimiento de daños*, Buenos Aires, Hammurabi, 1999, t. 4, pág. 205, nota 89 pág. 16; Silvia Y. TANZI, “Rubros de la cuenta indemnizatoria de los daños a las personas” cit., pág. 95; Félix TRIGO REPRESAS - Marcelo LÓPEZ MESA, *Tratado de la responsabilidad civil* cit., t. I, pág. 541, n. 4.5. e. 12; Néstor CAFFERATTA en Félix TRIGO REPRESAS - Marcelo LÓPEZ MESA, *Tratado de la responsabilidad civil* cit., t. III, pág. 575; Félix TRIGO REPRESAS, “Responsabilidad civil por daño ambiental” cit., J.A. 1999-IV-1180; Carlos CALVO COSTA, *Daño resarcible*, cit. pág. 247; Augusto M. MORELLO, *Indemnización del daño contractual*, con la colaboración de Jorge M. GALDÓS, cit., pág. 174; María M. AGOGLIA, *El daño jurídico. Enfoque actual* cit., págs. 113, 120 n. 69, 70, 71; Aída KEMELMAJER DE CARLUCCI, “Estado de la jurisprudencia nacional en el ámbito relativo al derecho ambiental colectivo después de la sanción de la Ley General del Ambiente”, cit. Academia Nacional de Derecho; Carlos A. RODRÍGUEZ, “La protección del patrimonio cultural inmaterial”, Revista de Derecho ambiental N° 10 abril/junio 2007, pág. 91; Augusto MORELLO - Néstor A. CAFFERATTA, “Estrategias en el derecho ambiental”. En recuerdo del Dr. Roberto López Cabana (inédito); Mario PEÑA CHACÓN, *Daño, responsabilidad y reparación del medio ambiente*, prólogo por Dr. Ramón Ojea Mestre, Suplemento de Derecho Ambiental. Doctrina, 4/4/2006, año IX; Federico Emiliano CORSIGLIA, “Responsabilidad civil ambiental: ubicación de la materia en el contexto actual - Modificación de los elementos de la tradicional responsabilidad civil en materia de responsabilidad ambiental”, en Revista de Derecho Ambiental, julio/septiembre 2006, N° 3, pág. 24; Carlos Alberto BITTAR FELBRO, “El daño ambiental y su caracterización” en

Jurifran-Página Jurídica <http://orbita.starmdia.com/-jurifran>; Daniel H. LAGO, “Daño al ambiente y daño moral colectivo”, www.saiz.juz.gov.ar; María Delia PEREIRO DE GRIGARAVICIUS, “Visión actual de la responsabilidad civil” L.L.2005-C-1116; Alberto BUERES - Roberto VÁZQUEZ FERREIRA, en Revista de Derecho Privado y Comunitario N° 14, “Prueba II” Area Obligaciones, pág. 283; Carlos PARELLADA, “Breve reflexión sobre la noción de daño ambiental”, L.L. 2003-A-872.

¹²⁶ Edgardo I. SAUX, “Acceso a la tutela de los “derechos de incidencia colectiva dentro del nuevo texto constitucional” en Revista de Derecho Privado y Comunitario N° 7 de 1994, pág. 133.; aut. cit. en “Accidentes de tránsito. Tenedores o usuarios del vehículo automotor. Dependientes. Legitimación activa y pasiva” en Revista de Derecho Daños N° 1, Accidentes de Tránsito-I, pág. 119, nota 17. Posteriormente reiteró esa postura negatoria Edgardo I. SAUX, “Daño moral colectivo”, en anotación crítica a fallo, de la Cámara Contencioso Administrativo y Trib., Ciudad Autónoma de Buenos Aires, Sala II, 14/8/08, “Defensoría del Pueblo de la Ciudad de Buenos Aires c/ Ciudad de Buenos Aires y otros”, en RRCyS febrero 2009 pág. 25; Eduardo ZANNONI, *El daño en la responsabilidad civil*, Buenos Aires, Astrea, 2005, pág. 221. Ramón Daniel Pizarro cambió de criterio en “Responsabilidad civil por daño ambiental” en *Tutela jurídica del medio ambiente*, Córdoba, Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Córdoba, 2008, pág. 261

¹²⁷ Remitimos a Jorge M. GALDÓS, “El daño moral colectivo. Su problemática actual” cit.; “Derecho ambiental y daño moral colectivo. Algunas aproximaciones”, J.A. 1998-IV, pág. 982, “Daños colectivos. Convergencia procesal y sustancial” en Revista Jurídica. Universidad de Ciencias Empresariales y Sociales, cit., pág. 91; “Daño moral colectivo, daños punitivos y legitimación procesal activa”, Revista de Derecho de Daños, N° 6, pág. 113, “Auspiciosa recepción pretoriana del proceso colectivo”, J.A. 2000-II-243; Revista del Colegio de Abogados de Azul, Año I, N° I, Mayo 1998, pág. 15; “Daño moral colectivo, daños punitivos y legitimación procesal activa”, cit. Revista de Derecho de Daños, N° 6, pág. 113, “Proceso colectivo y daño ambiental”, cit., J.A. 1999-IV-1148; “Auspiciosa recepción pretoriana del proceso colectivo”, cit. J.A. 2000-II-243; “Daños colectivos. Convergencia procesal y sustancial” en Revista Jurídica, Universidad de Ciencias Empresariales y Sociales, pág. 91; “Los daños punitivos. Su recepción es el Código Civil de 1998. Primeras aproximaciones” RRC y S 1999-23.

¹²⁸ C.S., “Mendoza Beatriz Silvia y otros c/ Estado Nacional y otros s/ daños y perjuicios”, cit. Fallos 329:2317.

¹²⁹ Andrés MARIÑO LÓPEZ, “Bases del derecho de daños al medio ambiente”, L.L. 2007-D-1123.

¹³⁰ Augusto M. MORELLO - Gabriel A. STIGLITZ, “Daño moral colectivo” cit. L.L. 1984-C-1197.

¹³¹ Aída KEMELMAJER DE CARLUCCI, “Estado de la jurisprudencia nacional en el ámbito relativo al daño ambiental” cit.; Ricardo L. LORENZETTI, “La Nueva Ley ambiental argentina” cit. L.L. 2003-C-1332.

¹³² Sobre el caso remitimos a los trabajos citados *supra*.

¹³³ Juzg. 1ª Inst. N° 2 en lo Contencioso Administrativo y Tributario de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, 27/11/2006, “Defensoría del Pueblo de la Ciudad de Buenos Aires c/ GCBA s/ amparo (art. 14 CCABA)”, sentencia del juez Roberto Gallardo elDial AA39F8, confirmado por la Cámara Apelaciones Contencioso Administrativo y Tributario, Sala II, 14/8/2008 por mayoría votos Dres. Centenaro y Daniele con disidencia del Dr. Russo; Ver Edgardo I., SAUX, “Daño moral colectivo”, en anotación crítica a fallo, en R RCyS febrero 2009- pág. 25. Se pronunciaron a favor del fallo: Juan Carlos VENINI, “El derecho ambiental y el daño moral colectivo”, en Revista de Derecho de Daños, Daño ambiental, 2008-3, pág. 201; Néstor A. CAFFERATTA, “Los daños al ambiente y su reparación”, en Revista de Derecho de Daños, Daño ambiental, 2008-3-163.

¹³⁴ Juzg. 1ª Inst. N° 2 en lo Contencioso administrativo y Tributario de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, 27/11/2006, “Defensoría del Pueblo de la Ciudad de Buenos Aires c/ GCBA s/ amparo (art. 14 CCABA)”, elDial AA39F8, confirmado por la mayoría de la Cámara de Apelaciones Contencioso Administrativo, Tributario, Sala II, 14/8/2008 -voto Dres. Centenaro y Demele, con disidencia Dr. Russo y nota crítica de Edgardo I. SAUX, “Daño moral colectivo”, cit. en RRCy S febrero 2009, pág. 25.

¹³⁵ Conf. *in extenso* la obra de Héctor P. IRIBARNE, *De los daños a las personas* cit. págs. 400, 599, 615, especialmente 621 y *passim*; Matilde ZAVALA DE GONZÁLEZ, *Daños a las personas*, cit., t. 2b, págs. 623, 641, 644; Ramón D. PIZARRO, *Daño moral*, cit. 221; Aníbal Norberto PIAGGIO, “Daño moral y personas privadas de conciencia en estado vegetativo,” cit. en Revista de Derecho de Daños N°6, “Daño Moral”, pág. 250 N°VII Y VIII.

¹³⁶ C.S., 3/12/93, a partir del ‘leading case’ “Frida de Gómez Orue c/ Pcia. de Bs. As.”; CS, 7/8/97, “Badín, Rubén y ots. c/ Provincia de Buenos Aires”, L.L. 1998-E-193, con nota aprobatoria de Luis O. ANDORNO, “Legitimación activa ‘iure proprio’ amplia de los herederos forzosos por reclamo de daño moral indirecto”, y en, J.A. 1995-IV-143.

¹³⁷ C.S., 9/11/2000, “Saber Ciro c/ Provincia de Río Negro” y “Fabro Víctor c/ Provincia de Río Negro”.

¹³⁸ CNCiv., en pleno, 28/2/94, “Ruiz Nicanor c/ Russo Pascual”, E.D. 157-595.

¹³⁹ S.C. Mendoza, 2/10/2002, Sala 1ª “Alvarez Quintana, Manuel y otrs. c/ Rojas Dalmiro”, J.A. 2003-I-fasc. 11, pág. 85.

¹⁴⁰ S.C.B.A., Ac. 82356, 1/4/2004, “Ojeda, Mirta Yolanda c/ Pcia. de Buenos Aires (Servicio Penitenciario) - Daños y perjuicios”.

¹⁴¹ T.S.J., Córdoba, Sala Penal, 25/11/2003, “Vázquez, Rogelio A.”, con nota aprobatoria de José F. D. MÁRQUEZ, “Daño moral por muerte de la persona por nacer. Procedencia, legitimación, cuantía y costas”, L.L.C. 2004-351.

¹⁴² CNCiv., Sala L, 16/8/2001. “Monjes, Mirta E. c/ Transporte Gral. Tomás Guido S.A. y otro”. L.L. 2002-C-133, con nota aprobatoria de Aldo M. Di VITO e Hilario GUERENDIAIN, “La pretensión de daño moral de la persona por nacer por la muerte de su progenitor en un accidente de tránsito”.

¹⁴³ Ver: Cám. Civ. y Com. Azul, 17/12/2004, “G., J.D. y otra c/ Ibarra, Manuel”, L.L.B.A., 2005, pág. 68, y con nota aprobatoria de Jorge A. MAYO, “Sobre la legitimación activa para reclamar daño moral”, R.R.C. y S., 2005, pág. 356.

¹⁴⁴ CNCiv., Sala E, 19/2/76, “Quadri, Martín c/ Ivanoff Iván D.”, L.L. 154-508.

¹⁴⁵ CNCom., Sala C, 23/6/2006, “Alí, Juan P. c. H., A.”, R.R.C.y S., 2006-1209.

¹⁴⁶ CNCiv., Sala K, 13/6/2006, “H., J.M. c/ Clínica de la Sagrada Familia y otro”, voto Dr. Ameal, al que por las particularidades del caso adhirió la Dra. Rejo, con nota aprobatoria de José D. MENDELEWICZ, “La protección familiar en el derecho de daños”, “Los damnificados indirectos”, J.A. 2006-IV-494.

¹⁴⁷ Confr. “Nuevos daños a las personas en la sociedad de riesgo” en libro Homenaje al Profesor Jorge Mosset Iturraspe, Santa Fe, Ediciones UNL, 2005, pág. 159; “Daños a las personas”, R.R.C. y S. 2005-35; “Acerca del daño psicológico”, J.A. 2005-I-1197; en L.L. 2005-B-868; en L.L. 2005-E-1027; en Revista de Derecho de Daños”, 2004-3-31 y 2005-3-89.

¹⁴⁸ C.S., 1/4/97, “Guarriello, Emilio B. y otra c/ Sanatorio San Patricio y otro”, D.J. 1997-3-238 (voto de la minoría).

¹⁴⁹ CNCiv., Sala K, 13/6/2006, “H., J. M. v. Clínica de la Sagrada Familia y otro”, con notas de Juan M. PREVOT, “La responsabilidad civil médica. A propósito del caso ‘H., J. M.’” y José D. MENDELEWICZ, “La protección familiar en el derecho de daños. Los damnificados indirectos”, J.A. 2006-IV, págs. 20, 31 y 48.

¹⁵⁰ Cám. Apel. Civ. y Com. de Mercedes, Sala I, 4/4/2006, “V.H.E. y ot. c/ Penuto, Norberto P. S/ daños y perjuicios”, Microjuris MJJ 7072 y L.L.B.A., 2006-661; Cám. 2ª Apel. Civ. y Com., Sala 1ª La Plata, 7/7/05, “P., C. M. c/ Hospital Ricardo Gutierrez s/ daños y perjuicios”; CNCiv., Sala C, 24/4/97, “M. de L., S.M. y otro c/ Instituto de Servicios Sociales”, con nota de Jorge BUSTAMANTE ALSINA, L.L. 1998-A-405; Ver Gustavo A. BOSSERT, “Contratos en interés del hijo menor” L.L. 1991-13-773.

¹⁵¹ CNCiv., Sala C, 28/10/96, “Torres de Carballo Azucena c/ Instituto Antártida S.A.”, J.A. 1987-IV-369.

¹⁵² CNCiv., Sala C, 17/9/98, “Llanos Enrique Marcelo y otros c/ Clínica Independencia Cía S.A. s/ daños y perjuicios”, voto doctor Jorge Alterini elDial-AAC97.

¹⁵³ Cám. Cont. Adm. y Tribut. de la C.A.B.A., Sala I, 27/6/2008, *in re* “G. de L.W. A y otros c/ GCBA (hospital General de Agudos “Ramos Mejía”, elDial, AA4A93.

¹⁵⁴ CNCiv., Sala B, 5/2/2004, “Véliz Víctor Hugo c/ Federación de trabajadores del Tabaco s/ daños y perjuicios, Sumario Nº 16478, base de datos de Jurisprudencia de la Cámara Civil, Boletín 2/2006.

¹⁵⁵ Cám. Fed. Bahía Blanca, 24/6/1988, “Riavitz, Juan y ot. c/ Ejército Argentino y ots.”. Voto en minoría del Dr. Planes. La mayoría la conformaron los votos de los Dres. Larrasa y Cooter.

¹⁵⁶ S.C.B.A., 16/5/2007, Ac. C 85.129, “C., L. A. y Otra c/ Hospital Zonal de Agudos General Manuel Belgrano y otros - Daños y perjuicios”. Voto en minoría del Dr. Negri.

¹⁵⁷ S.C.B.A., 16/5/2007, Ac. C 85.129, “C., L. A. y Otra c/ Hospital Zonal de Agudos General Manuel Belgrano y otros - Daños y perjuicios”. Voto Dr. De Lázzari integrando la mayoría que declaró la inconstitucionalidad de la norma adhiriendo al primer voto del Dr. Roncoroni.

¹⁵⁸ CNCiv., Sala F, 3/8/2004, “T., V.O. c/ M.C.B.A. s/ daños y perjuicios”, elDial-AA2208; voto Dr. Zannoni con adhesión Dr. Posse Saguier; Cám. Civ. y Com. Azul, 17/12/2004, “G., J.D. y otra c/ Ibarra, Manuel”, cit L.L.B.A., 2005, pág. 68, y con nota aprobatoria de Jorge MAYO en R.R.C. y S., 2005, pág. 356.

¹⁵⁹ Héctor P. IRIBARNE, “La cuantificación del daño moral”, Revista de Derecho de Daños Nº 6, pág. 212; Matilde ZAVALA DE GONZÁLEZ, *Tratado de derecho resarcitorio*, t. 1, “Indemnización del daño moral por muerte”, Rosario Iuris, 2006-81 y ss. Ver Ramón Daniel PIZARRO, *Daño moral*, cit., págs. 250 y 251, Nº III.

¹⁶⁰ Sala 1ª de la Suprema Corte de Mendoza, 20/11/2006, “Gutiérrez José en Blasco de Arias Elsa y ots. c/ Corso Manuel y ot.”, voto Dra. Kemelmajer de Carlucci, Gran Cuyo, 2007-47. Kemelmajer de Carlucci ubica en esa orientación a Oscar VÁZQUEZ, “¿Hasta qué punto es constitucional la limitación legal a la legitimación activa para reclamar por daño moral?”, en www.aaba.org.ar, su ponencia al Congreso Internacional sobre derechos y garantías en el siglo XXI. Ver nuestro voto en: Cám. Civ. y Com. Azul, 29/4/2008, “A. H. y ot. c/ Q.C. y ot. s/ daños y perjuicios” y 51467, “G. de S., M. contra A.H.M. y A.A.M. s/ daños y perjuicios” con nota aprobatoria de María Isabel BENAVENTE, “De la legitimación activa de los hermanos para reclamar daño moral por muerte”, L.L. 2008-F-806 y Graciela B. RITTO, “Acerca de la legitimación activa para reclamar daño moral de los hermanos como damnificados indirectos”, L.L. 2008-E-496. En el mismo sentido: Cám. Apel. Civ. y Com. Junín, 18/11/2008, “Mercado Adriana y otros c/ Falcón, Luis Orlando y otro s/ daños y perjuicios”.

¹⁶¹ Cám. Civ. y Com. Mar del Plata, Sala 2ª, 23/11/2004, “R. S. E. v. Bustos, Esteban y otra”, J.A. 2005-IV-31, con nota desaprobatoria de María I. BENAVENTE, “Daño moral y damnificados indirectos. ¿La limitación del art. 1078 C.C. es inconstitucional?, y aprobatoria de Ethel HUMPHREYS y Silvia TANZI, “Daño moral y concubinato. Legitimación para su reclamo” en L.L.BA 2005-134 y de Graciela RITTO, “La legitimación activa para reclamar daño moral”, en L.L.B.A., 2005-1049; en el mismo sentido Cám. Apel. Civ. y Com. Mar del Plata, Sala 2, 26/12/07, “Camargo, Mónica y otro c/ Lima, Roberto y otra s/ daños y perjuicios” con nota aprobatoria de Edgardo I. SAUX, “El daño moral y la concubina. ¿Ocaso del artículo 1078 del Código Civil?”, RRC y S 2008-449.

¹⁶² S.C.B.A., 16/5/2007, Ac. C 85.129, “C., L. A. y otra c/ Hospital Zonal de Agudos General Manuel Belgrano y otros - Daños y perjuicios”, por mayoría con notas aprobatorias de Carlos A. ECHEVESTI, “Una sentencia inscripta en quadrata monumental”, J.A. 2007-III, págs. 46 y 56; María M. AGOGLIA, “Ampliación de la legitimación activa de los damnificados indirectos por daño moral”, L.L., 2007-F-72, 4; Juan Carlos BORAGINA y Jorge Alfredo MEZA, “Daño moral: legitimación de los damnificados indirectos”, L.L. 2007-D-371; Graciela B. RITTO, “La equidad y el rol de los jueces dinamizando el derecho de daños. Un fallo ejemplificador que consagra la inconstitucionalidad del art. 1078 del C.C.”, L.L.B.A., 2007-869; Pedro Marcelo SEXE, “Naturaleza de la responsabilidad del Estado por mala práctica médica y el daño moral (en la jurisprudencia de la Suprema Corte de Justicia de la Provincia de Buenos Aires)”, L.L.B.A., 2007-876; Marisa Gabriela LÓPEZ BRAVO, “La nueva visión de la Suprema Corte de Justicia de la Provincia de Buenos Aires respecto al art. 1078 del Código Civil”, L.L.B.A., 2007-504; Cám. Civ. y Com., Mercedes, Sala I, 12/6/2007, “A., H. y otros c/ Hospital Municipal Mariano y Luciano de la Vega y otros s/ Daños y perjuicios”, R.R.C. y S., agosto 2007-90 y LexisNexis, Buenos Aires, N° 9, 2007.

¹⁶³ Cám. Nac. Apel. Civ. y Com. Fed., 17/6/2008, “G.D.O. y otros c/ Corporación Asistencial S.A. y otros s/ responsabilidad médica”, voto Dra. Graciela Medina, Microjuris MJJ36823.

¹⁶⁴ Trib. Just. de Jujuy, 17/8/2006, “Recurso de Inconstitucionalidad en ‘M. B. y otros c/ Policía de la Provincia y otros’”, - por mayoría- en elDial AA38A1

¹⁶⁵ Cám. Civ. y Com. Trenque Lauquen, 1/11/2005, “Méndez, Eduardo N. y otra c/ Municipalidad de Tres Lomas”, L.L.BA 2006-552. Para otros supuestos de legitimación de los damnificados indirectos ver: Pascual E. ALFERILLO, “Determinación judicial del daño en San Juan”, Revista de Derecho de Daños, Determinación judicial del daño, II, 2005-3-285; Julia Elena GANDOLLA, “Daño moral. Provincia de Santa Fe”, en Revista de Derecho de Daños, 6-323; Jorge Mario GALDÓS, “Daños a las personas en la Provincia de Buenos Aires”, “Determinación judicial del daño” cit., Revista Derecho de Daños I, 2004-3, pág. 31; “Otra vez sobre los daños a las personas en la provincia de Buenos Aires”, cit. Revista de Derecho de Daños, Determinación judicial del daño II, 2005-3-89.

¹⁶⁶ En contra: Matilde ZAVALA DE GONZÁLEZ, “Indemnización del daño moral por muerte”, en *Tratado de derecho resarcitorio I*, 84/85.

¹⁶⁷ CNCiv., y Com. Azul, 29/4/2008, “A. H. y ot. c/ Q.C.y ot. s/ daños y perjuicios” y 51467, “G. de S., M. contra A.H.M. y A.A.M. s/ daños y perjuicios” con nota aprobatoria de María Isabel BENAVENTE, “De la legitimación activa de los hermanos para reclamar daño moral por muerte”, L.L. 2008-F-806 y Graciela B. RITTO, “Acerca de la legitimación activa para reclamar daño moral de los hermanos como damnificados indirectos”, L.L. 2008-E-496. En el mismo sentido: Cám. Apel. Civ. y Com. Junín, 18/11/2008, “Mercado Adriana y otros c/ Falcón, Luis Orlando y otro s/ daños y perjuicios”. En el sentido se había pronunciado: Sala 1ª de la Suprema Corte de Mendoza, 20/11/2006, “Gutiérrez, José en Blasco de Arias Elsa y ots. c/ Corso Manuel y ot.”, voto Dra. Kemelmajer de Carlucci, Gran Cuyo, 2007-47.

¹⁶⁸ CNCiv., Sala G, 20/10/2008, “Cárdenas, Marta María c/ Negro, Alberto Carlos y otros”, voto Dra. Beatriz Areal, L.L. 2008-F-554, con nota de José Pablo DESCALZI y con nota de Graciela B. RITTO, L.L. 2009-A-147. CNCom., Sala A, 30/12/2008, “Cucciolla Carlos A. s/ quiebra s/ incidente de revisión” elDial AA503D.

¹⁶⁹ CNCiv., Sala E, 17/6/2008, “Hidalgo Laura M y ot. c/ Veltri Gabriel E. y otros s/ daños y perjuicios”, E.D. Diarios (4/3/2009, N° 12.208) en el que se rechazó el daño moral reclamado por los padres.

LA EQUIDAD Y LA REPARTICIÓN DEL DAÑO INVOLUNTARIO EN LA DOCTRINA DE LOS CONGRESOS NACIONALES DE DERECHO CIVIL

por JUAN CARLOS PALMERO

SUMARIO: 1. Introducción 2. Aportes de los Congresos Nacionales de Derecho Civil a la actualización axiológica del Código de 1871. 2.2. El proyecto de convocatoria de Arturo Orgaz. 2.3. El decreto de convocatoria del H. Consejo Directivo de la Facultad de Derecho de la Universidad Nacional de Córdoba. 2.4. Comienzo de las deliberaciones del Primer Congreso Nacional de Derecho Civil. 2.5 Consideraciones en torno al pronunciamiento inicial y primigenio del Primer Congreso Nacional de Derecho Civil. 2.6. El pensamiento del Dr. Enrique Martínez Paz. 3. El daño involuntario en la doctrina de los Congresos Nacionales de Derecho Civil. 3.1. El problema del daño involuntario en el Primer Congreso Nacional de Derecho Civil. 3.2. El problema del daño involuntario en el Segundo Congreso Nacional de Derecho Civil. 4. La incorporación del daño involuntario en la Reforma de 1968. 4.1. El fundamento de equidad.

1. Introducción

Antes de entrar específicamente en el tema objeto del presente trabajo, corresponde manifestar nuestra total y convencida adhesión a la encomiable iniciativa del Sr. presidente de la Academia Nacional de Derecho Civil de Córdoba, respecto de publicar un libro de homenaje a los Congresos Nacionales de Derecho Civil, con el loable propósito de poner en evidencia los incuestionables aportes doctrinarios efectuados desde el año mil novecientos veintisiete hasta mediados del siglo pasado para el perfeccionamiento del derecho civil nacional, los cuales, en cuatro oportunidades (1927, 1937, 1961 y 1969), se constituyeron en el precedente inmediato de las grandes reformas técnicas como así de la imprescindible actualización axiológica que precisaba nuestro Código Civil para mantenerse adecuado a las necesidades del tráfico y en plena vigencia e inserción real hasta nuestros días.

Encontrar las líneas conductoras del pensamiento científico que actuó como movilizador de la evolución y progreso de una disciplina normativa constituye siempre una tarea de interés y conveniencia, pero a nuestro criterio existe una motivación aún mayor, cuando es posible advertir en ciertas manifestaciones de nuestra cultura signos evidentes de desconocimiento de nuestro pasado, lo que constituye ya una grave limitación -si es que se la aprecia desde una angulación estrictamente histórica-, pero configura una falencia científica más grave aún, cuando esta situación se traslada a las disciplinas normativas, donde el paso del tiempo, a semejanza del buril del escultor, va explicando los cambios y las variaciones que sirven para sacar a la luz la sustancia, el contenido y alcance de las instituciones que hoy nos rigen.

Es difícil el hallazgo de las causas capaces de producir estos lamentables efectos, pero lo que realmente importa son los esfuerzos que se realizan para superar tales dificultades, como sucede a través de la realización de trabajos como el presente, que servirán sin ninguna duda, para facilitar la comprensión de las líneas históricas del pensamiento civilista nacional, de forma tal que cuando se trate de apreciar los alcances y contenidos de los institutos modernos, sea factible -mediante un procedimiento sencillo-, poder recorrer los distintos estamentos y etapas de su desarrollo y configuración técnica a través del pensamiento colectivo de los operadores jurídicos, que se pusieron en evidencia y al alcance de todos en estas reuniones académicas a las que hoy se les rinde el más justiciero homenaje.

No habrá excusas en adelante para cualquier investigador o docente del derecho, de prescindir o ignorar estos valiosos antecedentes que como dijimos anteriormente, se transformaron en los precedentes necesarios e imprescindibles para el constante perfeccionamiento y sobrevivencia de nuestro Código histórico, que a través de más de ciento treinta años de vida, conforma la más formidable obra de labor colectiva, a lo que suma la riqueza de su jurisprudencia y la ilustración de la doctrina nacional, circunstancias que lo tornan previsible y con una riqueza científica que supera holgadamente los propios méritos de su ilustre autor.

Esto explica de alguna manera el tema elegido, porque fueron precisamente las ponencias y deliberaciones del Primer y Segundo Congreso Nacional de Derecho Civil reunidos en esta ciudad de Córdoba, los que sentaron las bases técnicas necesarias y suficientes, como así también abrieron la discusión a las eventuales objeciones, despejando de esta manera las lógicas dudas o hesitaciones que tal instituto motivaba, todo lo que permitió que a través de la Reforma de 1968 se transformara en texto legal vigente a través de la modificación del viejo art. 907 C.C..

Dicho de otra manera, aspiramos que por el presente trabajo sea factible advertir con palmaria evidencia este proceso de elaboración de nuestra doctrina en lo que respecta a una figura en particular, como para poder ser agregada a nuestra legislación, todo ello incorporando a nuestra manera de ver, el instrumento técnico-jurídico que acarrea un verdadero perfeccionamiento moral del supuesto de hecho en consideración y una mayor precisión científica en las relaciones de justicia del derecho actual.

Las leyes, por más exactas y perfectas que sean, precisan del permanente proceso de adaptación o ajuste a la realidad donde tienen vigencia, y como uno de los mecanismos más significativos para el logro de tales propósitos, se encuentra la señera labor de la doctrina nacional, como fuente necesaria del derecho, que a través de la organización de estas importantísimas reuniones académicas, se transforma en el motor capaz de movilizar las tendencias, reformas o cambios constantes del derecho, como así delinear la permanente armonía que debe mediar entre el sistema de valores y creencias imperantes en una circunstancia y realidad particular, con los preceptos que conforman el plexo normativo en un determinado país.

Por todo lo expuesto, estamos persuadidos de que esta iniciativa servirá a no dudarlo, para el progreso técnico de nuestras instituciones o al menos el logro de una mejor comprensión para la justificación del proceso evolutivo de las ciencias normativas que a la postre, constituyen un fuerte condimento de comprensión del presente, como así e igualmente, para señalar los grandes méritos históricos y aportes que estas reuniones han efectuado a través de los tiempos al progreso del derecho civil nacional.

2. Aportes de los Congresos Nacionales de Derecho Civil a la actualización axiológica del Código histórico de 1871

2.1. Sería innecesario reproducir en esta oportunidad, el debate que se instaurara a mediados del siglo XIX en torno a la necesidad del derecho codificado, frente a la opinión de juristas de la talla de Savigny, que reclamaban sistemas abiertos capaces de ofrecer una sensibilidad o respuesta especial al “*espíritu de los pueblos*”, de forma tal que las leyes no quedaran rezagadas respecto de la realidad y pudieran ir variando conforme las exigencias de los cambios de conductas, valores o incluso de la propia sinergia natural de las costumbres de una determinada sociedad.

El transcurso del tiempo ha demostrado sin ninguna duda, que la codificación obtuvo la predilección de los países modernos, que optaron por estos cuerpos sistemáticos y cerrados de leyes elaborados a través de un método y plan científico particular, todo lo que permite no sólo organizar jerárquicamente los grandes principios técnicos de una teoría de la hermenéutica o interpretación de las leyes, sino también aportar esa dosis de seguridad y previsibilidad que demandan con tanta insistencia los operadores del derecho.

Si uno observa la evolución sufrida por el sistema del *commom law*, o la forma cómo disciplinan y dictan sus directivas las conductas regionales o de integración continental, no le cabrá hesitación alguna en el sentido que la codificación ha logrado la mayor cantidad de adhesiones, transformándose en una realidad indiscutible.

Pero como todas las cosas, a los beneficios que se logran a través de estas estructuras normativas estables y permanentes, que albergan grandes principios universales del derecho occidental y sobre los cuales es factible ir acumulando durante el transcurso del tiempo una

formidable obra cultural colectiva que se materializa a través de la doctrina y de la jurisprudencia, se debe igualmente reconocer la necesidad imperiosa de mantener una constante atención para que esta seguridad legal no se transforme en un obstáculo al progreso como consecuencia de los impedimentos que se infieren de una instrumentación rígida o vacua por prescindir o alejarse de la realidad, situación que provoca ese problema tan común que aparece cuando una ley pierde actualidad con relación a la circunstancia histórica o a las costumbres de los pueblos sobre los que tiene que regir.

Las tensiones que desatan de los códigos escritos, respecto del permanente problema entre el derecho y la realidad, o como se ha dicho también, en lo que hace a su necesario "*vitalismo esencial*", se fueron resolviendo a través de dos herramientas que ya constituyen una constante, a saber: por un lado, se produce un proceso llamado universalmente de "*descodificación*", a través del dictado de legislación complementaria que regula y disciplina instituciones o aspectos no suficientemente tratados en la norma a la que acceden, generando también y es bueno reconocerlo, algunas otras cuestiones relacionadas con la armonía necesaria del sistema; en otro sentido, la permanente interpretación de las leyes que hace la magistratura, ajustando sus decisiones jurisdiccionales a los valores o circunstancias históricas en las que se hayan inmersos, constituye igualmente otra fuente constante de superación de estos aspectos negativos que estamos expresando; pero la verdad es que estas herramientas han sido suficientes y eficaces como para hacer sobrevivir buena parte de los ordenamientos históricos dictados a partir del Código de Napoleón.

Sin embargo, en cualquiera de los instrumentos que destacamos en el párrafo anterior, lo cierto es que siempre estuvo la doctrina primera y como avanzada en esta epopeya de acordarle al derecho su anclaje con la realidad, que a semejanza de lo que sucede con los rayos de las tormentas, anuncian sin ninguna duda, todos los inconvenientes que se advierten en la tarea diaria de aplicación del derecho, perfilando cuestiones a resolver, proponiendo nuevas fórmulas que absorban los vacíos legales, rectifiquen o aclaren figuras que ofrecen dificultades en su funcionamiento regular, como así igualmente, aquellas otras que por el transcurso de los tiempos han quedado en desuetudo.

Las manifestaciones culturales con que se expresa el derecho, a través de la literatura jurídica, constituye y expresa el signo de los tiempos y podemos aseverar sin temer a incurrir en hesitación alguna, que la perfección de una legislación no queda seguramente subsumida en los indudables méritos o pericia que pudo haber tenido el legislador, sino que se nutre de una savia valiosa y constante de los esfuerzos colectivos que efectúa una sociedad en orden a mantener la plena y perfecta armonía entre sus preceptos normativos y las exigencias propias de la evolución histórica del país donde esta destinado a regir o tener vigencia.

Si se quiere conocer el grado de evolución técnica del conjunto normativo de un determinado país, deberá observarse su producción científica, sus grandes tratados, las monografías que se han escrito respecto de la diversas instituciones, las publicaciones de las revistas, el comentario a los fallos, etc., todo lo que conforma esta gran obra cultural colectiva que tiene, aporta un mayor valor a la propia ley, porque constituye una fuente directa capaz de brindarle además de claridad, certeza y previsibilidad a un determinado ordenamiento legal.

Este bagaje cultural que generalmente enriquece los códigos históricos, constituye a nuestra manera de ver, el principal elemento capaz de justificar los sistemas evolutivos de la legislación, que evitan las fracturas y los traumas capaces de destruir toda esta riqueza que alimenta la cultura jurídica de una nación.

No es extraño entonces que cuando se clasifican las fuentes del derecho ¹, sea precisamente la doctrina a la que se le asigna esta importancia decisiva en el progreso y actualización del derecho, aseveración que si bien es válida en todos los sistemas occidentales conocidos y anteriormente relacionados, reviste una importancia significativa en el *civil law*, por esta necesidad permanente de destacar o poner en evidencia los aspectos críticos de la ley con relación a su necesario anclaje e inserción con la realidad a través de una constante e imprescindible armonización con las exigencias propias del tráfico.

Prueba de lo que aseveramos lo constituye el ejemplo francés. En el famoso Libro del Centenario del *Código*², F. Larnaude³ efectúa una recopilación de las diversas opiniones que fueron apareciendo durante la vigencia de ese ordenamiento, como fueron las objeciones formuladas por Rossi en 1837, que aludían a la “*discordancia entre las reglas del Código y el estado económico de la sociedad francesa a ese momento*”⁴; o las observaciones de Batbie⁵ en 1866, en el sentido de que se requería incrementar la autonomía de la voluntad negocial para otorgar un mayor grado de libertad a los ciudadanos; o E. Acollas⁶, que lo criticaba desde una perspectiva estrictamente política, por considerarlo “*como un compromiso entre las instituciones de la Revolución y los principios del ‘ancien régime’ , es decir, una mezcla entre libertad y autocracia, igualdad y privilegio, una compilación inferior a la ciencia del siglo XVIII, sin método, sin unicidad, sin ideal y donde se entrecruzan los sistemas filosóficos y políticos más contradictorios*”.

Estos juristas, sin embargo, apreciaban al Código Civil -como se ha dicho tantas veces-, un equivalente a la “*Constitución política de Francia*”, pues su vigencia y utilización práctica resulta abarcativa de situaciones tan diversas y extensas que le permite comprender la totalidad de la existencia humana, desde el momento mismo de su nacimiento o incluso antes de nacer, hasta el instante de la muerte, en cuanto titular de derechos y deberes de contenido patrimonial o extrapatrimonial, como así su proyección más allá de su existencia terrena a través de los mecanismos de la sucesión hereditaria; es decir, que la legislación civil comprende toda la problemática del hombre, circunstancias que explican la importancia y presencia de esta asignatura, más allá de los límites mismos de las diversas ramas o especialidades que ofrecen otras disciplinas que se han venido desarrollando y cobrando sus propios espacios en el mundo contemporáneo.

2.2. El proyecto de convocatoria de Arturo Orgaz

El fenómeno descrito en los puntos precedentes ocurrió de manera semejante en nuestro país. Dictado y puesto en vigencia el Código histórico de 1871, transcurrieron alrededor de cincuenta años desde su sanción, tratando de obtener y profundizar un conocimiento acabado del mismo, tal como lo demuestra la primera literatura dominada por el método exegético y de estricto comentario de la ley, además del estudio de las fuentes y concordancias entre los diversos preceptos⁷.

No debe dejar de tenerse en cuenta que nuestro ordenamiento jurídico privado no estuvo precedido de una cultura nacional consolidada al estilo europeo, sino que se trató preponderantemente, de la obra y genio de su ilustre autor. Ello explica la necesidad de que se incluyeran las notas que corresponden como antecedente directo de la redacción de cada artículo donde constan las fuentes doctrinarias nacionales o extranjeras que se tuvieron en cuenta para su elaboración e inclusión dentro de la sistemática general.

Es bueno recordar la anécdota que se cuenta de Rafael García, profesor de Derecho Civil de la Facultad de Derecho de la Universidad Nacional de Córdoba, que al momento de comenzar el dictado de sus clases magistrales correspondientes al curso académico de grado de 1871, pregunta al Consejo Directivo cuál debería ser el contenido de su materia, ya que hasta ese momento, seguía con el programa válido desde 1791 cuando se creara la Cátedra de Institutas, o sea el estudio del derecho romano y su correlación con la legislación española, a lo que se le respondió de manera escueta y terminante: “*enseñe el Código Civil recientemente sancionado*”⁸.

Transcurría 1926, o sea un poco más de cincuenta años desde la sanción del Código Civil, para que en nuestro país se comenzara a vivir el mismo estado de ánimo que señaláramos en Francia según lo expresado en los párrafos precedentes. El tiempo de vigencia de la Ley Suprema que disciplina las relaciones privadas de los argentinos, había sido suficiente como para comenzar a mostrar aspectos que ofrecían flancos para la crítica, espacios vacíos, donde la vida diaria requería de normas capaces de contemplar fenómenos sociales o económicos nuevos

o no tratados en su momento y lo que resultaba más importante aún, era que buena parte del andamiaje filosófico que le servía de sustento ideológico, había sufrido una modificación sustancial irreversible y definitiva, dejándolo en este sentido, en una situación de verdadero desajuste axiológico, circunstancias que se empezaban a advertir dentro del horizonte de la opinión pública de los operadores jurídicos nacionales de ese entonces.

Si en Francia se precisaron treinta y un años, entre nosotros fue menester algo más de medio siglo, pero debe quedar suficientemente en claro que ambas naciones muestran fenómenos absolutamente comparables, mediante los cuales corrientes científicas y movimientos doctrinarios, comenzaron hacer sentir sus influencias respecto del juzgamiento de un Código histórico, al que si bien se le reconocían aspectos técnicos dignos de consideración y respeto, ello no obstante, debían ser analizados conforme los éxitos o fracasos devenidos a través de la aplicación permanente de la ley según los diversos pronunciamientos jurisdiccionales, es decir el derecho actuado en la vida real.

De esta manera, entonces, en 1925 el gran jurista cordobés Arturo Orgaz⁹, sensible y atento a estas grandes expresiones del pensamiento nacional, presenta un proyecto al Consejo Directivo de la Facultad de Derecho a través del cual manifiesta que esta institución universitaria, de *“innegable tradición civilista, cumpla el alto deber de convocar a una Asamblea, cuyas proyecciones inmediatas serían insospechadas, a los hombres que, con el espíritu desinteresado y nutrido por bien disciplinada filosofía social, sepan ofrecer a los legisladores de hoy o de mañana y, en todo caso, a la opinión pública del país, una respuesta leal a las interrogaciones muchas veces inquietantes que formula el sentimiento jurídico frente a la insuficiente razón jurídica, en nombre del progreso institucional”*.

Como puede advertirse fácilmente, dos conceptos aparecen muy adentrados en el pensamiento del autor de la iniciativa, a saber: por una parte, asume sin ambages el deber histórico de Córdoba, frente a la existencia de un tradición que a esa fecha, acarrea una trayectoria de casi tres siglos; por otro lado, invoca los problemas que se infieren de la existencia de interrogantes capaces de generar inquietud en el sentimiento jurídico nacional frente a la insuficiente respuesta ante un evidente y notorio progreso social y de los valores vigentes a la época.

En pocas palabras, Orgaz define de la manera más exacta y adecuada posible, la tarea permanente de la doctrina frente a cuerpos normativos sistemáticos y cerrados de leyes con cierta antigüedad, con relación a las mutaciones de las creencias y costumbres sociales, como así respecto de las diversas dificultades que van apareciendo en la tarea diaria de la aplicación de la ley, reproduciéndose en el país ese espíritu o constante preocupación por mantener al derecho civil ajustado a las exigencias y demandas de la sociedad en la cual tiene vigencia efectiva.

En otra parte de su presentación, aclara y amplía el sentido y alcance de sus fundamentos, en cuanto a que *“El Proyecto, por lo mismo, no persigue un propósito decorativo y superficial; propende, por el contrario, a realizar una verdadera justa del pensamiento científico, con alcances profundamente cívicos: que se discutan sincera y prácticamente planteados, los problemas de nuestra vida civil. Contra el horror que por la discusión de las cuestiones realmente interesantes y concretas experimentan los espíritus semicultos, verdaderos enemigos de la verdad y del bien público, debe dejarse oír la voz de la Ciencia, de la que las instituciones jurídicas deben ser transunto vivo y las universidades celosas animadoras”*¹⁰.

Con cierto dejo de romanticismo -propio de los ideales generacionales característicos de los jóvenes que habían llevado adelante la Reforma Universitaria de 1918-, se muestra la contradicción entre el *statu quo*, reacio, pasatista y ciego a cualquier modificación de las leyes, con esta necesidad de abrir cauce a una justa científica que promoviera la discusión en torno a los grandes problemas del derecho civil nacional, cumpliendo con el deber histórico de nuestra Facultad de Derecho de constituirse en el motor de las grandes reformas y actualizaciones técnicas y axiológicas que se requerían a ese momento, *“frente a la insuficiencia o retraso de ciertas instituciones de nuestra legislación civil que, por admirables que pudieran reputarse hace algo más de cincuenta años, han debido fatalmente sufrir el influjo de las nuevas*

*condiciones sociales, y resultar en algunos aspectos inadecuadas como expresión de las necesidades jurídicas”*¹¹.

Por último, no debe dejar de advertirse ciertos párrafos de los argumentos vertidos en la fundamentación del Proyecto, porque a nuestra manera de ver, signan el rumbo de la tendencia que luego sería la que en definitiva se plasmara de manera efectiva en nuestro derecho actual y en virtud de ellas se lograra la sobrevivencia del Código histórico de 1871, cuando alude a la necesidad de una actualización axiológica o de los valores filosóficos sobre los que se apoyan las leyes, en cuanto expresa que: *“Urge, indudablemente, disponer el material para posibles reformas de instituciones cuyo régimen se aleja cada vez más a la realidad social”,* ya que, *“está en el ambiente cultural argentino, como una inquietud todavía no bien concreta pero que ya empieza a actuar, el convencimiento de que a nuevas condiciones vitales, y a nuevos valores ético-sociales, deben corresponder nuevas corrientes legales”*¹².

Es entonces la preocupación por la adecuación de las leyes civiles a los valores ético sociales debido a los cambios experimentados como consecuencia del transcurso del tiempo, al igual que el imprescindible ajuste técnico de diversos institutos a la luz de lo que fue marcando la jurisprudencia a través de algo más de medio siglo de aplicación, y la responsabilidad histórica de la tradición jurídica de Córdoba, los ejes centrales de la motivación del pedido de convocatoria a la primer asamblea de juristas capaces de hacer un balance desde una perspectiva estrictamente académica hasta ese momento, del Código Civil nacional, tanto en sus virtudes, como en sus defectos y a nuestra manera de ver, ese es el espíritu y el legado que ha sobrevivido hasta nuestros días, al cual nuestras generaciones pretenden continuar y acrecentar llevando la antorcha a través del transcurso de los años.

2.3. El decreto de convocatoria del Consejo Directivo de la Facultad de Derecho de la Universidad Nacional de Córdoba

Ante semejante requerimiento -que no era una expresión solitaria, sino que correspondía seguramente al pensamiento e inquietud de un mayor número de profesores-, es que el Consejo Directivo de la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales de la Universidad Nacional de Córdoba, resuelve, el 3 de junio de 1925, *“Convocar a un Congreso Nacional de Derecho Civil, que tendrá lugar en la segunda quincena de mayo del año próximo 1926 en esta ciudad, con el fin de elaborar las bases doctrinarias que signifiquen el aporte de las universidades a los diversos problemas que plantea el progreso de nuestras instituciones civiles”*¹³.

Parece evidente que de la resolución transcrita en el párrafo anterior, queda suficientemente en claro que la convocatoria propiciaba el pronunciamiento de la doctrina nacional a través de los representantes de las diversas universidades del país, en orden a fomentar mediante el llamado a una deliberación o debate de los más destacados juristas del país, al progreso de nuestras instituciones civiles, que no era otra cosa que hacer una suerte de balance del funcionamiento del Código Civil argentino desde la fecha de su sanción hasta el momento en que se concretara esta importante e histórica reunión académica.

Si se quisiese buscar un ejemplo más preciso y ajustado a su concepción técnica de fuente directa del derecho -en el sentido de Geny-, a través de la obra de la doctrina, difícil sería encontrar otra situación semejante, por lo que a partir de este pronunciamiento podemos afirmar que periódicamente y transcurrido un determinado espacio de tiempo, se ha vuelto costumbre en el país el volver a estas convocatorias colectivas, donde a través del esfuerzo común, se van perfilando los grandes rumbos de las relaciones privadas y lo que es más importante aún, el conjunto de valores sobre los cuales se apoya la legislación que hace las veces de verdadero *“espíritu de las leyes”*, según la concepción de Savigny.

Como para que no quedaran dudas de los objetivos que tenía la convocatoria, se citaba igualmente a los presidentes de las comisiones de Legislación General de la Cámara de Diputados y del Senado de la Nación, como así, igualmente, a los Colegios de Abogados y otros institutos del derecho, de forma tal de lograr ese imprescindible y necesario contacto que debe

existir entre quienes estudian y operan diariamente las instituciones privadas, con los que por fin elaboran el derecho, preservando una justa representatividad de todos los protagonistas o actores de este proceso, que se cumple inexorablemente cuando existe una preocupación por mantener la legislación a la altura de la técnica científica y de los valores morales socialmente aceptados a los tiempos en los cuales deberá preservarse su anclaje real o efectiva vigencia.

Quizás los protagonistas de los acontecimientos relatados, influidos por la anestesia propia de los hechos cotidianos, no alcanzaron seguramente a percibir la trascendencia y significado histórico de esta iniciativa, que luego se repitiera en tres oportunidades más, dando lugar a una suerte de costumbre o tradición nacional de preservar esta constante preocupación por el hallazgo de espacios comunes entre la ciencia que se exterioriza a través de los claustros universitarios y demás operadores del derecho, con los legisladores, de forma tal que los códigos se mantengan ajustados a los progresos de la ciencia y al mismo tiempo actualizados con relación a las mutaciones de las costumbres y valores de la sociedad derivados de los cambios experimentados con el transcurso de los años.

En los discursos de apertura, sin embargo, es factible apreciar que quienes llevaban adelante esta iniciativa, tenían plena conciencia de lo que estaban haciendo, tal como se infiere de las palabras del decano Dr. Guillermo Roth ¹⁴, cuando precisaba como objetivo de esta justa científica: *“el preparar la colaboración que requiere el progreso de la legislación civil... frente a hechos que marcan una contestable evolución ascendente en la aplicación del derecho a la solución de los problemas de la vida material y moral contemporánea a medida que las condiciones económicas se transforman y el nivel de cultura general se eleva”*.

Desde la perspectiva de los profesores asistentes, el ilustre e insigne Lafaille ¹⁵, se adhiere y alinea completamente y sin reservas con estos objetivos, cuando en sus palabras de inauguración expresaba: *“por la feliz iniciativa de los profesores de Córdoba, nos congregamos para levantar inventario del derecho privado argentino, señalar sus errores y colmar sus vacíos. Magna empresa jurídica; pero, desde luego, tarea de sociólogos, porque no puede plantearse, ni menos resolverse, ninguno de los problemas que nos preocupan, con abstracción del ambiente y de las costumbres nacionales. De ahí la extraordinaria precaución con que debemos compulsar la ajena experiencia, a menudo adoptada sin mayor examen”*.

Varias generaciones después, reconocemos el acierto y agudeza de esta iniciativa, y sentimos de alguna manera la responsabilidad de mantener esta tradición, que lejos de ser sólo un dato de la historia, constituye un instrumento permanente para preservar el vitalismo de la ley, manteniendo siempre actualizados los mecanismos de ajuste y progreso de las instituciones civiles a la realidad en donde deben cumplir su función rectora de las relaciones intersubjetivas.

2.4. Comienzo de las deliberaciones del Primer Congreso Nacional de Derecho Civil

Conforme con los antecedentes que hemos venido relacionando en los puntos precedentes, no puede causar sorpresa a nadie que la preocupación inicial del Primer Congreso Nacional de Derecho Civil -y que obviamente, se debía reflejar en el temario-, haya sido el estudio acerca de la *“Conveniencia y reforma del Código Civil”*, sancionado cincuenta y cinco años antes de que se reuniera esta justa académica.

¿Qué otra inquietud de mayor significación podían tener estas reuniones científicas, que no fuese la vida y la suerte del Código histórico de 1871?

De ahí entonces que el 22 de mayo de 1927, el Dr. Enrique Martínez Paz a cargo de la presidencia, deja abierta la sesión con la presencia de veintitrés delegados para considerar el primer tópico de su agenda, a saber: *“Necesidad y oportunidad de la revisión del Código Civil”*, punto del orden del día que no había dado motivo a la presentación de ponencia alguna, circunstancia que ponía en evidencia los consensos unánimes de los participantes en orden a la preservación de nuestro ordenamiento privado vigente en el país desde su organización institucional.

Con un pequeño debate abierto por el Dr. Henoch D. Aguiar, en el sentido de que se debía aclarar el alcance de la palabra “*conveniencia de la reforma*” que resultó intrascendente, a muy poco de deliberar se aprobó por unanimidad la declaración propuesta por el Dr. Orgaz, en el sentido que “*El Congreso Nacional de Derecho Civil declara que es necesaria y oportuna la revisión del Código Civil*”¹⁶.

En definitiva -ocupando no más de media página de las Actas del Primer Congreso Nacional de Derecho Civil-, queda en claro una primera y fundamental conclusión que marcaría el rumbo de las grandes tendencias de las reformas legislativas posteriores, a saber: la necesidad de mantener la preservación del Código histórico de 1871, el que necesariamente deberá ser reformado y corregido en tantas oportunidades como sea conveniente, al igual que será menester incluir nuevas figuras que precisan de una regulación específica, todo ello sin perjuicio por cierto, de la necesaria actualización de sus bases filosóficas para adecuarlo a las mutaciones de las costumbres y sistema de valores imperantes al momento de su sanción.

La primera premisa adoptada por los congresistas, saca a la luz y pone en evidencia que los juristas argentinos -tal como lo manifestara el propio Codificador -, no quieren ser “*irreligiosos respecto del pasado*”, pero tampoco aspiran a estar absolutamente “*desatentos a las exigencias del porvenir*”, de modo que las instituciones civiles deben mantenerse actualizadas y acordes con los vientos e ideologías de los tiempos históricos en las que les toca vivir y ajustadas a las mutaciones sociológicas propias de la evolución natural y progreso de la humanidad.

Esta posición metodológica de la “*reforma parcial*”, excluye la sustitución completa del texto original del Código histórico, aunque acepta todos los cambios que las exigencias de la sociedad demanden en orden de mantener una legislación científicamente moderna y axiológicamente adecuada a sus tiempos vitales.

Las experiencias recientes vividas respecto de diversos intentos de reforma de la legislación privada argentina, revelan que estas ideas han calado muy hondo en la cultura jurídica nacional y prueba de ello lo constituye que -a semejanza de lo ocurrido en Francia o en Alemania-, pese a la existencia de innumerables modificaciones meramente técnicas, e incluso sustanciales que se han venido efectuando hasta el presente, no se ha podido sustituir de manera radical y absoluta el texto original, que nació con el país y que da base y fundamento a una formidable obra colectiva que constituye la cultura civilística nacional¹⁷.

2.5. Consideraciones en torno al pronunciamiento inicial y primigenio del Primer Congreso Nacional de Derecho Civil

El criterio adoptado por unanimidad de la Comisión N° 1 del Primer Congreso Nacional de Derecho Civil, reunida en sesión plenaria del 22 de mayo de 1927, tuvo sin embargo que afrontar al poco tiempo, un debate respecto de su contenido y alcance, en razón que del anteproyecto del Prof. Juan Antonio Bibiloni¹⁸, y del Proyecto de Reformas de 1936¹⁹ -más allá de los incuestionables méritos académicos y científicos de ambos antecedentes-, abren por primera vez la posibilidad de abandonar el método de la reforma parcial, proponiendo la sustitución integral la legislación civil mediante el dictado de un nuevo Código”.

Aunque las ideas de Bibiloni eran ya conocidas al momento de la convocatoria de 1926, lo cierto es que recién logran transformarse en una verdadera corriente de pensamiento nacional con adeptos y detractores, a mediados de la década del treinta, cuando estaba ya en marcha la convocatoria del Segundo Congreso Nacional de Derecho Civil. Es importante señalar a este respecto, que si se revisan las actas de debate de la Comisión N° 1 correspondiente a la sesión del 22 de mayo de 1926 antes relacionada, puede fácilmente advertirse que en ningún momento aparece controvertido el tema de la extensión y alcance que debería dársele a la necesidad y conveniencia de reformas del Código Civil de 1871, pese a encontrarse presentes todos los profesores que con posterioridad mostraron diferencias de criterio en este sentido.

Es interesante advertir a través de dos grandes discursos pronunciados a la apertura y clausura del Segundo Congreso Nacional de Derecho Civil de 1937, pronunciados el primero,

por su presidente y director del Instituto de Derecho Civil de la Facultad de Derecho de la Universidad Nacional de Córdoba, Prof. Dr. Henoch D. Aguiar, contrapuesto al segundo, del profesor de la Universidad Nacional de Buenos Aires, Dr. Héctor Lafaille, que conforman una suerte de contrapunto dialéctico capaz de sacar a la luz -con la altura y solvencia técnica y científica propia de los protagonistas-, todo el contenido de este problema metodológico que gira en torno a si existen razones técnicas para que una reforma deba necesariamente substituir y por ende, derogar completamente al Código vigente, cuestión particularmente agravada cuando se trata del ordenamiento histórico de un país.

Aunque ambos juristas efectúan considerables esfuerzos para no quedar atrapados dentro de las turbulencias propias de esta espinosa cuestión, ello no obstante el representante capitalino antes nombrado ²⁰, expresa que la profundidad de la reforma emprendida, pronto les advirtió a los integrantes de la Comisión reformadora, que el *“resultado habría resultado caótico a menos de adoptar una distribución y una forma distintas”* agregando, además, que les resultó bastante más fácil *“en cuanto el método no es, por cierto, lo mejor que ofrece el Código actual”*. Completa a renglón seguido su pensamiento, en el sentido de *“que algunos de los que iniciaron los trabajos con espíritu conservador, llegaron insensiblemente al proyecto final, que es nuevo en su estructura, mas no en su contenido, como que -en último análisis- organiza de un modo más adecuado, las mismas instituciones, ajustándose a las exigencias de la ciencia jurídica y a las necesidades d el presente, como lo ha reconocido en general, la crítica y el propio Congreso. En síntesis, es el Código puesto al día, según nuestra doctrina y nuestra jurisprudencia”*.

El Dr. Lafaille ²¹ -aunque detrás de un lenguaje prudente y medido-, formula una crítica profunda al Código de Vélez, ya que no sólo se refiere a la necesidad de actualizar científicamente diversas instituciones e introducir otras diferentes acorde con las exigencias de los tiempos, sino también y esto es quizás sea lo más grave, apunta su dardos nada menos que a su columna vertebral, como lo constituye el problema del método, que por el contrario, para la otra vertiente, se lo considera como uno de sus grandes aciertos y motivo de encomio.

Estamos ciertos que probablemente, sin tomar adecuada conciencia, se introduce en el país un debate que todavía subsiste: reforma parcial o sustitución total de la legislación privada, cuya contraposición dialéctica iluminó el siglo XIX y principios del XX, pero que a la altura de los tiempos que corren, luego de la demostración de sobrevivencia y vitalidad del Código Civil francés, pese a sus innumerables modificaciones parciales, parece un debate terminado y carente de sentido ²².

El estado de la doctrina a la época que estamos analizando, es decir, entre 1926 y 1937, era fácil reconocer la existencia de otra vertiente de pensamiento contrapuesta a la anterior, que sostenía con absoluto énfasis y convencimiento la inconveniencia de substituir el Código Civil y cambiarlo por uno nuevo, cualquiera sean los argumentos utilizados para su justificación, actitud que como señaláramos precedentemente, se puso en evidencia en oportunidad de haberse tratado el tema en la sesión del 22 de mayo de 1926 por el Primer Congreso Nacional de Derecho Civil.

Debe quedar suficientemente en claro que esta posición aludía en forma exclusiva al problema metodológico, circunstancias que de ninguna manera cerraba la posibilidad de introducir a nuestro ordenamiento de derecho privado todas las modificaciones parciales que fuesen menester en orden a ajustar técnicamente sus instituciones y/o *aggiornarlo* con relación a la filosofía sobre la cual había sido concebido, propia de principios del siglo XIX.

Los juristas de Córdoba estaban enrolados dentro de esta orientación, y nada más elocuente que traer a colación el pensamiento del presidente del Segundo Congreso Nacional de Derecho Civil, Dr. Henoch D. Aguiar, quien en el discurso citado precedentemente expresó -sin que quedara la menor duda a este respecto- que: *“Muchos sostienen y lo han sostenido, que si bien necesaria (aunque no oportuna por ahora) la reforma del Código, no lo sería la sustitución por otro nuevo, que es de lo que ahora se trata, máxime cuando éste en lo sustancial, en poco se diferencia del anterior y cuando no ha incorporado a su economía, instituciones que, aunque de orígenes remotos, han sido adoptadas por la ciencia jurídica y la legislación*

*contemporáneas, como una consagración de principios, basados unos, en sentimiento de valor ético tan fuerte como el de la solidaridad, o en una sabia política, otros”*²³.

Y si alguna duda queda al respecto, nada mejor que recordar la cita que trae a colación el orador al cierre de su discurso, cuando invocando al célebre jurista francés Henri Capitant, afirma: *“Si nuestro Código Civil es antiguo, no es viejo. A diferencia de los hombres, los códigos no envejecen. La vida les aporta una savia incesantemente renovada. Tres factores contribuyen a mantenerlo en armonía con las necesidades del comercio jurídico: la ley, que les introduce las modificaciones necesarias; la jurisprudencia de los Tribunales; la doctrina que los explica e interpreta, concurriendo todos, además, a la obra del legislador y de los tribunales. Así un código se transforma con la sociedad a que rige. Modificando un poco la frase del poeta, de él se puede decir: ‘Vires, acquirit vivendo’. Una vegetación nueva retoña sobre su tronco; si caen algunas de sus hojas, otras las reemplazan”*²⁴.

Las argumentaciones vertidas a favor de la metodología de la *“reforma parcial”* surgen con toda claridad y nitidez de las expresiones transcritas precedentemente, al igual que lo que ocurriría con relación al pensamiento que sustenta la posición contraria, defensora de la sustitución completa del Código, corrientes de pensamiento que quedaron plasmadas y puestas de manifiesto a través de este ilustrado y respetuoso debate, abierto entre dos juristas de primer nivel nacional y que constituyen una fuente permanente donde pueden abreviar quienes se enfrentan en la actualidad a estos mismos desafíos, justa científica que honra a la doctrina nacional y puede considerarse para siempre, precisamente, en los antecedentes y circunstancias relatadas en los párrafos anteriores.

Cuando todo indicaba que se habían agotado los argumentos y fundamentos vertidos por una u otra posición, se renueva la cuestión a través de la aparición de otro interrogante importante, significativo por sus alcances y trascendente por su proyección sobre toda la disciplina del derecho civil y está referido a la posibilidad de dar respuesta a una pregunta central:

¿Es posible insuflarle al Código Civil argentino, una nueva filosofía social, abandonando su individualismo decimonónico, sin que para ello sea absolutamente necesario el dictado de un ordenamiento dotado de un articulado completamente diferente al actual?

Esta pregunta por su profundidad, se transforma en una suerte de extensión de los espacios a través del cual continúa el debate en adelante y por qué no decirlo, llegando incluso hasta nuestros días.

Para algunos -como Lafaille-, resulta imposible, porque si es menester formularle todos los cambios necesarios para incorporarle la nueva axiología imperante en la modernidad, estas modificaciones serían tan profundas y sustanciales, que transformarían el ordenamiento sistemático en un verdadero caos, todo ello, sin tener en cuenta por cierto, que debido al fuerte condimento doctrinario de nuestro Código como fundamento de sus instituciones, ello obstaría completamente esta posibilidad, argumentos vertidos para justificar la metodología del Proyecto de Reformas de 1936.

2.6. El pensamiento del Dr. Enrique Martínez Paz

Frente a estas alternativas aparece el pensamiento de un ilustre jurista cordobés, el Dr. Enrique Martínez Paz²⁵ -presidente del Primer Congreso Nacional de Derecho Civil reunido en 1927-, quien sostiene una idea superadora del debate metodológico tradicional que existía hasta ese momento, afirmando que la única manera que sobreviviera el Código histórico era a través de una actualización de sus valores, de forma tal de poder substituir su axiología asentada sobre una concepción eminentemente individualista, liberal y positivista del siglo XIX, por otra vertiente solidarista e impregnada en la filosofía social propia de los tiempos actuales.

Los códigos, a semejanza de lo que ocurre con las edificaciones, se encuentran apoyados sobre grandes cimientos o fundamentos filosóficos, que sirven de sustento a toda su estructura

normativa y lo que resulta más importante aún, se impregnan de ideas capaces de explicar y darle funcionalidad a una hermenéutica dinámica y social al tiempo de su sanción.

Entender al hombre del siglo XX, constituía algo más que una tarea científica por delante. Implicaba -a no dudar-, la posibilidad de que nuestro Código, verdadero monumento de sabiduría, tal como lo había clasificado la doctrina nacional, con importantes aciertos técnicos -si es que se lo compara con otros de su misma época-, inspirado en los ideales libertarios que invadieron el mundo occidental luego del movimiento emancipador decimonónico, pudiera permanecer dando continuidad y certeza jurídica a nuestro país, siempre que fuese posible adecuarlo e infiltrarlo con los lineamientos de una nueva axiología que abarcase su dimensión total, capaz de otorgarle de esta manera, una vigencia real para poder dar respuesta a las exigencias de los cambios de costumbres y creencias del mundo contemporáneo.

El Dr. Martínez Paz tuvo la clara visión de que nuestro Código histórico permanecería plenamente vigente, en tanto -como hemos dicho-, fuese capaz de recepcionar todo este nuevo bagaje cultural y filosófico que había extendido las fronteras morales del hombre actual, sobre todo en lo que se refiere a su dimensión social, que como era natural, no podía verse reflejada en los tiempos en que Vélez Sársfield lo redactara y lo pusiera a consideración de sus conciudadanos.

Refiriéndose a este problema, expresaba: *“la personalidad del derecho no está hecha con los despojos de la individualidad humana”*, y concluía su pensamiento en este sentido: *“Hay criterios de interpretación que nacen de los fines éticos de la ley y que se imponen por encima de la voluntad real de las partes”*²⁶, aseveraciones que no propiciaban la ruptura del derecho tradicional, sino que alejándose de los dos extremos que se contraponían en el mundo (individualismo-colectivismo), aspira a encontrar esta salida, que más allá de constituir una opinión personal, fue corroborada plenamente por el decurso natural de los acontecimientos que sobrevinieron.

El Código de Vélez no fue cambiado, sino ajustado o adecuado a una nueva filosofía social, mediante una profunda reforma que comenzara la jurisprudencia, luego se materializara a través de la doctrina y donde los cuatro Congresos Nacionales de Derecho Civil tuvieron una actuación relevante, todo lo cual permitió modificar sus fundamentos éticos y permitió transformarse en una ley de absoluta aceptación a la finalización de la centuria siguiente, asimilando los cambios científicos, culturales y morales que experimentó la sociedad argentina en el transcurso de los años señalados precedentemente.

Nada más elocuente en este sentido, que reproducir una metáfora que utiliza para graficar su pensamiento y que juzgamos como de una lucidez realmente destacable, ya que describe la tarea a cumplir en forma elocuente y con un alto grado de comprensibilidad para cualquier persona que se aboque a este problema, a saber: *“El relato de la creación de Miguel Angel en los frescos de la Capilla Sixtina, en el que el ser sale por un soplo insuflado en la materia inerte, puede servir también como una imagen real de la creación del derecho. Sobre las relaciones de los hechos, la conciencia sopla su aliento vital, según sus valores esenciales y de allí sale todo el derecho animado de espíritu, en forma tal, que sólo el espíritu metafísico puede penetrar”*²⁷.

Lo que originariamente naciera como una alegoría, que -como dijimos-, explicitaba el pensamiento de su ilustre autor y graficaba, como una suerte de plano ideal los caminos a seguir en orden a la defensa de la sobrevivencia del Código histórico -además del elogio que podamos hacer a la corrección del juicio y lucidez intelectual-, tuvo el valor de predecir lo que en definitiva ocurrió en el país, una vez sancionada la Reforma de 1968, donde se introdujo una serie de instituciones y se explicitaron principios generales de tanta profundidad, que nuestro ordenamiento puede lucir su vigencia y anclaje real ante una sociedad que ha cambiado sustancialmente sus costumbres y su escala de valores desde la época de su sanción hasta los tiempos que corren, espacio de tiempo que quizás no sea demasiado extenso desde una visión estrictamente cronológica, pero sí en lo que respecta a la presencia de modificaciones tan abruptas, que podría catalogarse como un verdadero de cambio de era, luego de la gran revolución tecnológica y comunicacional de esta última centuria.

Es curioso observar que el Dr. Guillermo Borda -verdadero autor de la Reforma de 1968-, cuando pretende explicar al país los alcances y fundamentos de esta sustancial y profunda modificación del articulado de nuestro ordenamiento histórico, afirma textualmente que “*Era necesario insuflarle al Código Civil un nuevo espíritu. Su filosofía era la del siglo XIX: liberal, individualista, positivista. La reforma cambia esa filosofía por la social y cristiana, propia de nuestra época, la época de la Populorum Progressio. El liberalismo positivista confundió ley con derecho, se interesó más de la seguridad que la justicia. Hizo del respeto de la libre voluntad un dogma*”²⁸.

¿Quién podría negar que la Reforma de 1968, introdujo a nuestro Código histórico los cambios oportunos respecto de sus fundamentos filosóficos, exactamente en el momento adecuado, circunstancias que ponen en evidencia las razones de su sobrevivencia actual?

Nadie podría negarle los méritos al decr. ley 17.711/68 respecto de la importante y trascendente tarea de haber logrado transformar el espíritu de una ley decimonónica, en un auténtico ordenamiento del siglo XX, y no cabe reticencia alguna en lo que hace a reconocer este valor de haber conseguido por mecanismos técnica y científicamente correctos tan profunda e importante metamorfosis.

Pero de la misma manera que resulta válida esta aseveración, es de igual y estricta justicia reconocerle a esta línea doctrinaria que se expresara a través de más de cincuenta años en los cuatro Congresos Nacionales de Derecho Civil, el haber actuado como un verdadero ariete intelectual de tales modificaciones y si bien todos cumplieron un papel relevante, el Tercero por su encomiable y significativa labor, se transformó -a no dudar-, en el gran precedente científico de esta reforma que como dijimos, nos ha permitido colocar a nuestra legislación civil dentro de los lineamiento y valores filosóficos actuales.

Un simple repaso de los grandes tópicos que fueron motivo de tratamiento en estas justas científicas, servirán para corroborar este aserto, de forma tal que hoy constituye una verdad fuera de toda contradicción la encomiable labor que desarrollaron en la loable tarea de introducir o insuflar -en las palabras de Martínez Paz-, el nuevo espíritu de la ley civil, bajo una concepción solidarista, social y abarcativa de la dimensión gregaria y completa del hombre actual.

Se corrieron las fronteras del individuo en sí mismo considerado, hacia su dimensión social, reconociendo de manera expresa la relatividad de todos los derechos en función de los intereses dignos de protección, en orden a la construcción de una comunidad justa y solidaria.

Cabe entonces recordar algunas de las nuevas instituciones incorporadas por la Reforma de 1968, que constituyen la prueba evidente de lo que estamos afirmando, a saber: el principio del abuso del derecho y el de buena fe, ahora extendido a todas las relaciones entre particulares y no sólo circunscripto al régimen de contratación civil; el tema de la retroactividad de la ley y la unificación de las obligaciones civiles y comerciales; el reconocimiento explícito de la equidad, en su expresión griega de *epicheia*, como un ajuste del rigor formal que se infiere de una aplicación ciega de la ley a casos donde resulta repugnante a los sentimientos de piedad, benignidad, clemencia, moderación, solidaridad. La introducción del vicio propio de la lesión subjetiva, para evitar el aprovechamiento indebido de los disminuidos en sus facultades mediante los beneficios desproporcionados por una de las partes; la armonización de la regla de obligatoriedad de los contratos, con situaciones donde la voluntad debe ceder, como ocurre frente a la dureza y radicalidad de las cláusulas penales respecto de las obligaciones asumidas por el deudor; la incorporación de la regla *rebus sic stantibus*, que permite revisar las contraprestaciones contractuales, frente a su desajuste de las circunstancias imprevisibles y extraordinarias; la protección de los bienes conyugales dentro del régimen económico matrimonial; el reconocimiento de la figura de las astreintes, como mecanismo compulsivo de cumplimiento de las decisiones jurisdiccionales, etc., etc., institutos todos que tuvieron la virtud de cambiarle el rostro al derecho civil de nuestros días.

En este merecido homenaje que le brinda la Academia Nacional de Derecho de Córdoba a los Congresos Nacionales de Derecho Civil, vaya nuestro más sincero reconocimiento al esfuerzo colectivo de la doctrina nacional, expresada a través de estos encuentros científicos,

que supieron sentar las bases de un derecho privado con la necesaria adecuación a los tiempos donde le toca cumplir su tarea de disciplinar las instituciones jurídicas que regulan las relaciones entre particulares.

3. El daño involuntario en la doctrina de los Congresos Nacionales de Derecho Civil

Dentro de este contexto y siempre desde la perspectiva de otorgarle al derecho civil mayor perfección técnica, pero por sobre todas las cosas, conseguir una más delicada y correcta defensa de valores que dan fundamento a nuestras leyes privadas, es que ya desde el Primer Congreso Nacional de Derecho Civil, reunido en la ciudad de Córdoba en el mes de mayo de 1927, se advierte que estas reuniones científicas muestran su preocupación en torno de un problema referido a la *“justicia del caso particular”*, o en términos más técnicos como *equidad*, en cuanto se trata de corregir los márgenes inevitables de injusticia que se infieren de la aplicación de los preceptos legales.

El problema se presentaba en aquellos supuestos donde una persona ocasiona un daño a otra, pero cuando se trata de construir el *factum* o supuesto condicionante para poder hacer valer la obligación de indemnizar, no es posible configurar el factor subjetivo de atribución de dolo o culpa, debido a la involuntariedad del agente causante del daño, por adolecer de una pérdida de la razón permanente u ocasional al momento que ocasiona el perjuicio.

Los ejemplos no son muchos y quizás no pueda decirse de encontrarnos en presencia de situaciones que a diario golpean la preocupación de los operadores jurídicos de un determinado país, pero aunque no sean frecuentes por su número, ello no obsta a que cuando ocurran, produzcan una clara conciencia de injusticia en el entendimiento de que el derecho se ha desnaturalizado o salido de madre en su funcionamiento efectivo.

Existen casos muy antiguos -el problema se encuentra regulado en códigos de fines del siglo XVII y principios del XVIII-, cuando en razón de la involuntariedad por pérdida de discernimiento de quien produce el daño, la víctima se encuentra imposibilitada de obtener la reparación patrimonial del perjuicio sufrido. Y si esto en sí mismo ya constituye una situación revulsiva, mucho más aún resulta notorio, cuando existe una evidente desproporción de la capacidad económica entre uno y otro de los protagonistas, siendo la víctima de escasos recursos y el agresor una persona rica o de mucha fortuna.

Desde antiguo, esa sensación natural de frustración o de ecuanimidad subvertida que tienen las personas civilizadas frente a situaciones de este tipo, sobre todo cuando quedan privadas de toda resarcibilidad o indemnización por los perjuicios experimentados, comenzó a hacer pensar a los juristas en fórmulas o recursos que le permitieran eludir el rigor de la involuntariedad, para encontrar algún mecanismo que fuese capaz de superar esta especial y particular situación.

Sin que fuese necesario profundizar el tema desde una angulación estrictamente científica, cualquier individuo permeable a las cuestiones humanas y a su sufrimiento moral, se sentiría angustiado al advertir que por obra sólo de la inimputabilidad del agresor, alguien económicamente necesitado se queda sin la indemnización que debió pagar otro dotado de fortuna personal, basado sólo en el hecho que no es posible configurar el supuesto condicionante que pone en funcionamiento el mecanismo resarcitorio de la responsabilidad civil extracontractual.

Recuérdese, en este sentido, la nota al art. 900 C.C., del decr. 48, 9, fr. 9, s2, que dice: *“El que está en la infancia o el loco, si hubiesen matado a un hombre, no están sujetos a la Ley Cornelia, porque al uno lo ampara la inocencia de su designio y al otro la infelicidad de su desgracia”*, lo que revela con toda claridad que para el antiguo derecho era evidente la irresarcibilidad del daño .

Pero agregaba: *“Mas si presa de locura alguien hubiese matado a su ascendiente, quedaría impune, como resolvieron por rescriptos Divinos hermanos respecto a uno que presa de locura*

había matado a su madre, porque basta que él esté castigado con su misma locura y que haya de ser custodiado más diligentemente, o que aun haya de ser reducido a prisión”, todo lo que nos induce a concluir que una vez superado el rigorismo formal inicial, el elemento subjetivo de imputación moral fue causal obstativa para excusar la responsabilidad del agente involuntario del daño ²⁹.

No cabe duda que la *Lex Aquiliae* introdujo una valoración espiritual en la construcción del supuesto condicionante de la responsabilidad civil, que la alejaba de los precedentes rígidos y formales de la antigüedad, acercándola en cambio, a los cauces modernos de la teoría de la responsabilidad civil, donde la valoración subjetiva cumple una función decisoria a la hora de establecer la obligación resarcitoria derivadas de conductas dañosas punibles e imputables.

En el derecho francés no hubo cambios de significación respecto de lo expresado en el párrafo anterior y si se observan tratadistas como Pothier ³⁰, Portalais ³¹ o Domat ³², se advertirá -sin incurrir en hesitación alguna-, que el famoso art. 1382 del *Códe*, reconoce como fuente doctrinaria el derecho romano y, por lo tanto, se enrola dentro de la misma línea ideológica, en el sentido que no puede derivarse consecuencia perjudicial alguna mientras no sea factible configurar un factor subjetivo de atribución de responsabilidad, sea de dolo o de culpa, por aquello que dice el Digesto “*el daño del menor o del furioso es equiparable al que ocasiona un cuadrúpedo o una teja que se cae del techo*”, circunstancias que actúan como factores excluyentes de responsabilidad civil ³³.

De todo lo expuesto precedentemente, podría afirmarse que dentro de lo que llamamos la corriente latina (romano-francesa), el condimento del reproche moral (dolo o culpa) que conforma la propia naturaleza del elemento subjetivo de la responsabilidad civil, constituye un precedente fundamental y básico para dar fundamento legal a conductas resarcitorias, circunstancias que tuvieron una gran expansión al amparo de la influencia que tuvo la legislación gala durante el siglo XIX.

En contraposición a esta vertiente doctrinaria, en general el derecho germano, desde muy antiguo entendió la necesidad de apreciar de una manera diferente las circunstancias particulares que pueden surgir frente a los hechos que estamos analizando, y en este sentido, el art. 41 del Código de Prusia determinaba que “Cuando un furioso, un insensato o un niño menor de siete años, causen un daño a otro, no se puede tomar de su fortuna sino lo necesario para la reparación del daño inmediato”, principio que se completaba con la norma siguiente, cuando disponía: “La fortuna de las personas contempladas en el artículo precedente, no responde del perjuicio sino en el caso que quien lo ha sufrido a éste no pueda obtener reparación con los bienes del que vigile a dichas personas o de los padres de ésta”.

De acuerdo a la simple transcripción de los preceptos mencionados precedentemente, es factible inferir la existencia de una solución diferente a la tradicional de los romanos, en y estos casos no se veda completamente la posibilidad de un resarcimiento económico a la víctima del daño, sino que la extensión del resarcimiento se circunscribe al daño inmediato, generando a su vez una suerte de “beneficio de competencia” a favor de quien lo hubiere provocado en situación de inimputabilidad. Diríamos que se trata de un sistema de reparación morigerada, frente al otro de rechazo completo de responsabilidad.

El Código de Austria de 1758 se mantiene en la misma línea del Código galiciano y en su art. 1306, establece el principio en general, de que nadie está obligado a reparar el daño causado sin culpa o por una acción involuntaria, pero de la propia redacción se abre la posibilidad de considerar excepciones.

Así las cosas, en el art. 1310 del mismo ordenamiento, se dispone: “Si el damnificado no logra de esta manera obtener el resarcimiento (se refiere a los casos donde puede ser imputado el curador o guardián por negligencia o su cuidado) el juez, teniendo en cuenta las circunstancias, si el causante del daño, si bien no tiene ordinariamente el uso de razón, puede por ventura en el caso dado ser imputable de culpa -o sino si el damnificado por prevención

hacia el ofensor ha tratado de alejar el daño-, o finalmente, teniendo en consideración ambos patrimonios, ordenará el resarcimiento íntegro del daño-, o al menos parte del mismo, a determinarse conforme la equidad”.

Esta disposición resulta de importancia fundamental, pues introduce todos los elementos necesarios para la posibilidad de una reparación del daño involuntario a saber: falta de discernimiento del agente causante del perjuicio; la consideración evaluativa de los patrimonios del agresor y de la víctima y por último, la fijación de una indemnización fundada en la equidad.

3.1. El problema del daño involuntario en el Primer Congreso Nacional de Derecho Civil

Ante el doble tratamiento que ofrecía el derecho comparado a mediados del siglo XIX, nuestro Codificador se enrola, sin retaceo alguno, dentro de la vertiente latina, a través del dictado del art. 900 C.C., que dispone que “Los hechos que fuesen ejecutados sin discernimiento, intención y libertad, no producen por si obligación alguna”, enunciado general que se desarrolla en la nota pertinente, con cita de Mainz (t. 1, § 119), al explicar que el hecho de un insensato o de una persona que no tiene discernimiento y libertad de sus actos, no es considerado como un acto, sino como un acontecimiento fortuito.

Esta posición que se muestra como imperturbable para considerar eventuales situaciones de excepción o casos en particular que merezcan un tratamiento especial por parte de la legislación civil, debía provocar inmediatamente por parte de juristas sensibles a encontrar soluciones de justicia más acordes con la morigeración de los rigores derivados de la interpretación estrictamente formal o positiva, no tardó en manifestarse a través de iniciativas o proyectos de reforma que contemplaran el supuesto tradicional del daño involuntario.

Así las cosas, si se repasa el temario del Primer Congreso Nacional de Derecho Civil reunido en la ciudad de Córdoba en el mes de mayo de 1927, se advertirá rápidamente que en la comisión encargada de tratar el tema N° VIII, sobre “*Responsabilidad civil por actos ilícitos*”, el Sr. secretario J.M. González Sabathié, propone el siguiente despacho: “*Vuestra Comisión aconseja la aprobación de las dos proposiciones presentadas por el Dr. Henocho D. Aguiar*”. Y respecto del tema que nos ocupa -ya que la primera parte se refiere a la propuesta de incorporación de la figura del abuso del derecho-, expresa textualmente: “*Por lo que respecta a la segunda proposición, está fundada en precedentes legislativos de importancia, que le quitan el carácter de innovación audaz, y en principios de solidaridad humana que no es posible desconocer*”. La ponencia presentada por Henocho D. Aguiar, fue también suscripta por los Drs. Pedro León, Julio A. Ojeda, Ernesto Cordeiro Alvarez.

Inmediatamente después, toma la palabra el Dr. Aguiar para fundamentar su posición, expresando que la misma no implica un apartamiento de los principios clásicos de la responsabilidad civil, en cuanto ésta se base en la imputabilidad de los actos, y por cualquier duda que se pudiera suscitar, explica que no se trata de establecer “un caso más de responsabilidad”, sino -y esto es seguramente, lo importante-, “*un caso de repartición del daño causado por un acto involuntario*”.

Para el insigne jurista representante de la Universidad de Córdoba, su proyecto no importaba apartarse de los enunciados tradicionales respecto del supuesto condicionante de la responsabilidad civil, sino algo más específico y concreto, como lo constituye la repartición del daño producido en estado de involuntariedad, circunstancia que alude claramente a situaciones específicas derivadas de hechos particulares.

Y cuando trata de justificar esta excepción, aparece la nueva axiología que se pretendía insuflar al Código decimonónico, asentado como se ha dicho, sobre una filosofía propia de la época, positivista, individualista y liberal, al sostener que “*En el principio de solidaridad humana hemos creído encontrar el elemento moral que anima y da espíritu a la proposición, porque fuera de los elementos morales, creo que no puede fundarse doctrina alguna respecto*

de repartición de daños involuntariamente causados o de reparación de éstos, cualquier que fuera su causa”, agregando luego más adelante de su exposición, que “Hubiera podido hacerse efectiva la reparación, en este caso, en una forma distinta de la propuesta: haciendo pesar sobre el Estado -entidad representativa del todo social- el deber de restablecer, por la reparación, el equilibrio roto por el hecho involuntario perjudicial. Empero, en el estado actual de nuestra legislación, tal solución sería imposible, por ello, me ha parecido que el daño debería repartirse entre el que lo produce y el que lo sufre, de manera que fuera gravoso a cada uno de ellos”³⁴.

Es evidente que la solución propuesta, no explicita claramente el fundamento de equidad, que de manera indiscutible, importa acordarle una apoyatura mucho más técnica y científica, pero no cabe duda que la solidaridad constituye una de sus manifestaciones específicas como tema de la justicia, circunstancias que de ninguna manera restan mérito a la iniciativa.

Luego de traerse a colación antecedentes importantes obtenidos del derecho comparado -entre otros, el Código Penal español y con cita de Segovia, se recuerda precedentes nacionales en este sentido, además del art. 829 C.C. alemán y del art. 44 C.C. suizo-, circunstancias que avalan su propuesta, entendiendo que la misma se apoya en un principio universal de justicia y con fundamento en valores morales tan fuertes como la solidaridad que se deben entre individuos pertenecientes al mismo género humano.

El debate mostró una variante en la solución del caso, sostenido por el Dr. Jorge Pasquini López, quien consideró que si bien compartía la necesidad de la reparación del daño involuntario, no entendía razonable que se le restase a la víctima parte de su reparación, porque era injusto que además de sufrir el perjuicio de por sí gravoso, debiese pagar la parte que le correspondía según la repartición propuesta en la ponencia, supuesto que a su juicio, importaba agravar la situación de quien ha padecido el daño sobre sus bienes o persona, para lo cual reclamaba la intervención del Estado, que debía hacerse cargo en parte de la indemnización, propuesta que concreta a través del siguiente despacho: “En caso de daño causado en forma involuntaria, una parte la pague el que lo produce y otra parte el Estado”³⁵.

A renglón seguido, toma la palabra el Dr. Héctor Lafaille³⁶, quien luego de elogiar la aclaración formulada por el Dr. Aguiar, en el sentido de que no se trataba de crear un nuevo caso de responsabilidad civil por apartamiento de los principios generales sobre el elemento subjetivo del supuesto condicionante, trae a colación el problema de la reparación de los perjuicios ocasionados en “estado de necesidad”, donde según sus referencias, en Francia se hace cargo el Estado, lo que a su juicio le parece razonable, porque constituye un hecho en cierta manera fortuito y por lo mismo, no podría recaer en su totalidad sobre ninguna de las partes intervinientes. Entiende, por último, que esta reparación debe justificarse como *solución de equilibrio* y no en razón de la existencia de culpa en sentido técnico legal.

El Dr. Enrique Martínez Paz³⁷ a su vez, explica que según el punto de vista del despacho original, la repartición del daño en estos supuestos, debería hacerse “en proporción al patrimonio de cada uno”, lo que afirma infundirle muchas dudas con relación a los elementos de juicio o pruebas concretas que tendrán a su disposición los magistrados al momento de adoptar estas decisiones, todo lo que podría derivar en arbitrariedades por decisiones emitidas sin suficiente sustento fáctico.

Por último, y antes de que se sometiese a la votación el autor de la ponencia, el Dr. Aguiar³⁸ formula una aclaración a nuestro juicio fundamental, en el sentido que su proposición tal como está planteada, establece la repartición del daño “en proporción a los patrimonios respectivos del que lo causa y del que lo sufre”, invocando como antecedente inmediato el Código austríaco, de forma tal que entiende que el juez debe valorar la fortuna de uno y otro para establecer la responsabilidad.

Y a continuación, reformula el despacho a someter a votación, de la siguiente manera: “Cuando el daño se ha causado por un acto involuntario, formalmente ilícito, los daños y perjuicios deben repartirse el que lo causa y el que lo sufre en proporción a sus patrimonios respectivos”, obteniendo el voto favorable de once congresistas³⁹, haciéndolo ocho participantes por la negativa, resultado que le confirió su aprobación como recomendación del Congreso.

No creo posible encontrar un ejemplo más explícito de la preocupación de estos juristas por actualizar la legislación civil de su tiempo, sobre la base de los grandes principios axiológicos derivados de la *solidaridad humana*, proposición que vino a transformarse en ley recién cuarenta años después, con motivo del agregado al art. 907 C.C., por obra de la Reforma de 1968, pero cuya simiente es factible encontrar en estas justas académicas que constituyen los Congresos Nacionales de Derecho Civil a los cuales se suma este merecido homenaje que les rinde la Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Córdoba.

3.2. *El problema del daño involuntario en el Segundo Congreso Nacional de Derecho Civil*

El tema N° 4 de la reunión académica referida -que se tratara en la sesión del 4 de noviembre de 1937- se elabora sobre la base del siguiente interrogante, a saber: *¿Conviene incorporar al Código Civil las instituciones del abuso del derecho, de la repartición del daño involuntario entre el que lo causa y el que lo sufre, e introducir en el Proyecto el principio de la responsabilidad solidaria entre los responsables por cuasi delitos?''*.

En lo que respecta al tema en cuestión, la pregunta resultaba importante, dado que el anteproyecto Bibiloni había mantenido en la vertiente latina del viejo criterio del Código Civil, pues en su Sección Tercera y bajo el acápite "De los hechos y actos jurídicos que producen adquisición...", Título I, "De los hechos", art. 2º, propicia substituir los arts. 897, 898, 900 y 913 C.C., por otro de la siguiente factura técnica: *"Se juzgan voluntarios los hechos cuando son ejecutados con discernimiento, intención y libertad, y resulta de ellos una adquisición, modificación o extinción de derechos. Los que no reúnen esos requisitos, no producen por sí obligación alguna"*, circunstancias que no dejan lugar a duda alguna con relación al criterio seguido en lo que hace a la repartición del daño frente a situaciones de involuntariedad del agente que lo produce.

El Dr. Arturo Barcia López -representante de la Universidad Nacional de La Plata-, actúa como presidente de la comisión del Tema N° 4, que trata la "Repartición del daño involuntario" y comienza la sesión con la lectura del despacho respectivo, en el cual se afirma que la legislación vigente prevé en su art. 907, sólo la *devolución del aumento patrimonial* ⁴⁰ (enriquecimiento sin causa) en los supuestos en que se configure tal situación, pero que de ninguna manera establece el derecho a obtener una indemnización en sentido técnico, aunque la misma fuese parcial con relación a los daños efectivamente causados.

Son importantes las consideraciones que se formulan respecto de los fundamentos que justifican introducir esta posibilidad, porque agrega argumentos a los vertidos hasta ese momento, cuando afirma: *"Intervienen los mismos factores que imponen la adopción de la teoría del abuso del derecho, en una parte fundamental: la creciente socialización del derecho y la influencia más acentuada que nunca de los principios éticos en la vida jurídica. Se procura por otra parte, el reconocimiento de un deber superior de solidaridad humana, que tiende a imponerse como una obligación puramente legal, con prescindencia del elemento subjetivo que prevalece en los supuestos comunes de responsabilidad"* ⁴¹.

Adviértase la constante preocupación de los juristas reunidos en estas justas científicas por la preservación de la ética en las relaciones entre los particulares que a la atribuyen a esta tendencia de socialización del derecho, como así la constante invocación al principio superior de solidaridad que transforma las instituciones en instrumentos valiosos al servicio de los hombres.

Este recorrido en busca de actualizar a la legislación civil conforme los valores de su tiempo, aparece entonces como una constante de los Congresos Nacionales de Derecho Civil y ello constituye un gran mérito digno de todo encomio, no sólo porque cada generación carga sobre sus hombros la responsabilidad de progresar en la aplicación práctica de las normas jurídicas, sino también en esa importante misión de actualizar los fundamentos morales y axiológicos sobre los cuales se asienta toda la legislación en miras a obtener soluciones de

justicia más adecuadas a la ideología de su tiempo y demás circunstancias históricas en que les toca vivir.

La Comisión menciona como apoyatura de su propuesta, citas del derecho comparado, como el art. 1310 del Código de Austria; el art. 829 del Código alemán; el art. 143 del Código polaco de las Obligaciones y el art. 76 del proyecto franco italiano de Código de las Obligaciones, a lo que agrega la transcripción del despacho elaborado por el Dres. Henoch D. Aguiar y que fuera aprobado en el Primer Congreso de Derecho Civil del año 1926. Firman en prueba de conformidad los Drs. Rafael Bielsa con ampliación de fundamentos, Pero León, Ernesto Cordeiro Alvarez y José Manuel Saravia⁴².

Cuando se abre el debate, solicita la palabra el Prof. Dr. Pedro León⁴³, para explicar los fundamentos científicos en apoyo del mismo, aludiendo a que el Código no contempla este supuesto, salvo los casos de enriquecimiento sin causa, con los límites propios de la *actio in rem verso*, o sea sólo y en tanto el accionante se hubiere enriquecido, por lo que propicia la posibilidad de la incorporación de la figura del daño involuntario, ya que la realidad muestra casos donde “*un insano que carece de curador, o que el curador no esté obligado a responder por encontrarse en los casos de excepción que contempla la ley civil -como ocurre si se ha escapado de donde estaba recluso-*” ocasionando un daño, la víctima carece de posibilidades de obtener una reparación legal, dado que la subjetividad constituye un condicionante de la obligación de indemnizar.

Concluye por fin su exposición -haciendo mención a soluciones en este sentido del derecho comparado-, solicitando la ratificación por esta asamblea, del despacho que se votó y aprobó en 1927, por tratarse de una solución inspirada en un elevado ideal de justicia y de solidaridad social.

Inmediatamente toma la palabra el Dr. Rafael Bielsa⁴⁴, que manifiesta en general adherir al proyecto de despacho presentado por el presidente de la Comisión de este Tema N° 4, pero formula algunas observaciones en el sentido que teniendo en cuenta que los lineamientos generales de la responsabilidad civil demandan la existencia de factores subjetivos de imputación moral del acto, afirma que la *disposición proyectada constituye un ‘ius singulare’ y que en tal virtud debe ser de aplicación restrictiva*”.

Por estas razones, el jurista rosarino considera que al no suponer una reparación integral, “*no debe hablarse de indemnización, sino de una reparación proporcional*” fundamentando la excepción en un principio de justicia distributiva⁴⁵.

Para dar por concluido el debate, emite su opinión el Dr. Héctor Lafaille⁴⁶, quien afirma que el despacho tiende a incorporar una solución que apoyó complacido en 1927, respecto de un caso donde “*no existe propiamente responsabilidad, sino resarcimiento y que puede admitirse una excepción al principio de la teoría subjetiva*” expresando luego que ha sido un punto que no tuvo en cuenta la Comisión Reformadora, pero que ello no obsta a que vote favorablemente el despacho de Comisión.

De la manera expuesta -que relatan puntualmente las Actas respectivas de este Segundo Congreso Nacional de Derecho Civil-, se pone a votación el despacho con que materializa la proposición, quedando aprobada por mayoría de votos en la ciudad de Córdoba, a los cuatro días del mes de noviembre de 1937, siendo las diecisiete y treinta horas.

4. La incorporación del daño involuntario en la Reforma de 1968

No hace falta abundar en consideraciones para aseverar una afirmación que hoy resulta compartida por la totalidad de la doctrina y de los operadores jurídicos del país: la Reforma de 1968 al Código Civil mediante el decr. ley 17.711 constituye el cambio más radical que haya sufrido nuestro ordenamiento jurídico privado desde la fecha de su sanción.

Si bien las innumerables instituciones incorporadas al Código Civil a través del dictado de leyes complementarias, o mediante la supresión o reelaboración de dispositivos concretos por contradicciones, oscuridades o deficiencias técnicas o científicas, lo importante y significativo

de la oportunidad señalada precedentemente, fue -sin ninguna duda-, el haberle cambiado la filosofía o sustento axiológico que abrevaba en los principios y enunciados individualistas y liberales del siglo dieciocho, para calar ahora de manera profunda dentro de la nueva visión social del hombre de nuestra época, que ya no podría vivir a la luz de un conjunto de valores absolutamente superados por la evolución natural de la sociedad y como consecuencia de las grandes y significativas variaciones científicas y técnicas de las disciplinas normativas de nuestro tiempo.

De esta manera es factible decir que la predicción de Martínez Paz se ha cumplido en su integridad, o sea que el Código histórico ha sobrevivido hasta el presente debido a que en el momento oportuno se lo actualizó a las formas y valores que sustentan las leyes acordes con una visión más amplia de la persona no sólo ahora considerada en si misma sino también respecto de sus derechos y deberes con respecto a la sociedad, condimento propio de lo que ha dado en llamar el sustento derivado de una auténtica y moderna filosofía social.

De ahí entonces que todos estos esfuerzos colectivos de la doctrina nacional que vimos reflejados en el instituto del daño involuntario a través de dos Congresos Nacionales de Derecho Civil, se materializaron y concretaron a través de la Reforma de 1968 en el agregado que se le hizo al art. 907 C.C., que refleja y reconoce lo mejor y más genuino del instituto, trabajados y puestos de relieve mediante los antecedentes doctrinarios que obran en las reuniones académicas destacadas precedentemente.

La vertiente latina en que nos encontrábamos hasta mediados de la centuria pasada, a través del rigor de los arts. 900 y 907 C.C., cedió lugar a mayores espacios, mediante la elaboración de una construcción más próxima de los grandes ideales de justicia, tal como ocurriera con el corrimiento de las fronteras tradicionales de la equidad, que recorrió un camino necesario de progreso y sensibilidad social que se extiende desde la *aequitas romana* -que ya existía-, a la *epicheia griega* -incorporada por la Reforma-, circunstancias que implican a nuestro modo de ver, un evidente progreso moral en las soluciones de justicia que requiere la involuntariedad, cuando se trata de hacerla funcionar dentro de la teoría general de la responsabilidad civil, donde los intereses patrimoniales del damnificado cobra una nueva y más trascendente dimensión a la que el derecho debe darle respuestas adecuadas .

El agregado formulado por el decr. ley 17.711 al art. 907 C.C., conforma la concreción de los grandes sueños e ideales de los Congresos Nacionales de Derecho Civil, porque conformaron el sustento y los precedentes científicos de lo que después sería una figura con carta de ciudadanía y vigencia práctica en el derecho nacional y es precisamente este mérito el que queremos destacar y reconocer a través del presente trabajo, como así a todos los juristas que de una u otra forma lo hicieron posible.

4.1. El fundamento de equidad

Se piensa en general, que el progreso de la humanidad se muestra exclusivamente en el campo de ciencias de la naturaleza, pero que ello no ocurre respecto de los problemas morales o fundamentos filosóficos del derecho, por aquello que los grandes interrogantes y desafíos morales que debe enfrentar el hombre durante su existencia, no experimentan cambios a través del decurso de la historia.

Dicho de otra manera, es factible advertir avances en aspectos que hacen a la ciencia empírica, pero no en lo que respecta a la axiología o a la moral, que más allá de sus aspectos o singularidades, reflejará siempre las grandes incógnitas, virtudes y debilidades del género humano, circunstancias que colocarían al derecho ante una constante encrucijada en lo que respecta a discurrir los fundamentos sobre los cuales encuentra sustentación el plexo normativo vigente en una determinada situación geográfica particular.

Más allá de la interesante discusión en torno a dirimir si un determinado espacio de tiempo, ha vivido más que otro, bajo un conjunto de leyes acordes con los grandes principios de la ética y la solidaridad, a nuestra manera de ver, no cabe duda que existen ciertas situaciones donde se

configuran precisamente y en concreto estos avances, sin que exista al respecto hesitación alguna en este sentido.

Cuando en 1871 se sanciona nuestro Código histórico, numerosos preceptos se inspiraron y asentaron en el fundamento de equidad, como un tema propio y genuino de la justicia, haciéndose una suerte de distinción de los casos ordinarios o explícitos, de otros, que por sus características particulares, era menester un ajuste de ese valor precisamente para preservar su actuación efectiva.

Las leyes, en cuanto se trata de la concreción de descripciones generales y abstractas de conductas humanas, no pueden absorber y comprender todas las situaciones hipotéticas de solución, razón por la cual quedan siempre relegados ciertos supuestos especiales que provocan, más allá de la buena voluntad o habilidad técnica del legislador, lo que se denomina técnicamente como “*márgenes residuales de injusticia*”. Para ser más explícitos, es factible que el supuesto hipotético descrito en la norma legal, al pretender utilizarse como instrumento para dirimir el conflicto, desarrolle un efecto no querido y por lo tanto, lejos de lograr su objetivo, produzca una consecuencia completamente contraria. Los romanos, con la sencillez de sus observaciones, tenían un adagio que describía este fenómeno con una claridad meridiana: *summum ius, summa iniuria*. En ciertas situaciones la aplicación estricta de la ley, nos lleva a la máxima de las injusticias.

En miras a la solución de estos conflictos, es que el derecho romano invocaba el superior principio de la equidad -en su versión latina, de la *aequitas*-, que no es diferente al funcionamiento común y corriente del valor justicia, sólo que precisa de la adecuación al caso particular, en miras a poder dentro de estos lineamientos y limitaciones de persona, tiempo y lugar, poder “*dar a cada uno lo suyo*”.

Desde este punto de vista, podría decirse que la *aequitas* romana, cumple la función de una suerte de *justicia substitutiva*, o sea la que por las características y peculiaridades propias de ese supuesto fáctico, precisa de una solución ajustada a sus circunstancias y que por ello, la alejan y excluyen de su funcionalidad normal. Baste pensar en este sentido, el art. 505 C.C., cuando se refiere a la equidad, como *ratio legis* de las obligaciones naturales; el fundamento técnico de la *actio in rem verso*, como acción restitutoria por el enriquecimiento sin causa del accionado y el correlativo empobrecimiento del accionante (arts. 499 y 907 1ª parte C.C.); la nota del art. 789 C.C., cuando se refiere a la destrucción por un terremoto de un cosa en poder de su actual poseedor, que hubiera ocurrido lo mismo en manos de su verdadero dueño, con invocación a la cita romana de: *Nullum injuriam, aut damnum dare videtur aequae perituris edibus*, al que el Codificador lo califica como el gran principio de equidad del derecho romano; el art. 954 C.C., que hace alusión al reajuste equitativo del vicio de lesión subjetiva, cuando explotando la necesidad, ligereza o inexperiencia de una de las partes, se obtuviera una ventaja patrimonial evidentemente desproporcionada y sin justificación; el art. 1638 C.C., en tanto admite que el juez formule un reajuste equitativo de la utilidad del locador por desistimiento voluntario del dueño de la obra, o por fin, el art. 3477 C.C. que establece en los supuestos de colación entre ascendientes y descendientes la posibilidad del juez de efectuar un reajuste equitativo.

Todos estos ejemplos -que como dijimos-, ya existían en el Código antes de la Reforma de 1968, reenvían a una equidad asentada sobre el funcionamiento natural de la justicia conmutativa, a través del equilibrio económico entre las contraprestaciones, que como se ha expresado encuentra como mejor fórmula el viejo adagio romano del *suum cuique tribuere*, en el sentido de dar a cada uno lo suyo. Esta concepción de equidad, ofrece un significado ético en su fundamento del *ius naturalis*, o razón condicionante de la ley positiva, quedando absolutamente equiparados como términos correlativos el *ius* y la *aequitas*.

Por el contrario, a lo expuesto precedentemente, la equidad griega o *epicheia*, nutre su contenido con virtudes excelsas del alma humana, al identificarse con la *clementia*, *benignitas*, *caritas*, *pietas*, *moderatio*, *humanitas*, todas aquellas virtudes que debe mostrar el sentenciante ante ciertos casos en particular, donde la aplicación directa de la ley puede llevar a cometer una injusticia que contradice el orden natural de las cosas y hace desaparecer la necesaria solidaridad que debe existir entre los seres humanos.

A veces, es menester ajustar la solución de justicia a ciertas situaciones donde el resultado estricto de la interpretación positiva de la ley, no logra encontrar una solución acorde a los sentimientos naturales de justicia, circunstancia que lleva al magistrado a tener que apelar a la utilización de estas herramientas que revelan una verdadera delicadeza moral, en orden a que se configure una decisión jurisdiccional justa y valedera, por aquello que si bien *dura lex sed lex*, también es verdad que pueda suceder el efecto contrario: *summum ius, summa injuria*, es decir, el viejo y nunca resuelto problema del conflicto entre justicia y misericordia, algo que siempre provoca debates y puntos de vista para la confrontación dialéctica, cuestión que por su complejidad resulta -como se ha dicho., más para dioses, que para hombres.

Esta suerte de corrimiento de las fronteras morales, sobre lo que se estructura un sistema normativo, es lo que venía reclamando la doctrina expresada tanto en el Primero, como así en el Segundo Congreso Nacional de Derecho Civil, reunidos en 1927 y 1937 respectivamente, que actuaron en este sentido como verdaderos arietes del progreso de nuestro derecho, en miras a afinar y perfeccionar los instrumentos de aplicación de las leyes, introduciendo esta nueva visión, principio o estandar que se funda como se ha dicho, en las mejores virtudes del alma humana que reclama solidaridad y morigeración de una hermenéutica absolutamente positivista o formal, pero capaz de generar decisiones desajustadas al supuesto en particular sometido a esa determinación.

El agregado al art. 907 C.C., efectuado por la Reforma de 1968 ⁴⁷, cristaliza y concreta estos ideales, que se vinieron perfilando en las reuniones académicas que homenajeamos, quedando tanto los precedentes y los juristas que las propiciaron, como así el legislador que receptara tales instituciones, como auténticos protagonistas del progreso y perfeccionamiento del derecho nacional. A todos ellos, nuestro más sentido homenaje.

NOTAS:

¹ Jorge Joaquín LLAMBÍAS, *Tratado de derecho civil. Parte general*, Buenos Aires, Perrot, 1967, N^{ros} 44 y 80, t. I, págs. 49 y 87. Con especial cita de Geny -"Método de interpretación y fuentes en derecho privado positivo"- el autor clasifica a la fuentes en "formales y científicas" y dentro de estas últimas, incluye a la doctrina, que según opinión de Planiol, "*juega para las ciencias del derecho el mismo papel que la opinión pública tiene para la política, pues orienta la interpretación que cuadra efectuar del derecho y prepara, por su labor crítica muchos cambios en la legislación y en la jurisprudencia*)", conf. pág. 87 de la cita.

² *Le Code Civil. Livre du Centenaire*, publicado por "La Société d'Etudes Legislatives", t. II, Paris, Editorial Arthur Rousseau, 1904, pág. 902..

³ F. LARNAUDE, *Le Code Civil et la nécessité de sa revision*, ob. cit. nota anterior, t. II, pág. 907.

⁴ R. ROSSI, "Observations sur le droit civil français considéré dans ses rapports avec l' état économique de la société", publicado en *Memoire lu à l'Académie des sciences morales et politiques*, reproducidas en "Mêlange d'économie politique, d'histoire et de philosophie", t. II, págs.1 a 23, según cita del autor de la nota anterior.

⁵ BATBIE, "Revision du Code Napoleon", publicado en *Revue Critique de Législation et de Jurisprudence* (1866), según cita del autor de la nota 3. Entendía este jurista, que la sociedad se encontraba detenida, o al menos comprimida no cumpliendo la ley civil los necesarios y convenientes puntos de apoyo o contención y que -desde un punto de vista estrictamente económico-, era necesario acordarle márgenes mayores de libertad a las partes que actúan o contratan mediante un incremento de la autonomía de la voluntad. Todo según cita del autor de la nota N° 3, ob. cit..

⁶ E. ACOLLAS, *Nécessité de refondre l'ensemble de nos Codes et notamment le Code Napoléon, au point de vue de l'idée démocratique*, 2^a ed., Paris, 1866, 1 vol, según cita del autor de la nota N° 3.

⁷ Juan Carlos PALMERO, "La reforma de los códigos históricos", Separata de *Homenaje a Dalmacio Vélez Sársfield*, Córdoba, 2000, publicado por la Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Córdoba. En este trabajo desarrollamos esta idea de que el Código Civil argentino, obra absolutamente personal de su ilustre autor, nació con anterioridad al desarrollo y consolidación de una verdadera civilística nacional bajo los rigores de las exigencias metodológicas y científicas. Decíamos que Vélez "*se anticipó a los tiempos y sin contar con el concurso de una cultura jurídica anterior*", de ahí entonces que no puede extrañar que el primer gran tratado de derecho civil sea la obra de Lisandro Segovia, la que aparecida pocos años después de su puesta en vigencia, se refiere principalmente al estudio y dilucidación de las fuentes y de las concordancias. Después siguieron a comienzos del siglo veinte otros libros de las mismas características, tales como los de Llerena y Machado, que conformaban para ese entonces la bibliografía principal en esta disciplina. Recién con las obras de Salvat, Lafaille y Colmo se comienzan a perfilar los primeros atisbos de una concepción metodológica y científica de las diversas instituciones

del derecho civil nacional, todo lo que demuestra con palmaria evidencia que la primer tarea fue sólo la de conocer y profundizar nuestra ley civil fundamental.

⁸ Henoch D. AGUIAR, “Rafael García. Político. Universitario. Magistrado”, publicado en *Anales de la Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Córdoba*, Córdoba, Imprenta de la Universidad Nacional de Córdoba, 1945. Aquí se cuenta la historia -con abundante acopio documental-, del profesor que dictara la primera Cátedra de Derecho Civil, luego de la sanción del Código de 1871, cambiando la enseñanza del derecho romano por el estudio concreto de la legislación civil vigente, que constituye un dato peculiar de nuestra historia con efectos sobre las ciencias normativas.

⁹ Arturo ORGAZ, “Proyecto de Convocatoria al Primer Congreso Nacional de Derecho Civil”, publicado en libro de Antecedentes y Organización del *Primer Congreso Nacional de Derecho Civil*, Córdoba, Imprenta de la Universidad Nacional de Córdoba, 1927, págs. 7 y 8.

¹⁰ Arturo ORGAZ, “Proyecto de Convocatoria...” cit., nota N° 9, pág. 7.

¹¹ Arturo ORGAZ, “Proyecto de Convocatoria...” cit., nota N° 9, pág. 8.

¹² Arturo ORGAZ, “Proyecto de Convocatoria...” cit., nota N° 9, pág. 7.

¹³ “Ordenanza de Resolución de Convocatoria al Primer Congreso Nacional de Derecho Civil” dictada por el H. Consejo Directivo de la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales de la Universidad Nacional de Córdoba, 13 de junio de 1925, ob. cit., nota N° 9, pág. 2. En ese mismo resolutorio, se disponía “designar una comisión especial, compuesta por un presidente, un secretario y tres vocales para que organicen el Congreso”, como así también serían miembros por derecho propio “los profesores titulares, suplentes y libres docentes de derecho civil y derecho internacional privado de las distintas universidades del país”.

¹⁴ Guillermo ROTH, *Primer Congreso Nacional de Derecho Civil*, ob. cit., nota N° 9, pág. 16

¹⁵ Héctor LAFAILLE, *Primer Congreso Nacional de Derecho Civil*, ob. cit., nota N° 9, pág. 19.

¹⁶ *Primer Congreso Nacional de Derecho Civil*, ob. cit., nota N° 9, pág. 38.

¹⁷ Juan Carlos PALMERO, “Proyecto de Código Civil”. Separata de *Anales de la Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Córdoba*, Córdoba, 2001, págs. 304 a 311. En este trabajo hicimos una relación en torno al debate que despertó el Proyecto de Código Civil de 1998, que había optado por el método de sustitución completa tanto del Código Civil, como del Código de Comercio, para la redacción de un nuevo ordenamiento unificador de ambas disciplinas. La metodología utilizada abrió una importante polémica donde Córdoba una vez más, asentada en esta tradición, como así en el convencimiento científico acerca de la inconveniencia de la sustitución de los códigos históricos, hizo oír su voz una vez más en el sentido de la conveniencia y necesidad de la reforma, pero a través del sistema de la reforma parcial, tal como se ha venido haciendo hasta el presente.

¹⁸ Guillermo BORDA, *Tratado de derecho civil argentino. Parte general*, 5ª ed., Buenos Aires, Perrot, 1970, t. I, N° 125, pág. 140. Relata el autor que “el 2 de julio de 1926 el Poder Ejecutivo Nacional creó una Comisión compuesta de nueve miembros, bajo la presidencia de un ministro de la Corte Suprema de Justicia de la Nación e integrada por representantes de las Cámaras de Apelaciones en lo Civil de la Capital, de la Academia de Derecho de Buenos Aires, de las Facultades de Derecho de Buenos Aires, la Plata, Córdoba y del Litoral y del Colegio de Abogados de Buenos Aires, con el cometido de proyectar una reforma general del Código Civil, comisión que fuera presidida por el Prof. Dr. Juan Antonio Bibiloni”.

¹⁹ Jorge Joaquín LLAMBIAS, *Tratado de derecho civil argentino. Parte general*, t. I, N° 302, pág. 223. Fallecido el Dr. Bibiloni, el Poder Ejecutivo decide la creación de una Comisión reformadora en orden a efectuar una revisión integral del anteproyecto, con la participación de los Dres. Héctor Lafaille, Gastón Federico Tobal, Roberto Repetto, Rodolfo Rivarola y Enrique Martínez Paz, siendo éste enviado al Congreso de la Nación el 1 de octubre de 1936, sin que tuviera tratamiento ni aprobación.

²⁰ Héctor LAFAILLE, *Segundo Congreso Nacional de Derecho Civil*, t. I, Actas, Córdoba, Imprenta de la Universidad, 1939, pág. 45. Además de la literalidad de los párrafos del discurso de clausura que pronunciara este destacado jurista y profesor de la Universidad de Buenos Aires, en el que justifica la sustitución completa del Código Civil como un imperativo metodológico derivado de la profundidad de los cambios que proyectaban introducir, intenta calmar los ánimos y despejar prevenciones explicando que no se modifica la sustancia del derecho vigente, porque en definitiva, se trata de las mismas instituciones sólo que ajustadas a la evolución científica y jurisprudencial del país. También en la pieza oratoria que comentamos, señala que el Congreso apartó de sus debates todo lo relativo a la extensión de la reforma, es decir, a la necesidad o conveniencia de modificar por completo la ley vigente, dejando a salvo las posiciones individuales, todo ello en miras a evitar que esta cuestión perturbara el desarrollo de esta importante reunión académica.

²¹ Héctor LAFAILLE, *Segundo Congreso Nacional de Derecho Civil*, ob. cit., nota anterior, t. I, pág. 37 Refiriéndose a los fundamentos del Proyecto respecto a la sobrevivencia del Código, afirma: “Es de lamentar, por cierto, que la vida del Código no pueda prolongarse, en parte porque el individualismo que lo inspiró, y el respeto excesivo de la libertad de las convenciones, impidieron se infiltrara el espíritu nuevo; en parte, por los relatos derivados de las normas teóricas con que Vélez encabezara sus títulos... y por la falta de una jurisprudencia que diera unidad a la interpretación del derecho común”. No hace falta abundar en consideraciones para advertir que las premoniciones del distinguido jurista capitalino no llegaron a cumplirse, porque no sólo que la Reforma de 1968 demostró la posibilidad de “insuflarle el espíritu social del siglo XX”, sino también y esto es muy importante, soportó científicamente hasta la posibilidad de la unificación con la legislación comercial, mérito que la doctrina le reconociera en forma unánime, al “Proyecto de Código Civil”, elaborado por la Comisión Especial de Unificación Legislativa Civil y Comercial de la Cámara de Diputados de la Nación de 1987.

²² Juan Carlos PALMERO, “El Proyecto de Código Civil”, ob. cit., nota N° 17. En este trabajo hicimos un resumen de las argumentaciones vertidas universalmente en la contraposición dialéctica entre los partidarios de la reforma parcial y aquellos que creen que debe substituirse, todo por cierto, referido a los Códigos históricos.

²³ Henoch D. AGUIAR, *Segundo Congreso Nacional de Derecho Civil*, ob. cit., nota N° 20, Pág. 39 Expresiones extraídas literalmente del discurso de apertura que pronunciara como presidente del Congreso aludido.

²⁴ Henoch D. AGUIAR, *Segundo Congreso Nacional de Derecho Civil*, ob. cit., nota N° 20., Pág. 41.

²⁵ Juan Carlos PALMERO, “El pensamiento de Enrique Martínez Paz”, publicado por la Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Córdoba, Separata de *Anales*, año académico 2007, Córdoba, Advocatus, 2008, pág. 81 y ss..

²⁶ Juan Carlos PALMERO, “El pensamiento de...” cit., nota N° 25, pág. 82.

²⁷ Juan Carlos PALMERO, “El pensamiento de...” cit., nota N° 25, pág. 92.

²⁸ Guillermo BORDA, *La Reforma de 1968 al Código Civil*, Buenos Aires, Perrot, 1971, pág. 12 y ss..

²⁹ Juan Carlos PALMERO, *El daño involuntario*, Buenos Aires, Astrea, 1973, § 7, Cap. III, pág. 100 y ss..

³⁰ Robert J. POTHIER, “Oevres de Pothier”, *Traité des Obligations*, t. 1, Pto. 1, Sec. 2° pág. 1167. El autor describe con particular cuidado los factores subjetivos de atribución de responsabilidad, condicionando la obligación de indemnizar a que exista reproche moral al agente del daño.

³¹ Juan Carlos PALMERO, *El daño...* cit., nota N° 29. Referencia que se formula al autor en nota 10, pág. 105.

³² DOMAT, “Lois civiles dans leur ordre naturel”, por cita de Giovanni Rotondi, *Dalla Lex Aquilla, all’art. 1151 del Codice Civile*, “Ricerca storica dogmatica”, publicado en *Rivista di Diritto Commerciale*, 1917, Cap. III, pág. 257.

³³ Juan Carlos PALMERO, *El daño...* cit., Nota N° 29, pág. 24. Traemos a la cita, en esta oportunidad, una excepción a los principios expuestos precedentemente y se trata de una sentencia citada por Merlin, del Parlament de Provence (1864), que llegó a condenar a un demente por los daños causados por el inimputable. En igual sentido, el 31 de mayo de 1866, la Corte de Montpellier continuó esta misma orientación, pero basada sobre la negligencia de quienes debían cuidar del demente.

³⁴ Henoch D. AGUIAR, *Primer Congreso Nacional de Derecho Civil*, ob. cit., nota N° 9, pág. 189. Agrega el autor de la nota en su exposición, que “Según la doctrina ‘clásica’ debería soportar el daño, en su integridad, quien lo sufre, puesto que se haría aplicación del principio ‘res perit domino’, -los riesgos de la cosas son a cargo del dueño-, y desde el momento que el hecho involuntario sería considerado como fortuito o fatal; pero, aun reconociendo que no ha incurrido en responsabilidad alguna el que causa el daño, la solidaridad rige que la obligación de todos para cada uno y de cada uno para todos, se concrete entre estas dos personas a quienes lo fortuito o lo falta ha vinculado, así como el mismo principio de la solidaridad se concreta en la obligación de prestar alimentos por el sólo hecho de la generación o del matrimonio, sin que haya habido, muchas veces acto voluntario del obligado a prestar alimentos”.

³⁵ Jorge PASQUINI LÓPEZ, *Primer Congreso Nacional de Derecho Civil*, ob. cit., nota N° 9, pág. 191.

³⁶ Héctor LAFAILLE, *Primer Congreso Nacional de Derecho Civil*, ob. cit., nota N° 9, pág. 192.

³⁷ Enrique MARTÍNEZ PAZ, *Primer Congreso Nacional de Derecho Civil*, ob. cit., nota N° 9, pág. 192.

³⁸ Henoch D. AGUIAR, *Primer Congreso Nacional de Derecho Civil*, ob. cit., nota N° 9, pág. 103.

³⁹ *Primer Congreso Nacional de Derecho Civil*, ob. cit., nota N° 9, pág. 104. Votaron por la afirmativa: Rodríguez de la Torre, Lafaille, Ojea, Cordeiro Alvarez, León, Aguiar, Orgaz, Silgueira, Posse, Boulín Tamisier y González Sabathier. En cambio, lo hicieron en forma negativa: Herrera, Serra, Fernández, Martínez Paz, Cano, Pasquini López y Ordóñez.

⁴⁰ *Segundo Congreso Nacional de Derecho Civil*, ob. cit., nota N° 20, pág. 192.

⁴¹ *Segundo Congreso Nacional de Derecho Civil*, ob. cit., nota N° 20, pág. 192.

⁴² *Segundo Congreso Nacional de Derecho Civil*, ob. cit., nota N° 20, pág. 192.

⁴³ Pedro LEÓN, *Segundo Congreso Nacional de Derecho Civil*, ob. cit., nota N° 20, pág. 194.

⁴⁴ Rafael BIELSA, *Segundo Congreso Nacional de Derecho Civil*, ob. cit., nota N° 20, pág. 194.

⁴⁵ Rafael BIELSA, *Segundo Congreso Nacional de Derecho Civil*, ob. cit., nota N° 20, pág. 194.

⁴⁶ Héctor LAFAILLE, *Segundo Congreso Nacional de Derecho Civil*, ob. cit., nota N° 20, pág. 194.

⁴⁷ Juan Carlos PALMERO, *El daño...* cit., nota N° 29. En este trabajo hicimos un estudio completo de los alcances positivos de la figura luego de su incorporación al Código Civil por el decr. ley 17.711 de 1968, la que dejó de lado en realidad, un mecanismo de la repartición del daño por partes iguales, por el otro de la equidad que permite al magistrado poder apreciar las circunstancias del caso de una manera más libre y por ende más ajustada a la realidad, circunstancias que no implican un cambio de sistema, sino un mejoramiento en la técnica legislativa empleada a este respecto. No debe dejar de tenerse en cuenta además, que se incorporó igualmente la reforma del art. 1069 C.C. que constituye de esta manera un instituto más cuyo fundamento encuentra apoyatura en la equidad.

DERECHOS REALES

REGARDS CRITIQUES SUR LA SIGNIFICATION ET L'EVOLUTION DE LA PROPRIETE EN DROIT CIVIL FRANÇAIS

par JEAN-MARC TRIGEAUD

SUMARIO: L'héritage d'un pouvoir abstrait. I. Le droit de l'extérieur. Un droit relié aux autres. Un droit référé aux choses. La déviation vers l'intérêt particulier. Désappropriations foncières et crédit (réserve de propriété, fiducie). Situations comparables. II. Le droit perçu de l'intérieur. Des prérogatives de la propriété: analogies et spécificités d'évolution. Des caractères de la propriété: le déplacement significatif des problèmes. Des requalifications et des biens d'art. Droit civil et moeurs.

L'héritage d'un pouvoir abstrait

Sans doute apprécie-t-on un droit d'après la propriété qu'il consacre, en considérant que pour être le premier des droits dans le champ patrimonial, le droit de propriété n'en est pas moins aussi celui qui permet de mieux comprendre la définition admise de son titulaire et donc, plus largement, de tout sujet doté de la personnalité juridique. La signification et l'évolution de la propriété en France, rendue célèbre par la codification napoléonienne qui l'inscrit dans le fameux article 544, témoigne ainsi de l'idée que se fait notre droit, non seulement de l'appartenance, mais encore de son bénéficiaire dont elle renvoie le reflet.

En droit français, la propriété est l'expression de la subjectivité au sens le plus philosophiquement *transcendantaliste*, tel qu'il a été reçu de la tradition du criticisme kantien, *via* Portalis, rapporteur du nouveau code civil. Cela n'a fait que développer au fond une acception cartésienne déjà bien implantée au XVIIe s. et véhiculée, entre autres, par Jean Domat, puis, au XVIIIe, par Jean-Baptiste Pothier¹. Le droit de propriété s'est alors chargé de diverses connotations qui tiennent toutes à un pouvoir d'action attribué à la nature de l'homme sous l'aspect de sa raison, et il est l'interprète de la liberté morale qui lui est propre. Il est devenu le symbole de cette liberté inhérente à la raison qui émancipe l'individu de ses entraves sensibles et particulières, et il épanouit la dimension du général ou de l'universel qui traduit son caractère profond.

Ce sens a pris des modalités typiques à travers les prérogatives qui forment le contenu du droit comme à travers les qualités qu'on lui accorde; mais il s'affirme surtout d'emblée par la distinction entre *titre* et *émolument* qui tend à faire ressortir son abstraction d'origine; il ne repose, en effet, que sur la seule "puissance" ou virtualité d'action du sujet, ou sur le seul "pouvoir" qu'il tire de son investiture légale. Et les hypothèses que vise cette définition désormais classique, enfermant le droit dans une pure potentialité ou une sorte de liberté du vide, démontrent suffisamment son indifférence au concret².

Le propriétaire peut se proclamer tel à partir de *la titularité juridique* qu'il invoque sans avoir à regarder la matière des prérogatives qu'elle recouvre et sans avoir à en requérir le moindre exercice. Il se sait pourvu de son droit, même s'il se trouvait dans l'impossibilité matérielle d'agir (les difficultés financières, dans l'acquittement des dettes fiscales par exemple, expliquent parfois son inertie), ou même s'il était atteint d'une incapacité affectant l'exercice de son droit (cas du mineur ou du majeur malade et placé sous tutelle); il se sait également assuré du maintien d'un tel droit, quand bien même il déciderait moralement de demeurer dans la passivité alors que rien ne l'y contraint ni *de facto* ni *de iure*: Ihering stigmatisait volontiers la tendance de la propriété selon les législations française et prussienne à succomber aux forces de la pesanteur. L'autonomie conceptuelle qui en est responsable a marqué en tout cas l'avènement très attendu, au moment de la Révolution bourgeoise de 89, d'un droit qui démarquait l'individu à la fois de l'Etat, dont il n'avait plus à redouter les débordements, mais aussi de la société civile et des multiples solidarités de groupe qui s'y jouent (v. les études de Marcel Garaud).

Mais c'est bien sous l'égide d'un intérêt public rattaché à la personne rationnelle et *transcendantale* du règne des fins kantien que finalement ce droit de propriété nouveau s'est

placé. La loi a cherché à promouvoir un “meilleur” de l’homme assimilé à ce qui l’apparente aux autres en vertu d’un rapport de raison universalisante, compris *in abstracto*; elle l’a donc confondu avec le droit abstraitement imputé à une même personne unifiée. Chaque propriétaire a pu ainsi se dire porteur d’un schéma idéal à accomplir emprunté à un modèle identique; tel a été le “bon père de famille”, *standard* moins sociologique, en dépit de ce que beaucoup croient, que statut composé à la façon néo-stoïcienne, référé à un personnage commun, pourvu de pouvoirs virtuels, et fondé à ne les exercer qu’en fonction d’obligations de *moyens* et non de *résultat*, d’après la mesure d’une rationalité *a priori* et en soi, manifestant l’esprit des Lumières, bien qu’acceptant parfois de se subsumer des circonstances locales ou historiques, mais par séries à généraliser: on va vers la société, on l’éduque, l’on ne s’en inspire nullement - contrairement à une opinion, très couramment partagée (v.g. André-Jean Arnaud), le “bon père de famille” ne paraît en rien influencé par la société réelle française du début XIXe s. qu’il s’évertue le plus souvent à réformer ! Tout ce vocabulaire, en provenance du philosophe de Königsberg, s’est introduit d’autant plus fortement dans le droit français que les premiers juristes à enseigner ce droit n’étaient précisément ni des intellectuels, ni des universitaires, et étaient imprégnés à leur insu d’une culture qu’ils avaient accueillie sans autre examen critique: c’est, aujourd’hui, un truisme de le dire, l’Ecole de l’exégèse en France, remarquable rhétoricienne et prosatrice cependant, institua une sorte de scolastique kantienne plus ou moins consciente de ses sources et de ses méthodes, même si, de manière surprenante, elle en vint à s’instruire parfois bien au-delà, et à se familiariser avec l’ensemble des auteurs jusnaturalistes et contractualistes des XVIIe et XVIIIe, et même si, par ailleurs, elle n’en fut pas à une contradiction près.

Considérons successivement alors le droit de propriété

- d’abord *de l’extérieur*, dans les rapports qu’il établit avec d’autres titulaires, entrant dans une véritable *intersubjectivité*, puis avec “les choses elles-mêmes”, admettant une part d’*objectivisme*;

- et, ensuite, *de l’intérieur* même des prérogatives et caractères qui le composent et qui ont été marqués par une évolution analogue.

I. Le droit de l’extérieur

Le premier élément dans lequel l’on pourrait discerner une contradiction, mais qui traduit une dimension plus profonde du droit dont la perception avait échappé, semble-t-il, au législateur et à ses commentateurs immédiats, tient à *l’intersubjectivité* qui a permis de considérer la victime d’un propriétaire du fait même de l’exercice de son droit. Tel a été, en fin de XIXe s., l’élément qui a surgi progressivement dès l’élaboration par la jurisprudence et par la doctrine de l’abus du droit de propriété.

Un droit relié aux autres

Le mécanisme de l’abus de droit a recours au système de la responsabilité du fait personnel, et il permet de surmonter la difficulté d’avoir à admettre un fait délictuel licite en imposant la nécessité de la faute la plus grave, l’intention de nuire ou faute dolosive, touchant les effets mêmes de l’acte, et non la simple volonté de ses moyens ou de son objet, même si la preuve indirecte peut en être rapportée par l’absence d’“intérêt légitime et sérieux”; sous ce dernier aspect, s’est révélée l’influence de la théorie plus réaliste par laquelle Ihering, puis Saleilles en France, avaient défini le droit à partir de la chose: en remontant de la “situation” (*Lage, Zustand*) du bien approprié au sujet investi du droit, et en revenant donc *zur Sache selbst*, selon le mouvement des “sources réelles” et de la “nature des choses”, lié à la “jurisprudence des intérêts”.

Sans tomber dans la logomachie qui agaçait Georges Ripert, l'abus de droit atteste, comme le montrèrent, presque un siècle après le code, Louis Josserand et François Gény, qu'il n'existe pas au fond d'*auteur actif* d'un droit, fut-il dit *réel* (et à l'encontre même de la thèse soutenue de Demolombe à Planiol, et réactualisée par Duguit et Kelsen, d'un droit *personnel* généralisé à travers une très kantienne "obligation passive universelle" ³), sans qu'il ait à assumer des obligations corrélatives traduisant *la dimension relationnelle et intersubjective* de son pouvoir.

Cette dimension ne faisait aucun doute du point de vue de *la loi* et de l'intérêt général, dans la finale de 544, annonçant les restrictions apportées quantitativement par le législateur privé ou public (lois ou règlements), et elle prolongeait ce devoir de conscience, ce *dictamen* cicéronien que Grotius et Montesquieu avaient vulgarisé avant les Kantiens et avant la Révolution, comme canalisant l'*appetitus societatis*, en tant qu'*appetitus rationae*.

Mais il appartenait *au juge*, aidé par la réflexion théorique, de la dégager en scrutant les données immédiates d'une conscience juridique plus rapprochée: celle qui se manifeste à l'égard du voisin, de *l'autre propriétaire*, au sens singulier, avec lequel on coexiste, avant même de se demander de quels devoirs l'on est tenu à l'égard d'une collectivité en général. Ce devoir-là a donc été extrait par le juge d'un devoir naturel précédant le droit et ne cessant implicitement de l'accompagner: le juge l'a sanctionné comme fonctionnalisant socialement le droit de propriété, aussi bien que s'y employaient déjà les devoirs attachés aux intérêts publics de lois restrictives, mais il a dû établir un cas délictuel où il lui a été permis de constituer lui-même une obligation, une obligation par conséquent *judiciaire*, sur un double fondement: en référence aux art. 544 et 1382 concernant la responsabilité.

Parallèlement, une avancée jurisprudentielle et doctrinale semblable s'est produite touchant les inconvénients anormaux ou les obligations de voisinage: il s'est agi pour le juge de sanctionner l'exercice de la propriété débouchant sur un préjudice disproportionné selon la mesure de réceptivité de la victime et selon les usages sociaux, afin de compenser l'absence de faute du propriétaire ayant par exemple recouru à tous les moyens permettant d'éviter un dommage (v. Henri et Léon Mazeaud et François Chabas). Là encore, sous l'obligation naturelle sanctionnée qui était latente, la relation ou l'intersubjectivité est apparue comme le fondement du droit qui permet d'en circonscrire les limites. Certes, une commission de réforme récente, qui s'est formée en 2008 à l'intérieur de l'*Association Henri Capitant*, peut souhaiter que l'abus fasse l'objet d'un texte spécial et que l'obligation en question soit transformée en *obligation légale* (ce qui ne fera qu'entériner l'évolution ancienne, tout en risquant d'en diminuer les effets, par l'impossibilité de raisonner dans les mêmes termes sur le fondement conjoint de cette responsabilité du propriétaire suspendue à l'art. 1382), mais elle oublie, en cours de route, sous le discutable prétexte de ménager les constructeurs occasionnels (en bord de littoral ?), qu'il lui faut aussi procéder pareillement pour les inconvénients anormaux de voisinage, sans quoi elle introduit une incohérence dans un code à la composition calculée et supprime la double ouverture de 544 à la relationnalité intersubjective directe *et indirecte*, ou *médiatisée par le préjudice*.

La tendance visée n'en est pas moins issue de la même idée relationnaliste et elle montre toute l'actualité d'auteurs anciens qui avaient disserté au cours du XXe s. sur un droit subjectif de propriété fondamentalement tributaire des droits d'autrui dans une vieille tradition suarézienne: de Grenade à Bordeaux, au collège de Guyenne, Suarez enseigna son *De Legibus* sur ces questions; le *dominium proprietatis* se situe au cœur du *ius dominativum*, et il se définit comme la maîtrise corrélative d'une appartenance en propre en référence aux autres sujets propriétaires; combiné avec l'objectif (la chose "appartenante"), le subjectif (la maîtrise) s'ouvre à l'intersubjectif (l'ensemble des autres droits); ce qui a produit un retentissement dans l'Europe entière adoptant le nouveau droit subjectif⁴. La doctrine belge, enfin, de Jean Dabin, à Louvain, s'est inspirée de ce même thème, qui a influencé à son tour bien des courants qui ont repensé la relationnalité constitutive de la propriété, et notamment l'école japonaise de Kyushu (Fukuoka), sous la conduite d'Akira Mizunami.

Un droit référé aux choses

Les inconvénients anormaux de voisinage ont toutefois fait ressortir progressivement des connotations plus objectivistes, tournées *vers la chose* appropriée et ses intérêts, et ce glissement de la subjectivité transcendante, conçue à la manière kantienne, *vers l'objet* (que n'interdisait pas un Suarez resté thomiste), n'a pas été contredit par l'évolution générale: cette évolution a été marquée par la prolifération de lois spéciales promulguant des intérêts publics sans cesse diversifiés, même s'il a fallu attendre le dernier quart du XXe s. pour que se précisent des différenciations plus nettes entre la sécurité et la salubrité, entre l'économique et l'écologique, et entre l'historique et l'esthétique... Historien du droit privé, Jehan de Malafosse y aura été particulièrement attentif en commentateur critique soucieux des continuités du langage des sources romanistes à travers le droit contemporain; cet auteur a vanté ainsi l'opportunité de recourir à une utilisation plus extensive des servitudes réelles au cœur de la propriété foncière⁵. En sera né aussi un droit de l'environnement et de la nature qui ne doit pas seulement à des concepts publicistes (de Michel Prieur à Jacqueline Morand-Deviller), mais qui révèle en droit privé toute la portée d'une relecture philosophique des données de la propriété foncière où les catégories heideggériennes voisinent avec les aristotéliennes⁶.

L'élaboration de tels concepts suppose une sorte de retournement réaliste qui contraint à sortir de l'idéalisme transcendantal et à observer les "choses mêmes" dans toutes les variétés de leurs dispositions téléologiques et valorisables. Si l'on peut parler d'un certain objectivisme, il s'est infiltré dans la grille idéaliste et subjectiviste de départ, mais il s'en est délivré: il a obligé à regarder la chose, non comme *un objet représenté de façon purement subjective*, mais comme *un objet réel* sous le contrôle d'une perception sociale et collective enregistrée par les fins légales qui limitent l'exercice de la propriété. On retrouvera la même approche à propos des qualités dites substantielles de la chose dans le droit de la formation des contrats, lui aussi initialement kantien et transcendentaliste: il retient au début la notion de qualité comme détermination d'un objet représenté et intramental, pour admettre ensuite les qualités véritablement intrinsèques de l'objet réel en dehors de toute représentation subjective.

Il en va souvent ainsi des mouvements nés d'un formalisme idéaliste qui par dépassements successifs finissent par s'ouvrir à ce qui leur semblait le plus éloigné: à *la chose même*, chose que le sujet ne paraît pas pouvoir saisir s'il se réduit à sa raison et à ses potentialités abstraites. Une objectivité réelle, empruntée à la chose, peut alors s'imposer. Ce sera (jurisprudence aixoise) l'atteinte portée à la valeur culturelle de fonds agricoles par la diffusion de poussières industrielles émanées d'une propriété voisine, quand celle-ci a cependant pris tous les moyens d'empêcher une telle nuisance. Sans menacer d'éclatement les notions, *la médiation de la chose* pousse bien plus loin une exigence d'intersubjectivité qui était déjà passée par la référence à des fins sociales puis à des fins particulières, liées aux autres propriétaires, pour la faire résolument basculer de son centre de gravité vers la chose.

Le droit contemporain tendrait ainsi à montrer que cette évolution du sujet vers l'objet permet de délimiter autrement, mais en bonne cohérence avec la pratique antérieure, les limites du pouvoir de chaque propriétaire, ce qui ne refoule nullement les aspirations de sa nature subjective. Car le propriétaire n'en persiste pas moins à être compris comme sujet, dans toutes les références dont il est le siège, et par héritage des traditions jusnaturalistes les plus diverses, grotiennes ou lockiennes, en France même; il est vrai que Grotius vécut exilé dans notre pays d'une pension de Louis XIII, et que, de son côté, le Locke de la *Glorious Revolution* de 1777 influença la Révolution de 89, ou plutôt la constitution de 93 sur le droit même de propriété (et "la résistance à l'oppression", v. notre *Humanisme de la liberté*, t. I), en retour de l'aide française si décisive à l'indépendance de l'Amérique et à son accession au statut d'Etat fédéré. C'est en maintenant dans leur esprit des justifications tirées de sa nature rationnelle et transcendante, et de sa liberté surtout, que *le sujet* s'est vu de plus en plus opposé *un objet* que son histoire et sa culture, pour ne pas dire son travail, avaient contribué à façonner: au fond, *l'objet*, la chose appropriée, a éveillé et accompli les fins propres *du sujet de droit* propriétaire, même si elle a affirmé une autonomie réfractaire et un statut de droit indépendant à son encontre; ce statut n'a donc jamais rien indiqué d'autre que l'élément le meilleur que chacun est censé objectivement attendre de sa propriété. Philosophiquement, une forme récurrente de type

aristotélicien, révélant et ordonnant chaque chose à sa fin propre, n'a pas nui à l'épanouissement d'une forme plus traditionnelle en France de style stoïcien, cartésien et kantien, découlant d'une nature de l'homme abstraite. Le vieux romanisme de l'objet a bien réinvesti l'humanisme du sujet.

La déviation vers l'intérêt particulier

Mais le XXe s. marque la résurgence de l'empirisme, le vrai ennemi du transcendantalisme; et, avec l'empirisme, se dévoilent des tendances à l'égoïsme individuel. En même temps, la faiblesse d'un transcendantalisme qui ne voit que la personne abstraite comme fin, et ignore que *chaque personne dans son unicité existentielle possède une fin propre* et présente par là-même une vocation irréductible à la propriété des biens indépendamment de son mérite ou de son travail (ce que nous avons essayé de défendre en participant à l'élaboration de la nouvelle constitution de la République de Géorgie en 2003-2005), empêche de lutter contre les assauts répétés des vagues empiristes et individualistes de l'intérêt contre le bloc pourtant originellement indivisible formé par le sujet et l'objet.

Un empirisme flattant en somme l'homme individualisé dans ses appétits et ses instincts, plus qu'un homme singularisé par son existence métaphysiquement comprise, s'est en effet répandu; il a déclaré son opposition aux principes de l'idéalisme subjectiviste traditionnels qui étaient centrés sur la personne de la raison abstraite que prolongent autant l'intérêt public que l'intérêt particulier, lesquels fonctionnalisent le droit pour le soumettre à des restrictions législatives et judiciaires. C'est dire qu'au fond l'intérêt a pris *un autre sens*, un sens individualisant et particularisant, qui n'était guère acceptable dans les grilles du néo-kantisme, pas plus qu'il ne pouvait s'accorder avec certaines constantes procédant du cartésianisme et des Lumières, telles qu'elles se sont élaborées jusqu'aux années (couvrant la seconde moitié du siècle dernier) où le droit civil français était porté par l'autorité de René Savatier ⁷, Jean Carbonnier, Jean Foyer, François Terré, ou Gérard Cornu.

L'intérêt a donc présenté le visage de l'utilitarisme, comme expression de l'empirisme le plus nominaliste. Il s'est affranchi en cela de la "symphérogie" que l'économiste Daniel Villey avait appelée de ses vœux, ou de cet eudémonisme philosophique qui pouvait se conjuguer avec un certain naturalisme réaliste comme l'avait interprété Etienne Gilson à propos du thomisme, ou comme Joseph de Finance l'avait lui-même défini. Il s'est pareillement éloigné des sentiments moraux dans le sillage de la théorie smithienne de la sympathie qui avait trouvé quelque écho en France au XIXe, puis avec le renouveau de tous les intuitionnismes, de Henri Bergson à Georges Gurvitch, influençant les juristes dans leur approche des sources, du droit civil au droit international, de François Gény à Henri Batiffol. Il s'est enfin démarqué d'un intérêt entendu comme le veut un *libéralisme rationaliste*, suivant les écoles de Vienne ou de Chicago, d'un Léo Strauss ou d'un Friedrich Hayek. Il s'est bien affirmé plutôt dans la ligne d'un *libéralisme exclusivement empiriste*, selon des tendances que l'on retrouve en Europe dans le réalisme juridique suédois par exemple.

Trivialement assimilé à une impulsion vitaliste, traduisant la loi bio-génétique d'un plus fort économique-social, ayant réussi à l'agonistique des chances offertes, c'est ainsi, à partir d'un rawlsianisme mal compris et corrigé en vain à un moment par Paul Ricoeur dans la revue *Esprit* comme aux *Archives de Philosophie du droit, un pur empirisme* de la justice et des valeurs en général qui a soufflé sur le droit français depuis une quinzaine d'années. Mais cet empirisme s'est imposé par la voie de politiques peu formés au droit, et non par celle des juristes à plus forte raison universitaires et prévenus de telles doctrines, la technocratie politicienne ayant su manier sophistiquement le prétexte de la "mondialisation", comme aujourd'hui celui, plus commode encore, de la "crise". Par reconversion en somme de l'archaïque argument de l'inimitié venue d'un "ailleurs" insaisissable, sournois et menaçant. Dans un Etat oublieux du droit qui seul le justifie, de tels alibis permettent en effet aux mobiles les plus obscurs de redessiner les contours d'un droit qui avait répugné jusqu'alors à faire entrer dans son enceinte le cheval de Troie du besoin relatif, déstabilisant toutes les références à des causes plus

universelles ou absolues. L'intérêt s'est affiché dans un implicite matérialisme sommaire comme étant celui des attentes socio-quantifiables. La *persona physica* de Pufendorf, ou mieux, de La Mettrie et de Condillac, a ainsi pris sa revanche sur la *persona moralis*. C'est comme telle qu'elle procure désormais son fondement à un droit livré aux seuls caprices des processus de reconnaissance dérivés du travail et des mérites enregistrables dans les canons de l'évaluation bureaucratique, ou d'agences internationales de cotation, le fameux "critère de Shangai", qui se sont déjà si lourdement trompées en matière économique, médicale ou climatique.

Le propriétaire était convié à accomplir un genre abstrait, dépendant surtout d'une image de la liberté rationnelle universalisable, où se trouvaient situées et hiérarchisées à leur place les justifications tirées du besoin ou du travail pour le satisfaire, afin de délimiter l'étendue de sa propriété ou de conditionner l'égalité de son échange qui est présumée s'opérer commutativement par contrat. Or voici que ce même propriétaire est invité à n'entrer dans un statut juridique que *s'il suit un modèle productif déterminé par des procédures de contrôles abandonnées aux intérêts dominants qui ont pris le dessus sur les mécanismes de l'Etat ou qui en usent pour s'imposer*.

Si donc la nature humaine de référence s'était coupée de la personne sous-jacente reflétant la singularité existentielle et vivante de chacun (ce que nous voulions restaurer dans notre proposition destinée à la Géorgie, sans discrimination ni historique, ni ethnique, ni religieuse), cette évolution aggrave une telle rupture: la précédente ne faisait pas tort directement à la personne mais simplement la limitait, alors que l'actuelle évolution, non seulement détruit la nature humaine en l'amputant de sa rationalité générale et en la décomposant dans l'intérêt, *mais condamne en outre toute personne qui ne respecterait pas ses critères opératifs liés à la réussite d'un processus de travail conforme*.

L'*esse sequitur operari* de Marx, sous l'influence de Engels lui ayant fait renoncer à la nature dont témoignaient encore les *Manuscrits de 44*, s'accrédite pour la première fois dans l'histoire et y pénètre avec l'appui du libéralisme de l'intérêt, en jouant de son apparence inoffensive et de sa complicité. En publiant sous un angle certes trans-alpin au début du XXe s. ses études sur le socialisme réel, d'essence marxiste, en droit privé, et en analysant la situation du droit français représenté comme l'expression d'un idéalisme des Lumières, Gioele Solari, bien avant Gustav Radbruch ou Nicos Poulantzas, n'eût pas prévu meilleur scénario pour la convergence de ces deux positions antinomiques. Gaston Morin, qui écrivait à la même époque, en contemporain de Léon Duguit, sur le rapport trop lointain du code civil aux faits sociologiques et aux faits de l'histoire, n'eût pu imaginer non plus pareil devenir dans la confusion des contraires. Des contraires qui viennent d'un fond commun d'idéalisme parti d'une nature humaine ensuite divisée de l'intérieur et rendue tributaire d'un processus de reconnaissance extérieur au fond plus hégélien.

L'intersubjectivité, sa relationnalité constitutive, s'est ainsi rompue par l'effet de cette même évolution qui, en déplaçant l'attention vers le seul sujet empirique, a dénoué le lien qui l'unissait à la collectivité et à l'intérêt général légalement protégé par l'Etat; et elle a en même temps défait son attache à l'altérité plus rapprochée de *l'autre propriétaire*. Un droit qui ne percevait dans le sujet, en le déclarant digne et donc de nature à recevoir sa protection, que l'équivalent de ce qui pouvait se retrouver analogiquement et *in abstracto* en tout autre sujet; un droit qui respectait encore la dignité de la nature humaine et l'égalité de tous qu'elle entraîne, s'établissait à un degré de justice impartiale suivant l'idée (ou la supposition métaphysique) que *le droit ne tranche pas des intérêts ou des utilités mais fait prévaloir une valeur qui les transcende*, ce "troisième terme" correspondant au devoir-être de la règle dont toute loi est dépositaire et dont tout magistrat en tant que fonctionnaire d'une République est l'interprète. Or le nouveau droit qui se profile semble bien dorénavant porté par une conception qui l'aligne sur les processus de reconnaissance empiriquement constatés comme dominants dans la société civile; sans plus l'appui d'un Etat, qui ne se maintient que pour exercer son pouvoir au service d'attentes catégorielles et pour militer paradoxalement contre sa propre "idée", ce droit reflète presque de la façon la plus matérialiste et léninienne l'intérêt du groupe le mieux placé: c'est pourquoi il ne s'adresse à l'homme propriétaire que s'il adopte un critère empirique de réussite contrôlé et avalisé; il ne regarde plus la propriété dans sa vocation abstraite à englober tous les

sujets humains existants: il est un droit partial, pour ne pas dire un “anti-droit”. Il vise à défendre *l’un contre l’autre*, et forcément *le plus fort contre le plus faible*. Voilà qui contredit la fonction qu’on lui prête d’ordinaire de ne trancher, en tant que “droit”, qu’en se laissant guider par une valeur dite de “justice” au-dessus des intérêts ou des besoins confrontés; une valeur qui suggère à ses juges d’interpréter en cas d’incertitude en faveur précisément du plus faible au nom même de l’égalité à assurer⁸. Même d’ailleurs un Etat hobbesien n’aboutit pas à cette jungle des intérêts toujours partiels qui appartient à son passé précontractualiste; tout intérêt qui devient droit positif, chez Hobbes, se trouve régulé et soumis à la mesure de valeurs d’égalité qui le recentrent sur des éléments non particularisables et sans cesse universalisables.

Désappropriations foncières et crédit (réserve de propriété, fiducie). Situations comparables

Voyons, au cœur du droit des biens et du droit des obligations, comment, à la faveur du contrat, la propriété n’est pas innocemment utilisée, tantôt, avec la “réserve de propriété”, en mettant à profit la translativité d’une aliénation dont le principe est supplétif de la volonté des parties, tantôt, avec la fiducie, en prétendant remédier à l’absence d’effets sûrs et immédiats d’une créance, même assortie de sûretés réelles, sur le patrimoine de son débiteur.

Avant de recevoir un statut définitif en 2006, aux art. 2367 et s. du code civil, la réserve de propriété, calquant l’*EigentumsVorbekalt* du droit allemand (v. Rolf Serick), avait été enfin rendue opposable à la masse des créanciers du débiteur à crédit en faillite⁹, et elle pouvait concurrencer les sûretés réelles en faisant assumer à la propriété un rôle de garantie du prix de vente des biens que le droit ne lui reconnaît pas en principe, puisque l’élément patrimonial ne saurait servir de moyen de pression à l’avantage de l’élément financier qui lui correspond sans que surgisse dans ce mécanisme la possibilité même d’abuser de la faiblesse d’un contractant dans le besoin en exagérant la valeur d’achat globale (crédit inclus) de la propriété.

Mais c’était sans compter sur le retour imprévisible de la fiducie.

Or, en 2006-2007, l’entrée abrupte de la fiducie en droit français (art. 2011 et s., et 2347 c.c.), l’un des motifs traditionnels d’ordre public pour le juge français de devoir faire opposition à l’application d’une loi étrangère sur son sol, a démontré suffisamment comment l’on pouvait en venir à surmonter toute hésitation et permettre à l’intérêt de l’un d’exploiter la dépendance de l’autre. Certes, en cas d’attribution définitive au créancier du bien en propriété, l’on renverra en toute bonne conscience à l’expertise diligentée par le juge, mais non seulement les compromissions et collusions d’intérêts ne sont pas *a priori* évitables, s’agissant d’experts professionnels, même si leur avis ne lie pas procéduralement le tribunal, et mieux vaut ne pas commenter ce que signifie ici en France la saisie d’une juridiction consulaire, donc elle-même professionnelle, au moins en première instance, lorsque le litige est de nature commerciale. De plus, dissocier la personne du fiduciaire et celle du créancier, ou requérir du fiduciaire qu’il soit un établissement financier (et ainsi de crédit) n’empêche sociologiquement aucun des cumuls d’intérêts suspectés.

Le recours durant des années à la très légitime vente à réméré pour dissimuler des pactes commissaires prohibés au profit d’organismes de crédit, ou la simple utilisation d’un *lease back* (même appliqué aux actions émises sur augmentation de capital) avaient produit, il est vrai, un effet équivalent, mais de moindre ampleur et sous contrôle. Mais l’actuelle atmosphère de crise économique (ou de crise strictement financière à répercussion économique, comme crise des sociétés par action à incidence sur le patrimoine et sur le capital matériel et humain de l’entreprise) se superposant à ce phénomène, l’on se demande comment l’on peut maintenir un tel mécanisme fiduciaire susceptible d’entraîner la ruine juridique des individus aisément désappropriables, par exemple, de leur maison acquise grâce au crédit foncier, après avoir été ruinés pécuniairement car jugés insolvable. Les garanties et contre-pouvoirs existants dans le droit allemand (v. Michel Pedamon, Claude Witz) qui a servi de modèle romaniste historique à cette institution tardivement apparue aux Etats-Unis à travers les *trustee*, manquent, en effet, en

droit français où se réveille donc la peur que l'on ait pensé la propriété sous la seule surveillance des puissances bailleuses de fonds qui autorisent à son acquisition à crédit.

Claudel attaquait le Code Napoléon en faisant dire en substance au pape Pie VII dans sa pièce *L'Otage*: ce code de ceux qui ont et non de ceux qui n'ont pas. L'évolution ferait du même code le code de ceux qui, ayant, risquent d'être spoliés à leur tour.

Le processus de spoliation de la propriété immobilière apparaît ainsi clairement dans la situation du crédit conforté par une fiducie. La fiducie permet une spoliation par respect d'intérêts de propriétaires financiers en dehors des propriétaires réels, le droit interprétant une partition, non de justice, mais servilement d'économie du plus fort.

De la même manière, des propriétaires exploitants ou cultivateurs peuvent être spoliés de leur droit foncier quand, sans le savoir, ils ont commis l'imprudence, validée par contrat de fournitures, d'introduire sur leur terre une semence dont l'achat est un leurre et les aliène à une propriété, en forme de néo-servitude personnelle, qui est bel et bien demeurée au profit de leur vendeur transgénique devenu l'indirect maître indispensable des lieux (la possession ou le *Besitz* "mittelbar" du droit allemand). L'achat de semences déclarées licites (sous l'alibi de risques seulement focalisés sur la santé - d'ailleurs humaine et non animale - pour éviter de suggérer qu'ils pourraient atteindre le droit de propriété...) entraîne peu à peu la désappropriation des sols; faut-il renvoyer aux enquêtes officielles relayées par les institutions internationales qui ont récemment établi des taux de suicides record de propriétaires de terres ayant perdu l'ensemble de leurs biens en Inde¹⁰?

Il est possible d'invoquer bien des exemples montrant l'esprit qui anime le plus souvent inconsciemment des commissions constituées ou cooptées politiquement pour ne pas trop réfléchir juridiquement et donc scientifiquement, et qui transmettent les mots attendus ou des éléments de définition qui orientent suffisamment vers la solution espérée. Il est ainsi un phénomène d'alliance objective à ce dont on ne se sait pas précisément le collaborateur. La seule présence, d'ailleurs exclusive, au comité du principal groupe actuel de réforme (commission *Association Henri Capitant*) d'une union syndicale représentant les intérêts de dirigeants patronaux français très fractionnaires, mais les plus cotés en bourse, révèle que la garantie du pluralisme, de l'égalité et de la primauté du droit sur les intérêts a donc cessé d'être assurée; comme si un pays ne vivait pas dans sa presque totalité de l'activité d'entreprises dépourvues de cotation boursière et hors du contrôle d'actionnaires majoritaires, et comme s'il était nécessaire, quand il s'agit de promouvoir une valeur indépendante de justice en tant que valeur, de subordonner la formation du droit à des données confirmant alors une interprétation presque brechtienne.

Mais les textes les plus à craindre ne sont pas tous adoptés, et, à supposer qu'ils le soient, l'on sait bien que la pratique ou la non pratique (l'"ineffectivité" observée par Carbonnier et jadis par Tarde et Ehrlich) est la clé de l'histoire; une histoire qui comporte ses cheminements propres déjouant ceux que proposent les réformateurs; une histoire qui n'est pas faite, selon la formule de Montesquieu, que de "causes matérielles" ou d'intérêts si puissants soient-ils, mais qui obéit à des "causes morales" profondes, lesquelles, à la façon de la justice immanente des Grecs, arrivent toujours à compenser les déséquilibres, et dont on peut donc prédire qu'elles auront peut-être le mot de la fin. La situation décrite n'indique sans doute alors qu'une transition en vue d'un rebondissement et d'un "retour du même" par dépassement.

II. Le droit perçu de l'intérieur

Mais comment enfin, sous un aspect plus technique, de telles évolutions se traduisent-elles relativement à chaque point touchant le droit dans ses prérogatives et ses caractères ?

Des prérogatives de la propriété: analogies et spécificités d'évolution

Quant à ses prérogatives, le droit de propriété solidarise usage, jouissance et disposition.

Le premier accent fut porté sur la possibilité même pour le propriétaire de ne pas précisément user, ni *a fortiori* profiter d'un bien productif en en jouissant civilement ou naturellement, par refus de le louer, de le confier en concession ou d'en retirer les fruits, voire d'en exploiter les produits. Ce thème était classique au XIXe.

Le deuxième accent fut ensuite placé sur la nature de l'acte de disposition. Ce qui vise d'abord, certes, les aliénations, et tend à présenter le propriétaire comme un spéculateur se jouant des effets du marché: il est libre d'y accomplir ses négociations risquées qui voient des immeubles passer de mains en mains contrairement à la stabilité de gestion qu'ils méritent. Cette vision était celle d'une littérature du XIXe s. et du XXe s. jusqu'à la seconde guerre mondiale (Romain Rolland, Martin du Gard ou Mauriac). Mais voilà qui regarde aussi directement les aménagements fonciers les plus contraires à l'intérêt objectif lui-même dont le mépris, déjà signalé par Ripert, dans *Le déclin du droit*, et surtout par Savatier, dans ses *Métamorphoses du droit civil moderne*, a conduit à promouvoir un sujet empirique égaré par ses besoins et amené à des destructions, à un appauvrissement de la valeur des biens, comme à des actes qui entraînent un préjudice pour la nature sous prétexte de rentabilité. Que ces prédateurs aient été les propriétaires abusant de leur prérogative matérielle d'*abusus* ou leurs détenteurs locataires, ne change rien: sauf à réinterpréter la vieille faculté de modifier la destination de la chose inscrite par le code rural en 1945 au profit du fermier, le représentant sur le bien d'autrui n'a jamais agi que sur autorisation du *verus dominus*. Telle était la situation souvent dénoncée à la fin du troisième quart du XXe s.: l'intérêt subjectif s'était introduit sous l'aspect le plus empirique d'une manière qui pouvait ne guère s'accorder à l'esprit du code, et rien n'empêchait les lois spéciales de venir y apporter remède notamment dans le domaine de la construction immobilière (v., particulièrement, Christian Atias sur la référence en général à la "destination de la chose" longtemps méconnue, puis réapparue en force) ou dans le plus vaste secteur encore du préjudice écologique; rien n'empêchait non plus le juge de pratiquer une interprétation, quand il le fallait, de l'esprit d'un code dont pouvait découler, par exemple, des obligations de voisinage ajustées sur l'intérêt objectif des fonds et donc sur celui de leur propriétaire.

Mais le phénomène qui surgit aujourd'hui tient à deux réalités nouvelles.

La première réalité, comme nous l'indiquions plus haut, est celle d'intérêts de nature financière liés à l'exploitation de sociétés de capitaux doublant les entreprises, des mécanismes de créances déjouant les mécanismes propres aux droits réels. C'est ce qui risque de faire prévaloir l'actionnaire sur le propriétaire et sur ceux qui travaillent au sein même de la propriété. La difficulté est d'admettre ainsi la présence de la propriété abstraite d'un capital et d'une société quand elle est introduite alors qu'elle ne n'impose guère sous des prétextes de gestion ou d'opportunité économique. Les pays romanistes résistent mieux à ce mouvement, telle l'Allemagne qui, pour avoir inventé la société par actions au XIXe avant la France et avant l'Amérique, n'a pas cru besoin de l'étendre à toute son activité patrimoniale d'entreprise, qui recouvre un ensemble de biens "*subjektivlos*": sans sujet et affecté à de simples buts objectifs (patrimoine dit d'"affectation"), et qui demeure par là largement étrangère aux fluctuations boursières.

La seconde réalité tient malheureusement à l'affaiblissement de la formation aux principes théoriques du droit pour faire jouer aux juristes le rôle de purs gestionnaires techniciens sans valeurs de justice ni définitions de référence: des commissions de juristes peuvent se former où l'on paraît trouver un habillement juridique convenable à une consigne socio-politique à peine avouable; le droit est évincé par le politique, ou bien il est manipulé en étant pris uniquement dans ses dispositions procédurales et pratiques; ce qui n'est pas nouveau: déjà l'entreprise napoléonienne s'y était employée, qui a démontré son échec après avoir fait perdre quelques décennies rattrapées depuis à l'université. Mais l'on pourrait reprendre à juste titre les diatribes de Christian Atias, dans son essai *Théorie contre arbitraire* ou son *Epistémologie juridique*, posant le problème d'une forme de résistance à la pensée critique, et de régression en somme vers des dogmatismes d'école.

Ce n'est donc plus le moment de compléter l'approche de la prérogative de *disposition* par les éclairages venus de la pensée de Carbonnier sur la différenciation d'avec des actes d'*administration* comme tirés de critères plus *économiques*, en considération de la valeur

objective de la chose appropriée, que *juridiques*, et empruntés à la nature juridique personnelle ou réelle des droits et des actes dont ils sont issus (actes simplement générateurs d'obligations ou actes d'aliénation). Si l'on en était arrivé à inciter le propriétaire à prendre la mesure des risques qu'il y a à traiter sa chose sans respecter sa fin propre et à redéfinir la disposition comme devant toujours se soumettre à une administration, rappelant l'usufruit que le théologien médiéval faisait remettre à l'homme par un Dieu resté nu-propriétaire, c'était afin d'ajouter la garantie suprême que la chose puisse constituer un rempart aux ambitions trop effrénées des individus. L'on remoralisait le propriétaire en contenant sa nature empirique sous prétexte de mieux contrôler son détenteur auquel s'appliquait plus sévèrement bien sûr la distinction.

Des caractères de la propriété: le déplacement significatif des problèmes

Quant aux caractères *absolu*, *exclusif* et *perpétuel*, ils appellent une interprétation réactualisée à la lumière des données contemporaines.

Le caractère *absolu* dont, significativement, l'on souhaiterait (v. commission *supra*) qu'il ne soit plus présenté comme "le plus absolu", ce qui marquait, en l'occurrence dans le *Breviloquium* de Guillaume d'Occam, le renvoi à une *liberté passive*, c'est-à-dire à une liberté de ne rien faire à l'intérieur des limites autorisées (v. réf. aux notes 2 et 3), a cessé d'être considéré comme une ouverture légitime à l'inertie et à l'impéritie; il est encore moins perçu sous l'angle d'une liberté positive comme le foyer de possibilités suspectes de déviations et à soumettre aux lois et règlements ou à une fonctionnalisation sociale par la voie du juge ou du législateur; l'on est d'ailleurs si pressé de simplifier et d'oublier que l'on en oublie le juge en proposant que l'abus de droit figure dans un texte et en omettant parallèlement les inconvénients anormaux de voisinage. L'essentiel paraît bien être à nouveau de favoriser un résultat productif conforme ou non aux agences de notation et d'évaluation patrimoniale dans la rentabilisation des biens, en quoi le propriétaire doit sacrifier aux attentes d'autres propriétaires que lui-même: les propriétaires financiers qui possèdent les agences et du même coup les sièges politiques de décision.

L'évolution qui a encouragé une propriété absolue et satisfaisant uniquement l'individu empirique ne saurait tendre à l'accomplissement de tous les instincts, mais seulement des plus douteux qui conduisent peut-être à mépriser assez son bien et à se mépriser assez soi-même pour s'inféoder à une technique reliée à *d'autres intérêts que les siens*, des intérêts en l'occurrence invisibles ou incontrôlables: il est à craindre que l'homme ne s'animalisant dès lors à l'extrême ne perde par là sa dignité comme celle de la chose qui lui appartient, en se ralliant passivement à de tels critères extérieurs sous prétexte de survie. Les réglementations françaises et européennes de la propriété foncière, qu'elles visent l'électricité de la maison ou la production agro-alimentaire, sous les intérêts les plus généreux, peuvent introduire l'absurde (comme celui, en Caraïbe française, de consommer du poisson par le marché de Paris-Rungis et en provenance de Bretagne), mais elles permettent aussi à des intérêts de profiter *d'une propriété instrumentalisée qui cesse d'être référée à son objet comme à son sujet*. Tel est l'intérêt pur qui s'abandonne à la discrétion d'une liberté radicalement dérégulée. On ne peut plus tirer ses fins de la chose, ni de la loi, ni d'un bien collectif, ni de la nature humaine, même empirique et soupçonnable à travers un propriétaire donné. Elle exprime un curieux besoin qui est d'utiliser le moyen législatif et réglementaire *en allant même contre l'intérêt de tout propriétaire*. Un soupçon de perversion sadienne se glisserait ici (qui rappelle les théories du "beau crime" de quelques criminologues). L'intérêt inédit que l'on réveille en tout cas chez l'individu ne lui permet plus même alors d'être protégé contre ses excès par sa qualité abstraite et juridique de propriétaire.

C'est principalement ainsi *l'exclusivité* qui est atteinte. Elle l'était déjà par des démembrements légaux laissant subsister la possibilité d'être plusieurs à occuper une même chose dans l'intérêt même de celle-ci et dans l'intérêt de chacun des titulaires d'un démembrement. Il a fallu plus d'un siècle et demi afin de rétablir ce que le "domaine utile" de

l'Ancien Régime avait connu comme usages divers permettant aux complémentarités historiques, sociales, écologiques ou esthétiques des sols, de restituer aux propriétaires leurs liens connaturels avec la nature comme avec la culture et avec la société. L'institution des servitudes réelles qui promettait tant a cependant pris trop souvent l'aspect de la servitude d'utilité publique, là où la simple servitude d'utilité privée eût permis des résultats moins technocratiques comme la circonscription de zones artificielles en matière de protection de la nature ou de découpages conventionnels d'espaces préservés au cœur des grandes agglomérations (ce qui a été l'avis très pertinent de J. de Malafosse).

Mais, aujourd'hui, l'exclusivité se trouve remise en cause par des propriétés d'un tout autre genre, des propriétés extérieures et transversales tenant à un système bancaire, agro-alimentaire ou pharmaceutique, voire, ce qui empiéterait plus dangereusement sur la propriété, croisant le lieu vital du domicile, à un réseau de communication susceptible d'intrusions et de contrôles internes sous prétexte de sécurité et d'information. Ce qui compromet l'exclusivité relève donc de la manifestation sur la chose *d'autres droits* que ceux d'un autre propriétaire voisin ou que ceux de l'Etat ou de la collectivité: droits, non perçus comme tels, avec lesquels coopère le propriétaire et qu'il fait pénétrer chez lui à son corps défendant, que ce soit à travers un simple contrat d'abonnement de semences, ou à travers l'adhésion à un central de télécommunication ou de surveillance électronique; droits qui ont la possibilité de le spolier avec son consentement primitif, non par vol, mais par une sorte d'abus de confiance selon des formes sans cesse originales.

Enfin, *la perpétuité* change d'assise elle-même. Le problème qu'elle pose paraît également déplacé. Au point que l'on ne se préoccupe plus même de l'instabilité du fait correspondant au droit afin de le protéger possessoirement comme meilleure apparence du droit: la volonté d'écarter les millénaires actions possessoires, vestige romaniste des interdits du prêteur, en les remplaçant par un illusoire référé de compétence lointaine et acquis aussi bien à un détenteur troublé, ce qui abandonne en fait au politique local (municipal) et par là à une police, la gestion des conflits sociaux, manifeste le retrait du droit et de ses procédures lentes et pacifiantes (qui repoussaient d'ordinaire à une instance "pétitoire" des débats de fond prévus dans la sérénité), et tel est bien le souhait de commissions qui ont répondu à un appel politique à cet égard. Mais cette volonté montre en même temps le peu d'importance du droit dans l'idée que l'authentique propriété est ailleurs que dans un rapport aux choses et ailleurs que dans des individus retrouvant la "stabilité de l'être" par leur lien avec de telles choses: la vraie propriété, où peuvent le mieux s'accomplir les instincts et la partie empirique flattée pour sa malléable versatilité, en un climat de précarisation des données de référence d'une vie *démétaphysicisée*, et dans le devenir nietzschéen de ce qui évolue sans cesse, cette vraie propriété se situe donc dans les transversales visées plus haut et dans le sens de la conformité opportune à leurs politiques: la propriété la plus sûre honore l'homme empirique et individualiste et vérifie à nouveau ce rejet de soi-même, de toute ipséité ou dignité à la façon stoïcienne, par attachement à de purs moyens transitoires ou contingents dont la valeur vient de leur succès éphémère. *A priori*, il semblerait ainsi que la propriété de cartes d'accès à des informations ou à divers crédits vaille plus que la propriété d'une chose véritablement réelle.

Des requalifications et des biens d'art. Droit civil et moeurs

Reste qu'une telle analyse entreprend la seule critique de mouvements intellectuels en cours dont la réception effective réserve des surprises toujours proportionnelles à ce qu'ils ont contesté, eu égard surtout à une nature humaine qui possède son enracinement ontologique peu prompt à vaciller. Nier un homme propriétaire sous tel aspect n'empêche pas sa réapparition massive à travers des situations inattendues montrant d'ailleurs comment les textes ne

produisent pas forcément certaines de leurs applications sur lesquelles l'on a trop tôt anticipé. Le "réceptionnisme" utilitariste de l'école scandinave (Karl Olivecrona) y avait déjà réfléchi.

En même temps, des divisions positives et dogmatiques se sont installées dans les biens objets de la propriété; or elles condamnent aussi bien les interprétations qui auraient l'imprudence d'être hâtivement généralisatrices. Tel est l'exemple de la distinction des *immeubles* et des *meubles*, dont la France a eu historiquement l'initiative à la fin du Moyen-Age, et qu'elle a nettement stimulée jusqu'à la convention de Vienne sur la vente internationale de marchandises en 1980; tel est le cas de la distinction des *biens industriels* et des *biens d'art*, opposant en somme le quantitatif et le qualitatif, l'élément du pur avoir à l'élément d'un avoir investi par la personne entière sous sa dimension la plus créatrice¹¹. Ce qui vise les uns peut ne pas viser les autres, et la *requalification*, par fiction ou non, est parfois à l'œuvre afin de renvoyer dans la catégorie des uns ce qu'il n'est pas opportun de maintenir dans celle des autres. Jeu habituel et utilitairement fonctionnel dans les rapports immeubles-meubles, selon une logique du "tout" et de la "partie" que Pothier, à la veille du code civil, avait élaborée pour les "immeubles par destination", repris dans les art. 524-525 du même code (v. Yannick Trémorin); euphémisme que chacun comprendra dans le domaine culturel et esthétique plus réservé des biens d'art, où l'objet se rapproche du sujet et en constitue le prolongement le plus achevé; le caractère "meublant" y cède de surcroît au "précieux", mais le précieux présente plus d'affinités avec l'intime personnel qu'avec le spéculatif du placement d'argent.

De même, la requalification est tentée de s'appliquer au caractère *public* qui s'expose à devenir un caractère *privé*. Quand une législation internationale se sophistique afin de mieux régir le domaine public, il est singulier d'en voir, jusqu'aux sources qui font les textes, où les débats demeurent serrés, et pour le moins paradoxalement, l'étendue s'appauvrir, qui tendrait à restituer au privé ce qui en était originairement issu.

Quand un musée commence à prêter ou à louer à titre onéreux, il n'est pas loin non plus de concevoir de céder des pièces sinon de ses collections du moins de ses réserves, dans la mesure où l'Etat peut lui-même très exceptionnellement pratiquer un déclassement et une "désaliénabilisation" ou "désaffectation". Cette évolution est symbolique. Il y a désormais une dualité de discours bien compréhensible, mais vouée à des lendemains qui feront progressivement beaucoup plus place à un *troisième discours* quoique discret et mis d'emblée entre parenthèses. Il se développe, en effet, un double discours juridique, national et à incidence internationale, et réciproquement. D'un côté, il regarde les biens privés le plus souvent considérés comme des utilités domestiques, dans l'esprit du code civil, biens susceptibles d'incorporer de la valeur économique de thésaurisation, voire d'enrichissement, sous un angle certes souvent trop économique, mais biens dont certains peuvent être constitués par des biens d'art; d'un autre côté, ce discours vise des biens publics dont une grande part est culturelle et touche tout autant si ce n'est davantage les biens d'art¹².

Mais un troisième discours persiste naturellement à être absent, qui s'amplifie cependant en profitant de renvois incessants: malgré une habitude journalistique de dénigrement et de suspicion peu avertie de la réalité de l'histoire culturelle qu'elle préfère se représenter faussement pour flatter un onirisme populaire, il s'agit d'un discours ferme, constant et en progression, qui est par définition "non écrit", qui relève de mœurs éternelles ne heurtant pas le droit, qui reflète une pratique sociologique ou une coutume *praeter legem*, et que le droit est donc chargé de protéger comme telle. Ce discours, en tous les cas, incite aux changements de catégories, et autorise à se dispenser de tout schéma juridique élaboré, ou à user de façon peu contrôlable voire opaque des facilités ou des exceptions légales (pratiques réelles des musées), tant les attentes des individus sont fortes pour compenser certaines déperditions les privant d'un accomplissement culturel que leur fait subir une société abusivement technicienne.

Ce troisième discours, pour ainsi dire latent, qui fonctionnerait assez obscurément, à la manière des dons manuels par rapport aux donations enregistrées par l'officier public, en arrive parfois à soustraire des biens jadis publics à leur affectation définitive, ce qui est de plus en plus l'expression d'une volonté politique, même si elle est encore insuffisamment marquée dans les textes, en France comme ailleurs. Là de tels biens seront jugés immuables et rejoindront un patrimoine de l'humanité intangible; ici, ils seront présentés comme plus aléatoires et exposés

aux vicissitudes de la vie, ou abandonnés à ce que chaque homme, ou plutôt chaque groupe social assez puissant pour s'imposer, veut en faire. S'il est ainsi historiquement rare, aujourd'hui comme hier, qu'une collection publique et muséale ne soit pas née du don ou de l'acquisition, relativement fréquente en vente publique, d'une collection privée, il ne serait plus contradictoire qu'elle puisse avoir un jour vocation à y retourner. La délimitation entre le droit et les mœurs qui domine toute société s'affirme plus nettement dans une société hyper-technicisée qui ne sera jamais régulée selon le vœu luhmanien. Entre droit civil des biens et mœurs, c'est là le témoin profond de la transition qui s'opère: elle indique comment nous passons du contrôle à la liberté, des rôles que nous jouons aux personnes que nous sommes, ou de ce que nous "faisons" à ce que nous "créons".

Bordeaux, 15 février 2009

NOTAS:

¹ De manière générale, sur la définition et l'histoire du droit de propriété et surtout sur ses présupposés philosophiques réalistes ou idéalistes, voir notre article V° "Propriété (juridique)", *Encyclopédie philosophique universelle*, dir. A. JACOB, *Les Notions*, 3^e éd. Paris, P.U.F., 2002, t. 2, p. 2086-2090, et la bibliographie correspondante.

² Dans cette même perspective d'analyse faisant ressortir l'abstraction du droit de propriété, et sur le vocabulaire plus précis qui distingue "liberté", "pouvoir", "licence" et "puissance", v. notre art. "Liberté, pouvoir et puissance dans le langage des sources du droit", *Homenaje Alberdi*, Cordoba (Arg.), ed. cette même Académie, 2002, et in *Droits premiers*, Bière, 2001, p. 147 s.

³ V., de manière globale, notre art. V° "Droits subjectifs", *Encyclopédie philosophique universelle*, dir. A. JACOB, *Les Notions*, t. 1, *op. cit.*, p. 704-709, et la bibliogr. Sur cette même opposition classique entre droit réel de propriété et créance réinterprétée à la lumière implicitement du kelsenianisme et de l'école de Shalev Ginossar, v., outre *L'Introduction générale au droit* de Jacques GHESTIN, Gilles GOUBEUX & Muriel FABRE-MAGNAN, Paris, LGDJ, la thèse et l'ouvrage de *Droit des biens* de Frédéric Zénati (Paris, PUF, Droit fondamental).

⁴ Franco Todescan y insiste encore récemment dans son introduction à une édition italienne, comparative et complète, du maître espagnol: Fr. SUAREZ, *Trattato delle leggi...*, L. I, dir. O. DE BERTOLIS, *Introd.* Fr. Todescan, Padova, Cedam, Lex Naturalis Classici I, 2008. V. aussi de Giovanni AMBROSETTI, *La filosofia delle leggi di Suarez*, Roma, Studium, 1948.

⁵ V. notre art. V° "Servitude (jur.)", *Encyclopédie philosophique universelle*, dir. A. JACOB, *Les Notions*, t. 2, *op. cit.*, p. 2363-2365, et la bibliogr.

⁶ V. ainsi les perspectives originales ouvertes par Alexandre ZABALZA, *La Terre et le Droit. Du droit civil à la philosophie du droit*, Bordeaux-Paris, Bière, coll. Ph. Droit – 23, 2007. L'auteur s'attache à montrer en particulier comment les "fonds de terre" traditionnellement reliés à la souveraineté du droit tout puissant de propriété doivent aussi jouer avec certaines références communautaires et identitaires à connotation socio-politique.

⁷ Renvoyons à sa synthèse de droit comparé sur l'état du droit civil français au XX^e s.: R. SAVATIER, in *La science du droit au cours du dernier siècle*, dir. M. ROTONDI, Padova, Cedam, 1976, p. 315-358.

⁸ Ce tout dernier point est l'objet d'une thèse de doctorat en cours à l'Université de Bordeaux Montesquieu: S. KADEM, *Le droit du plus faible comme principe d'interprétation*.

⁹ V. notre art.: "Réserve de propriété et transfert de propriété", *Semaine juridique éd. "Commerce et industrie"*, 1982, n° 13744, p. 157-164.

¹⁰ Sources: le Ministère de l'agriculture indien a indiqué que sur une dizaine d'années déjà, jusqu'en 2003, 100 000 agriculteurs s'étaient donnés la mort en conséquence de la désappropriation de leurs terres par les cultures OGM; le gouvernement du Maharashtra a de même alerté sur des chiffres proportionnels en continu dans sa province. Certes, en France, l'interdiction de telles cultures, cependant provisoire et partielle, si ce n'est à titre expérimental, retarde le phénomène, mais ne le supprime pas.

¹¹ V. nos art. "L'erreur de l'acheteur et l'authenticité du bien d'art", *Rev. trim. Droit civil*, Paris, Sirey, 1982, p. 55 s. et le comment. relatif à l'"affaire Poussin" touchant l'erreur du vendeur cette fois in *Semaine juridique éd. "G"*, 1982, n°19916.

¹² V. ainsi Marie CORNU et alii, *Droit, œuvres d'art et musées*, Paris, Ed. CNRS, 2006, et v. les travaux engagés par le même auteur sous les auspices du *Centre d'études sur la coopération juridique internationale* qu'elle dirige au CNRS (UMR 6224).

LA PROTECCIÓN POSESORIA AL ADQUIRENTE DE UN INMUEBLE POR BOLETO

por ROBERTO G. LOUTAYF RANEA

SUMARIO: I. El 4º Congreso de Derecho Civil (año 1969). II. La protección del poseedor adquirente por boleto y buena fe. Planteo del problema. III. Posición que no reconoce preferencia al poseedor con boleto.

I. El 4º Congreso de Derecho Civil (año 1969)

Recomendaciones

El 4º Congreso de Derecho Civil, realizado en el año 1969, ha analizado, entre otros temas, el de “La protección posesoria en la Reforma” (ley 17.711).

El Despacho de **mayoría** recomendó lo siguiente:

“1. Establecer que la reforma no ha logrado superar, como hubiera sido de desear, las grandes diferencias de interpretación a que dieron lugar las normas anteriores.

“2. Que una futura reforma deberá receptar las grandes elaboraciones doctrinarias sobre la materia procurando adecuar estas defensas a las específicas características nacionales y a nuestra tradición jurídica, con la debida consulta de los organismos especializados del país.

“3. Interpretar el texto vigente de conformidad a las siguientes bases:

“a) La Reforma regla dos tipos de acciones: una en defensa de cualquier forma de poder efectivo, otras de la posesión e institutos a ellas asimilados.

“b) Los Códigos procesales deben adecuarse a las normas sustantivas en vigencia.

“c) La acción del 2º párrafo del art. 2490 rebasa en parte el ámbito de la posesión”.

El Despacho de la **minoría**, en cambio, recomendó lo siguiente:

“1. Declarar que las normas referentes a la defensa posesoria contenidas en la ley de reformas 17.711, carecen de ordenación lógica y de unidad doctrinal, acentuando las serias dificultades interpretativas del título III, del Libro 3º del Código Civil.

“En consecuencia, se propone que en una futura reforma se sustituya totalmente el mencionado título teniendo en cuenta las ponencias presentadas ante este Congreso y los valiosos aportes de la doctrina nacional”.

La situación con posterioridad a la reforma al Código Civil por ley 17.711

Las conclusiones elaboradas en el 4º Congreso de Derecho Civil del año 1969, no son sino un reclamo para que, por no haberlo alcanzado la ley 17.711, se realice una mejor regulación y sistematización de la protección de la posesión y de cualquier forma de poder efectivo. Ello, debido a la anarquía existente sobre las acciones posesorias, es decir, si únicamente son tales las posesorias en sentido estricto, o si son también las acciones policiales¹. Igualmente hay discusión sobre si las acciones posesorias y los interdictos son una misma cosa, o son cosas distintas.

Luego de la reforma al Código Civil por ley 17.711, prácticamente no han existido nuevas modificaciones a este ordenamiento vinculadas a la protección posesoria. Sí se han dictado nuevas leyes procesales que han legislado sobre los “Interdictos”.

A partir de tales reformas, entonces, se ha considerado que la cuestión se ha resuelto a favor de diferenciar acciones posesorias e interdictos. Así, en el Código Procesal Civil y Comercial de la Nación (y los ordenamientos similares al mismo que se han dictado en distintas provincias), son interdictos todos los indicados en el art. 606 y que se regulan en los artículos

subsiguientes; y son acciones posesorias, según el art. 623, las del Título III, Libro III del Código Civil². Igualmente se ha entendido que luego de la sanción de la Ley 17.711 de reformas al Código Civil, los interdictos han encontrado en el citado ordenamiento su fundamentación (arts. 2469 y 2490), y la simple tenencia resulta, ahora, protegida por la ley de fondo³, lo que no significa que a los tenedores se les haya otorgado la titularidad de las acciones posesorias, sino que se les ha conferido lo que se califica como “acciones policiales”, y que la ley 17.711 ha denominado “acción judicial” (art. 2469) y “acción de despojo” (art. 2490)⁴.

Con relación a los interdictos se ha entendido que son medidas policiales, instituidas para que nadie zanje sus conflictos por mano propia, ni sea desposeído contra su voluntad al margen de las vías legales⁵. El interdicto no es una acción posesoria propiamente dicha, ni una acción real fundada en una presunción de propiedad, sino una institución tendiente a prevenir la violencia y el atentado a hacer justicia por sí mismo, ya que en este sentido se procura proteger a quien venía detentando, o explotando, usando, aprovechando o poseyendo, contra un ataque realizado, ya violento o clandestinamente, que desvirtúa la situación de hecho anterior; no se reconoce ningún derecho al detentador más que el de no ser obstaculizado o impedido de ese hecho hasta tanto la cuestión sea resuelta en la acción posesoria o petitoria correspondiente⁶.

II. La protección del poseedor adquirente por boleto y buena fe

Dice Kiper que las acciones posesorias se denominan así no por estar destinadas a recuperar la posesión, puesto que también lo está la acción reivindicatoria, sino por fundarse en ella⁷. Intentamos a través de este trabajo referirnos a una forma de protección de la posesión por parte de quien la ejerce, cuando reúne determinados requisitos.

Planteo del problema

Muchas veces ocurre que una persona adquiere un terreno por medio de boleto de compraventa, y sin ningún otro trámite comienza a ejercer actos posesorios, edifica en el mismo, y en cuanto puede comienza a vivir allí. Con posterioridad, un acreedor del vendedor por boleto, inicia juicio por cobro de pesos contra éste último y embarga el inmueble que aun figura a su nombre.

Cuando el poseedor adquirente por boleto y el embargante se enteran del choque existente de sus intereses con relación al inmueble en cuestión, alguno de ellos –normalmente el poseedor con boleto- recurre a la Jurisdicción, y corresponde en tales circunstancias determinar cuál ostenta un derecho mejor al que se le debe brindar protección.

También puede presentarse el conflicto en los casos en que un propietario vende un inmueble a un comprador mediante boleto y le entrega la posesión, y con posterioridad vuelve a vender el mismo inmueble a otra persona mediante escritura pública. En este caso, el choque de intereses se produce entre el adquirente por boleto y que ostenta posesión, y el posterior adquirente por escritura pública⁸.

Una situación similar suele presentarse cuando el adquirente por boleto que ha obtenido la posesión del bien en la forma indicada, se enfrenta con una hipoteca constituida con posterioridad por quien le había vendido el inmueble mediante boleto, o la hipoteca constituida por un tercero a quien la misma persona había vendido por segunda vez mediante escritura pública⁹. En este caso, el choque de intereses se produce entre el adquirente por boleto y que también ostenta la posesión del inmueble, y el acreedor hipotecario.

Es decir, el adquirente por boleto y que ha recibido la posesión del inmueble, puede enfrentarse en un conflicto en tres supuestos: a) con un embargante posterior; b) con un adquirente posterior por escritura pública; y c) con un acreedor hipotecario posterior. En todos

estos supuestos la característica común es que el adquirente por boleto ha recibido con anterioridad la posesión del inmueble objeto del conflicto.

Debe señalarse que las situaciones suelen presentarse con cierta frecuencia, principalmente en aquellos lugares de nuestra patria en que las personas que adquieren un inmueble, con toda buena fe, consideran que con la firma del boleto y la entrega del inmueble ya tienen asegurado su derecho sobre el bien, y comienzan a poseerlo como verdaderos propietarios.

Como dice Morello, lo vinculado al comercio de inmuebles con base en boletos presenta una “dimensión sociológica” de muy acusado relieve¹⁰.

Tradicionalmente se ha considerado que la adquisición de la posesión mediando boleto de compraventa, sólo hace de ella una posesión legítima (art. 2355 del Código Civil, texto según ley 17.711) que le permitirá repeler acciones posesorias, pero no convierte al comprador en titular del dominio, lo que sólo se logra cumpliendo los requisitos de los arts. 1184 inc. 1º y 2505 del Código Civil, es decir, luego de la escrituración¹¹.

La situación del adquirente por boleto a quien se le ha entregado la posesión encuentra mayor protección en aquellos ordenamientos provinciales en que la legislación registral local permite la inscripción de los boletos (como ocurre con la ley 5148 de la Provincia de Salta cuyo art. 2ª inc. b, autoriza la inscripción de los boletos), dado que de tal forma, la situación del adquirente por boleto adquiere publicidad registral, y aunque por la falta de escritura pública no se haya producido la transmisión del derecho real de dominio, la adquisición por boleto es oponible a terceros por aplicación del art. 2505 C.C. y art. 2 de la ley 17.801, quienes no pueden alegar buena fe. Pero la situación es más difícil cuando no se ha realizado la inscripción del boleto en el Registro Inmobiliario, ya en los ordenamientos en que ello es posible como en aquellos en que no está permitido.

En el 4º Congreso de Derecho Civil del año 1969 se han estudiado las acciones posesorias reguladas en el Código Civil, los interdictos, y sus requisitos. Pero la situación del adquirente por boleto que ha recibido la posesión encuentra una protección particular, elaborada por la doctrina y jurisprudencia a partir de la normativa vigente que es la que se va a analizar en el presente trabajo.

La protección del adquirente por boleto de compraventa con fundamento en la existencia del boleto -con o sin posesión- (art. 1185 bis del Código Civil)

Una posición hace prevalecer la situación del adquirente por boleto de compraventa en la sola existencia del boleto, mediante la aplicación del art. 1185 bis del Código Civil, introducido por la ley 17.711.

El art. 1185 bis del Código Civil dispone: “*Los boletos de compraventa de inmuebles otorgados a favor de adquirentes de buena fe serán oponibles al concurso o quiebra del vendedor si se hubiere abonado el veinticinco por ciento del precio. El juez podrá disponer en estos casos que se otorgue al comprador la escritura traslativa de dominio*”.

La Corte de Justicia de la Provincia de Buenos Aires, haciendo una extensión analógica (art. 16 del Código Civil) ha entendido que el amparo que confiere el art. 1185 bis del mismo Código resulta oponible al acreedor embargante en tanto queden acreditados los extremos de la norma y el crédito del comprador sea anterior al del embargante. Expresa este Tribunal que si bien el art. 1185 bis se refiere –como principio- al caso de concurso o quiebra del vendedor, autorizando a oponer el boleto al conjunto de acreedores que conforman la masa, no se advierte razón alguna que impida que lo mismo pueda ocurrir frente al acreedor embargante en un proceso ejecutivo. Las mismas razones tuitivas y éticas que llevaron a la incorporación de este precepto deben observarse y atenderse para extender su aplicación a un supuesto de ejecución individual¹². No es motivo suficiente para excluir de dicha tutela al adquirente, la circunstancia de que la norma no se haya referido explícitamente al caso del deudor no concursado desde que éste debe entenderse implícitamente incorporado en la tésis del precepto¹³.

En otro fallo, este mismo Tribunal aclaró que “resulta aplicable a las ejecuciones individuales el art. 1185 bis del Código Civil, sin que pueda alcanzarles la limitación del art. 150 de la Ley de Concursos ya que el mismo se refiere a ejecuciones colectivas, razón por la cual fue legislado por dicha norma”¹⁴.

La Corte de Justicia de la Provincia de Mendoza, con primer voto de la Dra. Aída Kemelmajer de Carlucci, haciendo una interpretación sistemática e integradora del orden jurídico (arts. 1185 bis del Código Civil y 150 de la ley de Concursos 19.551) ha entendido que aun en un litigio individual, el adquirente de un inmueble con destino a vivienda mediando boleto, tenga o no posesión, haya o no inscripto ese instrumento triunfa en la tercería de mejor derecho o en la acción de oponibilidad, si se cumplen los siguientes recaudos: a) que el boleto tenga fecha cierta o exista certidumbre fáctica de su existencia anterior al embargo, la posesión pública y pacífica es un elemento trascendente para acreditar tal certidumbre fáctica; b) que el tercerista haya adquirido de quien es el titular registral o que esté en condiciones de subrogarse con su posición jurídica mediante un perfecto eslabonamiento entre los sucesivos adquirentes; c) que el tercerista sea de buena fe y haya pagado el 25 % del precio con anterioridad a la traba del embargo¹⁵. Es decir, este fallo no exige la posesión como requisito para que triunfe el adquirente por boleto, sino que concede la tutela por la sola adquisición con boleto¹⁶, aunque reconoce que la posesión pública y pacífica es un elemento trascendente para acreditar la certidumbre fáctica de la existencia del boleto con anterioridad al embargo.

La protección del adquirente por boleto de compraventa y que ostenta posesión con fundamento en la publicidad posesoria

Otra posición analiza la situación particular del adquirente por boleto de compraventa, pero que además ha recibido y ostenta una posesión pública. Considera, acertadamente a nuestro entender, que debe protegerse -con fundamento en la “*publicidad posesoria*”- al adquirente por boleto que ha recibido la posesión y es de buena fe, frente a otro adquirente posterior, o acreedor hipotecario, o embargante. Es decir, la situación del adquirente por boleto de compraventa, que ejerce en forma ostensible la posesión del inmueble adquirido, prevalece sobre el posterior adquirente, acreedor hipotecario o embargante. O en otras palabras, la publicidad de la posesión que ostenta el adquirente por boleto le significa un derecho que tiene prevalencia frente al que puedan invocar esas otras personas. Se trata de una forma de protección de la posesión que ostenta el adquirente de buena fe, por boleto de fecha cierta y posesión anteriores; siendo el derecho de este poseedor de carácter personal¹⁷. Este criterio lo he sostenido en mi voto en un fallo plenario de la Cámara de Apelaciones en lo Civil y Comercial de Salta, cuya doctrina legal ha sido la siguiente: “En un juicio de tercería el adquirente de un inmueble por boleto de compraventa con fecha cierta y posesión anteriores, tiene preferencia sobre un embargo posterior que afecta al mismo inmueble”¹⁸.

En tal sentido se ha entendido que la hipoteca válidamente constituida por el propietario de un inmueble es inoponible al poseedor por boleto de fecha cierta anterior a la escritura; y con mayor razón le es inoponible la hipoteca constituida por un no propietario, es decir, por quien no había recibido la tradición del inmueble; en tal situación la opción debe favorecer al poseedor por boleto¹⁹. Igualmente se ha resuelto que el adquirente de buena fe, que cuenta con un boleto de compraventa y la posesión de un inmueble, todo de fecha anterior, debe prevalecer a un comprador por escritura pública sin posesión, en virtud de que al no haberse hecho a éste último tradición del inmueble, no ha adquirido el dominio del mismo²⁰.

La publicidad posesoria

Como destaca Jorge Alterini, la tradición en función publicitaria es muy rudimentaria. Pero *las falencias de la tradición a ese respecto, se desvanecen un tanto si se mira no ya a la entrega*

de la cosa (tradicón) sino a la **relación con la cosa sobreviniente a esa entrega** (posesión, tenencia, yuxtaposición), puesto que la consiguiente relación de hecho es vehículo para exteriorizar el contacto con la cosa e inferir la existencia del derecho real sobre ella; y al prolongarse en el tiempo esa exteriorización tendría visos de permanencia. Por eso habla Alterini más que de *publicidad traditiva*, de *publicidad posesoria*, con la pretensión de señalar que más que en la tradición la publicidad está canalizada por la respectiva relación de hecho que posibilita, de las cuales la posesión es la más significativa. Posteriormente señala este autor que si bien la superioridad de la publicidad registral sobre la posesoria es indiscutible desde el punto de vista técnico, desde el punto de vista del hombre común, los estados de hecho tienen una función exteriorizadora, que cuestionará el especialista, pero que impresionan sus sentidos de manera más simple y directa que la evolucionada publicidad registral; de allí que la realidad viva, podrá mostrar a veces la eficiencia de la publicidad posesoria. Precisa, haciendo referencia a la nota al art. 2479 del Código Civil, que a los efectos de la publicidad de la posesión basta que la misma haya podido ser conocida por cualquier persona²¹.

Destaca este autor distintos supuestos en que el derecho argentino contempla la función publicitaria de la posesión. Así, **a)** hay una importante corriente doctrinaria que considera que la prescripción adquisitiva no es posible si la posesión no fue pública²². La posesión pública es un requisito que el art. 2479 del Código Civil impone como condicionante de las acciones posesorias en estricto sentido (otorgadas al poseedor anual y no vicioso): este artículo, que debe integrarse con los arts. 2369 y 2370, lleva a su pie una anotación ilustrativa que dice: “Exigir la publicidad de la posesión, no es exigir que sea conocida del propietario, basta que sea tal que el propietario haya podido conocerla”. **b)** También en el derecho de retención se otorga a los estados de hecho función exteriorizadora: en tal sentido, el segundo párrafo del art. 3946 del Código Civil, incorporado por ley 17.711, dispone que el “derecho de retención prevalece sobre los privilegios especiales, inclusive el hipotecario, si ha comenzado a ejercerse desde antes de nacer los créditos privilegiados”; es decir, al estado de hecho del comienzo del ejercicio del derecho de retención anterior a la constitución de la hipoteca se le reconoce entidad como para postergar a ese derecho real. **c)** El art. 1277 del Código Civil, según redacción de la ley 17.711 establece que será “necesario el consentimiento de ambos cónyuges para disponer del inmueble propio de uno de ellos en que está radicado el hogar conyugal, si hubiere hijos menores o incapaces”, es decir, al estado de hecho de la presencia o no de hijos menores o incapaces en el inmueble propio de uno de los cónyuges donde está radicado el hogar conyugal, se convierte en presupuesto de la necesidad o no del consentimiento del otro cónyuge para disponer aquel bien, o, en su caso, de la autorización judicial como lo indica el citado precepto²³.

Requisitos para que encuentre protección la posesión del adquirente de un inmueble por boleto de compraventa

Los requisitos para que la posesión del adquirente de un inmueble por boleto de compraventa encuentre protección, son los siguientes:

*a) El boleto debe tener **fecha cierta** anterior al embargo, hipoteca o venta posterior*

Debe tenerse en cuenta que se está estudiando la situación del adquirente por boleto de compraventa a quien se le ha hecho tradición del inmueble adquirido. Para que merezca la protección, el boleto de compraventa debe tener “fecha cierta”. El art. 1026 del Código Civil otorga al instrumento privado reconocido el mismo valor que el instrumento público entre quienes lo han suscripto y sus sucesores universales. Pero la norma del art. 1034 establece que esos “*instrumentos privados, aun después de reconocidos, no prueban contra terceros o contra los sucesores por título singular, la verdad de la fecha expresada en ellos*”. A contrario sensu, para que el instrumento privado tenga la misma fuerza probatoria que los instrumentos públicos, debe tener “fecha cierta”. El propósito de la exigencia de fecha cierta es evitar que las partes se pongan de acuerdo para fraguar un documento antedatándolo, con el objeto de burlar los

derechos de los terceros o de los sucesores a título singular²⁴. Normalmente, y teniendo en cuenta que la enunciación contenida en el art. 1035 del Código Civil no es taxativa²⁵, la fecha cierta se logra con la certificación de firmas del boleto por escribano público, la que, por tratarse de un acto cumplido por el profesional en ejercicio de las atribuciones que le confiere la ley, constituye en sí mismo un instrumento público en los términos del art. 979 inc. 2º del Código Civil²⁶; también adquiere fecha cierta el instrumento por el sello fechador de la oficina impositiva²⁷.

b) *La posesión que ejerza el adquirente por boleto debe ser “ostensible”*

La posesión es “ostensible” cuando existe, no sólo la tradición original, sino también una relación de hecho subsiguiente, que es evidente y puede ser conocida por cualquier persona. Es decir, la posesión del adquirente por boleto se manifiesta o se muestra en forma clara, patente, por los actos posesorios que realiza sobre el inmueble.

Como señala Salvat, con relación a las cosas inmuebles, la tradición no responde ya a las necesidades actuales, ni en las relaciones de las partes entre sí, ni en las relaciones con los terceros: con relación a estos últimos, puede ser que la tradición, aun realmente realizada, puede haber tenido lugar sin que los terceros se hayan dado cuenta; en los casos de tradición simbólica, la entrega de las llaves de un edificio puede hacerse con toda clandestinidad; en los casos de tradición *brevi manu* o de *constituto possessorio*, la naturaleza de la posesión se transforma, sin que aparentemente exista manifestación alguna que exteriorice esta transformación²⁸. Por ello es que la simple tradición, y la posesión que se retiene y conserva por la sola voluntad de continuar en ella, aunque el poseedor no tenga la cosa por sí o por otro (art. 2445, primera parte, C.C.), no resultan suficiente a los efectos que nos ocupan, teniendo en cuenta las deficiencias existentes en la publicidad posesoria. Por ello es que para reconocer la preferencia al adquirente por boleto y posesión se requiere que la posesión que ejerza sea “ostensible”, supuesto en que existe una real publicidad posesoria.

c) *La fecha cierta del boleto y la posesión deben ser anteriores a los embargos, hipotecas o ventas con relación a las cuales se pretende hacer valer la preferencia*

Para que merezca protección la situación del adquirente por boleto de compraventa, a quien se le ha hecho tradición y ejerce en forma ostensible la posesión del inmueble adquirido, es requisito necesario que la fecha cierta del boleto y la posesión sean anteriores al embargo, hipoteca o venta sobre el mismo bien con relación a los cuales se pretende hacer valer un derecho preferente²⁹. Se trata de la aplicación de la máxima romana “*prior tempore, potior iure*”; y por tal motivo, el adquirente por boleto de compraventa y posesión goza del *ius preferendi* con relación a los posteriores gravámenes o derechos reales que se constituyan sobre el mismo inmueble. Caso contrario, si el embargo, hipoteca o venta es anterior a la posesión del adquirente por boleto, no tiene preferencia el derecho de este último³⁰.

d) *Buena fe en el adquirente con posesión*

La jurisprudencia ha señalado que entre dos adquirentes (ya sea por boleto o por escritura de compraventa), por aplicación de los arts. 594, 2791, 3269 y concordantes del Código Civil, se da preferencia a quien ha recibido la tradición y es de buena fe, es decir, siempre que desconozca la existencia de un boleto precedente. En cambio, si la posesión alegada fue adquirida cuando ya sabía la parte de la existencia del otro boleto de compraventa anterior, no existe en el caso la buena fe exigida y debe descartarse la aplicación de la doctrina en cuestión³¹. Como se ha señalado, la circunstancia de que el boleto de compraventa tenga fecha cierta y que al igual que la entrega de la posesión fueran anteriores a las escrituras públicas que instrumentan sucesivas transferencias, pone en evidencia la buena fe del adquirente por boleto en el momento que la cosa le fue entregada (art. 3269 C.C.)³².

Vías procesales para hacer valer la preferencia

Tercería

Destaca Alsina que, en principio, el proceso vincula sólo al actor y al demandado, pero, frecuentemente, se extiende también a terceros, que pueden encontrarse afectados de dos maneras, según se trate de un proceso de conocimiento o de ejecución. En el primer caso, el tercero defenderá su derecho interviniendo en la relación procesal para evitar las consecuencias de una sentencia desfavorable; en el segundo lo hará conservando su calidad de tercero para reclamar el dominio de la cosa embargada, o una preferencia sobre el producido de la venta de la misma para el pago de su crédito. Y agrega luego Alsina que mientras en el proceso de conocimiento el tercero asume la calidad de parte, y, por consiguiente se halla sometido al pronunciamiento que decida la cuestión substancial, en el proceso de ejecución, al tercero a quien se embarga un bien de su propiedad para pagar la deuda del ejecutado, o que tiene respecto del bien embargado éste un privilegio reconocido por la ley, no le interesa la forma como vaya a decidirse o se haya decidido el pleito principal, sino que se le devuelva la cosa embargada o que se le pague en el orden que corresponda si ella fuese vendida³³. Las tercerías a las que se refiere Alsina son las de “*dominio*” y la “*de mejor derecho*” legisladas en los ordenamientos procesales; sin embargo, como se verá en el título siguiente, aunque similar a la de dominio, se ha admitido también la tercería de “*derecho preferente*” para que el titular de un boleto de compraventa de inmueble y posesión anteriores oponga a un posterior embargante, acreedor hipotecario o adquirente de un inmueble, si se dan los presupuestos analizados precedentemente en el título “*Requisitos para que encuentre protección la posesión del adquirente de un inmueble por boleto de compraventa*”.

Tercería frente a un embargo del bien en un proceso de ejecución

Si en un proceso de ejecución se ha trabado un embargo sobre el inmueble adquirido por boleto de compraventa de fecha cierta y posesión anteriores, el adquirente por boleto, para hacer valer su preferencia sobre el bien embargado y obtener su devolución, debe deducir una “tercería”.

Las normas de los ordenamientos procesales normalmente contemplan dos clases de tercerías: **a)** la *de dominio*, que se funda en la propiedad de los bienes embargados y procura obtener el levantamiento del embargo indebidamente trabado; se trata de una verdadera acción reivindicatoria por encontrarse afectados los derechos del dueño del bien embargado³⁴. Y **b)** la *de mejor derecho*, mediante la cual el tercerista pretende que su crédito se declare de pago preferente y, por lo tanto, que con el producto de la venta del bien embargado se le abona antes que al embargante³⁵. Conforme se ha señalado, tales tercerías constituyen el medio por el cual una persona distinta de las que como partes actora y demandada intervienen en un determinado proceso, reclama el levantamiento de un embargo decretado sobre un bien de su propiedad o el pago preferencial de un crédito con el producto de la venta del bien embargado³⁶. Tal es el concepto de tercería que se adecua a los supuestos contemplados por los arts. 97 y ss. del Código Procesal Civil y Comercial de la Nación y ordenamientos que contienen prescripciones similares.

Es decir, según tales prescripciones, la traba de un *embargo* es requisito esencial para que pueda deducirse una tercería.

Si bien la tercería que debe deducir el adquirente por boleto y posesión para hacer valer su derecho preferente y lograr que le sea devuelto el bien se asemeja por su finalidad a la tercería “*de dominio*”, se diferencia de la misma en cuanto el tercerista, en el caso que nos ocupa, no está invocando el derecho real de dominio³⁷ (que no lo tiene, pues tal calidad se adquiere solamente cumpliendo los requisitos de los arts. 1184 inc. 1º y 2505 C.C., es decir, luego de la escrituración³⁸). Tomando en cuenta el nombre pareciera acercarse más a la tercería “*de mejor derecho*”; sin embargo, la finalidad perseguida por el adquirente por boleto y posesión es totalmente distinta a la perseguida mediante la tercería de mejor derecho, dado que aquél pretende el desembargo y devolución del bien, y el tercerista de mejor derecho sólo pretende un pago preferente luego de subastado el bien. Por tal motivo, procurando darle un nombre apropiado y que la diferencie de las dos anteriores, podría denominársela tercería de “*derecho*

preferente”, en cuanto el tercerista busca que se le reconozca, precisamente, que tiene un derecho preferente al del embargante, y como consecuencia de ello que se le entregue el bien. Por tal motivo, en un anteproyecto de modificación al art. 97 del Código Procesal Civil y Comercial de la Provincia de Salta, se ha procurado reformarlo de manera de contemplar también este supuesto³⁹.

Es verdad que la tercería de dominio debe fundarse, como su nombre lo indica, en el *dominio* de los bienes embargados (art. 97 C.P.C.C.N.), situación que no se daría en el caso del poseedor de buena fe con boleto (por no haber sido la tradición por “título suficiente para transferir el dominio”, según lo exige el art. 2602 del Código Civil, que en el caso de los inmuebles se requiere escritura pública -arts. 2609 y 1184 del mismo Código); pero la situación alegada por este último, y la protección que solicita es algo similar a lo que se procura con la tercería de dominio, razón por la que resulta razonable que se utilicen sus carriles a tales efectos. No será, entonces, una tercería de dominio propiamente; tampoco la tercería de mejor derecho prevista por los arts. 97, 100 y cc. del citado Código que persigue el pago con preferencia al embargante; se trataría de una demanda de reconocimiento de preferencia del derecho alegado por el poseedor con boleto frente al embargo trabado.

Debe señalarse que por más que el poseedor con boleto denomine a su demanda como “tercería de dominio”, ello no impide acoger su reclamo si son claros los hechos invocados y su pretensión de que se le reconozca su derecho preferente (y no el dominio de la cosa). Ello por aplicación del principio *iura novit curia*”, en cuya virtud, según lo indica Peyrano, el juez puede calificar libremente la relación jurídica *sub lite*, sin parar mientes en que los contradictores pudieran haber efectuado un encuadre diverso⁴⁰. No se trata de cambiar la acción interpuesta, lo que le está vedado al juzgador⁴¹, sino de aplicar el derecho que se adapta a las peticiones efectuadas por las partes, aunque éstas denominen o califiquen mal al derecho o a las acciones que intentan⁴², sin apartarse, lógicamente, de los hechos alegados y probados por ellas⁴³.

Tercería en un proceso de conocimiento

El adquirente de buena fe, con boleto con fecha cierta y posesión anteriores podría presentarse, por ejemplo, en un juicio de escrituración deducido por otro adquirente por boleto contra el titular registral, y, haciendo valer su derecho preferente, reclamar por tal motivo de este último la escrituración a su favor, desplazando al otro adquirente por boleto y sin posesión.

Se trataría de un supuesto que la doctrina ha dado en llamar de tercería “*principal*” o “*excluyente*”, que tiene lugar cuando un tercero se incorpora a un proceso pendiente a fin de interponer, frente a las partes originarias, una pretensión incompatible con la deducida por el sujeto activo⁴⁴, es decir, el tercero alega un derecho frente a ambos litigantes, y su pretensión es contraria e incompatible a la de las dos partes⁴⁵. Constituye un supuesto de acumulación sucesiva por inserción de pretensiones, en cuanto el tercero interpone una nueva pretensión frente a las partes originarias en un juicio ya existente, las cuales vienen de tal manera a integrar un litisconsorcio pasivo; y la pretensión del tercero es incompatible con la pretensión originaria⁴⁶.

Este tipo de intervención ha sido legislada en algunos códigos provinciales, como es el caso de los códigos de Mendoza (arts. 105 a 108), Jujuy (art. 78), Santa Fe, (art. 301 y ss.), Córdoba (art. 432).

Pretensión meramente declarativa

Enderle, en su magnífico libro sobre “La pretensión meramente declarativa”, distingue, acertadamente, la pretensión declarativa *lato sensu* y la pretensión meramente declarativa: en ambas, dice, existe un estado de incertidumbre al que se tiende a eliminar, radicando la diferencia en la existencia, por parte de la segunda, del elemento “preventivo”. En la mere declarativa, entonces, se postula eliminar un estado de incertidumbre referido a una situación de la realidad y que es proclive a provocar la violación de un derecho⁴⁷. Reitera Enderle el rol

prominente de la pretensión meramente declarativa en cuanto categoría propia y autónoma que se enmarca en el vértice de la tutela preventiva de derechos⁴⁸. Son requisitos de la pretensión meramente declarativa, legislada en el art. 322 del Código Procesal Civil y Comercial de la Nación: a) incertidumbre sobre la existencia, alcance o modalidades de una relación jurídica; b) perjuicio o lesión posible; c) no disponibilidad de otro medio procesal para hacerlo cesar⁴⁹.

El titular con boleto con fecha cierta y posesión anteriores, para proteger su derecho preferente y obtener una declaración en tal sentido, podría plantear una acción meramente declarativa en los términos fijados por el art. 322 del C.P.C.C.N..

Se podría promover esta pretensión en un caso en cierta manera similar al planteado en el título anterior, con la particularidad de que no hay ningún proceso iniciado: existe sí, un tercero que aparece como adquirente mediante boleto, o incluso por escritura pública, y el titular con boleto de fecha cierta y posesión anteriores pretende que se declare que su derecho es preferente. Evidentemente existe una situación de incertidumbre en que la falta de certeza puede perjudicar al poseedor con boleto, quien tiene derecho a lograr el perfeccionamiento de su título y liberarse de la amenaza que significa la segunda venta. Por ello, este último estaría legitimado para promover la acción meramente declarativa contra el segundo adquirente (por boleto o escritura), y contra el vendedor en ambas operaciones. La participación de estos dos últimos sujetos resulta necesaria para lograr una sentencia que haga cosa juzgada en contra de todos los interesados en el asunto⁵⁰.

Conforme se ha señalado, la legitimación para obrar alcanza a todas las personas respecto de las cuales quiera formarse la cosa juzgada a fin de disipar la incertidumbre⁵¹: en el caso tiene legitimación para obrar activa el adquirente por boleto y posesión anteriores a la nueva venta. Y como el aspecto fundamental de la acción declarativa consiste en producir los efectos de la cosa juzgada material, es necesario que exista un legítimo contradictor para que la sentencia surta tales efectos⁵², que en el supuesto en análisis son el segundo adquirente (por boleto o escritura) y la persona que ha vendido dos veces el bien (primero al actor y luego al otro adquirente a quien se demanda). Es decir, para que la sentencia pueda alcanzar los efectos de la cosa juzgada con relación a todos los involucrados e interesados en la cuestión, la misma debe dictarse con la participación, además del accionante que busca la protección de su derecho derivado de la adquisición por boleto y posesión anteriores, la de quien ha vendido el inmueble por segunda vez (por boleto o escritura) y el segundo adquirente, que son los que tienen un interés encontrado con el del actor y pueden contradecir u oponerse al derecho de este último. El resultado pretendido, entonces, sólo puede alcanzarse a través de una acción meramente declarativa a fin de obtener la sentencia que resuelva la cuestión.

Evidentemente, la situación es más fácil cuando el demandado y segundo adquirente ostenta un boleto, dado que el vendedor de ambos adquirentes aparece aun como titular registral. En tal caso, entonces, el accionante podría acumular la pretensión de escrituración contra su vendedor (condena a escriturar)⁵³. No pareciera que resultara suficiente la sola promoción de esta última pretensión porque en tal caso sólo cabría demandar al vendedor; y consecuentemente, la decisión no alcanzaría al segundo adquirente del inmueble quien también está interesado en el asunto al tener firmado por aquél un boleto en su favor.

Pero si al otro adquirente se le ha otorgado escritura pública, aunque la solución va a ser la misma (el reconocimiento del derecho preferente del adquirente de buena fe por boleto de fecha cierta y posesión anteriores), convendría al demandante acumular la pretensión de escrituración del bien a su favor, peticionando, además, que se deje sin efecto la inscripción registral -si se hubiera hecho de la venta a favor del otro adquirente-, y se la sustituya por la inscripción de la escritura reclamada a favor del adquirente por boleto y posesión, todo lo cual deberá plantearse en la demanda respectiva y resolverse consecuentemente en la sentencia.

Posición mixta (aplica el art. 1185 bis del Código Civil y la publicidad posesoria)

En una posición mixta, se ha reconocido un mejor derecho al poseedor por boleto respecto al acreedor embargante posterior, por aplicación tanto del principio de la publicidad posesoria como también del art. 1185 bis del Código Civil⁵⁴.

III. Posición que no reconoce preferencia al poseedor con boleto

Un ejemplo de esta posición es la de la expuesta por la mayoría en un fallo de la Sala B de la Cámara Nacional Comercial⁵⁵. Destaca el Tribunal que el art. 2505 del Código Civil reza que la adquisición o transmisión de derechos reales sobre inmuebles, solamente se juzgará perfeccionada mediante la inscripción de los respectivos títulos en los registros inmobiliarios de la jurisdicción que corresponda, no siendo esas adquisiciones o transmisiones oponibles a terceros mientras no estén registradas. Y en el caso de compraventa de inmuebles, mientras no se firme la escritura pública y, eventualmente, se la inscriba en el Registro de la Propiedad Inmueble, el único propietario de la cosa para los terceros será el vendedor, aunque se haya hecho tradición de ella al adquirente y aun cuando mediara condena judicial a escriturar. Niega el Tribunal la aplicación al caso del art. 1185 bis del Código Civil, aduciendo que tal norma sólo resulta aplicable en materia concursal. Destaca también que el adquirente que tiene la posesión y ha abonado la totalidad del precio, no es titular de un mejor derecho que el acreedor embargante: la inscripción registral, al margen de su carácter eventualmente constitutivo del derecho, genera efectos *erga omnes* que no pueden ser desconocidos a partir de ella, y una postura contraria implicaría alterar la estructura jurídica sobre la transmisión de dominio (arg. arts. 577, 1184 inc. 1^a, 1105, 2505, 2524, 2601, 2602, 2603 y 2609 C.C.). Y agrega que el art. 2505 del Código Civil establece la inoponibilidad del título de adquisición o transmisión de derechos reales respecto de terceros interesados, o al menos respecto de terceros registrales, cuando este título no ha sido registrado (complementan esta norma los arts. 2 y 22 ley 17.801). Como destaca Lloveras, la conclusión de la Cámara es que “el adquirente que tiene la posesión y ha abonado la totalidad del precio, no es titular de un mejor derecho que el acreedor embargante”⁵⁶.

NOTAS:

¹ Claudio KIPER, en *Código Civil y leyes complementarias*, Belluscio (director), Zannoni (coordinador), Buenos Aires, Astrea, 2005, t. 10, pág. 490.

² Santiago C. FASSI y Alberto L. MAURINO, *Código Procesal Civil y Comercial*, Buenos Aires, Astrea, 2005, t. 4, págs. 349/350.

³ Ricardo REIMUNDÍN, “Acciones posesorias e interdictos”, J.A. Sec. Doctrina 1973, págs. 291-298; Mariana MARIANI DE VIDAL, “Las defensas contra la turbación o exclusión de la posesión y la tenencia en el Código Civil y las leyes 17.711 y 17.454”, L.L. 134-1261-1271.

⁴ C.J.Salta, Sala III, 29/3/74, fallo publicado en Boletín Judicial, Provincia de Salta, t. XII, pág. 132.

⁵ Santiago C. FASSI y Alberto L. MAURINO, *Código Procesal Civil y Comercial*, Buenos Aires, Astrea, 2005, t. 4, pág. 350; CURA GRASSI, “Interdictos y acciones posesorias. Interdicto de obra nueva y las servidumbres”, L.L. 1994-A-532; CNCiv., Sala C, 28/8/92, L.L. 1994-A-532; CApelCivCom Salta, Sala III, 29/11/06, “Finca vs. Lopresti”, Protocolo año 2006, pág. 1284

⁶ C.J.Salta, Sala III, 29/3/74, fallo publicado en “Boletín Judicial” - Provincia de Salta-, tomo XII, pág. 132; CNCiv., Sala D, 12/9/74, E.D. 62-390. El régimen de interdictos deriva del ejercicio de los poderes de policía, reservado a las legislaciones locales por el art. 104 de la Constitución Nacional (art. 121 luego de la reforma de 1994), teniendo por finalidad el restablecimiento de una situación de hecho, posesión o tenencia, injustificadamente modificada o en vías de serlo (CNCCom., Sala B, voto del doctor Alterini, 31/8/76, E.D. 74-159).

⁷ Claudio KIPER, en *Código Civil y leyes complementarias*, Belluscio (director), Zannoni (coordinador), Buenos Aires, Astrea, 2005, t. 10, pág. 482.

⁸ Ver en tal sentido CNCiv., Sala F, 16/8/88, L.L. 1989-A-99, fallo 87.087.

⁹ Ver en tal sentido el caso “Todros vs. Todros”, de la CNCiv., Sala C, 21/11/78, publicado en E.D. 83-295; L.L. 1979-B-259; Revista del Notariado, n° 765, p. 1040; Américo Atilio CORNEJO, *Derecho registral*, Buenos Aires, Astrea, 1994, págs. 44-46.

¹⁰ Augusto M. MORELLO, “El boleto de compraventa inmobiliaria: su fuerza sociológica y la necesidad cualificada de tutelarla”, J.A. 1994-IV-182

¹¹ CApelCiv.Com. Bahía Blanca, Sala I, J.A. 1969-I-573; L.L. 133-738; L.L. 1978-C-115, citados por Juan Luis MIQUEL: “El boleto de compraventa y el artículo 1185 bis del Código Civil”, en L.L. 1994-C-206.

¹² S.C.Bs. As., 3/8/93, “González Escandón”, L.L. 1994-B-461, fallo 92-172

¹³ S.C.Bs. As., 24/6/86, “Penas, Ricardo, en Arzumendi, Rubén vs. Urban, Raúl”, J.A. 1987-I-226.

¹⁴ S.C.Bs.As., 26/10/93, E.D. 157-847, fallo N° 45.912, con comentario de Julio César RIVERA, “Conflicto entre acreedor embargante y poseedor con boleto de compraventa”.

¹⁵ C.J.Mendoza en pleno, L.L. 1992-B-160; citado también por Juan L. MIQUEL, “El boleto de compraventa y el artículo 1185 bis del Código Civil”, L.L. 1994-C-206.

¹⁶ Julio C. RIVERA, “Conflicto entre creador embargante y poseedor con boleto de compraventa”, E.D. 157-847.

¹⁷ Néstor L. LLOVERAS, “Prescripción adquisitiva y conflicto entre embargante y poseedor con boleto”, L.L. 2007-D-197.

¹⁸ CapelCiv.Com. Salta, en pleno, 14/8/96, *in re* “Molina Aguado, Antonio”, Protocolo tomo I, pág. 155-171.

¹⁹ Textualmente expresa el fallo que “al efecto de la colisión existente entre el comprador por boleto y los acreedores en virtud de una hipoteca constituida por quien con posterioridad a aquél adquirió el mismo inmueble por escritura, es inaplicable el art. 1051 del Código Civil si éste nunca recibió la tradición del bien, dado que la buena fe contemplada en el art. 1051 del Código Civil no es compatible con la negligencia de los acreedores hipotecarios que se contentaron con las manifestaciones efectuadas en la escritura que instrumentó la venta a favor del constituyente de la hipoteca, en el sentido de que se le otorgaba la tradición, sin haber requerido una certera constatación del estado de ocupación del inmueble, que de haberse efectuado hubiera demostrado la imposibilidad de la adquisición posesoria por aquél”. Y agrega luego que “entre un titular por boleto que exteriorizó su derecho por la vía publicitaria prevista en el sistema vigente, y acreedores hipotecarios que por una falta de diligencia más o menos marcada no conocieron o actuaron como si ignoraran el boleto previo, la opción debe favorecer ineludiblemente al poseedor por boleto” (CNCiv., Sala C, 21/11/78, “Todros vs. Todros”, E.D. 83-295; L.L. 1979-B-259; Revista del Notariado, N° 765, p. 1040; Américo Atilio CORNEJO, *Derecho registral*, Buenos Aires, Astrea, 1994, págs. 44-46.

²⁰ CNCiv., Sala F, 16-8/88, L.L. 1989-A-99, fallo 87.087.

²¹ CNCiv., Sala C, voto del Dr. Jorge H. Alterini, 21/11/78, “Todros vs. Todros”, E.D. 83- 295; L.L. 1979-B-259, consid. 8.

²² Raymundo M. SALVAT, *Tratado de derecho civil argentino. Derechos reales*, 4ª ed. actualizada por Sofanor NOVILLO CORVALÁN, Buenos Aires, 1952, t. II, págs. 251/252, n° 933; Alberto D. MOLINARIO, *Relaciones reales*, Buenos Aires, 1965, págs. 280 y 286).

²³ R. MARTÍNEZ RUIZ, “Disposición del bien propio donde está radicado el hogar conyugal habitado por hijos menores o incapaces”, L.L. 146-464.

²⁴ Carlos A. R. LAGOMARSINO, en *Código Civil y Leyes Complementarias*, Belluscio (director), Zannoni (coordinador), Buenos Aires, Astrea, 1994, t. 4, págs. 668-669.

²⁵ Carlos A. R. LAGOMARSINO, en *Código Civil y Leyes Complementarias*, Belluscio (director), Zannoni (coordinador), Buenos Aires, Astrea, 1994, t. 4, pág. 670, § 5.

²⁶ CNCiv., Sala A, 5/7/72, E.D. 46-139; CJSalta, Sala III, 28/2/75, fallo publicado en “Boletín Judicial” -Provincia de Salta, año 1975, n° XIV, pág. 125; CapelCiv.Com. Salta, Sala III, 10/02/00, Protocolo año 2000, pág. 40.

²⁷ C1Civ.Com. La Plata, 3/11/50, J.A. 1951-II-83; Carlos A. R. LAGOMARSINO, en *Código Civil y Leyes Complementarias*, Belluscio (director), Zannoni (coordinador), Buenos Aires, Astrea, 1994, t. 4, pág. 671,

²⁸ Raymundo M. SALVAT, *Tratado de Derecho Civil Argentino. Derechos Reales*, Buenos Aires, TEA, 1961, t. I, pág. 139, N° 165.

²⁹ CNCiv., Sala F, 16/8/88, L.L. 1989-A-99, fallo N° 87.087.

³⁰ CNFedCiv.Com., Sala 2ª, 29/12/88, “Stanislavsky, Ricardo vs. Cooperativa Falucho de Vivienda”, J.A. 1991-I-575.

³¹ CNCiv., Sala C, integrada por los Dres. Belluscio, Alterini y Cifuentes, 7/9/76, E.D. 72-381, y L.L. 1977-A-518, fallo 74.057; Id. 26/5/77, E.D. 76-426, y L.L. 1978-A-79, fallo 75.234; Id., Sala F, 16/8/88, L.L. 1989-A-99, fallo 87.087; Id. Id., 18/3/86, L.L. 1986-D-236; CApel.CC. Salta, Sala III, 30/4/92, “Gutiérrez vs. Tello”, Protocolo año 1992, pág. 264.

³² CNCiv., Sala F, 16/8/88, L.L. 1989-A-99, fallo 87.087.

³³ Hugo ALSINA, *Tratado teórico práctico de derecho procesal civil y comercial* Buenos Aires., Ediar, 1962, t. V, págs. 539-540

³⁴ Carlos FENOCHIETTO y Roland ARAZI, *Código Procesal Civil y Comercial de la Nación*, Buenos Aires, Astrea, 1993, t. 1, pág. 396; CNCiv., Sala G, 13/11/86, J.A. 1987-IV-427.

³⁵ Carlos FENOCHIETTO y Roland ARAZI, *Código Procesal Civil y Comercial de la Nación*, Buenos Aires, Astrea, 1993, t. 1, pág. 396; Juan C. POCLAVA LAFUENTE, “Tercería (procedimiento y tercería de mejor derecho)”, L.L. 153-504; Luis MOISSET DE ESPANÉS, “Reflexiones sobre las tercerías de mejor derecho”, J.A. 1986-II-161; Eduardo N. DE LÁZZARI, “Conflicto entre el adquirente por boleto de un inmueble y el acreedor embargante del vendedor. Tercería de mejor derecho”, J.A. 1987-I-228.

³⁶ Carlos FENOCHIETTO y Roland ARAZI, *Código Procesal Civil y Comercial de la Nación*, Buenos Aires, Astrea, 1993, t. 1, pág. 395.

³⁷ En general, la jurisprudencia ha entendido que el “boleto de compraventa” no es suficiente para la procedencia de la tercería de dominio porque no otorga ningún derecho real, sino que confieren tan sólo acciones personales a su titular (CNCiv., Sala B, 19/9/63, L.L. 114-157; CNCiv. Sala C, 12/5/66, L.L. 122-712; CApel.Civ.Com. Rosario, Sala II, 27/8/64, L.L. 117-537 Id. Id. 6/12/68, L.L. 135-1103, 20.846-S), aunque tenga fecha cierta (Capel.Civ.Com. Rosario, Sala II, 30/7/64, L.L. 116-658), y también se le haya dado al comprador la posesión del inmueble (CNCiv., Sala C, L.L. 122-712), y aunque cuente con una sentencia que condena a escriturar (CNCiv., Sala C, 12/5/66, L.L. 122-712). No procede la tercería de dominio fundada en un boleto de compraventa, aun cuando exista pago total del precio y buena fe en la posesión del comprador, sin que la reforma de 1968 haya alterado esta conclusión (SCBs. As., 24/6/86, J.A. 1977-I-227).

³⁸ CApel. Bahía Blanca, Sala I, J.A. 1969-I-573; L.L. 133-738; L.L. 1978-C-115, citados por Juan Luis MIQUEL, “El boleto de compraventa y el artículo 1185 bis del Código Civil”, L.L. 1994-C-206.

³⁹ El texto proyectado, es el siguiente: “Las tercerías deberán fundarse en el dominio de los bienes embargados o en un derecho preferente sobre ellos, o en el derecho que el tercero tuviere de ser pagado con prelación al embargante.

“La de dominio y la de derecho preferente deberán deducirse antes de que se otorgue la posesión de los bienes; la de mejor derecho, antes de que se pague al acreedor.

Si el tercerista dedujere la demanda después de diez días desde que tuvo o debió tener conocimiento del embargo o desde que se rechazó su levantamiento sin tercería, abonará o afianzará las costas que originare su presentación extemporánea, aunque correspondiere imponer las del proceso a la otra parte, por declararse procedente la tercería”.

⁴⁰ Jorge W. PEYRANO, *El proceso civil*, Buenos Aires, Astrea, 1978, pág. 95 y ss..

⁴¹ CNCiv., Sala F, 27/6/80, E.D. 89-640; CNEsp. Civ. y Com., Sala IV, 19/12/80. E.D. 92-748.

⁴² CNCiv., Sala B, 28/6/79, E.D. 85-455.

⁴³ Jorge W. PEYRANO, *El proceso civil*, Buenos Aires, Astrea, 1978, pág. 95 y ss.; Osvaldo A. GOZAÍNI, “*Iura novit curia*”, E.D. 162-314, comentando un fallo de la C.S.J.N.; CApel.Civ.Com., Salta, Sala III, 30/4/92, “Gutiérrez vs. Tello”, Protocolo año 1992, pág. 264.

⁴⁴ Lino E. PALACIO, *Derecho procesal civil*, Buenos Aires, Abeledo-Perrot, 1976, t. III, pág. 231. Pone este autor como ejemplo el caso del juicio en que las partes originarias discuten acerca de la propiedad de una cosa y el tercero interviene alegando ser el propietario de ella, o el del proceso relativo al cobro de una suma de dinero en el cual el tercero invoca la titularidad del crédito respectivo.

⁴⁵ Carlos FENOCHIETTO y Roland ARAZI, *Código Procesal Civil y Comercial de la Nación*, Buenos Aires, Astrea, t. 1, 1993, pág. 374.

⁴⁶ Lino E. PALACIO, *Derecho procesal civil*, Buenos Aires, Abeledo-Perrot, 1976, t. III, pág. 232; t. I, 1975, págs. 455 y 459

⁴⁷ Guillermo J. ENDERLE, *La pretensión meramente declarativa*, La Plata, Librería Editora Platense, 2005, págs. 51-52; Carlos FENOCHIETTO y Roland ARAZI, *Código Procesal Civil y Comercial de la Nación*, Buenos Aires, Astrea, 1993, t. I, pág. 114.

⁴⁸ Guillermo J. ENDERLE, *La pretensión meramente declarativa*, La Plata, Librería Editora Platense, 2005, pág. 85.

⁴⁹ Guillermo J. ENDERLE, *La pretensión meramente declarativa*, La Plata, Librería Editora Platense, 2005, pág. 102 y ss.. Carlo Carli señala como presupuestos de la acción meramente declarativa del art. 322 del Código Nacional, los siguientes: a) *estado de incertidumbre*, es decir de falta de certeza con respecto a una relación jurídica; b) *interés en obrar*, que está dado por la condición: “... siempre que esa falta de certeza pudiera producir un perjuicio o lesión...”; c) *indisponibilidad de otro medio legal*, condición que determina el carácter excepcional de esta pretensión (Carlo CARLI, *La demanda civil*, La Plata, Lex, 1973, págs. 48-51).

⁵⁰ En sentido contrario se ha entendido que las decisiones que consisten, a la postre, en declarar un mejor derecho o una preferencia legal de contratantes de operaciones distintas sobre el mismo inmueble, escapan a las previsiones contenidas en el artículo 322 del CPCCN, máxime cuando el interesado dispondría de otro medio jurídico para obtener la protección de su invocado derecho (CNCiv., Sala C, 7/4/70, L.L. 141-668, 25.465-S, citado por Santiago C. FASSI, y Alberto L. MAURINO, *Código Procesal Civil y Comercial*, Buenos Aires, Astrea, 2002, t. 3, pág. 61, y nota 32.

⁵¹ Eduardo B. CARLOS y Miguel Ángel ROSAS LICHTSCHEIN, *Explicación de la Reforma Procesal*, Santa Fe, 1962, pág. 36; Santiago C. FASSI, y Alberto L. MAURINO, *Código Procesal Civil y Comercial*, Buenos Aires, Astrea, 2002, t. 3, pág. 62.

⁵² Santiago C. FASSI y Alberto L. MAURINO, *Código Procesal Civil y Comercial*, Buenos Aires, Astrea, 2002, t. 3, pág. 63; CNCiv., Sala I, 21/4/98, L.L. 1999-A-275.

⁵³ Se ha señalado que resulta una carga del accionante acumular a la acción declarativa otra de condena, ya que está vedado al juzgador añadir a la sentencia declarativa un pronunciamiento de condena si no existió una pretensión en tal sentido (SPINOSA: “Acción declarativa de inconstitucionalidad (Caracteres. Objeto exclusivamente preventivo y también reparador)”, L.L. 1996-D-229, citado por Santiago C. FASSI, y Alberto L. MAURINO, *Código Procesal Civil y Comercial*, Buenos Aires, Astrea, 2002, t. 3, pág. 70, nota 72 *in fine*).

⁵⁴ CCivCom. Junín, 23/10/91, “Pisoni, Luís en Banco de Galicia y Buenos Aires vs. Pellegrín, Filomena”, J.A. 1992-IV-206; CNCom., Sala C, 20/9/05, “Emporio Gastronómico Argentina S.A. vs. Waintrub, José A.”, J.A. 2006-I-115; CNCom., Sala B, voto en disidencia de la Dra. Ana I. Piaggi, 30/11/06, L.L. L.L. 2007-D-197, fallo N° 111.598.

⁵⁵ CNCom., Sala B, voto de la mayoría, 30/11/06, L.L. 2007-D-197, fallo 11.598

⁵⁶ Néstor L. LLOVERAS, “Prescripción adquisitiva y conflicto entre embargante y poseedor con boleto”, L.L. 2007-D-197.

**EL DERECHO REAL DE SUPERFICIE
BALANCE DE LA LEGISLACIÓN ARGENTINA A
LA LUZ DE LOS CONGRESOS Y JORNADAS
NACIONALES DE DERECHO CIVIL**

por NELSON G.A. COSSARI

SUMARIO: I. Introducción. II. El criterio del codificador. III. El devenir en la Argentina del siglo XX. IV. El apartamiento de la ley 25.509 de las enseñanzas de la doctrina. A. Limitación de los objetos posibles del derecho de superficie. 1. Exclusión de la superficie edificada. 2. ¿Quedan excluidas las plantaciones no forestales? 3. ¿Sólo puede constituirse superficie forestal en el marco de la ley 25.080? B. La limitación de los posibles títulos de adquisición. 1. Acto de última voluntad. 2. Usucapión. 3. Constitución forzada. 4. Partición judicial. C. Los derechos reales de garantías y la superficie. 1. Hipoteca. 2. Anticresis. 3. ¿Puede constituir el superficiario hipoteca sobre el derecho a forestar? V. ¿Debe mantenerse el derecho de superficie?

I. Introducción

Tenemos el honor de haber sido convocados por la Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Córdoba a participar en este libro en merecido homenaje a los Congresos Nacionales de Derecho Civil celebrados en la ciudad de Córdoba en los años 1927, 1937, 1961 y 1969; todo ello con ocasión del V Congreso Nacional de Derecho Civil que en septiembre del año 2009 se reunirá en esa misma ciudad.

Hemos elegido del listado de temas sugeridos uno con un signo negativo: el derecho real de superficie. En efecto, los congresos nacionales que se ocuparon del tema lo miraron con disfavor. La legislación existente en nuestro país (ley 25.509) es sumamente deficiente y no tiene arraigo en nuestras costumbres jurídicas. Han sido las Jornadas Nacionales de Derecho Civil -convocadas desde 1963 con el fin de otorgarle mayor frecuencia al encuentro de los civilistas argentinos-, concretamente la de Corrientes (1985) y Rosario (2003), las que dieron un mayor impulso a este derecho. Entre ambas jornadas se sucedieron tres proyectos de reforma del Código Civil que acogían la superficie (1987, 1993 y 1998) y la ya mencionada ley 25.509.

II. El criterio del codificador

Dado que nuestro Código Civil en el art. 2521 consagra el principio de accesión que receipta el aforismo romano *superficies solo cedit*, la constitución del derecho real de superficie representa una derogación del mencionado principio de accesión¹, aunque lo sea de manera transitoria. La regulación del derecho de superficie habría roto el esquema de Vélez al permitir que el dueño de lo construido o plantado sea una persona distinta del propietario del terreno sobre el cual se construye o planta. En efecto, virtud del derecho de superficie se mantiene una separación entre la propiedad de lo que se construye o se planta y el terreno o suelo en que se hace².

En el régimen del Código, la propiedad del suelo se extiende a toda su profundidad y al espacio aéreo sobre el suelo, en líneas perpendiculares (art. 2518)³ y, conforme el art. 2519, las construcciones, plantaciones y obras existentes en la superficie o en el interior de un terreno se presumen que pertenecen al propietario.

Si bien el texto de este último artículo sienta sólo una presunción la misma era, conforme la doctrina, *iuris et de iure*, dado que lo contrario significaría admitir el derecho real de superficie⁴, que el art. 2614 prohibió⁵.

Capón Filas ha opinado que de no haber existido la disposición expresa del art. 2614 que selló el resquicio del 2519, llevando al intérprete a considerar la presunción de esta norma *iuris et de iure*, se podría haber arribado a conclusiones diversas. Así ocurrió en Francia y en Italia

donde, con las mismas normas que Vélez cita, se alcanzaron resultados que califica como más progresistas⁶.

Como se sabe, Vélez Sársfield conforme a su política restrictiva sobre el número de derechos reales, no sólo no incluyó a la superficie dentro del listado de los derechos de cosas, lo que era suficiente para dejarla fuera del sistema jurídico atento el principio de *numerus clausus* que rige nuestro derecho, sino que expresamente la prohibió en el art. 2614.

En la medulosa nota al art. 2503 Vélez sintetiza en forma magistral las razones que expulsaron al derecho de superficie de la mayor parte de las legislaciones del siglo XIX. Esta fue en general la política de los códigos de ese siglo, que vieron con suma prevención la propiedad dividida⁷. Sin embargo, sobrevivieron algunos atisbos de este derecho; nos recuerdan Flah y Smayevsky que la superficie fue brevemente regulada “en los Códigos Civiles de Prusia (1794) y de Austria (1811)... como propiedad separada”, y que en “Bélgica se promulgan en 1824 dos leyes regulando los derechos de superficie y enfiteusis”⁸.

III. El devenir en la Argentina del siglo XX

No podía resultar extraño a la refinada cultura jurídica argentina el impacto del Código Civil alemán 1900 que receiptó el derecho real de superficie produciendo una gran influencia que se extendió rápidamente a los nuevos Códigos del siglo XX. Merece también recordarse que, con anterioridad al mismo, el Código Civil japonés reguló específicamente el derecho de superficie a continuación del condominio e inmediatamente antes de la enfiteusis⁹.

Es entonces entendible que el tema apareciera en los dos primeros Congresos Nacionales.

Encontramos así una mención en el primero de ellos (1927): al tratarse el tema VII y resolverse que “El concepto individualista absoluto bajo el cual está organizada la institución del dominio en nuestro Código Civil, debe ser substituido por otro más amplio que concilie el interés social y el particular, garantizando el uso y goce de la propiedad raíz mientras se mantenga en acción, conforme a su destino. El Estado debe intervenir para que la propiedad cumpla la función social que le es propia”, el congresal Molina Carranza votó negativamente por considerar que si bien la declaración era una laudable aspiración “debajo de su envoltura seductora existe un pensamiento de doctrina que tiende a modificar el régimen del derecho civil en el dominio de los bienes inmuebles, desplazando, si se analiza a fondo, el sujeto del derecho persona por el sujeto de derecho sociedad o Estado”. Y entre sus argumentos entiende “necesaria aún la aplicación de los principios que lo llevó a Vélez a suprimir las trabas que en los países europeos obstruyen la circulación de la riqueza, tales como las hipotecas legales y tácitas, los derechos de superficie, de enfiteusis, a establecer limitaciones a la voluntad en materia de condominios, etc.”. Como se advierte no era el derecho de superficie el centro del debate sino la función social de la propiedad y temas aun debatibles como la perpetuidad del derecho de dominio que se criticaba “continúa en toda su amplitud, a pesar de la falta de ejercicio, aunque su titular prescinda de toda cooperación colectiva”¹⁰. No parece que en la mente de la civilística argentina de aquel tiempo estuviera *in pectore* la posibilidad de aceptar el derecho de superficie. Prueba de ello es que ni el Anteproyecto Bibiloni (concluido en 1933) (art. 2386) ni el Proyecto de 1936 (art. 1448) la contemplaron sino sólo para prohibirla expresamente¹¹.

En el Congreso de 1937 el Instituto de Derecho Civil de la Universidad Nacional de Córdoba planteó entre los temas sugeridos a los miembros del Congreso, como punto 9, la pregunta de si debe incorporarse el derecho de superficie. Con ello y ante la persistencia de la prohibición en el Proyecto de 1936 entendemos que se estimulaba a los participantes a reflexionar sobre la conveniencia de dar cabida a un derecho real que venía fructificando en derecho comparado. Sin embargo sólo la ponencia de Eduardo R. Elguera, al parecer también la única presentada, era favorable a la recepción del derecho de superficie. No lo eran en cambio los integrantes de la comisión que debatió el tema. Ante la ausencia de Elguera al tratarse ante el pleno el dictamen de la comisión -negativo a la incorporación del derecho real superficie-

Díaz de Guijarro resumió los fundamentos de Elguera para propugnar la recepción del referido instituto: El primero refería a “la necesidad de fomentar la adquisición de la casa-habitación por parte de aquellas personas que carezcan de recursos suficientes para la compra del terreno” El segundo atañía a la expropiación del subsuelo sosteniendo que la misma sólo era posible si se admitía la superficie.

El propio Díaz de Guijarro consideró que tales argumentos eran sencillos de refutar. Sin embargo, en rigor no responde al primer fundamento dado que no se referirá en su exposición a la cuestión de si la superficie puede contribuir al acceso de la vivienda sino a una situación diversa: el locatario que arrienda un terreno y luego erige en él una sala de espectáculo, un galpón u otro emprendimiento y se encuentra que el plazo máximo de diez años previsto en el Código Civil le es insuficiente para explotar adecuadamente el inmueble dado que su inversión no será compensada ante tan exiguo término, y afirma que el Proyecto de 1936 resuelve el problema al establece un plazo máximo de veinte años “si se alquila un bien para levantar construcciones en él, o si se trata de fundos rurales en los cuales se van a realizar plantaciones que requieran largo tiempo para su desarrollo y explotación”¹². En cuanto al segundo fundamento replicó Díaz de Guijarro que se trata sólo de la expropiación de una de las facultades del dominio. En ninguno de esos casos era necesario el derecho real de superficie.

El dictamen de la comisión que fue aprobado por los delegados convalidó al Proyecto de 1936 que no variaba en esto al código civil vigente y concluyó que “No debe incluirse el derecho de superficie entre los derechos reales” Los fundamentos fueron:

1º) El derecho de superficie constituye una desmembración del dominio, que impide el libre y pleno ejercicio de los derechos que éste implica.

2º) El derecho de superficie no responde a las exigencias de la vida jurídica y económica de nuestro país.

3º) El derecho de superficie no es necesario para dar estructura legal a la expropiación del subsuelo: a) Porque los arts. 1471 y 1474 del Proyecto la permiten gracias a su clara doctrina: “L... La propiedad de un inmueble... se extiende a todo el espacio aéreo y al subsuelo que dentro de sus límites fueren útiles al ejercicio de ese derecho. No podrá el dueño impedir los actos que se realicen a tal altura, o a tal profundidad, que no tenga interés en excluirlos” (art. 1471). II. “Nadie puede ser privado del dominio, o de alguna de sus facultades, sino por causa de utilidad pública...” (art. 1474). Por lo tanto, según el Proyecto cabe la expropiación del subsuelo, como caso típico de expropiación de una de las facultades del dominio que, en este supuesto, la constituye su extensión. Y extensión que no mantiene su carácter absoluto actual, al estar condicionada por el concepto de utilidad en el ejercicio del dominio. b) Porque la jurisprudencia ha podido, aplicando el Código vigente, legitimar la expropiación del subsuelo, encarada como limitación del dominio. c) Porque las cláusulas que contienen algunas leyes de expropiación -como la N° 11698, art. 1, Inc. b)-, autorizando la expropiación parcial del subsuelo, no instituyen un nuevo derecho real, sino que comportan una simple hipótesis de expropiación parcial que, en lugar de referirse a una parte del frente del inmueble, por ejemplo, versa sobre otra parte del mismo, el subsuelo, y sólo en la medida necesaria para la obra.

El primer fundamento concordaba con el pensamiento del codificador. El tercero acertaba en el sentido que el derecho administrativo había resuelto los problemas de una disección del subsuelo a profundidades que no podían ser útiles para el propietario, pero en rigor si el subsuelo pertenece en dominio a otro sujeto distinto no se trata de una limitación del dominio sino una división entre la superficie y las profundidades. El segundo argumento nos parece decisivo: la superficie no respondía ni a las exigencias jurídicas y económicas del país.

En la historia de los congresos, la superficie vuelve a aparecer brevemente en 1961 nuevamente de la mano de Elguera con ocasión de la declaración del Congreso, que en referencia a la ley 13.512 no criticaba la introducción de la propiedad horizontal en nuestro derecho¹³. Elguera creyó que su silencio ante esa recomendación podría tomarse como una contradicción con lo que había sostenido en el anterior Congreso y en otras ocasiones, por lo que hizo la salvedad de que en su opinión la “propiedad horizontal es una institución completamente anómala y contraria a la economía de nuestro Código” considerando que “los

mismos fines de carácter económico que persigue hubieran sido logrados con el derecho de superficie, tal como existe en muchos estados”.

La bisagra en la orientación de la doctrina fue puesta por las X Jornadas Nacionales de Derecho Civil que recomendaron de *lege ferenda* la adopción del derecho real de superficie e incluso marcaron cuáles eran los lineamientos que debería tener el mismo. El derecho de superficie -tal como escribía Capón Filas en su crónica de las *Jornadas*- tenía ahora luz verde para proyectar sus benéficos efectos¹⁴. Y así la superficie fue regulada en los proyectos de 1987, 1993 y de 1998.

IV. El apartamiento de la ley 25.509 de las enseñanzas de la doctrina

Finalmente, el derecho real de superficie fue introducido por ley 25.509 el 14 de noviembre de 2001. Observa Gabriela Vázquez, que la ley 25.509 fue sancionada sin una amplia intervención de la comunidad civilística y de cierta manera de espaldas a la misma¹⁵, ello explica las múltiples deficiencias técnicas de la ley. Las XIX Jornadas celebradas en Rosario en el año 2003 debieron referirse repetidamente a las imperfecciones de la ley y echar mano de una hermenéutica que ayudara a colmar las imperfecciones de la ley.

Si examinamos la ley 25.509 a la luz de lo recomendado por las X Jornadas Nacionales de Derecho Civil y lo resuelto por las XIX Jornadas, podemos ver como el legislador nacional terminó esterilizando este derecho al dejar de lado gran parte de lo enseñado por una y no atender a lo criticado por la otra. Ocuparnos de todos los errores de la ley excedería el límite de extensión solicitado por los editores de este trabajo, señalaremos por ende sólo algunos¹⁶.

A. Limitación de los objetos posibles del derecho de superficie

Las X Jornadas habían propugnado que pudieran ser objeto del derecho de superficie tanto las edificaciones como las plantaciones (conclusiones de la comisión N° 4, punto 9)

El Código alemán, que tanta influencia tuvo sobre las legislaciones del siglo pasado, sólo se refirió a la superficie en su variante edificada, atento a que contempla la posibilidad de tener una edificación sobre suelo ajeno y no una plantación¹⁷.

El Código Civil italiano de 1942, en su art. 956, prohíbe la superficie referida a plantaciones. Este límite esencial, al decir de Barbero¹⁸, que innova respecto a lo comúnmente admitido respecto del Código italiano de 1865, se explicaba en que se entendía el derecho de superficie como un obstáculo al progreso agrícola¹⁹. Al respecto expresa Bianca que “*a diferencia de las construcciones, que utilizan el suelo exclusivamente como lugar donde asentarse, las plantas tienen necesidad del suelo para crecer y fructificar. A tal fin el suelo debe ser trabajado apropiadamente (arado, irrigado, etc.) pero el propietario de las solas plantas no tiene el poder de efectuar intervenciones sobre un suelo que pertenece a otros*”²⁰. Como se ven las objeciones no parecen decisivas, en tanto y en cuanto el derecho de superficie conlleva la posibilidad de actuar sobre el suelo ajeno a fin de la debida implantación, cuidado y utilización de la propiedad superficiaria.

Actualmente existe una marcada tendencia en derecho comparado a admitir las plantaciones como objeto del derecho de superficie.

El Código portugués en su art. 1524 admite la superficie para hacer o mantener plantaciones.

El Código Patrimonial neerlandés en su Libro cinco, art. 101 apartado 1, también se refiere a tener o adquirir plantaciones.

En igual sentido el Código Civil de Québec permite la constitución sobre plantaciones (arts. 1115, 1116).

El nuevo Código brasileño siguiendo el antecedente portugués se refiere tanto a la variante edificada como a las plantaciones.

En el mismo sentido el Código Civil catalán, también comprende en forma amplia a construcciones y plantaciones (art. 564-1)

La inclusión de las plantaciones puede considerarse, en consecuencia, una tendencia firmemente arraigada en el derecho moderno. Por tanto las recomendaciones de las X Jornadas estaban en consonancia con ello.

El Proyecto de 1987 (art. 2614) y el de 1993 (art. 3163 C.C.) la receptaron como superficie edificada. El Proyecto de 1998 se refirió a “construir o forestar” (art. 2018), y con las modificaciones surgidas del dictamen de la Comisión de legislación general de la Cámara de Diputados se especificó “construir, forestar o plantar”.

La ley 25.509 se refiere a este derecho real sólo como “superficie forestal” constituido “sobre un inmueble susceptible de forestación o silvicultura” (art. 1º). No está prevista la superficie edificada pese a que viene teniendo una importancia suma en derecho contemporáneo. Esa ley debería haber consagrado una superficie comprensiva de todo tipo de construcción, plantación o forestación. Como afirmaba el preámbulo de la ley catalana 22/2001, debe dársele la máxima extensión para ser un medio de fomento de la construcción y convertirse en un factor importante en la formación del mercado inmobiliario y en la multiplicación de los aprovechamientos agrarios y forestales.

Lo correcto hubiera sido regular a ambas variantes con amplitud y en forma conjunta ²¹, como lo hacía el Proyecto de 1998. Las XIX Jornadas Nacionales recomendaron incorporar “el derecho real de superficie en general con amplitud de fines socio-económicos” (Comisión 4, conclusión de *lege ferenda* 1)

1. Exclusión de la superficie edificada

Teniendo en cuenta que la ley 25.509 modificó el art. 2614 suprimiendo la prohibición expresa del derecho de superficie, cabría preguntarse si es posible vía interpretativa admitir todo derecho de superficie, incluso el urbano, sobre todo ante lo previsto en el art. 2519. La doctrina había entendido que la presunción de propiedad establecida en ese artículo, en el sentido que el dueño del suelo es también propietario de lo plantado o construido, es *iure et de iure*, dado que si no estaríamos ante un derecho de superficie prohibido por el mencionado art. 2614²².

Ya recordamos que Capón Filas insinuó que, sin la señalada prohibición, podría haber quedado un resquicio que llevara a soluciones como la de la doctrina francesa en torno al art. 553 del Código francés²³. Ahora esa grieta se encuentra abierta, y Calegari de Grosso admite la posibilidad y propugna “*desandar el camino seguido hasta ahora y comenzar a interpretar el art. 2519 de nuestro Código Civil de manera similar a la que siguieron a partir del art. 553 del Código de Napoleón en otros países*”²⁴.

Sin embargo, el *numerus clausus* y la tipicidad son infranqueables en nuestro ordenamiento por lo que igualmente debemos manifestarnos contrarios a la posibilidad de acoger la superficie en nuestro derecho por vía interpretativa y al margen de la ley 25.509²⁵. Lo mismo sostiene Mariani de Vidal en el sentido que el principio de tipicidad emanado del *numerus clausus* impide recurrir a la analogía para llenar la falta de regulación del pretendido derecho²⁶.

2. ¿Quedan excluidas las plantaciones no forestales?

Una primera lectura del artículo primero de la ley pareciera sugerir que la indicación de forestación o silvicultura estaría excluyendo a las plantaciones en general. Siguiendo ese pensamiento no se podría por esta vía constituir derecho de superficie para, por ejemplo, la plantación de árboles frutales, o cereales, oleaginosas, hortalizas, etc.²⁷.

Alterini, Corna, Vázquez y Alterini, en su ponencia en las XIX Jornadas realizaron un convincente análisis para concluir su aplicación a toda plantación. Dicen estos autores: “El vocablo ‘forestal’ apunta, según su acepción gramatical captada por la Real Academia Española, a lo relativo a los bosques y a los aprovechamientos de leñas, pastos, etc. A su vez, el término “*bosque*” alude al sitio poblado de árboles y matas. Mientras que con la palabra “*árbol*” se denota a la planta de cierto porte, con el vocablo “*mata*” se referencia a cualquier

planta de poca alzada o tamaño, tanto que dicha Academia ejemplifica con una mata de tomate o una mata de claveles. De lo puntualizado hasta ahora se infiere que lo forestal nos conduce por la noción de bosque y ésta nos lleva en la dirección de los árboles, a las plantas de envergadura significativa y por el sendero de las matas, a las plantas de menor tamaño. En definitiva, con la alusión a lo forestal se denota a las diferentes plantas. Por su parte, la “*silvicultura*” importa el cultivo de los bosques o montes... Un “*monte*” es una tierra inculta cubierta de árboles, arbustos o matas... La conclusión nos parece ineludible: tanto con la referencia a lo forestal, como con la alusión a la silvicultura, se abarca a las actividades vinculadas con el cultivo de las distintas plantas”²⁸. En consonancia con lo propuesto en esa ponencia las XIX Jornadas Nacionales resolvieron que “Corresponde una interpretación amplia del vocablo “forestal” comprensiva de distintas plantaciones. No cabe circunscribir este derecho real a las especies arbóreas. Ello en aras de la utilidad socio-económica de la figura y el principio de igualdad de raigambre constitucional” (Mayoritario, 27 votos y una disidencia)

Luego las XXI Jornadas -en su Comisión 4- se refirieron a la superficie forestal con la denominación de superficie forestal o agraria para denotar ese contenido amplio propugnado por las XIX Jornadas.

3. *¿Sólo puede constituirse superficie forestal en el marco de la ley 25.080?*

Otro lamentable defecto de técnica se encuentra en la manera en que está redactado el art. 1 de la ley 25.509 de donde parece deducirse que el derecho de superficie sólo puede establecerse en el marco del régimen previsto en la ley de inversiones para bosques cultivados 25.080.

Así, autores como Mariani de Vidal han opinado que sólo puede constituirse el derecho de superficie forestal en el marco de esta ley de fomento y promoción de inversiones en forestación²⁹.

Este cercenamiento de posibilidades no tendría ninguna justificación, máxime cuando la ley 25.509 es complementaria del Código Civil (art. 14) y su art. 13 modifica el art. 2503 del Código agregando al rol de derechos reales, como inciso 8° “la Superficie Forestal”.

Las XIX Jornadas Nacionales de Derecho Civil resolvieron por unanimidad que “la remisión a la ley 25.080 de Inversiones para Bosques Cultivados no excluye que la ley 25.509 tenga un ámbito propio. Por ello, y entre otras consecuencias, el cumplimiento de los requisitos establecidos por la ley 25.080 no es presupuesto necesario para la constitución del derecho real de superficie forestal”³⁰.

Nosotros adherimos, sin reservas, a las conclusiones de las XIX Jornadas Nacionales, pero reconocemos que se trata de un tema opinable, dado la referencia efectuada por la ley 25.509 y la génesis de la misma.

B. *La limitación de los posibles títulos de adquisición*

Las X Jornadas Nacionales declararon de *lege ferenda* que “no existe obstáculo para que el derecho de superficie se constituya por actos entre vivos o por disposición de última voluntad”. La ley 25.509, en cambio, resulta sumamente limitativa en su art. 5° el que dispone que el derecho real de superficie forestal se adquiere por contrato, oneroso o gratuito.

Como puede observarse para la ley la fuente de constitución del derecho real de superficie es únicamente el contrato. Mencionando al contrato resulta superflua la adición que hace la norma comentada de que el mismo puede ser oneroso o gratuito. La adquisición del derecho es pues derivada³¹.

Cabe interrogarse si pese a la letra de la ley son posibles otros títulos de constitución.

1. *Acto de última voluntad*

La única mención a la fuente contractual excluiría la posibilidad de constitución por acto de última voluntad ³². En sentido contrario, favorable a la constitución por acto de última voluntad, se ha dicho que “*No se advierte ninguna razón atendible que obste a la adquisición del derecho real de superficie por causa de muerte. La omisión de la ley no lleva a interpretar necesariamente que lo no previsto se encuentre prohibido*” ³³.

Por su parte, otros autores sostienen que pese a lo dispuesto en el art. 5º debería admitirse porque se trata también de una adquisición derivada ³⁴. Pero lo cierto es que la ley no lo contempla. El art. 8º al establecer que la superficie se extingue por “vencimiento del plazo contractual” parece corroborar que el convencional fue el único título de constitución que tuvo en cuenta el legislador.

En las XIX Jornadas Nacionales como recuerda Vázquez en su medulosa crónica de la misma “*aunque no hubo una declaración de la Comisión sobre ese aspecto, pareció predominar la respuesta negativa...podría afirmarse que la mayoría de los profesores que intervinimos en la Comisión encontramos dudoso que el testamento pueda verse como fuente de la superficie forestal ante la ausencia de previsión legal positiva*” ³⁵.

2. Usucapión

¿Puede adquirirse el Derecho Real de superficie por usucapión?

La cuestión en abstracto es discutida en teoría.

Para Messineo, refiriéndose a superficie edificada, es irrealizable la adquisición por usucapión. Para ello sería necesaria una posesión del edificio separada de la posesión del suelo sobre el que se levanta; más bien se debe pensar, en tal caso, en una posesión que tienda a la usucapión de la propiedad en construcción y -al mismo tiempo- del suelo en lugar de la sola superficie. Concluye sosteniendo que el derecho se puede adquirir solamente a título derivativo ³⁶.

La doctrina más moderna, en cambio, admite la posibilidad. El que posee lo plantado a título de superficiario no ejercita sobre el suelo un derecho de propiedad sino de superficie y al cabo del término legal, adquirirá éste ³⁷.

La clave está, pues, en el *animus* del poseedor. Claro está que se aduce que será poco probable que alguien limite su *animus* sólo a lo plantado, no pudiéndose realmente distinguir de los actos posesorios que los mismos estén encaminados únicamente a la superficie. Pero es posible.

En cuanto al derecho a edificar (forestar en nuestro caso), los autores dicen que no es posible la usucapión de la superficie en estado puro, es decir cuando todavía no existen construcciones, dado que ésta requiere obras visibles de actuación del derecho ³⁸.

Sin embargo, no son del todo impensables actos posesorios sobre el terreno ajeno encaminados al ejercicio del derecho a forestar como, por ejemplo, la realización de obras preparatorias para ello.

El Proyecto de 1998 resolvía el problema teórico estableciendo la no usucapibilidad del derecho de construir o forestar al establecer que el mismo sólo se adquiere por adquisición derivada (art. 2026) por lo que siendo la usucapión un modo originario de adquisición el mismo queda excluido ³⁹. Cuando la posesión se ejerza sobre la propiedad separada la usucapión era concebible.

En el régimen de la ley 25.509 Areán opina que no es aplicable la usucapión ⁴⁰. En el mismo sentido se han expedido Papaño, Kiper, Dillon y Causse, descartando ella en cualquiera de sus versiones ⁴¹.

Cabe anotar también los argumentos vertidos por Vázquez quien recuerda que cuando el Código Civil admite la usucapión como modo de adquisición de un derecho real lo hace expresamente en cada derecho real art. 2524 inc. 7º, art. 2812 inc. 4º, art. 2949 art. 3017; pudiéndose señalar que el art. 5 al no referirse a la usucapión haya tenido la intencionalidad de no aceptar “las anuencias presuntas por el transcurso del tiempo”, por lo que deberían descartarse tanto la usucapión decenal como la veinteñal por que no existen fundamentos legales para un tratamiento distinto admitiendo la primera y descartando la segunda ⁴².

Por el contrario, Andorno afirma que es posible la prescripción breve en el caso que la superficie hubiera sido constituida por justo título y el superficiario ejerciera la posesión por diez años⁴³, la que juega un importante papel en el saneamiento de los títulos. De igual manera Puerta de Chacón, Pujol, Linares, Bressan, Pujol y Carlucci entienden que no existe razón valedera para impedir el saneamiento del justo título constitutivo por la prescripción adquisitiva decenal si el mismo fue otorgado por el propietario incapaz (art. 4010 y concs.)⁴⁴.

En nuestra opinión, siendo la usucapión un modo general de adquisición de los derechos reales⁴⁵, no vemos inconveniente de admitir la usucapión tanto la breve, como la larga, estando en este caso el art. 4015 del Código Civil redactado en forma sumamente amplia como para quedar admitida la misma⁴⁶. Si puede parecer impensado que alguien posea un inmueble por el plazo de veinte años sólo con ánimo de adquirir el derecho real de superficie y no el dominio, piénsese en aquel que está detentando el inmueble en la creencia de ser propietario pero carece de justo título, tiene por ejemplo sólo un título putativo, o le falta la buena fe requerida para la prescripción decenal porque no realizó un adecuado estudio de títulos. En estos casos la utilidad de admitir la prescripción veintañal es incuestionable.

3. *Constitución forzada*

También el derecho de superficie podría constituirse forzosamente, como cuando extinguiéndose la superficie por consolidación y persistiendo, por ejemplo, una hipoteca sobre la superficie separada del suelo, se ejecutara la superficie independientemente⁴⁷.

4. *Partición judicial*

Andorno sostiene también la posibilidad de llegar a la superficie mediante una partición judicial, acordada por todos los herederos con aprobación judicial de la misma⁴⁸.

C. *Los derechos reales de garantías y la superficie*

Los juristas que intervinieron en las X Jornadas recomendaron que se estableciera de *lege ferenda* que el superficiario “estará facultado para constituir derechos reales de garantía”. El legislador del 2001 debía especificar adecuadamente en la norma la síntesis recomendada por la doctrina. Ello no pasó, el art. 2º que establece que “el derecho real de superficie forestal es un derecho real... que otorga el uso, goce y disposición jurídica de la superficie de un inmueble ajeno con la facultad de realizar forestación o silvicultura y hacer propio lo plantado o adquirir la propiedad de plantaciones ya existentes, pudiendo gravarla con derecho real de garantía” dista de ser un ejemplo de claridad legislativa. Varias cuestiones deben dilucidarse ante tan exigua regulación.

Es claro que pueden constituirse derechos reales de garantía sobre la propiedad separada, que es verdadero dominio, aunque temporario, pero ¿de qué derechos se trata?

1. *Hipoteca*

Para Slemenson tal derecho no se trata de la hipoteca pues ésta se constituye sobre el dominio⁴⁹. En el mismo sentido se expide Goldenberg, para quien el derecho de superficie deroga del principio de accesión por lo que ello impide considerar a las plantaciones como inmuebles, y considerándolas muebles postula la prenda como el derecho de garantía adecuado⁵⁰.

Ya hemos replicado en anteriores trabajos,⁵¹ que el derecho de superficie, si bien impide la atracción de las plantaciones al dominio del dueño del suelo, no puede convertir en mueble lo que técnicamente corresponde al concepto de inmueble. Tratándose indudablemente de inmuebles la naturaleza del objeto determina que el derecho real de garantía posible es la hipoteca y no la prenda⁵².

2. *Anticresis*

Pese al singular usado por la ley (“derecho real de garantía”), como ya hemos opinado en referencia al Proyecto de 1998, es posible el derecho real de anticresis sobre la propiedad separada⁵³. En igual sentido se pronuncia Mariani de Vidal⁵⁴. Nótese que los términos del art. 3241 del Código Civil habilitan claramente esa posibilidad, dado que puede constituirla todo aquel que tenga derecho a los frutos del inmueble.

3. *¿Puede constituir el superficiario hipoteca sobre el derecho a forestar?*

Recordemos que el Proyecto de Código Civil de 1987 prohibió que el derecho de edificar pudiera ser objeto de gravámenes reales (art. 2614) -si podía serlo la propiedad separada- lo que, según sus notas explicativas, es coherente con el rechazo por el código civil argentino de que existan derechos reales que recaigan sobre otros derechos reales.

El Proyecto de 1993, en cambio, en su art. 3155 último párrafo, admitió la posibilidad de hipotecar el derecho a edificar. En el informe de la comisión de legislación general se explica que ello es para facilitar la financiación durante la construcción.

El Proyecto de 1998 estableció expresamente entre las facultades jurídicas del titular del derecho a edificar la de hipotecar este derecho (art. 2026). La potestad para hipotecar se repite en el art. 2105, al establecerse quienes se encuentran legitimados para constituir hipoteca. Los fundamentos del Proyecto de Código Civil de 1998 coinciden con los de 1993 “Sobre la financiación del emprendimiento superficiario es destacable que en la regulación de la hipoteca se admite que pueda recaer sobre el derecho de superficie, por cierto que en sus dos planos”⁵⁵. Estamos persuadidos de que en materia forestal la hipoteca del derecho de forestar puede dar mayor seguridad al inversor que la de la propiedad separada.

En la redacción del art. 2º de la ley de superficie forestal no está suficientemente claro si la hipoteca está permitida sobre el derecho a forestar, dado que pareciera que son sólo las plantaciones ya existentes las que se pueden gravar con derechos reales de garantía⁵⁶. Andorno comparte nuestra preocupación⁵⁷, y en su ponencia en las XIX Jornadas Nacionales es terminante en negar tal posibilidad en cuanto al derecho de forestar⁵⁸. En el mismo sentido Cura Grassi sostiene que “*sólo podría hipotecar el titular de la propiedad superficiaria, no así el titular del derecho a sembrar*”⁵⁹.

Por su parte Gurfinkel de Wendy explica las razones que la llevan a adherir a la postura negativa concluyendo que “la hipoteca por definición, no puede recaer sobre derechos sino sólo sobre inmuebles que continúan en poder de su titular (art. 3108 C.C.)...” lo “... *que exigiría para su derogación en el caso particular una manifestación expresa del legislador, que no se da en la ley 25.509*”⁶⁰.

Mariani de Vidal entiende, fundamentalmente por razones económicas, que la interpretación más razonable lleva a incluir a ambos planos del derecho de superficie como posible objeto de derecho real de hipoteca⁶¹.

En nuestro entender debe interpretarse la ley en el sentido de permitir el derecho de hipoteca tanto sobre la propiedad separada como sobre el derecho a forestar, pero debe ser reformado el texto para evitar cualquier cuestión al respecto. Ningún inversor va a otorgar un crédito exponiéndose a planteos de nulidad. El principio de tipicidad en el derecho argentino exige sumo cuidado a la hora de redactar las normas.

Las XIX Jornadas Nacionales en el punto VI del despacho entendió que la superficie forestal, en sus dos manifestaciones, puede ser objeto de hipoteca (mayoritario, 24 votos)⁶², mientras que la minoría (dos votos) señaló que el derecho real de superficie forestal, en tanto derecho, no puede ser objeto del derecho real de hipoteca (arts. 3108, 3109, 3120 y conc. del C.C.) y que puede ser objeto del derecho real de hipoteca sólo lo plantado en tanto inmueble (arts. 2314, 3108, 3109, 3120 y conc. del C.C. y art. 2º *in fine* de la ley 25.509)

Las XXI Jornadas Nacionales de Derecho Civil ratificaron que es posible la hipoteca del derecho de superficie forestal en sus dos manifestaciones: el derecho de plantar y la propiedad superficiaria (Conclusiones de la comisión IV, apartado IV, punto 2)

V. ¿Debe mantenerse el derecho de superficie?

El mismo no tiene vitalidad ni en nuestro país, ni en otras naciones que lo han adoptado. Varias razones confluyen en nuestro ámbito para ello:

a) Recordando al punto 2º de la declaración sobre este derecho del Segundo Congreso Nacional de Derecho Civil debe afirmarse que el derecho de superficie no responde a las exigencias de la vida jurídica y económica de nuestro país. O más ajustado aun, la vida jurídica y económica no ha sentido la necesidad de recurrir al mismo. Vemos que con otros derechos reales como la propiedad horizontal, o la prenda con registro bastó su introducción para que inmediatamente los actores económicos y jurídicos recurrieran a ella. Lo mismo puede augurarse de una futura ley referente a complejos inmobiliarios.

b) Diez-Picazo y Gullón recuerdan que en derecho español la superficie sigue sin vitalidad entre particulares. En el criterio de estos autores no se conseguirá el despegue de la misma del texto de las leyes a la práctica hasta que no cambie la mentalidad social que no concibe que la propiedad de lo plantado o edificado⁶³ no conlleve la del suelo, ni que pueda obtenerse una renta simplemente de él (la contraprestación del superficiario)⁶⁴. Para ello se requieren incentivos impositivos y una seguridad en cuanto al régimen aplicable inexistente en nuestro país.

c) Como dijimos al final del apartado anterior las deficiencias de la legislación vigente motivan que los operadores jurídicos muy difícilmente aconsejen a su cliente recurrir a esta figura directa o indirectamente. Cualquier diferencia de interpretación del juez a la hora de un conflicto derivaría en la falta de eficacia real de lo pretendido por las partes (arg. art. 2502 C.C.).

Sin embargo, la experiencia en derecho comparado indica que la superficie es compatible con un sistema moderno de derechos reales. El derecho moderno ha dejado de mirar con la prevención que tenían la mayoría de los legisladores del siglo diecinueve a este derecho que bien puede y debe quedar en el rol de derechos reales previsto por nuestro ordenamiento.

Que la superficie sea una “desmembración del dominio, que impide el libre y pleno ejercicio de los derechos que éste implica”⁶⁵ no es motivo suficiente para excluir de nuestra legislación la posibilidad de constituir este derecho. Sin embargo, las carencias legales expuestas desalientan a priori cualquier análisis sobre la conveniencia de recurrir ante un supuesto concreto a este instituto. Hacemos votos para que el legislador nacional ilumine de aquí en más sus proyectos y leyes con la fecunda doctrina civil argentina concretada en numerosos trabajos -entre los que brillan particularmente las veintidós Jornadas Nacionales y los cuatro Congresos Nacionales de Derecho Civil⁶⁶- que se erigen en una monumental obra donde deben abreviar nuestras normas a fin de edificar un derecho privado impecable en la técnica, eficaz en su aplicación y sobre todo justo en su contenido.

NOTAS:

¹ Giovanni IUDICA, “La regulación del derecho de superficie en la legislación italiana”, Zeus, t. 48, pág. D-107 en relación a la accesión consagrada por el art. 934 del Código Civil italiano.

² Así lo dice el art. art. 564-1 del Código Civil Catalán.

³ La doctrina moderna ha precisado los verdaderos alcances de tan amplio enunciado (*vide* Guillermo BORDA, *Tratado de derecho civil argentino*, Derechos Reales, 2ª ed. actualizada y ampliada, Buenos Aires, Perrot, 1978, t. I, pág. 234)

⁴ Jorge ALTERINI, en Jorge Joaquín LLAMBÍAS y Jorge ALTERINI, *Código Civil Anotado*, Buenos Aires, Abeledo-Perrot, 1981 t. IV-A, pág. 315.

⁵ Téngase en cuenta sin embargo que la ley 25.509 de superficie forestal da una nueva redacción al art. 2614 eliminando la mención a la superficie del texto de la norma.

⁶ Mario CAPÓN FILAS, “El derecho de superficie en las Décimas Jornadas de Derecho Civil”, en L.L. t. 1986 A pág. 876. Los artículos aludidos por el mencionado autor son el 553 del Código Civil Francés y el art. 440 del Código Civil italiano de 1865. Se tratan de artículos similares a nuestro 2519, a tenor de ellos los autores franceses sostuvieron que “*Si bien el Código Civil no menciona expresamente el derecho de superficie su legalidad no puede ser en duda. Resulta del art. 553, que declara que las construcciones, plantaciones, y obras se presumen pertenecientes al propietario del suelo, salvo el caso contrario, admitiendo, por consiguiente, que el derecho sobre las construcciones o plantaciones superficiares puede estar en manos distintas que el derecho sobre el suelo*” (Marcelo PLANIOL, Jorge RIPERT, con el concurso de Mauricio PICARD, *Tratado práctico de derecho civil francés, Los BIENES*, La Habana, Ed. Cultural, 1946, t. III, pág. 287). Vide también Lydia E. CALEGARI DE GROSSO, “El derecho real de superficie forestal. Un microsistema dentro de la legislación forestal”, en J.A. t. 2003-III, pág. 1178)

⁷ José CASTÁN TOBEÑAS, *Derecho civil español, común y foral, Derecho de cosas*, 11ª ed., Madrid, Reus, 1973, volumen segundo, pág. 361.

⁸ Lily FLAH y Miriam SMAYEVSKY, “Derecho de superficie”, en J.A. t. 2003-III. pág. 1195.

⁹ CASTÁN TOBEÑAS, op. cit., pág. 362

¹⁰ Intervención de Héctor Lafaille en el debate.

¹¹ En cambio admitieron los censos que por anémica regulación del Código Civil no podían constituirse por “un término final que no podrá ser mayor a cuarenta años. Pueden convenir que durará la vida del acreedor” (art. 2820 del anteproyecto) o bien “siempre dentro de un plazo que no podrá exceder los cuarenta años” (art. 1761 Proyecto de 1936).

¹² Llama la atención la intervención de Lafaille en tal momento de la exposición afirmando que se trata de una especie de enfiteusis.

¹³ El Tercer Congreso Nacional declaró “la conveniencia de reformar la ley 13.512 ajustándola a los dictados de la experiencia recogida y depurando su técnica legislativa; teniendo en cuenta los lineamientos generales de los despachos de la comisión”, pero no cuestionó el instituto en sí.

¹⁴ CAPÓN FILAS, op. cit., pág. 876.

¹⁵ Gabriela Alejandra VÁZQUEZ, “El derecho real de superficie forestal en las XIX Jornadas Nacionales de Derecho Civil”, E.D. t. 205 pág. 921

¹⁶ Hemos expuesto las correcciones que como mínimo deberían hacerse a la ley 25.509 para que pueda tener una recepción efectiva en la práctica jurídica en Nelson G.A. COSSARI, “Derecho real de superficie forestal. Necesidad de reformas”, E.D., t. 204 pág. 887.

¹⁷ Martin WOLFF, “Derecho de cosas”, en *Tratado de derecho civil* por Ludwing ENNECCERUS, Theodor KIPP y Martin WOLFF (traducido por Blas Pérez González y José Alguer, actualizada por Eduardo Valentí Fiol), Barcelona, Bosch, Casa Editorial, 1971, t. III-2º, pág. 2.

¹⁸ Domenico BARBERO, *Sistema de derecho privado* (traducción de Santiago Sentís Melendo, de la 6ª ed.), Buenos Aires 1967, EJE, t. II, pág. 305.

¹⁹ Francesco MESSINEO, *Manual de derecho civil y comercial* (traducción de Santiago Sentís Melendo, de la 8ª ed.), Buenos Aires, EJE, 1971, t. III, pág. 431.

²⁰ C. Massimo BIANCA, *Diritto civile*, Milano, Giuffrè, 1999, t. 6, págs. 560/561

²¹ Ya hemos vertido esa opinión en Nelson Cossari y Miguel Ángel Luverá; “Derecho real de superficie forestal”, en L.L. Litoral, t. 2002, pág. 686. En el mismo sentido se expide MARIANI DE VIDAL, “Derecho real de superficie forestal. ley 25.509”, en L.L. t. 2002-F, pág. 1415.

²² ALTERINI, en LLAMBÍAS Y ALTERINI, op. cit., pág. 18.

²³ CAPÓN FILAS, op. cit., pág. 878.

²⁴ CALEGARI DE GROSSO, op. cit., pág. 1178.

²⁵ COSSARI, op. cit., pág. 887.

²⁶ MARIANI DE VIDAL, op. cit., pág. 1415.

²⁷ Era la opinión más generalizada expresa o implícita de los ponentes de las XIX Jornadas Nacionales de Derecho Civil, pudiéndose citarse entre otras ponencias las presentadas por Luis Andorno, Lydia Calegari de Grosso, Víctor Chocobar, Justino Gutiérrez, Leandro Picado, Daniel Luna y el autor de estas líneas, como así también el criterio de MARIANI DE VIDAL, op. cit., pág. 1415.

²⁸ Jorge Alterini, Pablo Corna, Gabriela Alejandra Vázquez y María Eugenia Alterini, su ponencia en las XIX Jornadas Nacionales.

²⁹ MARIANI DE VIDAL, op. cit., pág. 1415; en el mismo sentido, Ricardo PAPAÑO; Claudio M. KIPER - Gregorio A. DILLON - Jorge R. CAUSSE, *Derechos reales*, Buenos Aires, Astrea, 2004, pág. 283; Gabriel Ventura (ponencia en las XIX Jornadas); Lydia E. Calegari de Grosso, (ponencia en las XIX Jornadas).

³⁰ El antecedente de esta recomendación se encuentra en la ponencia presentada en las XIX Jornadas por Jorge Alterini; Pablo Corna, Gabriela Alejandra Vázquez, y María Eugenia Alterini.

³¹ PAPAÑO, KIPER, DILLON, CAUSSE, op. cit., pág. 287.

³² Beatriz AREAN, *Derechos reales*, 6ª ed. renovada y ampliada, Buenos Aires, Hammurabi, 2003, t. 2, pág. 699; MARIANI DE VIDAL, op. cit., pág. 1417.

³³ Puerta de Chacón; Bressan; Pujol de Zizzias; Linares de Urrutigoity; Carlucci de Sabatini (ponencia en las XIX Jornadas)

³⁴ PAPAÑO, KIPER, DILLON, CAUSSE, op. cit., pág. 287.

³⁵ VÁZQUEZ, op. cit., pág. 921.

³⁶ MESSINEO, op. cit., pág. 421.

³⁷ BIANCA, op. cit., pág. 557.

³⁸ BIANCA, op. cit., pág. 536.

³⁹ Luis O. ANDORNO, “El derecho de superficie en el Proyecto de Código Civil de 1998”, en Revista del Colegio de Abogados de Rosario, Rosario, septiembre 2000, pág. 33.

⁴⁰ AREAN, op. cit., pág. 699; en igual sentido MARIANI DE VIDAL, op. cit., pág. 1415.

⁴¹ PAPAÑO, KIPER, DILLON Y CAUSSE, op. cit., pág. 287.

⁴² VÁZQUEZ, op. cit., pág. 921.

⁴³ ANDORNO, op. cit., pág. 149.

⁴⁴ Su ponencia en las XIX Jornadas

⁴⁵ Edmundo GATTI, *Teoría general de los derechos reales*, Buenos Aires, Abeledo-Perrot, 1975, pág. 268

⁴⁶ COSSARI, op. cit., pág. 887. Gabriel Ventura (su ponencia en las XIX Jornadas).

⁴⁷ BARBERO, op. cit., pág. 307; COSSARI, op. cit.; ANDORNO, op. cit., pág. 150.

⁴⁸ ANDORNO, op. cit., pág. 150.

⁴⁹ Héctor B. SLEMENSON, “Un nuevo derecho real: el derecho real de superficie forestal”, en L.L. t 2002-E, pág. 1219.

⁵⁰ Alicia E. GOLDEMBERG, “El derecho real de superficie sobre las plantaciones en los bosques cultivados”, en Información Empresaria, N° 273, pág. 54.

⁵¹ COSSARI, op. cit., pág. 887

⁵² ¿Abre una brecha en esta interpretación la aceptación por parte de las XIX Jornadas Nacionales de que pueda ser materia de superficie cualquier tipo de plantación? En su ponencia Puerta de Chacón; Bressan; Pujol de Zizzias; Linares de Urrutigoity y Carlucci de Sabatini, señalan que “Tradicionalmente se ha aplicado este criterio en materia comercial para encuadrar en la prenda registral fija a ‘los frutos o productos aunque estén pendientes o en pie’ (art. 10 ley de reg. 15.348 ratificado por ley 12.962). Son susceptibles de prenda fija con registro aquellos cultivos periódicos (anuales o de ciclos menores), los cuales como asiento de la garantía compatibilizan con el reducido plazo de caducidad del privilegio prendario (5 años) y de la acción prendaria (3 años)”. Los mismos autores dan la respuesta al sostener que “la naturaleza del derecho, el objeto y la duración de la ‘superficie forestal’ aconsejan que como garantía sea gobernada por las normas del régimen hipotecario”. Coincidimos que la hipoteca civil es una legislación más rica y ajustada al derecho real de que se trata. Por otra aunque se llame prenda a este derecho real sobre frutos pendientes su esencia no deja de ser hipotecaria no sólo por la ausencia de desplazamiento, sino en el sentido más clásico por recaer sobre inmuebles dado que aun tratándose de plantaciones de corta duración las mismas -mientras estén unidas al suelo- no pierden la calidad inmobiliaria.

⁵³ Nelson COSSARI, “El derecho real de superficie. Su regulación en proyecto de Código Civil unificado de 1.998 con las modificaciones del 1 de noviembre de 2001”, Zeus, boletines del 8, 9 y 10 de abril de 2002, t. 88.

⁵⁴ MARIANI DE VIDAL, op. cit., pág. 1417

⁵⁵ Fundamentos del Proyecto de Código Civil de 1998, N° 285.

⁵⁶ COSSARI Y LUVERÁ, op. cit., pág. 687.

⁵⁷ ANDORNO, op. cit., pág. 149.

⁵⁸ Luis O. ANDORNO, su ponencia en las XIX Jornadas Nacionales.

⁵⁹ Domingo C. CURA GRASSI, “Reflexiones acerca del nuevo derecho real de superficie forestal”, en L.L. t. 2003-A, pág. 1268.

⁶⁰ Lilian GURFINKEL DE WENDY, “Ley 25.509 - Superficie forestal”, en Alberto J. Bueres (dirección), Elena I. Highton (coordinación) en *Código Civil y normas complementarias. Análisis Doctrinal y Jurisprudencial*, 2ª ed., Buenos Aires, Hammurabi, 2005, t. 5 C, pág. 693.

⁶¹ MARIANI DE VIDAL, op. cit., pág. 1417; en el mismo sentido PAPAÑO, KIPER, DILLON, CAUSSE, op. cit., pág. 291.

⁶² Debe apuntarse que el recordado jurista Luis O. Andorno se persuadió en el debate de la posibilidad de admitir de *lege lata* la hipotecabilidad del derecho de forestar, votando en tal sentido.

⁶³ Los autores mencionados se refieren sólo a lo “edificado”.

⁶⁴ Luis DIEZ-PICAZO y Antonio GULLÓN, *Sistema de Derecho Civil*, 6ª ed., Madrid, Tecnos, 1998, vol. III, pág. 485.

⁶⁵ Como rezaba el fundamento N° 1 del tema IX, tratado por el Segundo Congreso Nacional de Derecho Civil.

⁶⁶ **Proyectados a septiembre de 2009.**

EL DERECHO REAL DE SUPERFICIE

por NÉSTOR JORGE MUSTO Y CLAUDIA VALENTINA MUSTO

SUMARIO: Antecedentes. Concepto. El derecho real de superficie forestal. La ley 25.509. Derechos y obligaciones del superficiario. La hipoteca superficiaria. Conclusiones.

Antecedentes

El derecho real de superficie fue consagrado en Roma a partir de su gran expansión territorial que provocó la necesidad de utilizar y aprovechar la tierra.

A raíz del abuso de las desmembraciones del dominio que se produjo en la Edad Media, la tendencia del siglo XIX fue contraria a la propiedad desmembrada y en consecuencia, adversa a incluir al derecho real de superficie en las legislaciones.

Este fue el motivo por el cual nuestro codificador lo excluyó, prohibiéndolo expresamente. Por una parte, consagró el principio del *numerus clausus*: “los derechos reales sólo pueden ser creados por la ley...” (art. 2502), y por la otra, el de accesión: con diversas aplicaciones en nuestro código. Así, en los modos de adquisición del dominio, específicamente en lo que refiere a la edificación y a la plantación, determinó que el dueño hace suya la obra realizada por un tercero; en la extensión del dominio estableció que la propiedad del suelo abarca la del espacio aéreo, el subsuelo y todos los accesorios que en aquél se encuentren (art. 2518), etc..

Las razones de la exclusión fueron plasmadas en la nota al art. 2503, en la cual, el codificador, después de ejemplificar sobre las leyes que existieron en la Edad Media, expresó “La multiplicidad de derechos reales sobre unos mismos bienes es una fuente fecunda de complicaciones y de pleitos, y puede perjudicar mucho a la explotación de esos bienes y la libre circulación de las propiedades, perpetuamente embarazadas, cuando por las leyes de sucesión esos derechos se dividen entre muchos herederos, sin poderse dividir la cosa asiento de ellos. Las propiedades se desmejoran y los pleitos nacen cuando el derecho real se aplica a una parte material de la cosa que no constituye, por decirlo así, una propiedad desprendida y distinta de la cosa misma, y cuando no constituye una copropiedad susceptible de dar lugar a la división entre los comuneros a la licitación”.

En Francia, con apoyo en el art. 553 del Código, vigente desde principios del siglo XIX, algunos jueces comenzaron a operar la disociación del inmueble, separando la propiedad del árbol de la propiedad de la tierra sobre la cual éste crece, decidiendo que el árbol puede ser objeto de una propiedad totalmente separada de la del suelo. El árbol y la tierra que soporta el árbol son idealmente disociados y reconocen dos propietarios distintos, sin que por ello el árbol deje de ser un inmueble. La Corte de casación francesa adopta esta nueva construcción de las propiedades simultáneas en un fallo dictado durante el año 1858.

Sin embargo, a partir de la sanción del Código Civil alemán vigente desde el 1° de enero de 1900 y aún antes, en el Código japonés, este derecho real se previó en numerosas legislaciones y actualmente, es admitido en Francia, España, Italia, Portugal, Bélgica, Alemania, Austria, Suiza, Japón, Bolivia, Perú, Cuba y los Códigos de Quebec de 1991, Holanda de 1992; el nuevo Código Civil brasileño vigente desde el 11 de enero de 2003, la ley Catalana 22/2001 del 31 de diciembre de 2001, entre otras. Su admisión se debe fundamentalmente a la función económica y social que cumple, aunque, en cada país se han adoptado distintas modalidades.

Así, el Código alemán sólo contempla la posibilidad de edificar sobre terreno ajeno y el Código italiano de 1942 prohíbe expresamente la superficie destinada a plantaciones mientras que los códigos portugués, neerlandés y de Quebec permiten la constitución para hacer o mantener plantaciones, alineándose en la tendencia del derecho moderno. El Código brasileño admite ambas variantes en forma similar a la ley catalana, cuyo preámbulo lo indica como medio de fomento de la construcción y fundamentalmente, como factor importante en la formación del mercado inmobiliario y en la multiplicación de los aprovechamientos agrarios y

forestales. No obstante, el Código brasileño no acepta expresamente la posibilidad de adquirir el derecho sobre construcciones o plantaciones ya existentes, lo cual hace pensar, por el sistema *numerus clausus* que estarían vedadas.

En Uruguay, la ley forestal 15.695 que permite la constitución del derecho real de superficie; establece un plazo máximo de treinta años; le aplica subsidiariamente las disposiciones del usufructo y admite que los bosques creados o a crearse sean hipotecados con independencia del suelo para garantizar los créditos otorgados con motivo de la plantación, manejo o explotación sobre dichos bosques (art. 24).

Concepto

El derecho real de superficie permite edificar o realizar plantaciones en un inmueble ajeno o bien, adquirir una obra o una plantación ya iniciada o existente, sin comprar el inmueble.

Trae aparejadas grandes ventajas para el superficiario al reducir significativamente el costo de las viviendas o de la producción, según el caso y para el titular dominial que se encuentra en imposibilidad de encarar obras o proyectos productivos, a quien le permite conservar el dominio del bien recibiendo una contraprestación, en caso que la constitución del derecho sea a título oneroso y, a su vez, beneficiarse con el aumento del valor del inmueble.

Por aplicación del principio de accesión, el derecho de dominio sobre una cosa inmueble se extiende, a todo lo adherido o plantado y a lo que existe debajo del suelo. Sin embargo, en el supuesto en que la propiedad de lo que se halla sobre el suelo sea autónoma, respecto de la propiedad del terreno, se constituye el derecho real de superficie.

La superficie se define entonces, como el derecho de construir o mantener una obra o de hacer y mantener plantaciones en un terreno ajeno.

Messineo, en su *Tratado de derecho civil y comercial*, precisa que por superficie no debe entenderse el estrato (necesariamente sutilísimo y, en rigor, sin espesor) de la corteza terrestre, esto es el suelo (o *facies* de la tierra) que está en contacto con el inicio del espacio atmosférico. Agrega el autor: “*Objeto del derecho de superficie, en sentido técnico, es, por el contrario, lo que, estando incorporado al suelo (construcción), emerge del suelo*”; dicho en una sola palabra, es el sobresuelo (*superficiem*).

En la propiedad en sentido estricto, opera el principio de accesión. La superficie, en tanto lo que emerge del suelo pertenece a una persona distinta del propietario –el superficiario-, es excepción a aquel principio.

También ha sido definido por Luis Andorno de la siguiente manera: “*En síntesis y con palabras simples, a la luz de lo que llevamos expuesto, nos parece que podemos caracterizar al derecho de superficie como al derecho real de tener una cosa propia en terreno ajeno*”¹.

Aída Kemelmajer de Carlucci y Alicia Puerta de Chacón lo definen como “*derecho real de tener y mantener temporalmente en inmueble ajeno una edificación en propiedad separada obtenida mediante el ejercicio del derecho anejo de edificar o por medio de un acto adquisitivo de la edificación ya existente*”.

En cuanto a la naturaleza del derecho real de superficie, las conclusiones son diferentes, ya se trate del derecho a edificar o a realizar plantaciones (contemplada en nuestro derecho positivo) o de la adquisición de una construcción o plantación ya existente.

En relación al primero de los supuestos, la doctrina francesa e italiana lo consideran un derecho sobre cosa ajena. Por su parte, el Código Civil boliviano, en su art. 201, lo trata como un derecho real inmobiliario.

Un sector de la doctrina sostiene que el objeto de esta modalidad del derecho real de superficie forestal, mientras la forestación no se materialice, es el espacio².

En el segundo caso, estamos en presencia de un derecho real sobre cosa propia -la construcción o plantación- en terreno ajeno.

Por su parte, el jurista portugués José Oliveira Ascensao, con relación al derecho vigente en su patria, nos dice que la superficie *“es el derecho real de tener una cosa propia incorporada en terreno ajeno”*.

De la norma vigente, que comenta, se desprende que el nacimiento del derecho real de superficie pues darse de dos maneras.

Por un lado, puede adquirirse el derecho sobre una construcción o plantación ya existente separadamente del suelo sobre el cual se asienta, pero es más frecuente que el titular del inmueble conceda al superficiario el derecho a edificar, cultivar la tierra o forestar, de modo tal que éste, al ejercer ese derecho se haga propietario de lo incorporado.

El derecho real de superficie forestal. La ley 25.509

En nuestro país, se mantuvo el criterio de exclusión de este derecho real que inspiró a Vélez Sársfield. Recién fue previsto con diferentes rasgos en los Proyectos de Unificación Legislativa Civil y Comercial de 1987 y por la Comisión de Reformas al Código Civil Argentino de 1993. También se incluyó en el proyecto de Código Civil de 1998. Y finalmente se incorporó, a través de la sanción de la ley 25.509, el derecho de superficie restringiéndolo a los inmuebles susceptibles de forestación o silvicultura, de conformidad al régimen previsto en la ley de Inversiones para Bosques Cultivados (ley 25.080).

Su incorporación como derecho real (se agregó un inciso 8° al art. 2503 C.C.) no solamente tiende a la promoción de una actividad económica, sino también crea la posibilidad de mejorar las condiciones ambientales de las regiones en las que la forestación -tal como la prevé la ley 25.080- se pueda desarrollar.

Nuestro ordenamiento considera al derecho de superficie forestal como un derecho real autónomo y lo define como derecho real sobre cosa propia de carácter temporario.

La norma prevé dos modalidades: a) la constitución del derecho real de superficie sobre un terreno baldío o inexplorado respecto del cual el propietario o los condóminos otorgan la facultad de realizar forestación o silvicultura; b) la adquisición por el superficiario de la propiedad de las plantaciones ya existentes.

Calegari de Grosso lo describe como aquel derecho según el cual *“el titular del dominio y el superficiario son investidos de dos derechos independientes y completos que se establecen sobre objetos diferentes: el suelo y las plantaciones. Esquemáticamente, la descomposición del dominio se nos representa como dos propiedades superpuestas, cada una de ellas con un asiento distinto y separadas por una línea ideal a ras del suelo, sin indivisión ni desmembraciones, que en los hechos producen relaciones complejas y variables. Acuerda al superficiario la propiedad temporal sobre lo plantado”*³.

A los superficiarios se los faculta a realizar las actividades comprendidas en el art. 3 de la ley de inversiones para bosques cultivados: 1) La implantación de bosques, su mantenimiento, el manejo, riego, protección y cosecha de los mismos, incluyendo las actividades de investigación y desarrollo, así como las de industrialización de la madera, cuando el conjunto de todas ellas formen parte de un emprendimiento forestal o foresto-industrial integrado; 2) La silvicultura, que comprende todas las operaciones necesarias para regenerar, explotar y proteger los bosques, así como para recolectar sus productos.

Desde la perspectiva de lo plantado, es un derecho real sobre cosa propia; en cambio, desde el punto de vista del inmueble, se trata de un derecho real sobre cosa ajena que convierte al derecho en un dominio imperfecto. Si bien, en este aspecto se da una aparente contradicción, entendemos que ello no es así, compartiendo la postura de Andorno, quien sostiene que el derecho de forestar nace sobre cosa ajena y se convierte en derecho real sobre cosa propia una vez concretada la plantación.

El derecho puede constituirse por los titulares del dominio o condominio, conforme a lo establecido en el art. 2680 y correlativos del Código Civil. En caso de condominio, se exige el consentimiento de la totalidad de los condóminos.

El derecho real creado por ley 25.509 es temporario, siendo el plazo máximo de duración de cincuenta años. La temporalidad fijada sigue la tendencia del derecho comparado, aun cuando en los distintos ordenamientos varía el periodo por el cual se constituye. El Código Civil de Portugal y el de Quebec (Canadá), consagran el criterio de perpetuidad.

Entendemos que resulta adecuado el plazo de cincuenta años que establece nuestra ley, pues permite un adecuado aprovechamiento del suelo por parte del superficiario, sin mantener *sine die* la disociación jurídica del inmueble. Y además, como afirma Alicia Puerta de Chacón, de esta manera se concilian las costumbres enraizadas en nuestra población respecto de la perpetuidad y extensión del dominio del suelo, con las formas de propiedad coparticipativas que favorecen el mayor aprovechamiento económico de los bienes ⁴.

No se ha incluido el derecho de las partes a la renovación del plazo del derecho real, sea por un término igual o menor. Pensamos que, una vez concluido, podría celebrarse un nuevo contrato pero ello trae aparejado -por ejemplo- la extinción del derecho real de la hipoteca superficiaria. Creemos que sería conveniente instituir de modo expreso la facultad de renovación, cuyo plazo podrán fijar las partes en función de la actividad a que se haya afectado el inmueble con el objeto de obtener un mayor aprovechamiento de las tierras.

El derecho real de superficie se adquiere por contrato oneroso o gratuito (título) y debe ser instrumentado mediante escritura pública -en concordancia con lo dispuesto por el art. 1184 del C.C. - y efectuarse la tradición (modo). Además, debe inscribirse en el Registro de la Propiedad Inmueble a los fines de la oponibilidad a terceros. Se trata de una inscripción registral declarativa, por lo que, entre las partes el derecho real emergente del contrato respectivo nace a partir de su celebración seguida del modo constitutivo (arts. 2505 C.C. y 2º y 20º de la ley 17.801). La particularidad que tiene la inscripción es que exige al registro local la apertura de un nuevo folio, en el cual se relacionará la inscripción dominial precedente. La finalidad de esta medida es facilitar la adecuada publicidad del nuevo derecho real de superficie forestal.

Aun cuando nuestra legislación refiere exclusivamente a la adquisición de la superficie por contrato oneroso o gratuito, entendemos que nada impide que se transmita *mortis causa* o por otros modos de adquisición de los derechos reales, tales como la prescripción breve en el caso de que la superficie hubiere sido constituida por un justo título y el superficiario ejerciere posesión durante diez años, o por partición judicial (habiendo acuerdo de los herederos) o a través de una subasta, etc.

La doctrina no es uniforme en cuanto a la posibilidad de que este derecho real se adquiera por prescripción. Messineo considera irrealizable un modo de adquisición de este tipo de superficie por usucapión. Para ello sería necesaria una posesión del edificio separada de la posesión del suelo sobre el que se levanta; la entiende como una posesión que tienda a la usucapión de la propiedad en construcción y -al mismo tiempo- del suelo en lugar de la sola superficie ⁵.

La doctrina más moderna, en cambio, admite tal posibilidad, distinguiendo al que posee lo plantado a título de superficiario y entendiendo que no ejercita sobre el suelo un derecho de propiedad sino de superficie y, al cabo del término legal, adquirirá éste.

La clave está, pues, en el *animus* del poseedor. Muchos autores dicen que no es posible la usucapión de la superficie en estado puro, es decir cuando todavía no existen construcciones. Sin embargo, no son del todo impensables actos posesorios sobre el terreno ajeno encaminados al ejercicio del derecho a forestar como, por ejemplo, la realización de obras preparatorias.

El Proyecto de 1998 resolvía el problema estableciendo la no usucapibilidad del derecho de construir al establecer que el mismo sólo se origina por adquisición derivada (art. 2026 -art. 1990 del Dictamen de la Comisión-) por lo que, siendo la usucapión un modo originario de adquisición (a nuestro entender) el mismo quedaba excluido ⁶.

En el régimen de la ley 25.509, Areán opina que no es posible la usucapión. Andorno, en cambio, sostiene que es posible la prescripción breve en el caso que la superficie hubiera sido constituida con justo título y buena fe y el superficiario ejerciera la posesión por diez años, jugando un importante papel en el saneamiento de los títulos ⁷.

En realidad, siendo la usucapión un modo general de adquisición de los derechos reales que se ejercen por una posesión continuada, no existe inconveniente en admitir la usucapión tanto la breve como la larga, atento la amplia redacción del art. 4015 del Código Civil, compartiendo la mencionada opinión de Andorno en cuanto a que el rol más importante y el supuesto más probable de aplicación habrá de encontrarse en la usucapión breve a los fines expresados.

La ley prevé que el derecho que nos ocupa no se extingue por la destrucción total o parcial de lo plantado, cualquiera fuere su causa, siempre y cuando el superficiario realice nuevas plantaciones dentro del plazo de tres años. En el caso que no materialice nuevas plantaciones, se produciría la prescripción por no uso, de manera similar a la prevista por el Código Civil para las servidumbres o el usufructo. También dispone que la renuncia del superficiario o el desuso o abandono no lo liberan de sus obligaciones.

El derecho real de superficie forestal se extingue por renuncia expresa, vencimiento del plazo contractual, cumplimiento de una condición resolutoria, consolidación en una misma persona de las calidades de propietario y superficiario o por el no uso durante tres años. Este último -como dijimos- es un plazo de prescripción. Ya el proyecto enumeraba estas causales de extinción del derecho real de superficie, aunque determinaba que el no uso se extendía a diez años. El Código Civil italiano también fija un plazo de diez años. En nuestra legislación, al admitirse sólo el derecho de superficie forestal y teniendo en cuenta que la finalidad de la norma está relacionada con el fomento de ese tipo de actividad, aparece adecuado que se produzca la extinción por el no uso por un plazo más breve, como es el de tres años.

En los supuestos de extinción por renuncia del superficiario o por desuso o abandono, este último no se libera de sus obligaciones. Es decir que las obligaciones de índole personal contraídas, se proyectan más allá de la extinción del derecho real de superficie.

La ley no brinda una solución a las situaciones que pueden surgir de la muerte del superficiario o de la cesación de la existencia legal de la persona jurídica, ya sea por liquidación, vencimiento del término de duración de la sociedad sin que fuera prorrogado, quiebra, etc.

El punto 10 del despacho de la Comisión 4 en las X Jornadas Nacionales de Derecho Civil postulaba que el superficiario podrá transmitir su derecho por actos entre vivos o *mortis causa*.

Algunos autores, entienden que se deben aplicar las normas del usufructo, es decir que el derecho no se transmite a los sucesores, extinguiéndose el derecho y que, respecto de las plantaciones que subsisten en ese momento deberán aplicarse las reglas del art. 11 de la ley, de manera tal que los herederos y/o socios tendrán el derecho de exigir las indemnizaciones que nazcan del mayor valor que adquiera el inmueble por las plantaciones o mejoras efectuadas.

En el caso de la cesación de la existencia legal de la sociedad, está claro que el derecho no se trasmite a los socios ni a terceros. Sin embargo, en el supuesto de fallecimiento del superficiario, pensamos que se trasmite a los herederos, quienes ocuparán el lugar del superficiario debiendo cumplir con todas las obligaciones asumidas por este últimos. Esta postura se encuentra en consonancia con la posibilidad que, entendemos existe, de constituir el derecho de superficie *mortis causa*.

El art. 10 prevé que, en el supuesto de extinción del derecho real de superficie por consolidación, los derechos y obligaciones del propietario y del superficiario continuarán con sus mismos alcances y efectos. La consolidación se produce por la sucesión particular o universal del propietario o del superficiario, por el mutuo distracto o por el ejercicio del derecho de preferencia en el caso que expresamente se hubiere pactado.

Esta norma trata la consolidación como causa específica de extinción del derecho real que aquí tratamos. Aun cuando aparece como contradictoria en sí misma, interpretamos que el legislador ha buscado, por una parte, el seguimiento del proceso de forestación y silvicultura y por otro, la protección de los derechos o gravámenes constituidos por el superficiario. Así, los derechos reales o personales constituidos, sea una servidumbre, una hipoteca o una locación, continuarán con sus mismos alcances y efectos hasta tanto venza el plazo por el cual se hubiera pactado el derecho de superficie.

El art. 11 establece que una vez producida la extinción del derecho real de superficie forestal, el propietario extiende su dominio a las plantaciones que subsistan, debiendo indemnizar al superficiario, salvo pacto en contrario, en la medida de su enriquecimiento.

De esta manera recobra su vigencia el principio de accesión y lo plantado en el inmueble por el superficiario pasará a ser propiedad de dueño del terreno.

El derecho a la indemnización es disponible para el superficiario ya que, puede pactarse en el título que nada recibirá al tiempo de la extinción del contrato. La norma prevé que en caso que no se haya establecido pacto alguno en el contrato, el propietario debe indemnizar al superficiario en la medida de su enriquecimiento. Esa indemnización deberá valuarse teniendo en cuenta no sólo las plantaciones forestales sino además, las mejoras que se hubiesen incorporado en el inmueble durante la vigencia del derecho real de superficie. En caso de discordancia en torno al valor de las plantaciones o mejoras efectuadas, se apelará a tasaciones, tanto en el ámbito extrajudicial cuanto en el orden judicial.

Derechos y obligaciones del superficiario

El superficiario está obligado a pagar las contribuciones y cargas que gravan el inmueble, así como al pago de un canon o renta que, en doctrina, recibe el nombre de *solarium*. Tiene también, la carga de realizar las plantaciones en el inmueble ajeno.

Sus derechos son: adquirir la propiedad de plantaciones existentes; uso, goce y disposición de la propiedad superficiaria; constitución de derechos reales de garantía; a no ser perturbado por el propietario.

Si el propietario perturbara los derechos del superficiario, éste tendría derecho a hacer cesar la turbación, para lo cual, posee acciones o interdictos específicos. Entendemos que las acciones o interdictos procederán también en caso de despojo, aun cuando la ley no lo incluye expresamente. En caso de turbación tendrá la acción negatoria y contra la desposesión dispondrá de la acción reivindicatoria. Si el titular del inmueble le hubiera causado un daño, deberá repararlo conforme a los lineamientos generales que rigen la materia.

Por su parte, el propietario conserva el derecho de enajenar el mismo y tiene la prohibición de constituir sobre el inmueble otro derecho real de disfrute o garantía durante la vigencia del contrato y de perturbar los derechos del superficiario. La ley expresa “durante la vigencia del contrato”, terminología que resulta errónea pues aquí no se trata de un contrato sino de la constitución de un derecho real, aunque el plazo esté fijado en el contrato.

Si se produce la enajenación del inmueble por su propietario, la ley, en el art. 3º, pone en cabeza del adquirente la obligación de respetar el derecho de superficie constituido. No obstante, si el adquirente del inmueble desconociere el derecho de superficie forestal asentado sobre el mismo, el superficiario deberá probar su pretensión.

En este aspecto, el derecho real en estudio se asemeja al usufructo.

La hipoteca superficiaria

Nos detenemos en el derecho a hipotecar la superficie que tiene el superficiario con la finalidad de obtener crédito para la construcción o plantación. El art. 2º de la ley 25.509, prevé expresamente la posibilidad de constituir hipoteca al decir “pudiendo gravarla con derecho real de garantía”.

La redacción es poco feliz y ha dado lugar a diversas interpretaciones. Así parte de la doctrina considera que la posibilidad de gravar se restringe a la propiedad superficiaria, es decir a la superficie materializada.

Como sostiene Gabriel de Reina Tartière, el interés de la llamada hipoteca superficiaria quedaría demostrado por la función que la hipoteca habría de desempeñar para la financiación del proyecto del superficiario, quien podría poner su derecho como eficaz garantía para que se le concediera el crédito necesario para llevarlo a cabo ⁸.

En nuestra opinión, el derecho real de hipoteca puede constituirse aunque no exista plantación o construcción ya que el aprovechamiento de la superficie del fundo existe con independencia de que se materialice la plantación o que se lleve a cabo la construcción. Es más, podría darse la destrucción total o parcial de lo plantado que la ley prevé en el art. 7° y la hipoteca subsistirá.

En el mismo sentido ha respondido Mariani de Vidal, en su artículo “Derecho real de superficie forestal”, a una serie de interrogantes que la misma autora se plantea, opinando que al superficiario le compete la facultad de constituir la garantía desde el nacimiento de la superficie, tanto si la superficie consiste en el derecho de plantar y hacer propio lo plantado como si consiste en adquirir la propiedad de plantaciones ya existentes.

Podemos decir entonces que el gravamen recae sobre el contenido de facultades -de plantar, de disponer de lo plantado, de replantar, etc.- que el derecho de superficie atribuye.

El fundamento más importante para sostener esta postura es de política económica pues, impedir la constitución del derecho real de garantía en base a que aún no se ha forestado, entorpecería la obtención del crédito en la oportunidad en que resulta esencial para la puesta en práctica de la explotación forestal.

Dado que la ley posibilita gravar el derecho de superficie con derecho real de garantía, podría entenderse que, no sólo prevé la constitución de hipoteca, sino también el derecho de anticresis, como otro de los modos para obtener crédito. No obstante la mayoría de los autores deducen de la frase utilizada en singular “derecho real de garantía”, que sólo procede el de hipoteca, no así la anticresis.

Como ocurre en general, pensamos que la anticresis resultaría poco usada pues tiene en su esencia la traslación de la posesión a favor del acreedor.

El plazo por el que se constituye la hipoteca no puede ser mayor al convenido o al legalmente establecido (50 años) para el derecho real de superficie. Aclaramos que en caso que la hipoteca se constituyera encontrándose ya vigente el derecho de superficie, se constituirá por el término que reste hasta el vencimiento del plazo convenido o legal.

Recordamos que el objeto de la hipoteca superficiaria es el propio derecho de superficie, en su haz de facultades. En consecuencia, la hipoteca se extiende automáticamente a las plantaciones que se realicen en el fundo o a las que reemplacen a las anteriores que se hubiesen destruido o consumido. El fundamento de esta extensión automática está ínsito en la naturaleza del derecho real de superficie.

La extinción del derecho de superficie por vencimiento del plazo o por cumplimiento de la condición resolutoria, trae aparejada la extinción de la hipoteca. En el caso de la consolidación en una misma persona de las calidades de propietario y superficiario, el art. 10 dispone expresamente el mantenimiento de los derechos y obligaciones tanto del propietario como del superficiario, es decir que subsistirá la hipoteca.

En el supuesto de renuncia por parte del superficiario, ésta no podrá perjudicar a terceros -v.gr. acreedor hipotecario-, razón por la cual, para cancelar la hipoteca resultará necesario el consentimiento expreso del acreedor.

Por último, en caso de extinción por abandono -cuando el superficiario pasa más de tres años sin plantar sobre el inmueble- el acreedor podrá instar la ejecución de su derecho real de garantía constituido en protección de su acreencia.

La ejecución tendrá como objeto rematar, al mejor postor, el derecho de superficie, es decir que el adquirente en subasta quedaría en la misma posición que el superficiario, debiendo sujetarse a los derechos y obligaciones de aquél. Entonces, el adjudicatario, al igual que en los supuestos en que el derecho se hubiera transmitido a título voluntario, deberá seguir pagando el canon convenido o plantar del modo en que se hubiera estipulado.

Nuestra legislación no ha establecido la prioridad para la adquisición del derecho, como hace el Código de Bolivia que dispone, en su art. 205. III. “En caso de enajenación del suelo o de la superficie, el superficiario o el propietario del suelo, tiene derecho de preferencia en igualdad de condiciones frente a terceros interesados”. O como preveía el proyecto de Código Civil de 1987 que establecía en su art. 2614 que “si el dueño o el superficiario deciden enajenar

su derecho, cualquiera sea el tiempo transcurrido desde la configuración de la superficie, deben notificar al otro para que pueda ejercer el derecho de preferencia para la adquisición”. También la incluye el Código brasileño y ampliamente la legislación española.

La posibilidad de constituir hipoteca sobre el derecho real de superficie es una de las ventajas cualitativas que tiene este derecho en relación al usufructo, la cual se suma a la prohibición al propietario de constituir sobre el inmueble afectado a derecho real de superficie forestal, otro derecho real de disfrute o garantía durante la vigencia del contrato.

Esta última prohibición es de carácter tuitivo para los intereses del superficiario y ha recibido críticas pues la hipoteca sobre la nuda propiedad consistiría en la afectación del inmueble en sí al cumplimiento de la obligación asegurada, cuyo valor de realización – obviamente- sería inferior al estar gravado con el derecho de superficie.

Es plenamente justificada la prohibición de la anticresis pues no se advierte de qué modo el acreedor podría obtener los frutos del predio, si éstos serán -por hipótesis- extraídos por el superficiario. Lo mismo ocurre con los demás derechos de disfrute, como el uso o el usufructo pues tendrían objeto similar al afectado al derecho de superficie. El usufructuario puede constituir anticresis (art. 3241 *in fine*)

No obstante, creemos que la hipoteca otorgada por el propietario no entorpecería las actividades ni perjudicaría los intereses del superficiario. Además esta prohibición que le impedirá al propietario acceder al crédito puede provocar -como sostiene Mariani de Vidal- que se pretenda un canon más oneroso a la hora de constituir el derecho real de superficie.

Si se ejecutara la deuda, a través de la subasta, la nuda propiedad -en ese caso- sería adquirida por el mejor postor, quien deberá siempre respetar los derechos que conserva el superficiario. Y, si el derecho de superficie se extinguiera con anterioridad a la hipoteca, ésta, por aplicación del art. 3110 C.C., se extenderá a las plantaciones existentes.

Conclusiones

Hasta aquí hemos analizado la normativa vigente en nuestro país que -como señaláramos- resulta un avance muy importante como instrumento para fomentar una actividad cuyos productos conforman uno de los tres mercados mundiales de mayor significación, junto al petróleo y a los alimentos. Si bien resulta un avance importante en materia legislativa la inclusión del derecho real de superficie, participamos del criterio que sostiene que debe aceptarse su constitución en forma genérica, tanto en diversos tipos de producción, fundamentalmente la frutícola, como en construcción de viviendas.

Así lo previó el proyecto de Código Único Civil y Comercial de 1993 elaborado por la Comisión Federal de Reformas al Código Civil de la H. Cámara de Diputados de la Nación, en el art. 3153, al establecer que: “El derecho de superficie concede el derecho de edificar sobre inmueble ajeno y hacer propio lo construido, o de adquirir una construcción ya existente, separado de la propiedad de su emplazamiento, siempre por un plazo determinado que no excede cincuenta años. La construcción puede efectuarse en el suelo con proyección en el espacio aéreo o en el subsuelo, o sobre construcciones ya existentes aun dentro del régimen de propiedad horizontal. El derecho de superficie puede comprender una extensión del inmueble afectado mayor que la necesaria para la construcción pero que sea útil para su aprovechamiento”.

Esta norma, siguiendo al Código Civil italiano de 1942, preveía el supuesto en que no exista una construcción anterior sobre la cual se constituye el derecho de superficie sino simplemente se toma como punto de partida el inmueble, construyéndose en el mismo con proyección hacia arriba o en el subsuelo. (ver arts. 952 a 955 del C.C. italiano). A su vez, el proyecto contemplaba el otro supuesto: el derecho de superficie que nace a través de la

adquisición de una construcción ya existente, separada de la propiedad sobre la cual se asienta el mismo.

En este orden de ideas, coincidimos con Patricia Barbieri, Juan C. Benincasa, María C. Espinoza y Ethel Humphreys ⁹, quienes al referirse a la importancia de promover, a través de las herramientas legales idóneas, la inversión en esta actividad primaria -forestal- que se encuentra en pleno crecimiento y expansión, denotan que, además de producir un significativo ingreso de divisas a través de la exportación, ayudaría a incrementar la ocupación de una mano de obra que no requiere demasiada especialización. Ello además de la incidencia ecológica de la actividad.

Esta herramienta, al mismo tiempo, brinda al propietario del terreno sin explotar una oportunidad de obtener ventajas económicas, mediante el pago de un canon, sin necesidad de inmovilizar el capital, que implica el costo de la propiedad del predio y para el superficiario inversor, titular del emprendimiento forestal, trae aparejada la protección necesaria de las vicisitudes a padecer por hechos del propietario del inmueble, que podrían perjudicarlo con embargos, ejecuciones o maniobras de acreedores.

Decimos que resulta muy positivo que se haya admitido el derecho real de superficie aunque restringido a la actividad forestal, pero pensamos que éste debe ser sólo un punto de partida para luego extenderlo a otro tipo de plantaciones, como la vid, los citrus, el olivo, los frutales, el nogal, especies que autorizan la extracción de sus frutos sin que sea necesaria su renovación completa, al menos por periodos prolongados, que por ello, pueden resultar muy redituables, máxime teniendo en cuenta que conforman el rubro alimentos, otro de los mercados mundiales de trascendencia.

También sería provechoso que se ampliara a la construcción de viviendas, es decir que se incluya la posibilidad de constituir derecho real de superficie para construir y edificar, abarcando especialmente planes de vivienda. Esto implicará un menor costo en su construcción y la explotación de terrenos ociosos.

Podría utilizarse también para otro tipo de emprendimientos, tales como la actividad hotelera o emprendimientos turísticos, teniendo en cuenta los menores costos que implica, al no verse obligado el titular a la compra del terreno y que, al término del plazo del derecho real la construcción hotelera, estaría obsoleta o la actividad turística fuera de moda. Si no es así, nada impide -aun cuando no se prevé la renovación del plazo- que se constituyera un nuevo derecho real por otros cincuenta años.

Existe en el ámbito nacional un proyecto de creación del derecho real de superficie frutícola, en cuya exposición de motivos se propone que deben comprenderse todos los cultivos plurianuales de hábito de crecimiento perenne, cuyo ciclo de cultivo y de producción se prolonga durante varios años. Explica que se entiende por frutal a toda aquella especie vegetal de porte arbóreo o semi-arbóreo, de estructura leñosa y de la cual se cosechan sus frutos para ser utilizados en forma fresca y/o procesados para consumo alimentario humano, citando como ejemplo a las plantaciones de frutas cítricas, de carozo, de pepita, finas, olivares, nogales, castaños, pistacho, nuez de pecan, etc. Menciona como fundamento que la fruticultura ha adquirido considerable relevancia como sector productivo regional, lo que implica un gran crecimiento para el país y se vería muy beneficiado con la incorporación de este derecho.

En general, considerando la función social que debe cumplir la propiedad, propiciamos que se acepte este derecho, permitiendo disociar el dominio del suelo, del derecho a construir, a urbanizar, a producir diversas especies, comprendiendo las frutícolas y a forestar.

Sin embargo, entendemos que la puesta en práctica de este derecho tanto en lo ya admitido -forestación- como con el alcance que opinamos se le puede dar en un futuro no muy lejano, necesita también de un cambio en nuestra sociedad, en la cual está arraigado el principio de accesión.

En suma, propugnamos una mayor extensión del derecho real de superficie a las distintas actividades aludidas en este trabajo, con la finalidad de que sea un medio de fomento de las mismas y se convierta en un factor importante en la formación del

mercado inmobiliario, en la implementación de planes de vivienda y en la multiplicación de los aprovechamientos agrarios y forestales, con el consecuente abaratamiento de costos, todo lo cual servirá como dinamizador de la economía.

NOTAS:

¹ Confr. Luis ANDORNO, J.A. 2003-III-1147.

² M. LINARES DE URRUTIGOITY e I. PUJOL DE ZIZZIAS, “Objeto del derecho real de superficie forestal, con especial referencia al derecho de superficie proyectado y a la superficie forestal de la ley 25.509”, Revista del Notariado, N° 867, enero/febrero/marzo 2002, pág. 41 y ss..

³ CALEGARI DE GROSSO, *El derecho real de superficie forestal. Ley 25.509*.

⁴ Alicia PUERTA DE CHACÓN, “Nueva versión del derecho real de superficie”, J.A. 2001-II-836.

⁵ Francesco MESSINEO, *Manual de derecho civil y comercial*, t. III, pág. 431.

⁶ Luis A. ANDORNO, “El derecho de superficie en el Proyecto de Código Civil de 1998”, Revista del Colegio de Abogados de Rosario, septiembre 2000, pág. 33.

⁷ Luis A. ANDORNO, “El derecho real de superficie forestal...”, op. cit., pág. 149).

⁸ Gabriel DE REINA TARTIÈRE, “La hipoteca y el derecho real de superficie forestal”, J.A. 2003-III-1186).

⁹ En el artículo publicado en J.A. 2003-III-1161.

LA DISTINCIÓN ENTRE OBRAS NUEVAS E INNOVACIONES EN LA PROPIEDAD HORIZONTAL: VIGENCIA DEL TERCER CONGRESO NACIONAL DE DERECHO CIVIL

por DANIEL GERMÁN LUNA

SUMARIO: I. Introducción. II. La cuestión de las innovaciones y obras nuevas en el Tercer Congreso Nacional de Derecho Civil. III. Las innovaciones y obras nuevas en nuestra doctrina y jurisprudencia. 1. Una cuestión terminológica previa. 2. Criterios de distinción en la doctrina entre innovaciones y obras nuevas y la correlativa exigencia de mayoría y de unanimidad. 3. Las obras nuevas: criterios de interpretación del art. 7º, segundo párrafo, de la ley 13.512. 4. Las innovaciones. IV. Vigencia de las recomendaciones del Tercer Congreso Nacional de Derecho Civil respecto del tema de las obras nuevas e innovaciones en el régimen de la propiedad horizontal.

I. Introducción

El derecho real de propiedad horizontal no podía ser ajeno a la labor de los Congresos Nacionales de Derecho Civil. Su carácter complejo, los múltiples conflictos y dudas que se suscitan en torno al mismo hubieran bastado para que la civilística nacional le dedicara su atención. Agréguese a ello lo novedoso que resultaba su regulación en el Derecho positivo argentino a través de la ley 13.512, que de ese modo dejaba atrás la expresa prohibición contenida en el art. 2617 del Código de Vélez. Analizada en términos históricos esa incorporación a nuestro ordenamiento normativo de este derecho real era reciente al tiempo de la celebración del Tercer Congreso Nacional de Derecho Civil.

Correspondió precisamente a esa reunión doctrinaria el abordar este tema, generando la Recomendación N° 6 de dicho Congreso, la cual en cuanto a la “Revisión de la ley sobre propiedad de pisos y departamentos” concluyó que era necesario -ya en 1961- “Reformar la ley 13.512 ajustándola a los dictados de la experiencia recogida y depurando su técnica legislativa; teniendo en cuenta los lineamientos generales de los dictámenes preliminares de la Comisión”.

Mucha doctrina y jurisprudencia se ha acumulado en este casi medio siglo que dista desde aquél Tercer Congreso Nacional de Derecho Civil. Extensa, variada y cambiante ha sido y es la experiencia recogida, para decirlo con idénticas palabras a las empleadas por los juristas reunidos en la histórica ciudad de Córdoba en 1961. Contradiendo la recomendación entonces formulada, la ley 13.512 sigue incommovible en su texto. La mora legislativa al respecto luce evidente. Su técnica continúa reclamando la depuración de la que se hablaba en ese Congreso. Sin que implique negar las virtudes que tiene nuestra ley de propiedad horizontal y la enorme utilidad que ha prestado a la construcción de edificios y a la consiguiente difusión de la aplicación de este derecho real, lo cierto es que la misma representa hoy solamente una suerte de esqueleto o armazón del régimen de la propiedad horizontal en el ordenamiento jurídico argentino. Sobre esa suerte de estructura ósea -a veces tambaleante- han sido la doctrina y la jurisprudencia, cuando no la costumbre plasmada en los reglamentos de copropiedad y administración, las que han ido dando sentido a sus palabras, adaptando su espíritu, integrando sus carencias, tanto históricas como axiológicas. Así se han generado el resto de los tejidos jurídicos que hoy conforman el cuerpo del derecho real de propiedad horizontal en la Argentina. No es criticable que así haya sido y sea. No es una exclusividad del régimen de este derecho real. Es normal que ésa sea la evolución del Derecho. Pero en el caso de una ley como la 13.512 cuya técnica requiere depuración (tal como lo recomendó el Tercer Congreso Nacional de Derecho Civil) y sus previsiones son notoriamente insuficientes para un fenómeno inmobiliario que ha adquirido tamaño difusión y complejidad, el contraste que hoy presenta el aporte de la ley como fuente del Derecho, por una parte, y, por la otra, el efectuado por la jurisprudencia y la doctrina es, al menos, llamativo por la desapareja envergadura de uno y otro y hasta por las desarmonías que desencadena.

Hora es entonces que el Poder Legislativo de la República recoja la Recomendación N° 6 del Tercer Congreso Nacional de Derecho Civil y actualizando el contenido de los dictámenes preliminares a los que alude con las contribuciones de jueces y doctrinarios y las que provienen de la experiencia recogida, reforme una ley que ha tenido fructíferas aplicaciones durante más de seis décadas pero que requiere en este tiempo una integral modificación.

A ese fin, una vez más y como tantas otras y en tantos temas, se hallará en las conclusiones de los Congresos Nacionales de Derecho Civil un valiosísimo material. Basta recordar que el tercero de tales Congresos, en los dictámenes preliminares de la Comisión respectiva a los que remite su Recomendación, abordó -entre otras- cuestiones tales como la naturaleza de la propiedad horizontal, su objeto, su denominación y la de sus titulares, los derechos y facultades de éstos, la naturaleza jurídica del consorcio de propietarios y la del reglamento de copropiedad y administración, cláusulas prohibidas y algunos puntos que obligatoriamente debe contemplar, previsiones respecto al administrador, numerosas modificaciones en cuanto a las asambleas y a las expensas, así como normas complementarias reguladoras del tráfico comercial.

Imposible resulta analizar con una mínima profundidad la totalidad de estos aspectos de la propiedad horizontal en la extensión máxima que corresponde a un trabajo como éste al cual la Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Córdoba ha tenido la generosa decisión de invitarnos a participar. Es por ello que hemos escogido -no sin dificultad para la decisión debido a la multiplicidad y atractivo de las aristas que la propiedad horizontal presenta- un tema no exento de dificultades, contradicciones y dudas doctrinarias y jurisprudenciales y que aparece con marcada asiduidad en la realidad que irrumpe en los estudios jurídicos, en las escribanías, en las administraciones de consorcios y, en fin, en la vida de este problemático derecho real: el de las obras nuevas y las innovaciones.

II. La cuestión de las innovaciones y obras nuevas en el Tercer Congreso Nacional de Derecho Civil

Tal como lo anticipáramos en el párrafo precedente, el Tercer Congreso Nacional de Derecho Civil, celebrado en la ciudad de Córdoba en 1961, al tratar el título “Revisión de la ley sobre propiedad de pisos y departamentos”, en su Recomendación N° 6, afirmó que era necesario “Reformar la ley 13.512 ajustándola a los dictados de la experiencia recogida y depurando su técnica legislativa; teniendo en cuenta los lineamientos generales de los dictámenes preliminares de la Comisión”.

De tales dictámenes preliminares de la Comisión corresponde empezar por destacar el de los Dres. Mario J. Bendersky, Hugo Ferreras, Hernán Racciatti y Alberto G. Spota. Comenzaban estos distinguidos juristas estableciendo ciertas conclusiones generales sobre la ley 13.512 y en tal sentido señalaban que la misma había tenido ya en aquel entonces un tiempo de vigencia que permitía juzgarla y valorar sus efectos más importantes así como recomendar la conveniencia de diversos ajustes normativos. En ese orden consideraban que la citada ley “Constituye un eficaz instrumento legal, regulador de un nuevo régimen de dominio, cuya consagración prácticamente unánime, en el derecho comparado, lo revela como la forma típica de la propiedad inmueble de nuestro tiempo”. Agregaban que había aportado y seguiría haciéndolo, cada vez de modo más relevante, un esquema jurídico adecuado para soluciones relativas al déficit de viviendas y advertían que era “...susceptible de reformas y adiciones, para perfeccionarla, y lograr el mejor cumplimiento de sus altas finalidades económico-sociales”. Finalizaban estas conclusiones generales recomendando que debía ser complementada con disposiciones que “regulen algunas formas del tráfico comercial que suscita, con el fin de asegurar principalmente, la seriedad de las operaciones respectivas, y la responsabilidad de sus promotores y demás partícipes”.

Al efectuar la revisión del texto de la ley 13.512, el dictamen que recordamos si bien señalaba que los artículos 4° al 8° “Conceptualmente, no ofrecen reparos sustanciales” afirmaba que “En su caso, se deberá redactarlos en armonía con los restantes ajustes que se proponen, y

darles ubicación adecuada”. Entre esos ajustes a los que referían se encuentra el que el Dictamen aborda al tratar el artículo 9º de la ley y que atañe de manera directa al tema que nos ocupa. Allí se sostiene que “Se autorizará expresamente al consorcio para que, por mayorías, pueda disponer innovaciones sobre bienes comunes que persigan fines de mejoramiento común o de uso y goce más cómodo o de mayor renta; dejándose aclarado que tales innovaciones requerirán en cambio unanimidad, cuando ellas sólo rindan beneficios individuales de alguno o de algunos propietarios”.

Puede apreciarse claramente que este Dictamen preliminar incluye entre los aspectos a reformar en la ley 13.512 el referente a las obras nuevas e innovaciones que regula en los artículos 7º, segundo párrafo, y 8º, segundo párrafo, la ley de la materia. La circunstancia que lo exprese al postular modificaciones a otro artículo de la misma (el 9º) es una cuestión meramente secundaria y que en nada modifica el criterio del Dictamen que el Congreso hiciera suyo al tiempo de las recomendaciones.

Acertadamente se propugna diferenciar entre las innovaciones que requieren sólo ser votadas por mayoría de aquéllas para las que se exige la unanimidad según a quién sirvan las mismas o, dicho de otro modo, a quién o quiénes beneficien. Si son para mejoramiento común, uso y goce más cómodo o mayor renta, bastará que concurra la voluntad aprobatoria de la mayoría de los consorcistas, mientras que si sólo son de utilidad para uno o varios consorcistas se deberá lograr la dificultosa unanimidad.

Desde el punto de vista terminológico se alude a ambas posibilidades con la voz “innovaciones”, dejando de lado de esta manera el empleo de la expresión “obra nueva” contenida en el artículo 7º de la ley 13.512.

El criterio de distinción en que se basa este Dictamen -señalemos que el otro Dictamen preliminar suscripto por el Dr. Rómulo E.M. Vernengo Crack no trata este tema- había sido ya propugnado por autorizadas voces doctrinarias y se ha convertido progresivamente en la postura mayoritaria al respecto.

A analizar brevemente la vigencia actual de la recomendación del Tercer Congreso Nacional de Derecho Civil, las dificultades que la cuestión aún presenta y el estado al respecto en la doctrina y en la jurisprudencia dedicaremos los próximos párrafos.

III. Las innovaciones y obras nuevas en nuestra doctrina y jurisprudencia

1. Una cuestión terminológica previa

La doctrina ha realizado variados intentos en procura de determinar para cuáles casos de alteraciones materiales en las partes comunes del inmueble sometido al régimen de propiedad horizontal se requiere unanimidad y en cuáles basta contar con una resolución adoptada asambleariamente por mayoría de los consorcistas.

A pesar de las apreciaciones en contrario que algunos autores efectúan sosteniendo que las disposiciones legales al respecto son claras, entendemos que nuestra ley de propiedad horizontal no luce en este punto esa importante virtud. No sólo lo corroboran sus textos, en especial los arts. 7 y 8 de la misma, sino que de otro modo no se explicaría la abundancia de abordajes que la cuestión ha merecido y la diversidad de enfoques. Es más: no son pocos los autores que ponen de relieve las contradicciones al menos aparentes que surgen de las normas citadas.

En esa búsqueda por encontrar un criterio diferenciador se ha entremezclado una cuestión terminológica en la cual habremos de detenernos muy brevemente a efectos de pasar revista a la misma y sentar nuestra opinión.

La aludida controversia nos plantea discernir entre vocablos y conceptos tales como: mejoras, reparaciones, innovaciones, obras nuevas. En el párrafo siguiente habremos de reseñar cómo alguna doctrina define cada uno de estos términos de la cuestión.

Por nuestra parte fijaremos posición señalando que compartimos frente a este aspecto del tema la opinión de Jorge H. Alterini en cuanto a que tanto las reparaciones, las innovaciones y las obras nuevas quedan comprendidas en el genérico concepto de mejoras y que la superioridad de este vocablo sobre otros que incorpora la ley 13.512 deriva que las mejoras “*caracterizadas en sus distintos tipos por el art. 591 del Cód. Civil, describen un instituto de amplia difusión en el derecho universal, cuya equivocidad es muy inferior al de las improntas expresivas recogidas por la ley 13.512*”¹. Esta vasta difusión en el empleo de la voz mejoras inclina la balanza electiva a su favor ya que una de las cualidades que debe tener un vocablo en un lenguaje científico es el de permitir a la mayor cantidad de usuarios del mismo asociar el significado al término, contribuyendo así a una de las funciones fundamentales de todo lenguaje que es la comunicación. A ello puede añadirse en este caso especial que la otra opción: generar una terminología a partir de la empleada en la ley 13.512, choca con la insuperable dificultad de la imprecisión que en este aspecto presenta nuestra ley de propiedad horizontal, cuyos textos en este punto distan de ser claros.

Dentro del genérico concepto de mejoras puede ser de utilidad distinguir, por una parte, entre las reparaciones a las cuales conceptuamos como actos materiales sobre partes comunes cuya finalidad es mantener o restablecer el buen estado del inmueble edificado sin introducir al mismo modificaciones relevantes y, por la otra las innovaciones y las obras nuevas a las cuales la ley 13.512 alude en los artículos 7 y 8 exigiendo en un caso mayoría y en otro unanimidad. La nota relevante de las reparaciones se encuentra en esa finalidad de conservar o, en todo caso, de volver al estado de cosas al que fuera originalmente, sin variaciones de importancia.

Es con respecto a las innovaciones y obras nuevas que cabe preguntarse si es posible establecer una distinción conceptual que surja de texto legal alguno.

Marina Mariani de Vidal señala que “*Los términos obras nuevas, innovaciones y mejoras no se excluyen, dado que una innovación puede implicar una obra nueva y, al revés, una obra nueva, si produce un cambio en la sustancia, forma o destino de la cosa, llevar en sí mismo una innovación*”². Igual opinión sustentan Hernán Racciatti³, Jorge H. Alterini⁴, Juan Antonio Costantino⁵. En verdad no hay norma alguna que autorice a efectuar ese distingo, que tampoco surge -siquiera- del lenguaje común. Sólo existe un atisbo de diferenciación terminológica que procede de los arts. 7 y 8 de la ley 13.512. El primero de tales artículos llama “obra nueva” a la alteración que requiere unanimidad y el segundo identifica como “innovaciones” a aquellas para las que sólo se exige mayoría. Pero de ninguna manera el empleo de uno u otro término por sí permite inferir a qué concepto se está aludiendo. Puede así afirmarse que no será a partir del vocablo y su significado general que se podrá construir el concepto. Al menos no con elementos que emerjan de las normas. Dejando este punto debidamente en claro, puede aceptarse que, por una cuestión de comodidad en el lenguaje y por cierta difusión que ha alcanzado, se utilice -y así veremos qué ocurre en la doctrina de la cual daremos cuenta luego- la voz innovaciones para aquellas en las que basta la mayoría para resolver su realización, reservando la expresión obra nueva para cuando se exige unanimidad, pero sin que tal distinción tenga el alcance conceptual que algunos autores⁶ le atribuyen con un enfoque que tiene en cuenta supuestas diferencias morfológicas entre ambos conceptos que, francamente, no advertimos que surjan del sentido idiomático de los mismos ni de nuestros textos legales ni, tampoco, que sean una frontera clara de diferenciación entre ambos.

2. Criterios de distinción en la doctrina entre innovaciones y obras nuevas y la correlativa exigencia de mayoría y de unanimidad

Efectuaremos en este párrafo una reseña de las diversas posiciones que encontramos en nuestra doctrina en orden a establecer respecto de cuáles alteraciones materiales en partes comunes del inmueble edificado se exige unanimidad y en qué casos bastará con reunir mayoría.

En su señera obra “Propiedad por pisos o por departamentos”, y a fin de dilucidar para cuáles innovaciones u obras nuevas se requiere conforme las disposiciones legales unanimidad o mayoría, Hernán Racciatti plantea un criterio de distinción básico entre aquellas “*Innovaciones que afecten las partes comunes...sin perseguir una utilidad común; la regla es unanimidad (art. 7)*” y las “*innovaciones que a pesar de efectuarse sobre elementos pertenecientes a la comunidad tienen por objeto obtener un mejoramiento de uso y goce más cómodo o de mayor renta en beneficio común; la regla es mayoría (art. 8)*”⁷. Esta línea divisoria entre una y otra clase de alteraciones materiales es ratificada en otras contribuciones que legara a la doctrina nacional y en su *Manual de la propiedad horizontal*, en el cual indica que esa interpretación que efectúa del art. 7 de la ley 13.512 en cuanto a que el mismo refiere a las innovaciones que uno o alguno de los propietarios decidieren efectuar en su interés particular sobre partes comunes “... surge tanto de su texto como de la ubicación del precepto”⁸. Tanto Racciatti como Andorno y Garrido⁹ señalan que en el caso de las innovaciones sobre partes comunes en beneficio común deben concurrir condiciones positivas -o sea: requisitos que deben cumplimentarse- y condiciones negativas, es decir: caracteres que no deben presentar. En cuanto a las primeras enumera que no deben ser hechas en mira a obtener el mejoramiento de la cosa común, su uso y goce más cómodo o a obtener una mayor renta, todo ello conforme lo dispone el art. 8, primer párrafo in fine. Enumera como condiciones negativas para tales innovaciones y que, por ende, no deben concurrir, que sean de costo excesivo o contrarias a al reglamento o a la ley, o perjudiciales para la seguridad, solidez, salubridad, destino o aspecto arquitectónico exterior o interior del edificio. Si alguna de estas condiciones negativas se presentare, la minoría puede recurrir a la autoridad judicial, conforme lo dispone el art. 8, 2ª párrafo.

Marina Mariani de Vidal, tanto en su ya clásica obra *Curso de derechos reales*¹⁰ como en trabajos dedicados especialmente a este tema¹¹, coincide con el criterio de distinción expuesto. Es preciso señalar que una de las razones que brinda a favor de la interpretación que sostiene es que ante la contradicción que aparentemente surge de los artículos 7 y 8 de la ley 13.512 si se diese prevalencia a alguno de ellos se estaría necesariamente dejando de lado lo dispuesto en el otro. Considera la autora citada que la mejor interpretación es aquella de la cual resulta el juego y aplicación de todas las normas, atento lo cual estima preferible en lugar de verlas como contradictorias y excluyentes una de otra efectuar una lectura de las mismas refiriendo cada una de ellas a situaciones diferentes, tal como lo hemos ya explicado.

También Beatriz Areán¹² tiene igual opinión, basándola en que la norma general del art. 7 segundo párrafo debe correlacionarse con la primera parte de ese artículo que contiene ejemplos de obras nuevas realizadas en partes comunes -que esta autora agrega que son de uso exclusivo- en beneficio solamente de un consorcista o a algunos pero no al conjunto de los mismos. De tal modo resulta en opinión de esta distinguida profesora que tales ejemplos de la primera parte echan luz sobre el sentido de la regla contenida en el segundo párrafo del citado art. 7 de la ley 13.512 y permiten concluir que de lo que se trata es de exigir la unanimidad cuando la obra nueva sobre partes comunes se pretende realizar o se realiza en beneficio de alguno o de ciertos consorcistas pero no de todos ellos, bastando la mayoría cuando favorece a todos.

Participando de la misma línea de interpretación, un estudioso del tema de la propiedad horizontal, Juan Antonio Costantino¹³, agrega que es prácticamente uniforme en el derecho comparado la exigencia de la unanimidad para alterar el título como consecuencia de modificaciones como las enunciadas en el art. 7 de nuestra ley de propiedad horizontal, cuya redacción presenta una suerte de inversión en el orden expositivo, ya que primero se mencionan los ejemplos o supuestos de aplicación y luego la regla, de la cual aquellos son una derivación lógica.

Con criterio coincidente, Eduardo Molina Quiroga¹⁴ delimita nítidamente la distinción entre innovaciones y obras nuevas y, consiguientemente, entre el supuesto del art. 7ª y del art. 8ª de la ley 13.512, remarcándolo diciendo que “Creemos que las obras nuevas del art. 7º, son de naturaleza diferente a las innovaciones dispuestas en dichas partes y bienes comunes por resolución de los propietarios, en mira de obtener su mejoramiento o de uso y goce más cómodo o de mayor renta. Estas «innovaciones» en modo alguno pueden asimilarse ni parecerse a las

obras nuevas a que se refiere el art. 7º. Una interpretación en tal sentido incurriría en una verdadera desvirtuación del sistema”. En la misma línea de razonamiento y en razón de tratarse de variaciones que se efectúan en beneficio de un consorcista agrega que “Las llamadas «obras nuevas» del art. 7º configuran un acto de contenido individual de disposición de bienes comunes, y por tal razón, no puede ser autorizado sin el consentimiento de todos los copropietarios. Ello obedece a que tanto la disposición citada como el Código Civil (arts. 2680 y 2681) tienden a evitar la usurpación de derechos patrimonialmente ajenos, y específicamente el derecho de propiedad. De allí que pueda decirse que cualquiera sea la importancia económica de las obras nuevas realizadas a título individual, aun cuando resultara ínfima, sobre partes comunes del inmueble, las ventajas para el innovador no se logran sino a expensas de los derechos de los otros propietarios. Se encuentra entonces comprometido el derecho de propiedad, que además de protección civil (arts. 2510 y ss. C.C.) goza de rango constitucional (art. 17, Constitución Nacional). Por esta razón, la exigencia de unanimidad es tan rígida”.

Con opinión similar a las antes expuestas puede citarse a los siguientes autores: Elena I. Highton ¹⁵, Susana Lambois ¹⁶, Manuel Antonio Laquis, Lily R. Flah y Miriam Smayevsky ¹⁷, Carlos M. Clerc ¹⁸, Marcela Penna y Patricia Barbieri ¹⁹.

En cambio Alicia E. Goldenberg y Ethel Humphreys distinguen entre las simples mejoras o reparaciones a las cuales conceptúan como “*aquellas obras que tienen por finalidad el mantenimiento del buen estado del inmueble edificado en todo aquello relativo a la seguridad, la comodidad y el decoro*” ²⁰, las innovaciones que “también pueden ser definidas como obras, pero estas siempre exceden de las simples mejoras o reparaciones en virtud de que siempre alteran la condición anterior de la materia, la forma o el destino, en una manera que podría ser calificada de importante o sustancial” ²¹ y las obras nuevas que -dicen estas autoras- “*puede ser definida, como aquellas construcciones o modificaciones que se realizan en las partes comunes y que pueden alterar la parte sustancial del edificio*” ²². Debe señalarse que en otra parte de la misma obra, se pasa revista a distintas diferencias que se han postulado entre obras nuevas e innovaciones, advirtiendo que no se excluyen entre sí. Ya con referencia a las obras nuevas distinguen entre aquellas realizadas en beneficio de todos los consorcistas y las que se efectúan en beneficio exclusivo de uno o más consorcistas. En cuanto a las mayorías en cada caso, afirman que para las simples mejoras o reparaciones así como para las innovaciones basta con la simple mayoría, para las obras nuevas en beneficio común requieren mayoría absoluta invocando el art. 10 de la ley 13.512, exigiendo la unanimidad para las obras nuevas en beneficio de uno o varios consorcistas pero no del conjunto de los mismos.

Merece una referencia especial la opinión de Guillermo Borda, al que hallamos alineado con la tendencia mayoritaria. Ello se debe a la valoración que efectúa de la norma del art. 2681 C.C. y su aplicación al régimen de la propiedad horizontal. Afirma Borda que “*El principio general en materia de condominio normal es que no se puede hacer en la cosa común innovaciones materiales sin el consentimiento de todos los condóminos (art. 2681, C. Civil). Pero evidentemente este sistema no se aviene con la propiedad horizontal. No será admisible que la voluntad de un solo propietario, quizá caprichoso o irrazonable, impidiera a los demás realizar obras que son importante para el mejoramiento del inmueble común. Por ello el sistema de la unanimidad ha sido reemplazado en este caso por el de la mayoría. Basta con ésta para disponer las innovaciones tendientes a obtener el mejoramiento del edificio o de su uso y goce, o hacerlo más cómodo u obtener una mayor renta (art. 8, ley 13.512)*” ²³, tras lo cual adhiere expresamente a la corriente doctrinaria que mencionábamos.

Por su parte, Jorge H. Alterini, a partir de su trabajo titulado “Derechos de los consorcistas” ²⁴ y de su voto en autos “Consortio de Copropietarios de la Finca calle Malabia 2515 v. Kramer, Boris” ²⁵, en el cual -fundándose en los principios que regulan el condominio y que surgen de los arts. 2680 y 2681 C.C.- sienta como regla general que para cualquier mejora (considerada comprensiva tanto de las innovaciones como de las llamadas obras nuevas) sobre partes comunes, sin importar si son en beneficio de la totalidad o de una parcialidad o individualidad de consorcistas, se exige la unanimidad del art. 7º de la ley 13.512, resultando las excepciones a esta regla de la aplicación del art. 8º en tanto y en cuanto se verifiquen los extremos que ese artículo establece, supuestos en los cuales se resolverá por mayoría. Para que nos encontremos

frente a una excepción a la regla citada será necesario que concurren requisitos positivos y requisitos negativos. Los primeros deben darse “*en alternatividad, es decir, que basta la configuración de uno cualquiera de ellos para que sea aplicable la regla indicada*”²⁶. Tales requisitos positivos -que surgen del art. 8 de la ley 13.512- son: a) mejoramiento de las partes comunes; b) uso y goce más cómodo; c) mayor renta. En cuanto al primero de ellos, Alterini aclara que es necesario que se proyecten las partes comunes y en interés de la comunidad. Respecto al requisito de un uso y goce más cómodo señala que el sentido con el que la ley utiliza el vocablo goce en este caso es amplio, o sea que no se restringe a la percepción de frutos. Finalmente, en relación a la mayor renta indica que se trata de la percepción de frutos civiles (art. 2330 C.C.). Los requisitos negativos -que también están establecidos en el citado art. 8- son: a) costo excesivo; b) violación de la ley o el reglamento; c) que afecte la seguridad, solidez o salubridad del edificio y d) que perjudique el aspecto arquitectónico exterior o interior del edificio. Vale señalar que junto a estas modificaciones materiales a las que se ha hecho referencia, Jorge Alterini agrega las que caracteriza como mejoras prohibidas, encuadrando en ellas a las que afecten la seguridad del edificio que estima son jurídicamente imposibles de llevar a cabo en virtud de un principio inderogable por la voluntad individual y fulmina a cualquier decisión consorcial que las autorizare con la nulidad absoluta (arg. arts. 953 y 1044 C.C.). Entendemos que el autor citado también aparta de las precedentes situaciones a las mejoras que representan meras reparaciones.

A esta postura adhiere Alberto Anibal Gabás²⁷ quien, empero, agrega que “*De cualquier manera, somos partidarios que en todos los casos debe analizarse cada situación y no aplicar rigurosamente los mencionados, sino en función del daño que puede producir una conducta determinada; no olvidemos que la propiedad horizontal, por encima de toda cuestión, es un régimen de convivencia. Ni toda obra en beneficio particular debe exigir inexorablemente unanimidad, ni toda obra en beneficio común, la mayoría requerida. La aplicación automática de la norma legislativa, crearía más injusticias que las que trata de evitar*”.

En una posición divergente respecto a las dos precedentemente expuestas encontramos a Ricardo José Papaño, Claudio Marcelo Kiper, Gregorio Alberto Dillon y Jorge Raúl Causse²⁸, quienes ya desde su interesante obra “Derechos Reales” diferencian entre las innovaciones, a las que conceptúan como aquellas obras “... que exceden la reparación o conservación de la cosa común, porque alteran sustancialmente su condición anterior, sea en la materia, forma o destino” para las cuales consideran que debe exigirse “mayoría de votos, o sea, por más de la mitad de los propietarios”²⁹ de las obras nuevas que entienden “corresponde a aquellos actos materiales que pueden alterar sustancialmente al edificio construido”³⁰, aclarando luego que “Estas obras también deben ser de tal importancia que alteren sustancialmente la concepción originaria del edificio, ya que de lo contrario se trataría de simples innovaciones a las cuales el artículo en ningún momento se refiere”³¹.

Como puede advertirse, la opinión precedente basa el criterio de diferenciación en la importancia y carácter de la alteración que se provoca en el inmueble y según el mismo distingue entre innovaciones y obras nuevas. Un temperamento similar para trazar esta línea divisoria es el que postula Cecilia A. Villanustre. Sostiene que “*Conceptualmente existe una diferencia evidente entre algo «nuevo» y algo sobre lo cual se «innova» o se produce una «mejora». Lo apuntado, es de notorio conocimiento. Así cuando hablamos de algo «nuevo» estamos en presencia de algo que antes no existía o no lo teníamos y que ahora está. Cuando hablamos de una «innovación» partimos de algo que ya existía, sobre lo cual hacemos cambios. De tal forma que al final del trabajo, lo que ya existía, presenta un aspecto diferente, o es apto para servir a otros usos diferentes de aquéllos que antes servía. Remarcamos aquí que la cosa materia de la innovación es preexistente. No agregamos nada nuevo sino que a una misma cosa, la modificamos en uno o varios aspectos. Finalmente cuando aportamos nuevos elementos para hacer de mejor calidad, o más apta para un servicio a una cosa, la estamos mejorando. Aquí también partimos de una cosa preexistente. Esto suele suceder cuando cambiamos materiales de inferior calidad por otros de superior calidad, pero la «cosa» sigue siempre conservando su forma y destino original*”³². Explica luego que “*Claramente se advierte una coincidencia entre las innovaciones y mejoras que a su vez separan a estas dos de*

las obras nuevas. Las primeras, se realizan sobre cosas preexistentes que siguen conservando su existencia y su destino original, mejoradas o innovadas, pero luego del trabajo que se hace sobre ellas, siguen siendo sustancialmente lo mismo. Las segundas, en cambio, suponen un cambio del estado material, al concluir el trabajo, su resultado es la existencia de algo que antes no estaba” ³³.

El panorama que hemos presentado precedentemente de la doctrina en esta materia permite apreciar que la mayoría de los autores fincan la diferenciación entre aquellos casos en los cuales se necesita mayoría y los otros en que hace falta la unanimidad de los consorcistas en la circunstancia que la alteración material a producirse sea, respectivamente, en beneficio del conjunto consorcial o en beneficio de uno o varios consorcistas (Racciatti, Borda, Mariani de Vidal, Highton, Lambois, Molina Quiroga, Areán, Costantino, Laquis, Flah, Smayevsky, Penna, Barbieri). También la jurisprudencia se ha inclinado preferentemente por este criterio.

Existen fallos que han adoptado la posición sustentada por Jorge H. Alterini y que es apoyada por Alberto A. Gabás (con la atenuante casuístico que este autor le agrega), partiendo entonces de establecer una regla general -anclada en las normas del condominio- exigente de unanimidad, con excepciones en la medida en que se de la concurrencia de requisitos positivos y negativos, del modo antes indicado, dejando a salvo el supuesto de las mejoras prohibidas que son aquellas que afectan la seguridad del edificio.

Soslayando las opiniones minoritarias expresadas en la obra de Papaño, Kiper, Dillon y Causse y en el mencionado artículo de Villanustre, que procuran introducir criterios de diferenciación morfológicos entre los distintos tipos de alteraciones materiales, puede concluirse que una abrumadora mayoría de autores y de fallos quedan abarcados en la dupla de posiciones doctrinarias a las que nos hemos referido en los dos párrafos precedentes, siendo de interés poner de relieve que tanto Hernán Racciatti como Jorge H. Alterini exigen la concurrencia de una serie de requisitos positivos y negativos los cuales son necesarios para Racciatti en orden a que la innovación en beneficio del conjunto pueda ser válidamente resuelta por mayoría, mientras que Alterini los exige para que sea viable la aplicación del art. 8 de la ley 13.512 y pueda ser sustraído el supuesto del cual se trate a la regla general de la unanimidad, aproximándose de tal modo en cuanto a sus conclusiones.

3. Las obras nuevas: criterios de interpretación del art. 7º, segundo párrafo, de la ley 13.512

En la interpretación, y consiguientemente en la aplicación jurisprudencial del segundo párrafo del art. 7º de la ley 13.512, es dable apreciar, tanto a través de la lectura de repertorios como de la experiencia forense, una variedad de criterios y un marcado casuismo en la resolución de litigios por realización de obras nuevas en la propiedad horizontal. Otro tanto ocurre en el ámbito de nuestra doctrina. Sin embargo, y a los fines y dentro de los límites de este comentario, puede afirmarse que tanto en la doctrina como en la jurisprudencia se observan dos tendencias en torno a esta cuestión.

Una de ellas, caracterizada por su estrictez, sostiene que no existiendo la autorización que exige el art. 7º, segundo párrafo, de la ley 13.512, otorgada por la unanimidad de los consorcistas, no existe posibilidad que la obra sea realizada y, aún más, si hubiere sido ejecutada deberá ser demolida, desmontada, retirada o, en fin, deshecha. En su vertiente más extrema no admite entrar en consideración alguna, no valiendo de nada ni el tiempo transcurrido -salvo prescripción cumplida- ni los valores en juego, ni la ausencia de perjuicio material alguno a los restantes consorcistas, ni el hecho que existan similares violaciones al reglamento de copropiedad que no hayan sido objeto de cuestionamiento por parte del consorcio.

Los autores y fallos enrolados en esta tendencia ³⁴ fundamentan su posición en diversas razones. En primer término mencionan que la obra nueva realizada sobre partes comunes implica, inexorablemente, una violación del derecho de propiedad de los restantes consorcistas, ya que sólo es factible mediante el avasallamiento de este derecho subjetivo patrimonial que cuenta con la garantía constitucional del art. 17 de la Constitución Nacional. Otro argumento

que esgrimen es que el régimen de la propiedad horizontal, estructurado a través de la ley 13.512 como genérica normativa y por las disposiciones del reglamento de copropiedad y administración como regulación específica en cada caso, exige una observancia estricta de sus disposiciones porque es la única manera que funcione adecuadamente el sistema de convivencia que las mismas estructuran. Como consecuencia de las razones antedichas, afirman quienes se agrupan en esta interpretación que están en juego valores superiores (el debido respeto al derecho de propiedad, el funcionamiento del sistema de propiedad horizontal) a la mera comparación entre la importancia económica de la obra realizada y del perjuicio causado e incluso consideran que en todos estos casos existe ya un perjuicio a un interés concreto en la vigencia de los derechos usurpados.

Enfrentada con la corriente interpretativa que hemos reseñado precedentemente, existe otra que podríamos denominar como amplia o flexible ³⁵ que, si bien parte de la norma prohibitiva del art. 7º, segundo párrafo, y considera que como consecuencia lógica de la misma debe, en principio, ordenarse la demolición de la obra realizada en violación a dicha disposición legal, en ciertos casos y en atención a diversos fundamentos jurídicos, morigera el rigor de dicha sanción y admite otras alternativas (compensación por la superficie ocupada, asunción de costos de eventuales modificaciones de planos, etc.). Tales fundamentos giran en torno a considerar que en determinados casos la pretensión de demolición deviene abusiva (art. 1071 C.C.), especialmente cuando el perjuicio del demandante fuere escaso comparado con el que sufriría como consecuencia de la demolición el infractor, y que destruye valores económicos sin que haya existido un correlativo perjuicio reparable, existiendo, además, otras alternativas posibles. Combinado en muchas oportunidades con la invocación de la teoría del abuso del derecho y en otras por sí mismo, un fundamento decisivo dentro de esta corriente interpretativa -contemplado, incluso, por algunos representantes de la otra posición doctrinaria ³⁶ - es el consentimiento tácito que se infiere en los casos en que la obra nueva ha sido ejecutada a los ojos de todos o de la generalidad de los consorcistas y se ha dejado transcurrir un tiempo considerable desde su terminación para, recién entonces cuestionarla. Es evidente la relación que el tema guarda con la teoría de los actos propios y el principio de buena fe (art. 1198 C.C.). Contraría a este principio y configura un abuso de derecho el dejar avanzar una obra sin efectuar siquiera un requerimiento para luego, una vez terminada e incluso, en ocasiones, transcurrido un tiempo prolongado desde entonces, recién cuestionarla, infiriendo de este modo un mayor daño a quien la ha ejecutado y que tras ello se ve enfrentado a su demolición.

Cabe agregar a tales fundamentos que siendo el reglamento de copropiedad una normativa de naturaleza contractual, ante la ambigüedad de éste, en algún caso, corresponde recurrir a la llamada interpretación fáctica, que contempla, entre otras reglas de interpretación de los contratos, el inciso 4º del art. 218 del Cód. de Comercio. Es procedente la aplicación de dicha norma por cuanto es opinión generalizada de la doctrina -que compartimos- la naturaleza contractual del reglamento de copropiedad y administración ³⁷ y, por otra parte, las citadas reglas del código mercantil se aplican en razón del art. 16 del C.C. a los contratos civiles, conforme lo ha establecido reiteradamente la jurisprudencia ³⁸.

Esta interpretación fáctica o auténtica, por cuanto procede de los hechos de los propios contratantes, reviste relevante importancia para la hermenéutica contractual, según lo expresa elocuentemente el citado inciso 4º del art. 218 Cód. de Comercio al disponer que “Los hechos de los contratantes, subsiguientes al contrato, que tengan relación con lo que se discute, serán la mejor explicación de la intención de las partes al tiempo de celebrar el contrato”.

Bien se ha dicho, tratando cuestiones similares, que no es jurídicamente aceptable que los sujetos del obrar negocial desenvuelvan conductas que no guarden coherencia. *“No está jurídicamente permitido el obrar contradictorio, incoherente, hecho de idas y vueltas, de proceder y arrepentimientos. Obsta a la admisibilidad de estos proceder el respeto al prójimo, a la persona frente a la cual se actúa, el destinatario de semejantes conductas. De ahí la expresión que se ha abierto camino: nadie puede válidamente volver sobre sus propios actos... Es el respeto a la apariencia o buena fe subjetiva”* ³⁹.

Un comportamiento constante y reiterado durante un tiempo jurídicamente relevante de acuerdo a las circunstancias de cada caso adquiere trascendencia en orden a superar ambigüedades de otros instrumentos (reglamento de copropiedad, planos, etc.). Si la voluntad de las partes es irrelevante opuesta a normas de orden público como la que consagra la autonomía funcional de las unidades de propiedad horizontal (art. 1 de la ley 13.512) es, en cambio, importante a estos fines por cuanto es integrativa de normas contractuales sin entrar en colisión con otras legales de naturaleza imperativa y, tal como lo expresa Guillermo Borda⁴⁰, no es éste el carácter de la previsión del segundo párrafo del art. 7. Debe aclararse -aun a riesgo de la obviedad pero para evitar una más peligrosa confusión- que la norma en cuestión no es de orden público en cuanto la unanimidad de los consorcistas pueden dejarla de lado pero en cambio -como en todos los casos en que la ley 13.512 fija mayorías a los efectos de la aprobación de diversas cuestiones del funcionamiento del régimen de propiedad horizontal- es de orden público en el sentido que no puede por vía del reglamento de copropiedad establecerse para la autorización o aprobación de la obra nueva (entendida según lo hemos indicado anteriormente) un concurso de voluntades inferior a la de todos los consorcistas.

Sin mayores hesitaciones queda en claro que si la obra nueva se realiza en sectores comunes esenciales para el funcionamiento del edificio no habrá consentimiento tácito ni apelaciones a la teoría de los actos propios que pueda convalidarla como tampoco nos parece que merezca vacilaciones que el que realiza la obra en infracción y que por algunas de las razones antedichas no es condenado a demolerla debe ser obligado a pagar la parte proporcional de la superficie común que ha ocupado y todos los gastos que sean necesarios para adecuar el reglamento de copropiedad a la nueva situación, así como los planos del edificio si resultare necesario, por cuanto en caso contrario se operaría un enriquecimiento sin causa a su favor y en detrimento de los restantes consorcistas que son los verdaderos acreedores de tales prestaciones.

4. Las innovaciones

Precedentemente recordábamos que en relación a las innovaciones sobre partes comunes en beneficio común, Hernán Racciatti⁴¹ señalaba que debían concurrir condiciones positivas -o sea: requisitos que deben cumplimentarse- y condiciones negativas, es decir: caracteres que no se deben presentar. En cuanto a las primeras, el jurista citado enumeraba que deben ser hechas en mira a obtener el mejoramiento de la cosa común, su uso y goce más cómodo o a obtener una mayor renta, todo ello conforme lo dispone el art. 8, primer párrafo *in fine*, y enunciaba como condiciones negativas para tales innovaciones y que, por ende, no deben concurrir, que fueren de costo excesivo o contrarias al reglamento o a la ley, o perjudiciales para la seguridad, solidez, salubridad, destino o aspecto arquitectónico exterior o interior del edificio. Si alguna de estas condiciones negativas se presenta, la minoría puede recurrir a la autoridad judicial, conforme lo dispone el art. 8, 2ª párrafo.

Desde otro enfoque, Jorge H. Alterini, fundándose en los principios que regulan el condominio y que surgen de los arts. 2680 y 2681 C.C., sienta como regla general que para cualquier mejora (considerada comprensiva tanto de las innovaciones como de las llamadas obras nuevas) sobre partes comunes, sin importar si son en beneficio de la totalidad o de una parcialidad o individualidad de consorcistas, se exige la unanimidad del art. 7ª de la ley 13.512, resultando las excepciones a esta regla de la aplicación del art. 8º en tanto y en cuanto se verifiquen los extremos que ese artículo establece, supuestos en los cuales se resolverá por mayoría. Para que nos encontremos frente a una excepción a la regla citada será necesario que concurren requisitos positivos y requisitos negativos. Los primeros deben darse "*en alternatividad, es decir, que basta la configuración de uno cualquiera de ellos para que sea aplicable la regla indicada*"⁴². Tales requisitos positivos -que surgen del art. 8 de la ley 13.512- son: a) mejoramiento de las partes comunes; b) uso y goce más cómodo; c) mayor renta. Los requisitos negativos -que también están establecidos en el citado art. 8- son: a) costo excesivo; b) violación de la ley o el reglamento; c) que afecte la seguridad, solidez o salubridad del edificio y d) que perjudique el aspecto arquitectónico exterior o interior del edificio.

Racciatti ⁴³ brinda algunos ejemplos de innovaciones permitidas, mencionando entre ellos a la transformación de un techo en terraza, de una terraza en lavadero, de un patio en garaje, la ampliación o refacción de una escalera, la instalación de un ascensor o un montacarga, la ampliación de un hall o vestíbulo, la construcción de galerías o patios cubiertos en espacios abiertos del terreno común. Pueden imaginarse infinidad de ellos, tales como el cambio de un piso por otro de mejor calidad en lugares comunes, la colocación de un revestimiento en las paredes de los mismos, por ejemplo de mármol o madera, la modernización de los ascensores, la colocación de luces de emergencia, el cambio de los artefactos de luz por otros de mejor diseño estético o prestación lumínica, la colocación de sistemas de seguridad y alarma, etc.

IV. Vigencia de las recomendaciones del Tercer Congreso Nacional de Derecho Civil respecto del tema de las obras nuevas e innovaciones en el régimen de la propiedad horizontal

De lo expuesto fácil resulta colegir que el criterio de distinción entre obras nuevas e innovaciones sentado en el encuentro de la civilística nacional reunido en Córdoba en 1961 sigue siendo el preeminente tanto en doctrina como en jurisprudencia y en nuestra opinión es la más adecuada pauta para la diferenciación que emerge de los segundos párrafos de los artículos 7º y 8º de la ley 13.512.

Discernir en virtud de si la utilidad o beneficio de la alteración material es en provecho del conjunto de los consorcistas o, por el contrario, lo es de uno o algunos de ellos presenta, por sobre los criterios que hemos llamado morfológicos de distinción y que atienden a la mayor o menor relevancia de la modificación introducida, presenta la ventaja de la claridad así como la de basarse en un aspecto eminentemente jurídico. La línea que separa a la obra nueva de la innovación es borrosa si se la finca en que altere o no sustancialmente la concepción originaria del edificio o en que impliquen o no un cambio material, tal como lo han sostenido algunas muy respetables voces disonantes en la doctrina. Quedan de este modo demasiadas zonas grises entre un ámbito y el otro. Para mayor inconveniente la dilucidación de la cuestión dependerá en cada caso principalmente de dictámenes periciales a cargo de profesionales de la construcción y no de una apreciación jurídica.

El legado del Tercer Congreso Nacional de Derecho Civil en esta materia sigue teniendo vigencia. Perdura en la doctrina y en la jurisprudencia. Así como también, y en otros variados aspectos, es absolutamente actual la recomendación que formuló en cuanto a la necesidad de reformar la ley N° 13.512 para adecuarla a las nuevas necesidades de nuestra sociedad y enriquecer su texto con los aportes que a lo largo de algo más de sesenta años han efectuado las restantes fuentes del derecho.

NOTAS:

¹ Jorge H. ALTERINI, "Derechos de los consorcistas", E.D. 68-780 y ss.

² MARIANI DE VIDAL, *Curso de derechos reales*. Buenos Aires Víctor P. de Zavalía, 1974, t. II, pág. 188,.

³ Hernán RACCIATTI, *Propiedad por pisos o por departamentos*, Buenos Aires, Depalma, 1975, pág. 351.

⁴ Hernán RACCIATTI, op. cit., pág. 799.

⁵ COSTANTINO, *Propiedad horizontal*, Rosario, Juris, 2002, pág. 65,

⁶ Ricardo PAPAÑO, Claudio KIPER, Gregorio DILLON y Jorge Raúl CAUSSE, *Derechos Reales*, Buenos Aires, Depalma, 1997; Cecilia A. VILLANUSTRE, "Obras nuevas realizadas por un copropietario", L.L. 1977-D-117.

⁷ Hernán RACCIATTI, *Propiedad...*, pág. 352.

⁸ Hernán RACCIATTI, *Manual de la propiedad horizontal*, Buenos Aires, Depalma, 1998, pág. 80.

⁹ Roque GARRIDO Y Luis O. ANDORNO, *Código Civil Anotado - Libro III*, Buenos Aires, Víctor P. de Zavalía, 1974, t. II, pág. 723.

¹⁰ MARIANI DE VIDAL, op. cit., t. II, pág. 189.

- ¹¹ MARIANI DE VIDAL, “Obras nuevas antirreglamentarias”, en coautoría con Javier Mario RUDA BART en L.L. 1994-C-1080.
- ¹² Beatriz AREÁN, *Derechos reales*, Buenos Aires, Hammurabi, 2003, t. II, pág. 607.
- ¹³ COSTANTINO, op. cit., pág. 62.
- ¹⁴ MOLINA QUIROGA, “Obras nuevas, innovaciones y abuso del derecho en la propiedad horizontal”, L.L. 2000-B-336.
- ¹⁵ HIGHTON, *Propiedad horizontal y prehorizontalidad*, Buenos Aires, Hammurabi, 2000, pág. 257.
- ¹⁶ Susana LAMBOIS, en *Código Civil y normas complementarias - Análisis doctrinario y jurisprudencial*, Buenos Aires, Hammurabi, 1997, pág. 754.
- ¹⁷ Lily FLAH y Mirian SMAYEVSKY, en Manuel LAQUIS, *Derechos reales*, Buenos Aires, Depalma, 2000, t. V, pág. 610.
- ¹⁸ Carlos M. CLERC, *Derechos reales e intelectuales*, Buenos Aires, Hammurabi, 2007, t. II, pág. 601.
- ¹⁹ Marcela PENNA y Patricia BARBIERI, “Las innovaciones previstas en el art. 8 de la ley 13.512 de propiedad horizontal”, L.L. 1988-B-439
- ²⁰ GOLDENBERG Y HUMPHREYS, *Régimen de la propiedad horizontal*, Buenos Aires, LexisNexis, 2004, pág. 132,
- ²¹ GOLDENBERG Y HUMPHREYS, op. cit., pág. 132
- ²² GOLDENBERG Y HUMPHREYS, op. cit., pág. 95.
- ²³ Guillermo BORDA, *Tratado de derecho civil - Derechos reales*, Buenos Aires, Perrot, 1975, t. I, pág. 581.
- ²⁴ Jorge H. ALTERINI, op. cit., E.D. 68-798.
- ²⁵ CNCiv., Sala C, 16/9/1976, E.D. 70-416.
- ²⁶ Jorge H. ALTERINI, op. cit., pág. 799.
- ²⁷ GABÁS, *Manual teórico práctico de propiedad horizontal*, Buenos Aires, Hammurabi, 1987, págs. 150 y 151,.
- ²⁸ PAPAÑO, KIPER, DILLON Y CAUSSE, op. cit, t. II, pág. 28. La misma posición que mencionamos en esta parte de nuestro trabajo es sustentada por estos autores en la edición de esta obra en Astrea, 2004, Buenos Aires, t. I, pág. 473 y ss.
- ²⁹ PAPAÑO, KIPER, DILLON Y CAUSSE, op. cit., t. II, pág. 29.
- ³⁰ PAPAÑO, KIPER, DILLON Y CAUSSE, op. cit., t. II, pág. 30.
- ³¹ PAPAÑO, KIPER, DILLON Y CAUSSE, op. cit., t. II, pág. 31
- ³² VILLANUSTRE, op. cit., L.L. 1977-D-117.
- ³³ VILLANUSTRE, op. cit., L.L. 1977-D-117.
- ³⁴ Hernán RACCIATTI, “Ejercicio de acciones tendientes a obtener la supresión de obras nuevas efectuadas sobre bienes comunes en propiedad horizontal”, J.A. 28-1975-331; “Obras nuevas y el abuso del derecho en la propiedad horizontal”, L.L. 1994-C-483; Cecilia A. VILLANUSTRE, “Obras nuevas realizadas por un copropietario”, L.L. 1997-D-117; Diego Esteban CAUSSE, Federico Javier CAUSSE y Jorge R. CAUSSE, “Algunos actos materiales de los propietarios de inmuebles sometidos al régimen horizontal (Las normas legales y la perspectiva funcional)”, L.L. 1996-B-114.
- ³⁵ Guillermo BORDA, op. cit., t. I, pág. 583; Marina MARIANI DE VIDAL y Javier Mario RUDA BART, “Obras nuevas antirreglamentarias”, L.L. 1994-C-1080; Highton, op. cit., pág. 262; Fernando PRÓSPERI y Andrea LEWINTE, “Construcciones ilícitas en la propiedad horizontal (criterios para decidir su demolición o mantenimiento)”, L.L. 1994-A-101; Eduardo MOLINA QUIROGA, “Cerramiento de balcones que afectan la seguridad y la estética del edificio sometido al régimen de propiedad horizontal”, L.L. 1994-E-174.
- ³⁶ Hernán RACCIATTI, *Manual...*, pág. 56.
- ³⁷ Marina MARIANI DE VIDAL, op. cit., t. II, pág. 131; Elena HIGHTON, op. cit., pág. 171; Hernán RACCIATTI, *Propiedad por pisos...*, pág. 130; LAQUIS - SIPERMAN, *La propiedad horizontal en el derecho argentino*, pág. 43; Lidia GURFINKEL DE WENDY, *La propiedad horizontal*, Buenos Aires, Lexis Nexis, 2005 pág. 204. Disidencia: Guillermo BORDA, op. cit., t. I, pág. 615.
- ³⁸ S.C. de Bs. As., J.A., 1946_II-344 ; Cám. 1ª C. y C. La Plata, J.A. 1955-II-452; S.T. Santa Fe , Sala I, C.C. Juris, 11-307.
- ³⁹ Jorge MOSSET ITURRASPE, en *Código Civil. Análisis doctrinario y jurisprudencial*, dirigido por Alberto Bueres y coordinado por Elena Highton, Buenos Aires, Hammurabi, 2000, t. III-B, pág. 556..
- ⁴⁰ Guillermo BORDA, op. cit., t. I, pág. 583.
- ⁴¹ Hernán RACCIATTI, *Manual...*, op. cit., pág. 77.
- ⁴² Jorge H. ALTERINI, op. cit., pág. 799.
- ⁴³ Hernán RACCIATTI, *Propiedad...*, pág. 340.

LA PROTECCIÓN LEGAL DEL AUTOR/CREADOR INTELECTUAL EN PUERTO RICO Y EN DERECHO COMPARADO

por PEDRO F. SILVA-RUIZ

“La obra forma parte integrante de la personalidad del autor; es la creación de su espíritu, su pensamiento proyectado en el espíritu, su pensamiento proyectado en el espacio y fijado en el tiempo. La creación no puede disociarse enteramente de él; incluso cuando ha cedido sus derechos pecuniarios, permanece ligada a él, continúa, en cierta medida, bajo su dependencia...”

Mazeaud, *Leçons de droit civil I*, vol. 2, 6ª ed. por Chabas, núms. 667, 669 (citado por Espín Cánovas, *Los derechos del autor de obras de arte*, infra, pág. 48)

“La más sagrada, la más inatacable, la más personal de todas las propiedades es la obra fruto del pensamiento...”

Diego Espín Cánovas, *Derecho civil español*, vol. II, Ed. Revista de Derecho Privado, Madrid, pág. 302 (citado en el caso *Cotto Morales*, infra).

“We are concerned here, properly, with the law of the spirit, with the law of the genius. Law bows down, it drops to its knees before the heroes of literature, and even the most insignificant writer is recognized by the law as worthy of protection...”

Josef Kohler, 1908 revision Conference of the Berne Convention, Actes de la Conférence réunie a Berlin au 14 octobre au 14 novembre 1908 (Berlin Actes) 159 (citado por Elizabeth Adeney, *The Moral Rights of Authors and Performers*, New York, Oxford University Press, 2006, pág. 20).

Copyright “restrains the spontaneity of men where, but for it, there would be nothing of any kind to hinder their doing as they saw fit.”

Holmes, concurring, en *White Smith Music Publ. Co. v. Apollo Co.*, 209 US 1, 19 (1908), 28 Supreme Ct. Reporter 319, 324 (comprende los vols. 207-210 US).

SUMARIO: I. Introducción. II. Recuento histórico resumido de la protección del autor en la legislación y jurisprudencia puertorriqueña y estadounidense. III. El derecho moral del autor. IV. La naturaleza jurídica del derecho moral del autor: derecho de propiedad y de la personalidad. V. Las materias del derecho moral del autor. VI. Limitaciones a los derechos exclusivos del autor. VII. Derecho patrimonial o económico del autor en Puerto Rico.

I. Introducción

Autor es la persona, natural o jurídica, que crea alguna obra literaria, artística o científica.

Característica esencial del derecho de autor es que *tiene por objeto un bien inmaterial, que es la obra*, que no se identifica con su soporte material o de otro tipo cualquiera, aunque necesite de él para existir (o no desaparecer) y, además, poder ser explotada. Así, por ejemplo, el cuadro, sino queda plasmado en un soporte (el lienzo u otro similar) no llega a existir. Por consiguiente, tenemos que distinguir entre ese bien inmaterial (obra) y su materialización en un soporte. Entonces, el derecho de autor recae sobre la obra y no sobre el soporte, por muy dependiente que sea aquella de éste. De ahí que pueda distinguirse entre el llamado *corpus mysticum* y el denominado *corpus mechanicum* de la obra como conceptos autónomos. El último tiene un papel auxiliar y secundario del primero.

Es la ubicuidad lo que caracteriza a la obra como un bien inmaterial. Precisamente, debido a esa inmaterialidad y a su consiguiente ubicuidad, es que puede ser disfrutada a un mismo tiempo por un ilimitado número de personas, en lugares geográficamente distantes del de su creación o divulgación ¹.

El tema seleccionado, enunciado en el título del ensayo, obliga a un examen de derecho (legislación) comparado, ya que rigen en Puerto Rico ² tanto el derecho civil (*civil law*) (aspecto personal, derecho moral de autor) como el derecho común anglonorteamericano (*common law*) (aspecto patrimonial o económico; *copyright*) de la materia que analizamos ³.

El primero, de derecho civil, regulado en el Código Civil ^{4 5}; el segundo, de derecho norteamericano, la ley federal de *copyright* ⁶.

Significamos, además, que el tema se enmarca bajo la rúbrica “derechos de propiedad intelectual” ⁷. En el Convenio de Estocolmo del 14 de julio de 1967, que establece la Organización Mundial de la Propiedad Intelectual (OMPI) ⁸, se dispuso que el término “propiedad intelectual” incluirá, entre otros, “a las obras literarias, artísticas y científicas [derecho de autor]...; a las invenciones en todos los campos de la actividad humana [las invenciones de un nuevo producto o un nuevo procedimiento de aplicación industrial; el derecho de patentes]...; a las marcas de fábricas, de comercio y de servicio [marcas]...; [y] a la protección contra la competencia desleal...” ⁹.

II. Recuento histórico resumido de la protección del autor en la legislación y jurisprudencia puertorriqueña y estadounidense

Como una atención/educación el estudioso ajeno al derecho de jurisdicciones mixtas o híbridas ¹⁰, como lo es la puertorriqueña ¹¹, poco conocida o tan sólo a grandes rasgos, algunos borrosos, es conveniente una breve introducción histórica, legislativa y jurisprudencial ¹², que seguidamente exponemos.

La Ley de Propiedad Intelectual española, promulgada por el Rey Alfonso XII el 10 de enero de 1879 (vigencia diferida hasta el 10 de abril de 1879) ¹³, fue la primera ocasión que el derecho de autor alcanza protección en Puerto Rico ¹⁴.

Esta legislación no fue derogada por el Tratado de París, en el cual España le cedió a los Estados Unidos su soberanía sobre Puerto Rico (también sobre Filipinas; no así sobre Cuba). El art. XIII del Tratado reza: “continuarán respetándose los derechos de propiedad literaria, artística e industrial adquiridos por los españoles en las Islas de Cuba y en las de Puerto Rico, Filipinas y demás territorios cedidos, al hacerse el canje de las ratificaciones de este Tratado”.

En consecuencia, con dicho cambio de soberanía, cobró vigencia en Puerto Rico, sin haberse derogado la Ley de Propiedad Intelectual española, la legislación federal estadounidense que rige el derecho de autor, aunque tan sólo en su aspecto patrimonial ¹⁵.

En los EE.UU. se había ignorado (hasta la segunda mitad del siglo 20) la protección del “derecho moral” del autor.

La ley de “*copyright*” regula los derechos económicos o patrimoniales que le producen recursos monetarios al autor de la obra. La sec. 106 enumera los derechos vinculados a la comercialización de la obra ¹⁶. Son derechos exclusivos, no absolutos.

En este breve recuento histórico, debe significarse alguna jurisprudencia, resuelta con *anterioridad* a la Ley de Propiedad Intelectual (de Puerto Rico, por supuesto) de 1988 ¹⁷, y que puntualizan varios de los extremos expuestos.

Un primer caso es el de “Reynal v. Tribunal” ¹⁸. En palabras del Tribunal: “la cuestión que suscita este litigio es si la propiedad intelectual en Puerto Rico es únicamente protegible por la legislación de Estados Unidos” ¹⁹, resolviéndose en la negativa. Esto es, la legislación federal (*copyright act*) no excluye que legislación puertorriqueña pueda brindar también protección. Ambas pueden coexistir. Entre otras afirmaciones que se hacen en el caso, pueden destacarse las siguientes:

1. Antes de la Guerra Hispanoamericana, Puerto Rico se encontraba bajo la hegemonía española; la defensa de los derechos de autor se contemplaba en los arts. 428 y 429 ²⁰ del C.C. español, la ley sobre la propiedad intelectual del 10 de enero de 1879 y su Reglamento, entre otros.

2. Al advenir el cambio de soberanía, ya bajo la hegemonía estadounidense, el art. XIII del Tratado de París y el segundo de la Ley Foraker (1900) tratan sobre la protección de los derechos de la propiedad literaria, artística e industrial, disponiéndose que las leyes sobre las materias continuarán su vigencia, excepto cuando resulten incompatibles o en conflicto con las leyes de los Estados Unidos. El art. 8º de la mencionada Ley Foraker ²¹ está aún vigente por disposición del art. 58 de la ley de relaciones federales con Puerto Rico ²².

3. La ley federal sobre derechos de autor (*copyright act*) aplica/rige en Puerto Rico ²³.

4. El tribunal de primera instancia de Puerto Rico tiene jurisdicción en casos de invasión de la propiedad intelectual ²⁴ por violación al derecho de autor (derechos morales de autor). Es de la exclusiva jurisdicción de los tribunales federales estadounidenses la reclamación de los derechos patrimoniales o económicos (*copyright*).

Un segundo caso es el de “Ossorio Ruiz v. Secretario” ²⁵. Sus afirmaciones más relevantes son:

1. La legislación norteamericana ²⁶ sobre *copyright* protege la explotación económica de una obra. La doctrina civilista del derecho moral se ha diseñado para proteger las obras artísticas y literarias y a sus creadores contra daños no económicos.

2. La legislación federal de los EE.UU. sobre derechos de autor no desplaza la doctrina del derecho moral. Son conceptos diferentes, por lo que hay conflicto entre ellos.

3. El art. 56 de la Ley española de Propiedad Intelectual de 1879 hizo extensiva a Puerto Rico ésta. Por mandato del art. 8º de la Ley Foraker (1900) y del art. 58 de la ley de relaciones federales (1950) dicha legislación continuó vigente ²⁷.

Un tercer caso es el de “Pancorbo v. Wometco de P.R., Inc.” ²⁸. En palabras del propio Tribunal: “En ‘Reynal v. Tribunal Superior,...’ (1974), examinamos la cuestión de la propiedad intelectual en Puerto Rico dependerá para su protección exclusivamente de la ley federal de entonces. En ‘Ossorio Ruiz v. Secretario de la Vivienda...’ (1977), nos expresamos sobre la doctrina del derecho moral de autores. Poco después, el 1º de enero de 1978, entró en vigor una nueva ley estadounidense sobre la propiedad intelectual. 90 Stat. 2598, 17 USC sec. 101 *et. seq.* (1976). El actual caso plantea la necesidad de esclarecer el efecto de esta legislación en Puerto Rico sobre algunos aspectos del derecho del autor” ²⁹.

Afirma el Tribunal Supremo:

1. Que la vigente ley federal de *copyright* (1976) rige en Puerto Rico por mandato expreso del Congreso de los EE.UU. Pero no ocupa por completo el campo. En aquellas áreas comprendidas bajo dicha legislación se excluye la acción estatal. El art. 301 de la ley ³⁰ describe hasta donde llegan los límites de la exclusividad federal. En otras palabras, se indican los derechos exclusivos del titular de un derecho de *copyright*, entre otros: derechos a reproducir la obra y a preparar obras derivadas.

2. “Si el interés que se desea proteger localmente [en Puerto Rico] es *distinto* a aquellos que el estatuto federal protege, la acción estatal no queda desplazada... Desde otro punto de vista, si la acción estatal intenta proteger derechos que radican fuera del ámbito de la política federal y si tales derechos tienen por fuente intereses locales de honda raíz, la acción local persiste...” ³¹.

Como quedó dicho, en Puerto Rico se aprobó una ley de propiedad intelectual en 1988 ³², de pocos artículos, más otros catorce (14) (artículos) sobre el Registro de la Propiedad Intelectual (24 artículos en total). Versa sobre el derecho moral del autor. Expresamente dispone que “la protección del derecho moral del creador de una obra es independiente de la protección de sus derechos patrimoniales” ³³ (que es campo exclusivo de la ley federal de *copyright*).

El caso de “Cotto Morales v. Ríos” ³⁴ es el primero que se resuelve bajo el palio de la ley de 1988, indicada en el párrafo anterior. Entre otros, el Tribunal señala:

1. Concluimos que la legislación federal no ocupa el campo ni impide que la Ley de Propiedad Intelectual proteja los derechos morales de los autores en Puerto Rico, con excepción de los que quedan directamente excluidos por el estatuto federal ³⁵.

2. “La propiedad intelectual -en Puerto Rico- o los derechos de autor está formada por la imbricación de dos (2) derechos de naturaleza diferente, el derecho moral, que de manera

primordial protege el vínculo personal entre el autor y su obra y el derecho patrimonial que consiste en el monopolio de la explotación de la obra”³⁶.

3. Se “ha resuelto que la delegación de poderes bajo las cuales el Congreso aprobó la *Federal Copyright Act* no son exclusivos y, por ende, de darse las condiciones adecuadas, las leyes estatales pueden coexistir con las federales en el área de los derechos de autor”³⁷.

4. Reafirma el caso “Pancorbo”: “en nuestra jurisdicción [Puerto Rico] la *Federal Copyright Act* ocupa el campo en el aspecto de los patrimoniales de autor”³⁸.

5. Toma nota que en los estados de California y Nueva York se han aprobado legislaciones protectoras de los derechos morales de autor y que las reclamaciones sobre éstos, incoadas al amparo de aquellas, no estaban en contravención con la legislación federal de *copyright*³⁹.

6. El 1° de marzo de 1989, los EE.UU. se adhieren a la “Convención de Berna para la Protección de Obras Literarias y Artísticas”⁴⁰, que requería de acción legislativa (no es autoejecutable) para su ejecución. Así, fue aprobada la “Berne Convention Implementation Act of 1988”⁴¹.

El art. 6° bis de la Convención de Berna reza:

“(1) Independientemente de los derechos patrimoniales del autor e incluso después de la cesión de estos derechos, el autor conservará el derecho a reivindicar la paternidad de la obra y de oponerse a cualquier deformación, mutilación o cualquiera otra modificación de la misma o a cualquier atentado que le cause perjuicio a su honor o a su reputación.

(2) Los derechos concedidos al autor por el párrafo precedente, se conservarán después de su muerte, por lo menos hasta la expiración de derechos económicos...”⁴².

Así que la paternidad, el que se identifique la obra con su autor, es concebido como un derecho, el derecho de paternidad.

A juicio de dos autores:

“In 1988, the U.S. adhered to the Berne Convention, but Congress made no provision for authors’ moral rights and indicated clearly that the Convention’s rights were not self-executing in the U.S. and the Berne implementation had no impact, positive or negative, on the development of moral rights law. In the Visual Artists Rights Act of 1990, Congress extended certain moral rights to a limited class of work. The Act covers only single copy or limited edition visual or sculptural works and photographs “produced for exhibition purposes only... It prevents state legal and equitable rights”⁴³.

Otra legislación federal que rige en Puerto Rico es la (ley) de derechos de artistas visuales del 1 de diciembre de 1990 (*Visual Artists Rights Act of 1990*, 17 USC 301f), (VARA 1990)⁴⁴.

Esta ley eleva a nivel federal dos aspectos principales del derecho moral como lo son la integridad de la obra y la atribución de autoría, tan sólo para artistas visuales, es decir, ciertos artistas plásticos, escultores y fotógrafos. Estos derechos son renunciables, por escrito, pero no pueden transmitirse; cesan, pues, al fallecer el artista. Vara desplaza parcialmente algunos aspectos de la Ley de Propiedad Intelectual de Puerto Rico de 1988⁴⁵.

III. El derecho moral del autor

Luego de la exposición resumida del ordenamiento jurídico -legislación y casuística- que regula la protección jurídica del autor puertorriqueño, procede estudiar el ámbito del derecho moral del creador de obras producto de su actividad intelectual⁴⁶.

Conocido es que el derecho de autor es aquella “rama del derecho que regula los derechos subjetivos del autor sobre las creaciones que presentan individualidad resultantes de su actividad intelectual, que habitualmente son enunciadas como obras literarias, musicales, teatrales, artísticas, científicas y audiovisuales./ El derecho de autor reconoce en cabeza del creador de dichas obras intelectuales facultades exclusivas, oponibles *erga omnes*, que forman el contenido en la materia; facultades de *carácter personal* concernientes a la tutela de la personalidad del autor en relación con su obra, destinadas a garantizar intereses intelectuales,

que conforman el llamado *derecho moral*, y facultades de *carácter patrimonial* concernientes a la explotación de la obra que posibilitan al autor la obtención de un beneficio económico y constituyen el llamado *derecho patrimonial*⁴⁷.

Ese derecho moral del autor está integrado por: “el *derecho a divulgar* su obra o a mantenerla reservada en la esfera de su intimidad; el *derecho al reconocimiento de su paternidad intelectual* sobre su obra; el *derecho al respeto y a la integridad* de su obra, es decir, a que toda difusión de esta sea hecha en la forma en que el autor la creó, sin modificaciones y el derecho de *retracto* o *arrepentimiento* por cambio de convicciones y a retirar su obra del comercio. El derecho moral es de carácter extramatrimonial y, en principio, tiene duración limitada”⁴⁸.

Debe advertirse que si bien no hay acuerdo sobre la naturaleza del *derecho de participación* o *droit de suite* -¿derecho de autor o derecho económico?-, la legislación puertorriqueña de 1988 lo incluye como uno de los derechos morales del autor⁴⁹.

El *droit de suite*⁵⁰ es el derecho de los autores de obras artísticas a percibir una parte del precio de las ventas sucesivas de los originales de estas obras realizadas por un comerciante o agente comercial y hasta en pública subasta. La venta se hace enajenando el ejemplar original de la obra, que luego se revende produciendo ganancias. Para sostener que éste es un derecho moral se postula que el mismo se refiere a la reventa de “objetos” o a la de los “soportes materiales” de las obras de arte y que no se están enajenando los derechos sobre la obra⁵¹. En el derecho civil también encontramos la misma idea: “(N)on son objeto de esta propiedad [intelectual] las cosas en las cuales se exterioriza y recibe forma tangible la obra del ingenio (el manuscrito, el libro, el cuadro, la estatua, etc.), sino la obra del pensamiento en sí misma. Aquellas son objeto de propiedad ordinaria o *corporal*, ésta [la obra del pensamiento] lo es de un derecho especial o propiedad *incorporal* que consiste, especialmente, en el derecho del autor a la reproducción exclusiva de su obra...”⁵². Por consiguiente, la transferencia de los derechos no necesariamente conlleva la transferencia del objeto material, así como la mera transferencia del objeto material en el cual los derechos están incorporados o unidos no afecta a éstos⁵³. El *droit de suite* no aplica a la reventa del derecho de autor, sino tan sólo del objeto material.

Puede resumirse que el *droit de suite* tiene características del derecho moral al considerarse como una extensión del derecho de atribución o personalidad, así como también de los derechos económicos/patrimoniales debido a la regalía por reventa. Es, por consiguiente, un derecho mixto; ¿*sui generis*?

Conforme con la legislación puertorriqueña vigente, el “derecho moral es aquel que permite a quien crea una obra gozar de los beneficios de su autoría, según establecidos en [esta ley; 31 LPRA 1401]”⁵⁴. La ley establece: “(E)l autor o derechohabiente de una obra literaria, científica, artística y/o musical tiene el derecho de beneficiarse de ella y las prerrogativas exclusivas de atribuirse o retractar su autoría, disponer de su obra, autorizar su publicación y proteger su integridad, con arreglo a las leyes especiales vigentes sobre la materia”⁵⁵.

La protección del derecho moral⁵⁶ del creador de una obra es independiente de la protección de los derechos económicos o patrimoniales⁵⁷, regulados por la ley de *copyright*.

No obstante, hay que advertir “que ello no quiere decir que la violación de derechos extramatrimoniales nunca puede entrañar la concesión de daños pecuniarios. La infracción de esos derechos puede generar, además de obligaciones de hacer o no hacer, el resarcimiento de daños de orden moral. La medida del daño en tal caso no es el daño económico infligido. La medida es el daño espiritual y social sufrido, con atención a que el derecho moral de los autores puede desvanecerse si las sanciones que se imponen no son eficaces... [citas de autoridades omitidas]. Entre los remedios que proveen las leyes de California y Nueva York citadas se cuenta el resarcimiento de daños”⁵⁸.

En el mismo sentido, la ley expresamente dispone que “(L)a violación del derecho moral da derecho a solicitar remedios interdictales temporeros o permanentes, que incluyen la restitución, confiscación o destrucción de obras, según sea el caso. Dicha violación también da derecho a reclamar daños...”⁵⁹. Así que la compensación económica por daños y perjuicios al derecho

moral de autor es permisible; no contraviene la legislación federal de *copyright*, vigente en Puerto Rico.

En el caso “Cotto Morales”, el Tribunal significó que “(A)nte todo, se estima que el derecho moral es un derecho absoluto, es decir, uno de esos derechos que revisten carácter universal y que implican, por lo tanto, un deber de todos los demás sujetos jurídicos con respecto a su titular. De ahí la obligación que a todos incumbe de abstenerse y evitar cualquier trastorno o perturbación a ese derecho”⁶⁰. Más adelante, afirma que “uno de los aspectos más importantes del derecho moral de autor es el derecho del artista a mantener la integridad de su obra. Este derecho encuentra su fundamento en que la obra es una creación del espíritu y, por consiguiente, es una expresión de la propia personalidad e identidad del autor. Por ello, la distorsión, mutilación o falsa representación, maltrata una expresión de esa personalidad y el honor de su creador”⁶¹.

En ese caso, se resolvió que la obra había sido mutilada “al reproducirse en la página veintiocho (28) del catálogo en el cual aparece cortada en su margen izquierdo, eliminándose una franja vertical de [... medida]. Al eliminarse esta franja se le cortó a la paloma de la rúbrica la mitad del cuerpo dejando solamente la cola y una pequeña parte del tronco y de un ala... elemento iconográfico distintivo del trabajo del artista y se utiliza al igual que la firma... también se afecta la composición general [de la obra], al perderse un elemento que le impartía movimiento y continuidad a la escena incorporando el margen del papel a la totalidad de la composición artística... la pérdida que sufre la obra como un todo se agrava al quedar incompleto el juego tridimensional que sirve de soporte y confirmación visual de lo que ocurre en el resto del diseño [... continúa descripción]”⁶². Se concedieron diez y ocho mil dólares estadounidenses por el daño a la obra, pues aunque “el derecho moral de autor es un derecho no evaluable en dinero ya que no se trata de un derecho patrimonial [;] [S]in embargo “esto no quiere decir que en caso de lesión o agravio no tenga el titular la facultad de reclamar indemnización”⁶³.

En el caso “Ossorio Ruiz”, el Tribunal manifestó: “(E)l derecho moral nace con la obra misma y subsiste, conforme a varios comentaristas, aún después de su cesión. Puig Brutau... aún en ausencia total de legislación se ha sostenido la aplicabilidad de la doctrina... La obra de un artista es de hecho una prolongación de su personalidad. Dalloz... Un atentado contra la obra lesiona la personalidad y dignidad de su creador... Se ha sostenido específicamente que la condición de empleado del artista no le priva de su derecho a la propiedad intelectual.../La doctrina del derecho moral se ha aplicado específicamente para evitar la modificación de murales. Roeder...”⁶⁴. En el caso aludido, un artista que fue contratado para la creación de ciertos murales en varios edificios de residenciales públicos, solicitó la expedición de un interdicto para prohibir su alteración o destrucción sin su consentimiento. Se resolvió que no podían hacerse los retoques necesarios sin el consentimiento del pintor, quien tiene derecho a velar por la integridad de su criatura artística. La orden de entredicho provisional, dictada contra la corporación pública que pretendía retocar la obra sin permiso del autor⁶⁵, fue reinstalada ya que había sido dejada sin efecto.

Otro aspecto relevante es el de la extensión del derecho moral del autor, que, por ley, se extiende hasta cincuenta (50) años después de la muerte del autor (*p.m.a.*). En esa eventualidad o incapacidad del titular, la protección del derecho recaerá en sus derechohabientes⁶⁶.

La legislación puertorriqueña crea un Registro de la Propiedad Intelectual, que adscribe al Departamento (Ministerio) de Estado de Puerto Rico⁶⁷. El Registro está a cargo de un registrador de la Propiedad Intelectual⁶⁸. Este mantendrá “un registro de las obras intelectuales que se publiquen en Puerto Rico y que sean creación de autores puertorriqueños, sean éstos personas naturales o jurídicas y de las obras puertorriqueñas que se impriman en el extranjero para ser distribuidas o reproducidas en el país, o cualquier otro uso que implique su publicación a solicitud de su autor o de sus derechohabientes. Una obra original no publicada podrá registrarse a solicitud del autor”⁶⁹. Además, “(P)odrán, a solicitud de su autor o sus derechohabientes, registrarse en el Registro de la Propiedad Intelectual los libros de cualquier género, las obras gráficas, fotografías, composiciones musicales, obras literarias de cualquier género, trabajos de escultura y los códigos fuentes (*source code*) de programas para

computadora, diseños arquitectónicos y todo tipo de fonograma y obra audiovisual, incluyendo los vídeos, en que tenga cualquier interés de autoría o propiedad una o más personas naturales o jurídicas./A solicitud de una de las partes o sus derechohabientes serán también inscribibles en el Registro de la Propiedad Intelectual los contratos privados y públicos que otorguen cualesquiera personas respecto de las obras registradas. Las inscripciones que autoriza esta sección tendrán el efecto de reservar a favor del autor de la obra inscrita o de sus derechohabientes, el correspondiente derecho de la propiedad intelectual. Para gozar de los beneficios de este capítulo [el del Registro de la Propiedad Intelectual, 31 LPRA 1402 ss.] es necesario haber inscrito el derecho y las obras que lo sustentan en el Registro de la Propiedad Intelectual, con arreglo a lo establecido en las secciones anteriores”⁷⁰.

Otras disposiciones de ley contemplan lo relativo al Registro de la Propiedad Intelectual, que por razón de espacio no comentaremos⁷¹. Un reglamento -que veremos más adelante-complementa las disposiciones legislativas.

El legislador se ocupó expresamente de ordenar que la Ley de Propiedad Intelectual de Puerto Rico de 1988 se interprete “de forma que auxilie y haga efectivos en la práctica para los autores puertorriqueños, los derechos que reconoce la Ley de Derechos de Autor (*Federal Copyright Act*) de los Estados Unidos... [y] los derechos que reconoce la Ley de Propiedad Intelectual española del 10 de enero de 1879 y su reglamento”⁷².

Acometemos a renglón seguido, según indicado precedentemente, una breve referencia al *Reglamento para la presentación, inscripción y depósito de obras en el Registro de la Propiedad Intelectual*⁷³, vigente desde el 2000 (la Ley de Propiedad Intelectual es de julio de 1988; incorporada al Código Civil como ya se ha indicado).

El referido *Reglamento* pretende completar unas lagunas de la ley de 1988. Entre otras definiciones, comprende las siguientes:

1. “Derechos morales” -aquellas prerrogativas exclusivas del autor que lo facultan a defender la integridad de su obra, a determinar bajo que condiciones y circunstancias ésta ha de divulgarse o publicarse, a atribuirse su autoría o a retractarla cuando la obra ya no coincida con sus convicciones intelectuales, artísticas o éticas, siempre y cuando, en este caso, se respeten los derechos legítimamente adquiridos por terceros⁷⁴.

2. “Autor” -es la persona quien, acreditada debidamente como creador o titular de la obra, o parte de ella, tiene derecho a la protección de la ley⁷⁵.

3. “Obra” -incluye toda creación del intelecto que no sea expresamente excluida por ley y que se manifieste en las formas que le ley contempla.

4. “Obra literaria” -incluye textos en prosa y todo artículo o reseña de carácter crítico, analítico, descriptivo o académico publicado en revistas o periódicos de circulación general o especializada⁷⁶.

5. “Fotografías” -incluye audiovisuales, películas y videos de ficción o documentales, disco compacto (CD), DVD, y cualquier otro medio de reproducción digital o videomagnetofónica de imágenes.

El art. 6º del referido Reglamento ordena “que *no serán inscribibles las meras ideas, conceptos* o sistemas sin incorporar en un medio contemplado en la ley o incorporados en forma contraria a la intención legislativa que es proteger a quien, de manera original, expone su personalidad en una creación intelectual...”⁷⁷. La doctrina es de la misma opinión.

Es de rigor advertir que las definiciones contenidas en el *Reglamento* no pueden contradecir aquellas que dispone la ley de *copyright* estadounidense⁷⁸. Si así fuese, la ley federal prevalece⁷⁹. Las definiciones en el *Reglamento* pudieran ser repetitivas o cónsonas con las de la ley. Un ejemplo: en el *Reglamento* se dispone que “obra derivada” “significa una obra basada en otra obra anterior”⁸⁰. A su vez, la Ley de *copyright*, con mayor amplitud, define: “(A) ‘derivative work’ is a work based upon one or more preexisting works, such as translation, musical arrangement, dramatization, fictionalization, motion picture version, sound recording, art reproduction, abridgement, condensation, or any other form in which a work may be recast, transformed or adapted. A work consisting of editorial revisions, annotations, elaborations, or

other modifications which, as a whole, represent an original work of authorship, is a 'derivative work'" 81.

IV. La naturaleza jurídica del derecho moral del autor: derecho de propiedad y de la personalidad

Mucho se ha debatido sobre la naturaleza jurídica del derecho del autor 82. Las dos teorías más sobresalientes son las que lo consideran un derecho de propiedad y/o un derecho de la personalidad.

Derecho de propiedad. En sus orígenes, los derechos, que eran de los impresores y libreros a imprimir y vender libros, emanan de un *privilegio*, concedido por la autoridad gubernamental como monopolio para la explotación y enriquecimiento. Hay consenso en señalar que la ley del 10 de abril de 1710, en Inglaterra, conocida como Estatuto de la Reina Ana, es la primera norma legal que reconoció el *copyright* a favor del autor como un derecho individual. Fue considerado como un derecho de propiedad 83.

En favor de esta tesis se citan, entre otros muchos, los siguientes argumentos: i) la influencia de los decretos revolucionarios franceses que consideraron el derecho de autor como un derecho de propiedad (así las expresiones 'propiedad intelectual', 'propiedad literaria'). Los cuestionamientos no tardaron en aparecer, indicándose que no es posible asimilar al derecho de dominio sobre las cosas materiales (*ius in rem*) un derecho inmaterial; ii) la ubicación de las normas básicas sobre la propiedad intelectual entre aquellas sobre las propiedades especiales en los Códigos Civiles, sin detrimento a que se promulgaran leyes especiales ubicadas fuera del Código 84; iii) las declaraciones legislativas, por ejemplo, la ley del estado de Massachussets, EE.UU., que en su Preámbulo proclama: "(T)here being no property more peculiarly a man's own than that which is produced by the labour of his mind" (No existe propiedad más peculiar para el hombre que aquella producto de la tarea/trabajo/faena de su mente); iv) el uso generalizado en los convenios y tratados internacionales, y v) la propia doctrina 85 y escrito de los autores. Por ejemplo: "La más sagrada, la más inatacable, la más personal de todas las propiedades es la obra fruto del pensamiento..." 86.

Mas el derecho privado del último siglo (veinte) ha acogido la protección de la persona en sí misma como el bien más preciado, que debe protegerse. Hay un desplazamiento del centro de gravedad del derecho privado, de lo patrimonial hacia la propia persona natural.

Derecho de la personalidad. Muy influyente ha sido la Declaración Universal de Derechos Humanos (DUDH-ONU) de 1948, de las Naciones Unidas. Proclamó entre los derechos reconocidos el que "toda persona tiene derecho a la protección de los intereses morales y materiales que le correspondan por razón de las producciones científicas, literarias o artísticas de que sea autora" 87.

Aunque en los códigos civiles tradicionales no es frecuente encontrar normas dedicadas a la protección del daño ocasionado a la persona con abstracción de su patrimonio 88, con el tiempo se va reconociendo la resarcibilidad por daño moral (aunque no esté unido a un daño patrimonial y con independencia de una infracción a las leyes penales) a la persona. Ello constituye un avance en el recorrido histórico hacia un reconocimiento de los derechos de la personalidad.

El Código Civil de Perú vigente (de 1984) es un vivo ejemplo de esa legislación contemporánea que dedica varias normas a los derechos de la personalidad y a la reparación del daño moral 89. Y como parte del mismo título sobre los derechos de la persona se refiere al derecho de autor ordenando que "los derechos del autor o inventor, cualquiera sea la forma o modo de expresión de su obra, gozan de protección jurídica de conformidad con la ley de la materia" 90.

Los derechos de la persona se inscriben al derecho privado, correspondiendo al derecho civil la defensa de los derechos de la personalidad. Estos derechos son de carácter civil. Castan

Tobeñas agrupa los derechos de la personalidad en tres grupos, siendo uno de ellos los derechos de tipo moral.

El derecho moral de autor no es un derecho innato. Surge luego de un acto de creación intelectual. En palabras de De Cupis: *“no corresponde [el derecho moral de autor] a cualquiera que tenga personalidad, sino a la persona que además de ser tal, se cualifique ulteriormente como autor”*. Explica su pensamiento con las palabras siguientes: *“una vez surgido el derecho moral de autor está provisto del carácter de esencialidad [piénsese en un minimum de valoración por su propia condición humana] y por tanto constituye un verdadero derecho de la personalidad. Que no sea innato, que su acto constitutivo sea el mismo que para el derecho patrimonial de autor no es argumento para negar su autonomía respecto al último”*⁹¹.

La norma jurídica termina por reconocer y proteger *“un mínimo de respeto al ser humano [y] en cada época la conciencia social impone un determinado número de derechos sin los cuales no se podría concebir la personalidad jurídica. Ese mínimo que la conciencia social exige le sea reconocido [al ser humano], por ser esencial para la dignidad humana, constituye lo que se viene denominando derechos de la personalidad”*⁹². Hay que advertir que la conciencia social es variable, lo que explica que no todas las sociedades postulen una misma concepción sobre los derechos morales de autor y que una misma sociedad modifique, con el devenir histórico, su parecer.

No hay que dejar de significar que este vuelco sobre los derechos de la personalidad (*a jus personalissimum*) tiene su fundamento en las enseñanzas de Kant, quien sostuvo que los derechos de autor son inherentes a su propia persona y que no requieren del concepto de propiedad para reconocerlos⁹³. Es que la persona humana constituye el centro y el fin del derecho. El derecho civil contemporáneo es concebido girando alrededor de la persona, regulando sus relaciones familiares y patrimoniales. Hay un cambio de énfasis de los derechos patrimoniales a los derechos no económicos de la persona.

Lo ya dicho nos lleva a dedicarle unas líneas a las concepciones dualista y monista del derecho del autor. Dice Espín que *“en la doctrina francesa y de otros países latinos predomina una concepción dualista, tesis que no implica reconocer el autor dos derechos diferentes. En la doctrina alemana, en cambio, predomina la tesis monista”*. Explica: *“(L)a concepción dualista como predominante en la doctrina francesa se resume así: ‘el derecho moral, que tiende a asegurar el respeto de la personalidad del autor a través de la expresión particular que deja en una obra, se encuentra en la categoría más amplia de los derechos de la personalidad, mientras que el monopolio de explotación es una forma particular del derecho de propiedad’; en la misma exposición se añade que la concepción francesa puede ser calificada de dualista al ver el derecho de autor en consideración a la originalidad de su objeto, como enraizado en dos ramas diferentes del Derecho Civil, por lo que se representa ‘como un híbrido’”*⁹⁴. Lo que en palabras de Colombet, sería un *“derecho de propiedad respecto al derecho patrimonial; un derecho de la personalidad respecto al derecho moral”*⁹⁵. Es que *“no cabe admitir ni la mera coexistencia de dos derechos separados en continuo conflicto, ni la plena absorción de las facultades personales en las patrimoniales o a la inversa”*, escribe atinadamente Espín⁹⁶.

En Italia, De Cupis, también se adhiere a la tesis dualista, afirmando *“que con la creación de la obra del ingenio surge un bien inmaterial que la ley protege y es susceptible de inmediata utilización económica por lo que el derecho de autor se configura como derecho patrimonial; pero este derecho patrimonial no agota todos los poderes que se atribuyen al autor, ya que se le atribuyen otros poderes ‘en defensa de la personalidad del autor’, que son extraños al derecho patrimonial, que forman en su conjunto el derecho moral”*⁹⁷.

Para concluir, unas líneas sobre la teoría monista del derecho de autor. Postula que no puede hacerse un deslinde entre las dos facultades reconocidas, ya que tanto las de carácter personal como patrimonial, no son sino manifestaciones de un derecho unitario que conlleva un tratamiento en su conjunto, que pueden desdoblarse como modalidades de un todo⁹⁸.

V. Las materias del derecho moral del autor

Las materias que pueden lograr protección bajo el palio de los derechos de autor son los escritos ⁹⁹.

“Escrito” u “obra literaria”, términos que en el lenguaje de la ley federal de *copyright* (1976) y de la ley puertorriqueña de propiedad intelectual (1988), son mucho más amplios que la aceptación común de ambos ¹⁰⁰. En la ley puertorriqueña no se define “obra literaria” ¹⁰¹, pero la ley federal la define: “Literary Works are works, other than audiovisual works, expressed in words, numbers, or other verbal or numerical symbols or indicia, regardless of the nature of the material objects, such as books, periodicals, manuscripts, phonorecords, film, tapes, disks, or cards, in which they are embodied” ¹⁰². Así, que comprende escritos expresados mediante palabras, como también los manifestados en número (los códigos de un programa de computadora) u otros símbolos numéricos o indicadores (*indicia*, en inglés) ¹⁰³ como los diseños de las máscaras (*mask works*) en las fichas semiconductoras de silicón que constituyen el circuito electrónico de una computadora. En otras palabras, “escritos” es cualquier tipo de manifestación física de los frutos de una labor creativa o intelectual ¹⁰⁴.

Las obras musicales. “La ley puertorriqueña se refiere a ‘obra literaria’, científica, artística y/o musical [y] tiene el derecho de beneficiarse de ella y las prerrogativas exclusivas de atribuirse o retractar su autoría, disponer de su obra, autorizar su publicación y proteger su integridad, con arreglo a las leyes especiales vigentes sobre la materia” ¹⁰⁵. No fue hasta 1971, que el Congreso de los EE.UU. aprobó la “Ley de Fonogramas de 1971” ¹⁰⁶, vigente desde el 15 de febrero de 1972, que concede derecho al productor de una grabación el *copyright* sobre la grabación en sí ¹⁰⁷.

Las obras dramáticas y dramáticomusicales. Las últimas son las óperas, operetas y zarzuelas. General derechos separados tanto para el autor del texto dramático, el de la música y también el de letra a cantarse.

Pantomimas y coreografías. Estos dramas silentes -el primero se distingue por un mayor uso de gestos y expresiones faciales,- fueron incorporadas en la nueva (hoy vigente) ley de *copyright* de 1976.

Obras gráficas, pictóricas y escultóricas. Con el propósito de que estas obras puedan considerarse para estar incluidas en el régimen de derechos de autor, “the work must embody some creative authorship in its delineation or form” (el trabajo debe incorporar alguna creación del autor en el trazado/dibujo o forma) ¹⁰⁸.

Las fotografías. Judicialmente se ha resuelto que la fotografía es labor creativa de un autor ¹⁰⁹. Hasta la fotografía más elemental -la que llaman “de apunte y tire”- se consideró original para ameritar la protección de la ley.

Obras audiovisuales. Esta categoría, añadida por la ley de *copyright* revisada en 1976, hoy vigente, se define como: “Audiovisual Works are works that consists of a series of related images which are intrinsically intended to be shown by the use of machines or devices such as projectors, viewers, or electronic equipment, together with accompanying sounds, if any, regardless of the nature of the material objects, such as films or tapes, in which the works are embodied” ¹¹⁰. Se desprende que el vocablo “audiovisual” es abarcador; comprende toda obra que consista en una secuencia de imágenes relacionadas, acompañadas de sonido. Un ejemplo son las obras filmicas.

Otras son protegidas en conjunto como una compilación ¹¹¹; el noticiero de televisión es ejemplo de ello.

Bajo el término “obras audiovisuales” se incluyen las obras cinematográficas que son descritas como “(M)otion pictures are audiovisual works consisting of a series of related images which, when shown in succession, impart an impression of motion, together with accompanying sounds, if any” ¹¹².

Las películas colorizadas son aceptadas como obras derivadas, recordando que para que éstas últimas cualifiquen como obra de autoría original ha de cumplirse con el criterio de

variación distinguible, por lo que el material derivado no puede ser una copia idéntica ni sustancialmente anterior (ya) protegido ¹¹³.

Las grabaciones. Tanto la grabación como la reproducción y distribución de una obra son consideradas publicación a partir de 1976 (revisión legislativa de la hoy vigente ley de *copyright*). También los discos se incluyeron en la definición de “publicación” ¹¹⁴.

En 1992 se le adicionó un décimo capítulo a la ley federal de *copyright*: “Digital Audio Recording Devices” o “Dispositivos y Medios de Audiograbación Digital” ¹¹⁵, sobre el cual no abundaremos por razón de espacio, excepto para señalar que trata de las grabaciones digitales por los consumidores en sus residencias.

Los programas de computadora. La Ley federal de *copyright* de 1976 fue enmendada en 1980 para añadir el “Computer Software Protection Act” ¹¹⁶; en 1984 se aprobó el “Semiconductor Chip Protection Act” ¹¹⁷.

Dicha ley define programa de computadora en los siguientes términos: “computer program is a set of statements or instructions to be used directly or indirectly in a computer in order to bring about a certain result” ¹¹⁸.

El referido “Computer Software Protection Act” o “Ley para la Protección de Programas de Computadoras”, sec. 117 de la ley federal, trata de los programas de computadoras como una limitación a los derechos exclusivos del autor para divulgar su creación ¹¹⁹.

El concepto jurídico de programa de computadora (o programa de ordenador) “*engloba tres elementos: el programa fuente, el programa objeto y los manuales explicativos. La protección jurídica alcanza a todos ellos. / El código fuente es el conjunto de órdenes y líneas de código necesarias para la ejecución de una concreta función o resultado. Estos mandatos y códigos están escritos en lenguajes de programación, que constituyen la herramienta expresiva básica para lograr la función u objeto al que se dirige el programa de ordenador. Los códigos fuente son expresiones formales comprensibles al ser humano, y es donde precisamente se condensa la carga creativa fundamental susceptible de ser protegida. / El código objeto es el código fuente traducido a lenguaje máquina. El código objeto viene constituido por los ejecutables, o programas concretos que aseguran la ejecución del código fuente. / Por último, el manual explicativo del programa de ordenador es la versión intelectual del código fuente, a través de la cual se explican al usuario cuáles son las funciones del programa y, en definitiva, cuáles son los pasos necesarios para ejecutar cada una de las aplicaciones en que pueda consistir el programa informático*” ¹²⁰.

La “Ley para la Protección de Circuitos Integrados” (“semiconductores”), de 1984, ha sido codificada ¹²¹ en el título 17 del “Código de leyes de los Estados Unidos” (USC) (Capítulo 9, secs. 901-914), ley federal de *copyright*, a pesar de que *no* forma parte de dicha ley original, debido a que el sistema de protección para este tipo de creación es diferente al que se aplica a las obras del autor ¹²².

Es de rigor significar el *Internet*, que es una red mundial (World Wide Web) de información, disponible a escala global, a la cual se accede con una computadora conectada a un servicio de acceso como American On line, entre otras, para mencionar tan sólo un ejemplo. Una de las aplicaciones de los programas de computadora es como módulo operacional en el *internet* ¹²³, entre otras, instrumento de búsqueda, de navegación en sistemas de la Red (ejemplo: el Microsoft Internet Explorer) y para directorios de textos (Yahoo). Hablamos entonces, del “ciberespacio” ¹²⁴.

VI. Limitaciones a los derechos exclusivos del autor

La ley federal de *copyright* enumera unas limitaciones ¹²⁵ a los derechos exclusivos, pero, recordemos, no absolutos, de los derechos de autor.

Dicha ley pretende propiciar que las obras de los autores tengan una amplia distribución, mediante un sistema de protección, estimulando su creación para un mayor beneficio de la sociedad ¹²⁶.

Pero el interés individual de cada autor no siempre concuerda con la más amplia difusión de su obra. La exclusiva atención al interés del autor restringiría el acceso del público a los nuevos conceptos e ideas y creaciones intelectuales, suscitando prácticas monopolísticas en detrimento de la sociedad.

Así las cosas, el beneficio individual del autor tiene que conciliarse/ atemperarse por la norma de uso justo o leal (*fair use*) dispuesta por la sec. 107 de la ley federal de *copyright*.

La sec. 107 ordena:

Sec. 107 - Limitation on exclusive rights: Fair use (limitación al derecho exclusivo: uso justo).

No obstante, las disposiciones de las secs. 106 y 106A [1] ¹²⁷, el uso justo o leal de obras protegidas por el *copyright*, incluyendo aquellos usos como la reproducción de copias o fonogramas o por cualquier otro medio indicado por esa sección, para propósitos tales como críticas, comentarios, informes noticiosos, enseñanza (incluyendo copias múltiples para uso en la sala de clases), erudición (*scholarship*) o investigación, no infringe el *copyright*. En la determinación, si el uso de una obra en un caso o instancia particular es justo/leal, los factores/criterios a considerarse deberán (*shall*) incluir:

1. el propósito y carácter del uso, incluyendo si el mismo es de naturaleza comercial o si es para propósito educativo, no lucrativo; la naturaleza del trabajo protegido por el *copyright*; la cantidad y porción sustancial utilizada en relación con la obra total, y el efecto del uso sobre el mercado potencial o el valor de la obra protegida por el *copyright*.

El hecho de que una obra sea inédita (*unpublished*) no será obstáculo (*shall not itself bar*) para una determinación de uso justo, si tal determinación (*finding*) es hecha considerando todos los factores anteriores. (Traducción nuestra).

Los cuatro factores/criterios deben considerarse en conjunto; serán utilizados por los tribunales en la evaluación de una alegada infracción.

El uso justo es una limitación al derecho de autor debido a que exime al usuario de responsabilidad por haber prescindido de la autorización previa para la reproducción, la presentación pública, así como la exhibición de una obra si ello fue hecho para fines justificables, como la enseñanza y la investigación académica ¹²⁸.

Primero debe determinarse si la obra fue sometida a un *uso permitido* (informes noticiosos, enseñanza, investigación académica, entre otros), para entonces examinar si éste ha sido *justo*.

A renglón seguido, un breve análisis de los criterios a seguirse en la determinación de si un uso ha sido justo o leal. A saber:

1. *Propósito del uso*. Tres factores son relevantes: a) ¿es el uso para fines comerciales o sin fines de lucro? ¹²⁹; b) ¿es el uso transformativo, esto es, si produce beneficio adicional al público?, y c) ¿es la conducta del supuesto infractor éticamente aceptable? ¹³⁰.

2. *La naturaleza de la obra*. Las obras “informativas” (*factual works*), distinta a las “creativas” (*fictional works*), merecen una aplicación más amplia del criterio de uso justo, por lo que serán acreedoras de menos protección que las indicadas en último término ¹³¹.

3. *Cantidad de la obra efectivamente usada (la porción utilizada)*. ¿Ha habido o no una reproducción sustancial del texto? Criterio que es objetable porque si lo que se toma es la obra protegida no fuese sustancial, no se hubiese presentado la defensa de uso justo. Redefinido el criterio por los tribunales parecería que lo importante es si independientemente de la cantidad tomada de la obra protegida, la obra que resultó es parasítica ¹³². Por lo que no es cantidad, sino calidad. De ahí el dicho del juez Learned Hand de que “ningún plagario puede excusar el daño mostrando la cantidad de la obra que no pirateó” ¹³³.

4. *Efecto del uso sobre el valor o mercado potencial de la obra*. ¿Ha sufrido el titular perjuicio económico; ha usurpado la obra reproducida al mercado real o potencial de la obra protegida? Se trata de que la obra resultante desplace la obra original del mercado, perjudicando los derechos o regalías que el autor original hubiese podido cobrar ¹³⁴. Advertir que el autor original o titular del *copyright* no está obligado a demostrar una reducción real de las ventas de

la obra, sino sólo el peligro a su mercado potencial de no tomarse acción para detener la divulgación de la obra a la cual se imputa infracción de derechos ¹³⁵.

Recientemente, ha surgido una corporación sin fines de lucro -*Creative Commons* ¹³⁶- “que ha desarrollado un proyecto internacional novedoso con el objetivo de fortalecer a creadores y creadoras para que sean ellos y ellas quienes definan los términos bajo las cuales sus obras pueden ser usadas, qué derechos desean entregar y bajo qué condiciones lo harán. Creative Commons es una respuesta al régimen tradicional de derechos de autor o *copyright*, el cual impone obstáculos excesivos al proceso creativo y la cultura libre. Bajo dicho régimen, las creaciones artísticas, literarias o intelectuales quedan automáticamente y por defecto bajo la protección de las leyes de *copyright*, las cuales establecen que toda creación plasmada en un medio tangible tiene todos los derechos reservados. En términos prácticos, esto significa que un autor de una obra original tiene el derecho exclusivo de autorizar que otro haga copias, distribuya, ejecute o exhiba públicamente o haga trabajos derivados de dicha obra original... Sin embargo, algunas personas podrían preferir una alternativa a este “derecho exclusivo de copias por defecto”, en particular aquellos que realizan sus creaciones en formato digital o en Internet, un lugar que siempre ha prometido comunicación y colaboración sin trabas./ Creative Commons ensaya resolver un problema dual: por un lado, que autores interesados en hacer cumplir sólo algunos de sus derechos (o ninguno de ellos) no tiene[n] una forma fácil de anunciarlo y, por otro lado, que personas quieren copiar y reutilizar obras creadas por otros no tienen una forma fiable de identificar los trabajos que están disponibles para tales usos. ¿Cómo resuelve este problema Creative Commons? Creative Commons crea unas licencias que definen un abanico de posibilidades entre dos extremos: los derechos de autor plenos (es decir, todos los derechos reservados) y el dominio público (es decir, sin derechos reservados). En otras palabras, a través de sus licencias, Creative Commons ayuda a un autor a ofrecer su trabajo con “**algunos derechos reservados**” en vez de “**todos los derechos reservados**” y, consiguientemente, ayuda a los individuos a fácilmente encontrar obras que podrían utilizar flexiblemente (para unos creativos subsiguientes), según permitido por el autor, sin temor de violentar derechos o estar expuestos a costosos procesos legales”.

La autora cita concluye la exposición, indicando: “*De esta forma Creative Commons provee una infraestructura que facilita el intercambio entre creadores..., fomentando así la creación de un caudal muy diverso y rico de obras con la esperanza de que su uso libre, a su vez, incentive la creatividad y adelante nuestro acervo cultural y científico. Por esto, Creative Commons no contradice el régimen tradicional del copyright. Las licencias Creative Commons ayudan a autores a mantener sus derechos de copyright, pero simultáneamente permitiendo, bajo ciertas condiciones, algunas excepciones con respecto a ciertos derechos...*” ¹³⁷.

El proyecto es interesante. Las licencias que se han generado están explicadas en el ensayo transcrito ¹³⁸.

Otras limitaciones a los derechos exclusivos del autor sobre su obra, no las estudiaremos en este escrito.

VII. Derecho patrimonial o económico del autor en Puerto Rico

Este derecho ¹³⁹ consiste en el derecho a la explotación económica de la obra. Esta puede realizarla por sí mismo el autor o autorizando a otros. Integran las facultades del derecho económico las siguientes: 1) la *reproducción* de la obra en forma material; 2) la *comunicación pública* de la obra en forma no material tanto a espectadores como auditores por medio de la representación y de la ejecución públicas, la radiodifusión (radio sonora y televisión), la exhibición cinematográfica, la exposición y otros, y 3) la *transformación* de la obra mediante su traducción, adaptación, arreglo musical, así como otros ¹⁴⁰.

Como se ha significado previamente, el aspecto patrimonial o económico está regido por la ley federal de *copyright*.

Abundando un poco, *reproducción* es la fijación de la obra en un medio que hace posible su comunicación y, además, la obtención de copias de toda o parte de ella.

A su vez, la *comunicación pública* es todo acto por el cual una pluralidad de personas tiene la posibilidad de acceder (tener acceso) a la obra sin la previa distribución de ejemplares a cada una de ellas. Entre ellas, pueden mencionarse, la emisión de obras por radiodifusión o por cualquier otro medio que sirva para la difusión inalámbrica de signos, sonidos y/o imágenes. Además, la radiodifusión o comunicación al público vía satélite de toda obra (esto es, una entidad radiodifusora introduce las señales o señas portadoras de programas, destinadas a la recepción por el público en una cadena ininterrumpida de comunicación que vaya al satélite y desde el mismo a la tierra).

También comprende la transmisión de cualesquiera obras al público por hilo, cable ¹⁴¹ y fibra óptica, entre otros, mediando o no pago. Igualmente incluye la exposición pública de obras de arte o de sus reproducciones, entre muchos otros.

La *transformación* de una obra comprende, conforme se ha dicho, su traducción, adaptación y cualquier otra modificación en su forma de la que se derive una obra diferente.

VIII. Derecho comparado ¹⁴²

Una referencia al derecho extranjero es casi obligada por los juristas puertorriqueños; es parte indispensable de su metodología de trabajo, sino por otra justificación que el ordenamiento nuestro es “híbrido” o “mixto” ¹⁴³. El tema de este ensayo así también lo amerita. En Puerto Rico, el derecho moral de autor se ha venido a cultivar en los últimos 25-50 años. En los primeros setenta y cuatro años del siglo veinte no hubo jurisprudencia sobre derecho moral en el derecho puertorriqueño ¹⁴⁴. Además, la ley vigente de propiedad intelectual es de 1988. No cabe duda de que ésta debe ser revisada, con el propósito de ampliarla, para lo cual las experiencias extranjeras pueden ser orientadoras.

1. España

El texto refundido de la Ley de Propiedad Intelectual ¹⁴⁵, así como la doctrina de los autores y las sentencias judiciales, es de consulta obligada en Puerto Rico, con el propósito de compararla con la ley de propiedad intelectual española de 1879, aún vigente en nuestro ordenamiento ¹⁴⁶.

En el Código Civil español los arts. 428 y 429 tratan de la propiedad intelectual ¹⁴⁷. El primero declara: “(A)rt. 428. El autor de una obra literaria, científica o artística, tiene el derecho de explotación y disponer de ella a su voluntad”. Seguidamente, el art. 429 reza: “(L)a ley sobre propiedad intelectual determina las personas a quienes pertenece ese derecho, la forma de su ejercicio y el tiempo de su duración. En casos no previstos ni resueltos por dicha ley especial se aplicarán las reglas generales establecidas en este Código sobre la propiedad” ¹⁴⁸.

Además, debe de indicarse que la Sentencia del Tribunal Supremo español de 2 de enero de 1992, estimó que el derecho moral no es un derecho que corresponda a la personalidad, ya que no es consustancial a la persona, en atención a que no *toda* persona es autor ¹⁴⁹. Esta visión no es compartida por el autor de estas líneas “ya que si bien los derechos innatos son siempre derechos de la personalidad, pueden existir derechos de la personalidad que no surjan por el mero presupuesto de la existencia de la persona”, pero que, como afirma De Cupis “*una vez surgidos adquieren carácter de esencialidad ‘y cita precisamente como ejemplo el derecho moral’ de autor*” ¹⁵⁰. Añade que “*la doctrina defiende el concepto de esencialidad atribuido a los derechos de la personalidad, desde el punto de vista de una valoración de la persona humana que no puede reducirse al concepto de personalidad jurídica que el ordenamiento jurídico le atribuye*” ¹⁵¹.

2. Argentina

La Ley de Propiedad Intelectual es la núm. 11.723 (235) del 28 de septiembre de 1933, enmendada por la núm. 25.036 de noviembre de 1998¹⁵². El art. 1º enmendado¹⁵³ ordena que:

“A los efectos de la presente ley, las obras científicas, literarias y artísticas comprenden los escritos de toda naturaleza y extensión, *entre ellos los programas de computación fuente y objeto; las compilaciones de datos o de otros materiales*; las obras dramáticas, composiciones musicales, dramático-musicales; las cinematográficas, coreográficas y pantomímicas; las obras de dibujo, pintura, escultura, arquitectura; modelos y obras de arte o ciencia aplicadas al comercio o a la industria; los impresos, planos y mapas; los plásticos, fotografías, grabados y fonogramas [antes decía: discos fonográficos]; en fin, toda producción científica, literaria, artística o didáctica, sea cual fuere el procedimiento de reproducción.

La protección del derecho de autor abarcará la expresión de ideas, procedimientos, métodos de operación y conceptos matemáticos pero no esas ideas, procedimientos, métodos y conceptos en sí”.

A su vez, el art. 2º dispone que “el derecho de propiedad de una obra científica, literaria o artística, comprende para su autor la facultad de disponer de ella, de publicarla, de ejecutarla, de representarla, y exponerla en público, de enajenarla, de traducirla, de adaptarla o de autorizar su traducción y de reproducirla en cualquier forma”.

La ley argentina consta de sobre ochenta artículos y regula diversos aspectos, tales como los contratos de edición y de representación, entre otros muchos aspectos. El art. 37 manda que “habrá contrato de edición cuando el titular del derecho de propiedad sobre una obra intelectual, se obliga a entregarla a un editor y éste a reproducirla, difundirla y venderla. / Este contrato se aplica cualquiera sea la forma o sistema de reproducción o publicación”¹⁵⁴.

El autor de estas líneas ha publicado varios libros. El contrato de publicación, de una escasa página, básicamente trata sobre las regalías; el resto se deja a la “buena fe y confianza” entre las partes. La Ley puertorriqueña de Propiedad Intelectual, recogida en el Código Civil, es elemental y raquíta para decirlo con elegancia, pero con invitación al lector de estas líneas a pensar en otros adjetivos más contundentes en su evaluación.

3. Estados Unidos de América

Por la implantación de la Convención de Berna en los EE.UU (1988) particularmente el art. 6º bis, y otra legislación (Vara, 1990)¹⁵⁵, además de la protección de los derechos morales en las legislaciones de varias jurisdicciones estatales estadounidenses -California, Nueva York¹⁵⁶, Massachussets y Louisiana- así como de casos judiciales, el derecho de este país sigue siendo de indispensable interés en Puerto Rico, muchas veces seguido o invocado como persuasivo en diversos aspectos, obligatorio en otros (sobre todo en los derechos o facultades patrimoniales del autor).

4. México

La ley federal de derecho de autor de 1996¹⁵⁷, con una última reforma del 23 de julio de 2003, es extensa. Consta de doscientos treinta y ocho artículos más otros nueve transitorios, y otros tres transitorios de la reforma indicada del año 2003. Entre otras disposiciones interesantes se encuentran las siguientes, sin perjuicio de otras tantas igualmente relevantes:

1. **Art. 3º.-** Las obras protegidas por esta ley son aquellas de creación original susceptibles de ser divulgadas o reproducidas en cualquier forma o medio.

2. **Art. 4º.-** Las obras objeto de protección pueden ser: A) Según su autor: conocido; anónimas, seudónimas (que define); B) Según su comunicación: divulgadas, inéditas o no divulgadas y publicadas (que define); C) Según su origen: primigenias, derivadas (que define); D) Según los creadores que intervienen: individuales, de colaboración, colectivas (que define).

3. **Art. 5º.-** La protección se otorga a las obras desde el momento en que hayan sido fijadas en un soporte material.

4. **Art. 6º.-** Fijación es la incorporación de letras, números, signos, sonidos, imágenes y demás elementos en que se haya expresado la obra, o de las representaciones digitales de aquellos, que en cualquier forma o soporte material, incluyendo los electrónicos, permita su percepción, reproducción u otra forma de comunicación.

5. **Art. 11.-** El derecho de autor es el reconocimiento que hace el Estado a favor de todo creador de obras literarias y artísticas previstas en el art. 13 de esta Ley, en virtud del cual otorga su protección para que el autor goce de prerrogativas y privilegios exclusivos de carácter personal y patrimonial. Los primeros integran el llamado derecho moral y los segundos, el patrimonial.

6. **Art. 12.-** Autor es la persona física que ha creado una obra literaria y artística.

7. **Art. 13.-** Los derechos de autor se reconocen respecto de las obras de las siguientes ramas: literaria, musical (con o sin letra), dramática, danza, pictórica o de dibujo, escultórica o de carácter plástico, caricatura e historieta, arquitectónica; cinematográfica y demás obras audiovisuales; programas de radio y televisión; programas de cómputo, fotográfica, obras de arte aplicado que incluyen el diseño gráfico o textil y de compilación (integrada por las colecciones de obras, tales como las enciclopedias, las antologías, y de obras u otros elementos como las bases de datos, siempre que dichas colecciones, por su selección o la disposición de su contenido o materias, constituyan una creación intelectual).

8. **Art. 14.-** No son objeto de la protección como derecho de autor las ideas en sí mismas..., los nombres y títulos o frases aisladas; los textos legislativos, reglamentarios, administrativos o judiciales, así como sus traducciones oficiales; el contenido informativo de las noticias, pero sí su forma de expresión y la información de uso común (refranes, dichos, calendarios y las escalas métricas).

9. **Art. 18.-** El autor es el único, primigenio y perpetuo titular de los derechos morales sobre las obras de su creación.

10. **Art. 19.-** El derecho moral se considera unido al autor y es inalienable, imprescriptible, irrenunciable e inembargable.

11. **Art. 24.-** En virtud del derecho patrimonial, corresponde al autor el derecho de explotar de manera exclusiva sus obras, o de autorizar a otros su explotación.

5. India

Haber visitado este interesante país en varias ocasiones, y haber tenido el privilegio de compartir por varios meses, en sus aulas, me motivan a seguir, en la distancia, algunos de sus desarrollos jurídicos.

En la Revista de la OMPI ¹⁵⁸, correspondiente al 2007, se informa que los derechos morales ganan la batalla de un mural en los tribunales, después de un extenso contencioso judicial de 13 años, que llegó hasta el Tribunal Supremo de la India ¹⁵⁹.

Se trataba de un mural que fue diseñado para adornar los muros que rodeaban un arco central de un importante centro gubernamental de conferencias de la capital, Delhi (creación de obra por encargo). La obra tenía gigantescas dimensiones (más de 12 metros de alto y 42 metros de largo). El diseño había recibido el visto bueno del entonces Primer Ministro de la India. El mural tuvo gran acogida, proyectando al mundo la verdadera India, habiendo sido visitado durante casi 20 años por miles de amantes del arte, la ciudadanía y turistas.

Al decidir restaurar los edificios que albergaban el centro de conferencias, el mural fue desmontado; lo que quedó de él terminó en un almacén, un poco reducido a añicos. Al artista nunca se consultó y tampoco se le contestaron sus varias cartas inquiriendo sobre el mural. El artista (muralista) demandó al gobierno por violación de sus derechos morales. Triunfó sobre el gobierno. El fundamento fue el capítulo 57 (derechos especiales del autor) de la Ley de Derecho de Autor de la India. “Dicha disposición está basada en el artículo 6º bis del Convenio de Berna, en el que se consagra el concepto derechos morales y se estipula la protección de los derechos de autor, el margen de lo que se entiende por derecho de autor, a reivindicar la paternidad de su obra y a oponerse a toda distorsión, mutilación o modificación de la obra que pueda ir en detrimento de su honor o reputación”, afirma la abogada autora de la reseña.

NOTAS:

¹ Véase el tema 1: *Introducción a la propiedad intelectual* por Rodrigo BERCOVITZ, RODRÍGUEZ-CANO, en la obra que coordina, *Manual de propiedad intelectual*, Valencia, España, Tirant-Lo-Blanch, 2001, pág. 22 y ss. *Ubicuidad*: calidad de ubicuo.

Ubicuo(a), adj.: que está presente a un mismo tiempo en todas partes (*Diccionario de la Lengua Española*, Real Academia Española, 21 edic.).

² La Isla de Puerto Rico y adyacentes (el archipiélago; incluye las Islas de Vieques, Culebra y otras menores) constituyen el denominado “Estado Libre Asociado de Puerto Rico”, territorio no incorporado perteneciente a los Estados Unidos de América.

³ “Copyright is a legal term describing *rights* given to creators for their literary and artistic works”. “These two rights provided under copyright [are] economic rights and moral rights... Economic rights protect the creator’s right to remuneration for commercial use of his work. Moral rights are the rights to object any distortion of the creator’s work that could harm his honor and reputation”. Sanjay Banerjee, *Copyright in the Digital Era*, en “Round Table on New Issues Affecting Copyright in the Publishing Industry”, Association of Publishers in India/Federation of Publishers’ and Booksellers’ Association in India 2004, pág. 24.

El autor de este ensayo quiere destacar que hay temas relacionados con el *copyright* que rebasan los alcances y pretensiones de lo que estudiamos, pero que, en unos pocos años más ya que están planteados en la EE.UU., serán debatidos intensamente. Entre otros, véase: (1) Tom W. BELL, *Copyright as Intellectual Privilege* (Chapman University School of Law, Legal Studies Research Paper Series, Paper No. 08-37; 58 Syracuse L. Rev. - (2007)) sosteniendo que más que una propiedad, el *copyright* es un privilegio, lo que ayudará a confinarlo en términos legales más propios, denominados entonces “privilegios intelectuales” (*copy privileges*). Así se hablaría de “tenedores” más que de “propietarios”. De ello, por supuesto, se derivan consecuencias; (2) del mismo autor, *Copyright as a Statutory Mechanism for Redistributing Rights*, 69-1 Brooklyn Law Review 229 y sgtes. Dice: “Copyright exhibits means and ends remarkably similar to those of social welfare programs... This paper examined that interesting contrast... Most notably, understanding copyright as a form of authors’ welfare suggest the need for, and potential shape of, reforms to end copyright as we know it.” (*del abstract*).

⁴ El Código Civil español, aprobado por Real Decreto del 24 de Julio de 1889, fue hecho extensivo a Puerto Rico (también a Cuba y las Filipinas) por Real Decreto del 31 de julio de 1889. Empezó a regir en Puerto Rico el 1º de enero de 1890. Dicho cuerpo quedó vigente, por orden militar estadounidense, luego del cambio de soberanía por la invasión de los E.E.U.U. 1898. Fue mantenido por legislación civil posterior. Hoy día se encuentra vigente la edición de 1930 dicho Código Civil, según enmendada.

⁵ Arts. 359 a 359u del C.C., que es la Ley de Propiedad Intelectual de 1988, 31 LPRA 1401 a 1402m.

⁶ Federal Copyright Act, 17 U.S.C. 101 *et. seq.* (1976). “Copyright”, del inglés, significa “copia” (sustantivo) (no proviene del verbo “copiar”) o “manuscrito”; derecho al manuscrito.

⁷ Puig Brutau manifiesta que “(C)on la denominación de la propiedad intelectual se designa el conjunto de derechos que la ley reconoce *al autor* sobre las obras que ha producido con su inteligencia, en especial los de que su paternidad le sea reconocida y respetada, así como que se le permita difundir la obra, autorizando o negando, en su caso, la reproducción. / En realidad, sólo puede hablarse de propiedad en relación con obras literarias, científicas o artísticas, en un sentido muy amplio. Basta tener en cuenta que *no recae sobre una cosa corporal*, no atribuye un derecho perpetuo, y no puede usarse, disfrutarse o reivindicarse como si se tratara de la propiedad sobre un objeto material... *el interés protegido es la obra del pensamiento o de la actividad intelectual, incluso con independencia de las cosas que la exteriorizan y le dan forma material*. Tener la propiedad del ejemplar de un libro no es tener la propiedad de la obra contenida en el libro. La obra impresa ha sido posible por la existencia previa de la creación del autor, a quien corresponde el derecho exclusivo de dejarlo publicar”. (*Fundamentos de derecho civil*, Barcelona, España, Bosch, t. III, vol. II, 3ª ed., 1979).

⁸ El Convenio fue modificado en 1979. EE.UU. es miembro desde 25 de agosto de 1970. Valga señalar que Puerto Rico, como jurisdicción norteamericana, queda incluido en todos los convenios, tratados, convenciones internacionales suscritos y ratificados por los EE.UU., a menos que se haga una exclusión al efecto, cuando ello sea posible.

⁹ Sobre la competencia desleal en los EE.UU., véase Charles R. McMANIS, *Intellectual Property and Unfair Competition in a Nushell*, 5ª ed., EE.UU., Thomson/West, 2000.

¹⁰ Sobre las denominadas “jurisdicciones mixtas”, véase “Vernon v. Palmer”, *Mixed Jurisdictions Worldwide (The Third Legal Family)*, Cambridge University Press, U.K., 2001. Cita a T.B. Smith, el eminente comparatista escocés, que describe las “jurisdicciones mixtas” “as being basically a civilian system that had been under pressure from the Anglo-American common law y que ha sido, en parte, sobrepuesto por ese sistema rival de derecho” (“basically a civilian system that had been under pressure from the Anglo-American common law and has in part been overlaid by that rival system of jurisprudence”) (pág. 7). Palmer ofrece tres características que ayudan a describir, a su juicio, una “jurisdicción mixta”, a saber: “the first characteristic feature is the specificity of the mixture to which we refer” (que el *common law* y el *civil law* constituyen los pilares básicos del ordenamiento jurídico); “a second characteristic is quantitative and psychological” (aunque Texas y California tienen elementos de “derecho civil”, se les considera estados donde el *common law* impera, a Louisiana se le considera un estado donde el *civil law* es preeminente); “the third characteristic is structural,” ya que se distinguen el derecho privado (europeo continental) del derecho público anglo-norteamericano. (págs. 7 a 9). Cita a J.M. Mcknight: “To characterize a system as mixed is to recognize a prevailing state of legal mind...” (caracterizar un sistema [jurídico] como mixto es reconocer un estado de mentalidad jurídica prevaleciente).

¹¹ Pedro F. SILVA-RUIZ, *The Puerto Rico Legal Order-A Mixed System*, en el libro “European Legal Traditions and Israel”, Rabello ed., The Hebrew University of Jerusalem, 1992, pág. 347 ss. Además, véase, el capítulo sobre “Puerto Rico”, elaborado por Ennio Colón y asociados, en el libro de PALMER, *Mixed Jurisdictions Worldwide...*, citado, p. 364 ss.

¹² Véase, entre otros, Pedro G. SALAZAR, *La protección legal del autor puertorriqueño*, San Juan, Puerto Rico, Editorial Universidad de Puerto Rico, primera edición, 2000, 304 págs.; Pedro F. Silva-Ruiz, *Régimen legal del derecho de autor en Puerto Rico*, en “el Boletín de Propiedad Intelectual” (Boletín PI), en línea, Universidad de Colima, México; y *Curso: ¿A quién le pertenece?: Principios básicos sobre Propiedad intelectual* (PROP-2008-49), 12 septiembre 2008, Instituto de Educación Práctica y Comisión de Propiedad Intelectual del Colegio de Abogados de Puerto Rico. Los materiales distribuidos me fueron facilitados por el Lcdo. F. Rovira Rullán, a quien agradezco su gentileza. Otros abogados participaron en su elaboración y así está consignado en dichos materiales.

¹³ Tanto la vigencia Ley de Propiedad Intelectual de 1879, como el Código Civil, ambos españoles, en Puerto Rico se produjo por mandato de Reales Decretos. La Ley de Propiedad Intelectual entró en vigor en Puerto Rico en virtud del Real Decreto de 10 de enero de 1879. El Código Civil se extendió por mandato del Real decreto del 31 de julio de 1889. “Rodríguez v. San Miguel, 4 DPR 105, 114 (1903) y *Torres V. Rubianes*, 20 DPR 337, 345 (1914).

¹⁴ Los derechos patrimoniales eran protegidos más ampliamente que el aspecto moral (esto es, prerrogativas protectoras de la reputación autoral y la integridad de la obra),

¹⁵ La referida ley de “copyright” tiene plena vigencia en Puerto Rico ya que en su artículo sobre definiciones - United States”; “State” - incluye expresamente a Puerto Rico, 17 USC 101; también incluye al Distrito de Columbia, así como los territorios bajo la jurisdicción de los E.E.U.U. (Islas Vírgenes estadounidenses, por ejemplo).

Para referirse a Puerto Rico dice “Commonwealth of Puerto Rico”, que es la (incorrecta) traducción oficial de “Estado Libre Asociado de Puerto Rico”.

¹⁶ 17 USC 106: “... the owner of copyright... has the exclusive rights to do and to authorize any of the following: (1) to reproduce the copyrighted work in copies or phonorecords [derecho a la reproducción de la obra]; (2) to prepare derivative works based upon the copyrighted work [derecho a preparar obras derivadas]; (3) to distribute copies or phonorecords of the copyrighted work to the public by sale or other transfer of ownership, or by rental, lease, or lending [derecho a distribuir copias por venta, arrendamiento, préstamo o cesión]; (4) in the case of literary, musical, dramatic, and choreographic works, pantomimes, and motion pictures and other audiovisual work, to perform the copyrighted work publicly [derecho a representar públicamente obras literarias] (5)... to display the copyrighted work publicly [derecho a exponer en público...]; and (6) in the case of sound recording, to perform the copyrighted work publicly by means of a digital audio transmission [derecho a presentar en público, mediante audio transmisiones electrónicas, los fonogramas digitales protegidos].”

¹⁷ Ley núm. 96 de 15 de Julio de 1988, incorporada en el Código Civil, art. 359 ss., 31 LPRA 1401 ss.

¹⁸ 102 DPR 260 (1974). En los primeros 74 años del siglo 20 no hubo caso alguno sobre el derecho de autor en la jurisprudencia del Tribunal Supremo de Puerto Rico.

¹⁹ *Ibid*, a la p. 261.

²⁰ **Art. 428.-** “El autor de una obra literaria científica o artística, tiene el derecho a explotarla y disponer de ella a su voluntad”.

Art. 429.- “La ley sobre propiedad intelectual determina las personas a quienes pertenece ese derecho, la forma de su ejercicio y el tiempo de su duración. En casos no previstos ni resueltos por dicha ley especial se aplicarán las reglas generales establecidas en este Código sobre la propiedad”.

²¹ En el art. 8º de la Ley Foraker se fundó inicialmente la continuada vigencia del Código Civil (hecho extensivo en 1890) y otra legislación de origen español en Puerto Rico. Advertir que entre 1898-1900 hubo gobierno

militar y en 1900 se organizó un gobierno civil para Puerto Rico. En los años de gobierno militar se dispuso la continuidad de la vigencia Código Civil; luego en 1900 se continuó esa vigencia, pero ya bajo gobierno civil.

²² 64 Stat. 319, 3 de Julio de 1950. El art. 58 reza: “Todas las leyes o partes de leyes aplicables a Puerto Rico que no estén en contradicción con cualquiera de las disposiciones de esta Ley [de Relaciones Federales] continuarán por la presente en vigor; y todas las leyes y partes de leyes incompatibles con las disposiciones de esta Ley, quedan por la presente derogadas.”

²³ El art. 9º Ley de Relaciones Federales con Puerto Rico – comprende los artículos de la Carta Orgánica de 1917 (Acta/Ley Jones) que no fueron derogados por las leyes que condujeron a la creación del “Estado Libre Asociado de Puerto Rico” – reza: “(L)as leyes estatutarias de los Estados Unidos que no sean localmente inaplicables... tendrán el mismo efecto y validez en Puerto Rico que en los Estados Unidos...” (Arts. 9, 39 Stat. 954, 2 marzo 1917; dejado en vigor por 64 Stat. 319 del 3 de julio de 1950). Véase *U.S.A. v. Figueroa Ríos*, 140 F. Supp. 376 (1956) (Tribunal de Distrito Federal para Puerto Rico).

²⁴ En el campo de las marcas de fábrica, también coexiste la legislación puertorriqueña con la estadounidense.

²⁵ 106 DPR 49 (1977).

²⁶ Resulta obvio que al referirse a América del Norte (norteamericana) (que comprende, además de los Estados Unidos de América (USA), Canadá y México) lo que realmente se quiere decir es estadounidense.

²⁷ Ambos artículos fueron transcritos con anterioridad. Véase, además, los arts. 12 y 7 del CCPR, 31 LPRA 12 y 7, respectivamente, que ofrecen amplio fundamento adicional para el reconocimiento en Puerto Rico del derecho moral de los autores, creadores y artistas (*Ossorio*, p. 52). El art. 12 versa sobre deficiencias en las leyes especiales que rijan determinada materia, ordenándose que dichas deficiencias se suplirán por las disposiciones del Código Civil. Y el art. 7 manda que cuando no haya ley aplicable al caso, el tribunal resolverá conforme a equidad (en su concepción romano-germana y no “equity” angloamericana).

²⁸ 115 DPR 495 (1984).

²⁹ *Ibid.*, p. 497.

³⁰ 17 USC 301 (1976) (Preemption with respect to other laws). Los apartados (a) y (b) (no habrá derechos bajo la *common law* o legislación estatal) refieren al art. (sec.) 106. La sec. 106 enumera seis (6) situaciones, a saber: (1) la reproducción de trabajos/obras protegidas por el *copyright* de copias y fonogramas; (2) la preparación de trabajos derivados basados en trabajos/obras protegidas por el *copyright*; (3) a distribución de copias o fonogramas de trabajos/obras protegidas por el *copyright* al público, mediante venta u otra cesión de propiedad (transfer of ownership), arrendamiento o préstamo; (4) ejecutar públicamente las obras literarias, musicales, dramáticas o coreográficas, pantomímicas y películas (motion pictures) y otras obras audiovisuales; (5) en el caso de obras literarias, musicales, dramáticas y coreográficas, pantomímicas y pictóricas, gráficas, escultóricas, incluyendo imágenes individuales de películas y otros trabajos/obras audiovisuales, protegidas por el *copyright*, exponerlas (display) públicamente y (6) en el caso de sonido grabado (sound recording), ejecutar los trabajos/obras protegidas públicamente mediante transmisiones audio digitales.

³¹ “Pancorbo...”, 115 DPR 495, 500 (1984).

³² Ley núm. 96 de 15 de julio de 1988, 31 LPRA 1401 et. seq. (el vol. 31 de las Leyes de Puerto Rico Anotadas (LPRA) es el Código Civil).

³³ 31 LPRA 1401 b.

³⁴ 140 DPR 604 (1996)

³⁵ *Ibid.*, 619-620. Véase, más adelante, la ley de derechos de artistas visuales (Vata, 1990), 17 USC 301f, que eleva a nivel federal los aspectos principales del derecho moral: la integridad de la obra y la atribución de autoría, tan sólo para artistas visuales.

³⁶ *Ibid.*, pág. 612.

³⁷ *Ibid.*, citando “Kewanee Oil Co. v. Bicron Corp. W, 46 US 470, 478 (1974) y “Goldstein v. California”, 412 US 546 (1973).

³⁸ *Ibid.*, p. 613, citando a “Pancorbo v. Wometco”, 115 DPR 495, 502 (1984).

³⁹ *Ibid.*, págs. 615-16. En “Wojnarowicz v. American Family Association”, 745 F. Supp. 130, 135-139 (S.D. N.Y. 1990). “If the state law provides different rights than are available under the federal law, it is not preempted [17 USC 301]. As stated in “Mayer v. Josiah Wedgwood & Sons, Ltd... [1985]”, “the prevailing test may be referred to as the ‘extra element’ test”. That extra element must change not merely the scope of the action but its nature, so that the state law claim is qualitatively different from a copyright infringement claim. Where the state law violation is predicated upon an act incorporating elements beyond mere copying, the action is qualitatively, different and there is no preemption... [casos] (pág. 135). Véase, el “New York Artists’ Authorship Right Act, N.Y. Cultural Affairs Law”, sect. 14.03 (Mckinney’s Supp. 1990).

⁴⁰ Tratado originalmente suscrito en Berna, Suiza, el 9 de septiembre de 1886, con varias revisiones, siendo la más reciente el Acta de París del 24 de julio de 1971.

⁴¹ “BCIA”, Ley núm. 100-568, 102 Stat. 2853 (31 de octubre 1988).

⁴² Traducción. Los textos de la Convención de Berna, revisión de París (1971) y de la Ley para la implantación de la Convención de Berna (de 1988), se reproducen en el suplemento acumulativo (2008) del libro *Copyright Law*, séptima edición, por C. Joyce, et. al. (Lexis Nexis, 2008).

⁴³ Donald Chisum y Michael A. Jacobs, “Understanding Intellectual Property Law”, Matthew Bender and Co., 1992, sec. 4E [6][b], págs. 4-149.

⁴⁴ Vigencia diferida al 1º de junio de 1991. Define el “work of visual art” como “a painting, drawing, print, or sculpture, existing in a single copy, in a limited edition of 200 copies or fewer that are signed and consecutively numbered by the author, or, in the case of a sculpture, in multiple cast, carved, or fabricated sculptures of 200 or fewer that are consecutively numbered by the author and bear the signature or other identifying mark of the author; ...”, 17 USC sect. 101 (Definitions). Véase, además, 17 USC 101, 101A, 107, 113, 301, 411, 412, 501, 506. El caso de “Phillips v. Pembroke Real Estate, Inc.”, 459 F. 3d 128 (1st. Cir. 2006) versa sobre Vara y es de particular interés para Puerto Rico ya que el Tribunal de Distrito Federal de Puerto Rico es revisado por el Tribunal de Apelaciones de Boston (Primer Circuito).

⁴⁵ Véase, ley de propiedad intelectual de 1988, art. 359 ch del Código Civil, 31 LPRA 1401c, que extiende el derecho moral de autor hasta 50 años después de la muerte del autor (p.m.a., *post mortem auctoris*).

⁴⁶ Un tribunal de apelaciones federal suscintamente explicó el fundamento de los derechos morales, afirmando: “The theory of moral rights is that they result in a climate of artistic worth and honor that encourages the author in the arduous act of creation.../In other words, these moral rights [“The right of attribution, the right of integrity and, in the case of works of visual art of ‘recognized stature’, the right to prevent destruction”, indicando que Vara concede estos tres derechos] protect what an artist retain after relinquishing ownership (and/or copyright) of the tangible object that the artist has created”. “Phillips v. Pembroke Real Estate, Inc.”, 459 F. 3d 128, 133 (1st. Cir. 2006) Sobre la Ley Vara, véase la parte II de este ensayo.

⁴⁷ Delia LIPSZYC, *Derecho de autor y derechos conexos*, Ediciones UNESCO/CERLALC/ Buenos Aires, Zavalía, 1993, pág. 11 (itálicas en el original). Adeney, en un libro que versa sobre el derecho moral de autores y ejecutantes dice: “Moral rights, as the words are understood in copyright law, are specialized legal devices that allow certain creators to control the treatment and presentation of their work by others. *They thereby safeguard the non-economic interests that arise from the creative act.*” Añade: “It may further be said that *moral rights are conceptually distinct from any economic rights or “copyright”* that authors or performers have, or have had, in their intellectual production, and that *the rights remain with the author or performer even after economic rights have been alienated...*”. Elizabeth ADENEY, *The Moral Rights of Authors and Performers (An international and Comparative Analysis)*, Nueva York, EE.UU., Oxford University Press, 2006, págs. 1 y 2 (nuestras itálicas). Véase la *Reseña* de este libro, de Pedro F. SILVA-RUIZ en vol. 68, núm. 2 “Revista del Colegio de Abogados de Puerto Rico”, pág. 373 ss. (abril-junio 2007).

⁴⁸ *Ibid.*, págs. 11-12. Para Castán, integran el contenido del derecho moral de autor, como facultades o prerrogativas más sobresalientes las siguientes: 1) el derecho de publicación; 2) el derecho de paternidad intelectual; 3) el derecho de defensa de la integridad de la obra, que en su aspecto positivo le autoriza para modificarla, y en el negativo para impedir que sea alterada o deformada por los demás, y 4) el derecho de arrepentimiento. CASTÁN TOBEÑAS, *Derecho civil español, común y foral*, Madrid, Reus, 1978, t. I, vol. 2, págs. 379-380. (duodécima edición, con adiciones de J.L. de los Mozos).

⁴⁹ Art. 359h del Código Civil de 1930, adicionado por la ley núm. 96 de 15 de julio de 1988, 31 LPRA 1401h; que reza: “Toda persona que cree una obra de arte tiene derecho a percibir un cinco (5) por ciento del aumento en el valor de dicha obra al momento de ésta revenderse. Dicha cantidad será deducida de lo que perciba el vendedor, y su agente o mandatario serán solidariamente responsables por esta cuantía. En aquellos casos en que se desconozca el paradero del autor, la cantidad resultante se depositará a su nombre en una cuenta especial a ser abierta por el Registrador de la Propiedad Intelectual”.

⁵⁰ También se le refiere como “derecho de seguimiento” o “derecho de persecución”.

⁵¹ Véase la sec. 202 de la ley federal de *Copyright* que distingue entre la propiedad del objeto material en el cual se incorporan los derechos y la propiedad de los derechos propiamente hablando. (“Ownership of a copyright, or of any of the exclusive rights under a copyright, is distinct from ownership of any material object in which the work is embodied...” reza la primera oración de la sec. 202 aludida 17 USC 202.)

⁵² JOSÉ CASTÁN TOBEÑAS, *Derecho civil español, común y foral*, t. II, vol. I, Madrid, Reus, por Gabriel García Cantero, pág. 578 (itálicas en el original), (décimo tercera edición, 1987).

⁵³ Warren and Brandeis, en su ensayo seminal *The Right of Privacy*, vol. 4, no. 5, Harvard Law Review, a las págs. 198-199 (15 diciembre 1890), manifestaban: “No other [refiriéndose al individuo] has the right to publish his productions in any form without his consent. The right is wholly independent of the material on which, or the means by which, the thought... is expressed. It may exist independently of any corporal being, as in words spoken, a song sung, a drama acted. Or if expressed on any material, as a poem in writing, the author may have parted with the paper, without forfeiting any proprietary right in the composition itself. The right is lost only when the author himself communicates his production to the public - in other words, publishes it...” (citas omitidas). Es de rigor advertir que los autores se estaban refiriendo a la protección de los derechos de la privacidad que el *common law* ancestral concedía a cada individuo; asimismo, la legislación sobre *copyright* también protegió el derecho del autor a seleccionar cuando publicar su obra, que igualmente merece no menos protección. Véase, “Harper & Row Publishers v. Nation Enterprises”, 105 St. Ct. 2218, 2227 (1985).

⁵⁴ Sec. 1 de la ley núm. 96 del 15 de julio de 1988, adicionado como art. 359b del Código Civil de 1930, 31 LPRA 1401 (a).

⁵⁵ Art. 1º de la ley núm. 96 de 15 de Julio de 1988, adicionado como art. 359a del Código Civil de 1930, 31 LPRA 1401.

⁵⁶ El glosario trilingüe de propiedad intelectual y derechos de autor define los “derechos morales”, *moral rights*, *droit moraux* como los “derechos otorgados a los autores de una obra literaria, artística o científica por el mero hecho de la creación de dicha obra, como el derecho al reconocimiento de la autoría, a la integridad y al respeto al

contenido a la obra. El autor también tiene derecho a revelar su obra así como a retirarla si considera que ha quedado desfasada o ya no refleja sus puntos de vista”. www.acta.es/derechos_autor/da_glosario.htm (visitado el 20/9/08) (son once páginas).

⁵⁷ Art. 1º de la ley núm. 96 del 15 de Julio de 1988, adicionado como art. 359c del Código Civil de 1930, 31 LPR 1401(b).

⁵⁸ “Pancorbo v. Wometco”, citado, págs. 502-03. Véase, The California Art Preservation Act, California Civil Code (West 1982), vigente desde el 1 de enero de 1980 y New York Arts and Cultural Affairs Law sec. 3 B, vigente desde el 31 de diciembre de 1983.

En 1976, el estado de California aprobó la primera ley en defensa de ciertos derechos morales de los artistas plásticos (los creadores de pinturas, esculturas, dibujos y trabajos artísticos en vidrio). Véase, el Código Civil de California, sec. 987 (Ley para la Protección de Obras de Arte, “APA”). Su interés es más bien la protección de la obra (el daño a la integridad de la obra) que la del artista. A éste se le reconoció el derecho de exigir el reconocimiento de su autoría. Una de las limitaciones de la “APA” es que el artista podía renunciar a sus derechos, si lo hacía por escrito (sec. 987 [g] [3]), lo cual es contrario a uno de los principios básicos del derecho moral que postula su irrenunciabilidad. Valga significar que esta limitación fue incorporada a la VARA 1990 federal (Véase la Parte II de este escrito, al final), lo que invita a pensar si “APA” sigue o no vigente.

Nueva York aprobó, en 1984, una legislación -Ley de Derechos de Autoría Artística o “ARA” (New York Arts and Cultural Affairs Law. Artists Authorship Rights, sec. 14.03 McKinney’s Consolidated Laws of New York Annotated, book 8)- que en lo que concierne al derecho moral tan sólo se manifiesta el “derecho de atribución o paternidad”. Protege el derecho a la integridad tan sólo parcialmente ya que lo limita a que el autor pueda objetar la exhibición pública de la obra, si ésta ha sido alterada o mutilada.

Otros estados han aprobado legislación sobre los derechos de integridad y atribución de artistas. Véase, Massachusetts General Laws 231:85 S (1985).

⁵⁹ Art. 1º de la ley núm. 96 de 15 de Julio de 1988, adicionado como art. 359f del Código Civil de 1930, 31 LPR 1401f.

⁶⁰ “Cotto Morales”, citado, a la pág. 623.

⁶¹ *Ibid.*

⁶² *Ibid.*, pág. 624.

⁶³ *Ibid.*, pág. 626, citando a PÉREZ SERRANO, *El derecho moral de los autores*, 2 Anuario de Derecho Civil 13 (1949) (Madrid, España).

⁶⁴ “Ossorio Ruiz”, citado, pág. 55.

⁶⁵ *Ibid.*, págs. 57-58.

⁶⁶ Art. 1º de la ley núm. 96 del 15 de julio de 1988, adicionado al Código Civil de 1930, como art. 359ch, 31 LPR 1401c.

La limitación de tiempo para disfrutar del derecho exclusivo tiene raíz constitucional. Véase la Constitución de los EE.UU., art. 1º, sec. 8, cláusula 8 (... “securing for limited time...”). Véase más adelante, la Parte V de este ensayo.

⁶⁷ Art. 2º de la ley núm. 96 del 15 de julio de 1988, adicionado como art. 259i; del Código Civil de 1930; 31 LPR 1402.

⁶⁸ *Ibid.*; adicionado como art. 359j del Código Civil de 1930; 31 LPR 1402a.

⁶⁹ *Ibid.*; adicionado como art. 359j del Código Civil de 1930; 31 LPR 1402a.

⁷⁰ Sec. 2 de la ley núm. 56 del 15 de Julio de 1988, adicionado como art. 359ll del Código Civil de 1930; 31 LPR 1402d.

⁷¹ Art. 359m del Código Civil, 31 LPR 1402e: marca acreditativa (R);

Art. 359n del Código Civil, 31 LPR 1402f: depósito de obras;

Art. 359o del Código Civil, 31 LPR 1402g: denegación de inscripción; notificación;

Art. 359p del Código Civil, 31 LPR 1402h: procedimiento;

Art. 359q del Código Civil, 31 LPR 1402i: penalidades, y otras.

⁷² Art. 2º de la ley núm. 96 del 15 de julio de 1988, adicionado como art. 359u del Código Civil de 1930; 31 LPR 1402m.

⁷³ Es el *Reglamento* núm. 6157 del 31 de mayo de 2000, que derogó el *Reglamento* núm. 4750 del 11 de agosto de 1992. Hago constar mi agradecimiento a la señora Cristina M. Armenteros Cherboni, Ejecutiva de Ventas de la corporación privada Microjuris.com, Inc., por facilitarme copia, sin cargo alguno, del documento, contrario a lo que pretendía la Oficina del Registrador de la Propiedad Intelectual del Departamento (Ministerio) de Estado de Puerto Rico, de vendérmelo, a pesar de que le indiqué que lo utilizaría en una investigación que preparaba y publicaría. Dicho Departamento de Estado no tiene *on line* el aludido *Reglamento*, para así obligar a su adquisición mediante paga.

⁷⁴ Para una definición de la Ley de Propiedad Intelectual de 1988, véase 31 LPR 1401a.

⁷⁵ La Ley de Propiedad Intelectual de 1988 no define “autor”.

⁷⁶ También son definidas “obra derivada”, “obra gráfica”, “obra inédita” y “obra en serie”. Véase, en la ley de *copyright* la definición de “literary works”, 17 USC 101, que luce más amplia que la del *Reglamento*.

⁷⁷ Itálicas nuestras. La dicotomía idea/expresión aparece en 17 USC 102 (b) que reza: “*In no case does copyright protection for an original work of authorship extend to any idea, procedure, process, system, method of operation, concept, principle, or discovery, regardless of the form in which it is described, explained, illustrated, or embodied in such work*” (itálicas nuestras)

⁷⁸ Copyright Act of 1976, 17 USC 101.

⁷⁹ El principio de supremacía federal así lo impone.

⁸⁰ *Reglamento*, Art. 2º (j).

⁸¹ 17 USC 101.

⁸² Lo que se convierte en la doctrina es la naturaleza jurídica del derecho del autor. “Se le considera: como un verdadero derecho de propiedad (Sánchez Román); como propiedad incorporal (Josserand); como un privilegio o monopolio de derecho privado (Laband, Roguin, Valverde); como un derecho sobre bienes jurídicos inmateriales (Kohler, Enneccerus); como un derecho real sobre cosas incorpóreas (Ferrara, Rodríguez-Arias); como un usufructo; como un derecho patrimonial especial (Ruggiero); como un derecho intelectual (Picard); como un derecho de la personalidad (Gierke).

Como vemos, hay enfrentadas dos principales concepciones antagónicas: la que considera el derecho de autor como un *derecho personal* y la que lo conceptúa como un *derecho patrimonial*...”. Más adelante, afirma: “En lo que parece más conforme la doctrina moderna -aunque haya también discrepancias en este punto- es en negar al derecho de que se trata el carácter de verdadera propiedad, ya por no recaer sobre cosa corporal, ya por no ser perpetuo, ya, en general, por no reunir las condiciones que respecto al uso, disfrute y reivindicación tiene todo derecho de propiedad”. CASTÁN TOBEÑAS, *Derecho civil español, común y foral*, tomo segundo, volumen primero, décimo tercera edición por Gabriel García Cantero, 1987 (Madrid, Reus), págs. 580-1 (citas omitidas; pero, véase, RODRÍGUEZ-ARIAS, *Naturaleza jurídica de los derechos intelectuales*, en la Revista de Derecho Privado, 1949, págs. 747 y 830 (Madrid).

⁸³ Statute of Anne (8 Anne, C. 19). LIPZYC, citado, pág. 19; ADENEY, citado, pág. 13 ss. A la p. 368 (núm. 13.07), Adeney señala que en un borrador del Estatuto de la Reina Ana se hacía referencia al “undoubted property that authors had in their books”, que fue sustituida por la frase “sole right and liberty of printing”. La referencia a “undoubted property” fue objetada como una que se podía interpretar como derecho natural. Al aprobarse se le llamó “Act for the Encouragement of Learning (by vesting the Copies of printed Books in the Authors or Purchasers of such Copies...)”.

⁸⁴ En unión a otras propiedades especiales como el dominio de las aguas. Véase, entre otros, el Código Civil de Puerto Rico, 31 LPRA 1311 ss. y 1401 ss..

⁸⁵ Puig Brutau escribe; “(L)os derechos reales en que consisten la llamada propiedad intelectual [*derecho de autor*] y también la industrial, se caracterizan porque confieren un monopolio a su titular; es decir, confieren el derecho, más o menos limitado, a una explotación exclusiva. La consideración unitaria que, en cierto modo, merecen los derechos de autor y de inventor puede fundarse en el hecho de que en ambos casos se trata de proteger el talento creador del individuo y por ello pueden considerarse como *manifestaciones de derecho de la personalidad*.” (citas omitidas) (itálicas nuestras). *Fundamentos de derecho civil*, t. III, vol. II, citado, pág. 208.

⁸⁶ Diego ESPÍN CÁNOVAS, *Derecho civil español*, vol. II, Revista de Derecho Privado, Madrid, 1925, pág. 302 (citado en “Cotto Morales”, citado, pág. 607, nota al pie de pág. 1).

⁸⁷ Art. 27.2, DUDH-ONU

⁸⁸ El daño sancionado por el Código Civil se consideraba que era el daño patrimonial. El daño moral encontraba sanción por medio de normas penales como las que castigan la calumnia y la injuria.

⁸⁹ Código Civil de Perú, arts. 6º a 16 (Título II: Derechos de la persona). El art. 1984, reza: “El daño moral es indemnizado considerando su magnitud y el menoscabo producido a la víctima o a su familia”. Un tribunal peruano resolvió que “si bien no existe un concepto unívoco de *daño moral*, es menester considerar que *éste es el daño no patrimonial inferido en derechos de la personalidad o en valores que pertenecen más al campo de la afectividad que al de la realidad económica*; en cuando a sus efectos, es susceptible de producir una pérdida pecuniaria y una afectación espiritual” (itálicas nuestras) (Cas. 949-95- Arequipa, *El Peruano*, 12/5/98, pág. 1007; citado en *Código Civil*, Gaceta Jurídica, editores, Lima, Perú, séptima edición, abril 1999).

Y el art. 1985 ordena: “La indemnización comprende las consecuencias que deriven de la acción u omisión generadora del daño, incluyendo el lucro cesante, el daño a la persona y el daño moral, debiendo existir una relación de causalidad adecuada entre el hecho y el daño producido. El monto de la indemnización devenga intereses legales desde la fecha en que se produjo el daño.”

⁹⁰ Código Civil de Perú, de 1984, vigente, art. 18 (Título II: Derechos de la persona).

⁹¹ DE CUPIS, *Il diritto della personalità*, citado por ESPÍN CÁNOVAS, *Los derechos del autor de obras de arte*, Madrid, Civitas, 1996, págs. 44-45.

⁹² ESPÍN CÁNOVAS, *ibid*, p. 47.

⁹³ ADENEY, citado, págs. 25-27.

⁹⁴ ESPÍN CÁNOVAS, *Los derechos del autor de obras de arte*, citado, pág. 53, citando a POLLAUD-DULIAN, *Le droit moral d'auteur*, Congrès d' Anvers, 1993, pág. 127, I-A. Igual en ESPÍN CÁNOVAS, *Fundamento y protección del derecho de autor en las obras de arte* (discurso leído en la Real Academia de Jurisprudencia y Legislación en el acto de su recepción como académico de número), Madrid, 1995, pág. 29. La voz “híbrido”, para calificar el derecho de autor en la doctrina francesa, revela la conexión entre las facultades opuestas que se atribuyen, entre todas las facultades que lo integran.

⁹⁵ ESPÍN CÁNOVAS, *Los derechos del autor...*, citado, págs. 52-3, citando a COLOMBET, *Propriété littéraire et artistique et droit voisins*, 7ª ed., París, 1994, núm. 21.

⁹⁶ Sostiene que las facultades que reconocen al creador de la obra se integran en un solo derecho, ofreciendo las siguientes dos razones: “a) una es la normal estructura del derecho subjetivo que puede integrarse de facultades personales y patrimoniales como ocurre en las relaciones familiares de patria potestad en que junto al deber y potestad paternos de velar por los hijos y tenerlos en su compañía existe el deber de alimentarlos (art. 154 Código Civil); b) la otra razón es que estas facultades no están distanciadas en su realización, sino que se entrecruzan, como ocurre cuando en la explotación del monopolio de la obra entran en juego las facultades morales como un límite o, al menos, modalizándolo”. Añade que en caso de conflicto entre ambas facultades, predomina el derecho moral. ESPÍN CÁNOVAS, *Fundamento y protección...*, citado, pág. 31.

⁹⁷ ESPÍN CÁNOVAS, *Los derechos del autor...*, citado, pág. 54, citando a DE CUPIS, *I diritti della personalità*, 2ª ed., Milán, Italia, núm. 217, pág. 585.

⁹⁸ Afirma Adeney: “... The monist, or unitary, nature of the system means an intertwining of moral rights (or moral interest) with exploitation rights, and the ultimate inseparability of the two sets of prerogatives...” (en una nota al pie de página dice: “both sides of the *Urheberrecht* (single author’s right)... form an inseparable unity and are intertwined in many ways...”). ADENEY, *The Moral Rights of Authors...*, citado, pág. 22.

La naturaleza jurídica de la propiedad intelectual en la actual ley española de propiedad intelectual “(P)uede interpretarse bajo una óptica dualista o bajo una óptica monista. La primera posición teórica entiende que la propiedad intelectual no es un único derecho subjetivo, sino dos derechos subjetivos, de carácter personal y real respectivamente. Esta tesis dualista estaría apoyada en la diversidad de regímenes a los que las facultades personales o morales y patrimoniales del autor se someten en el texto legal [art. 2167 ley propiedad intelectual española: “la propiedad intelectual está integrada por derechos de carácter personal y patrimonial, que atribuyen al autor la plena disposición y el derecho exclusivo a la explotación de la obra, sin más limitaciones que las establecidas en la ley”], así como por la propia dicción que se desprende del citado, en el que se habla de derechos y no de facultades.

La segunda posición consistía en confirmar que la propiedad intelectual es un único derecho subjetivo de carácter real, un derecho de propiedad con ciertas peculiaridades...”; la Sentencia del Tribunal Supremo del 9 de diciembre de 1985 “consideró que el derecho de propiedad intelectual no es un derecho de la personalidad, pues no toda persona, por el hecho de serlo es autor. El art. 20 20.1(b) Constitución Española no recogería por lo tanto este derecho...”; “desde el punto de vista constitucional parece que el derecho de autor debe conectarse con el reconocimiento de la propiedad privada (art. 33 Constitución Española...)”.

Concluye diciendo: “(A)ctualmente la tesis predominante en España es la monista, es decir, la posición doctrinal que concibe el derecho de propiedad intelectual como un único derecho, de tipo real, asimilable a la propiedad, sin bien con las especiales circunstancias que lo caracterizan. La jurisprudencia se ha decantado de igual forma por esta opción como lo demuestran las SSTs 3.6.1991, 2.3.1992, 19.7.1993 y 23.3.1999.” Tema 1: “Introducción a la propiedad intelectual” por Rodrigo Bervovitz, epígrafe 2.9 (naturaleza jurídica del derecho de autor) por Rocío BREHMER, en *Manual de propiedad intelectual*, coordinador Rodrigo Bercovitz, Valencia, Tirant-Lo-Branch, 2001, págs. 28-29.

⁹⁹ Véase la Constitución de los Estados Unidos de América, Art. I, Sección 8, Cláusula 8: “The Congress shall have power... to promote the progress of science and useful arts, by securing for *limited times* to *authors* and investors *the exclusive right to their respective writings* and discoveries” (itálicas nuestras) (“8. Para fomentar el progreso de la ciencia y las artes útiles, asegurando a los autores e inventores, *por un tiempo limitado, el derecho exclusivo sobre sus respectivos escritos y descubrimientos*”) (itálicas nuestras)

Aprovechando el tema constitucional, valga significar que es regla reconocida que el Tribunal Supremo Federal ha resuelto que no hay conflicto entre la cláusula que establece el *copyright* (art. I, Sect. 8, cl. 8) y la Primera Enmienda (libertad de expresión), aunque siempre hay cabida para interrogantes, controversias, planteamientos, particularmente si la “legislación altera el contorno tradicional de la protección que brinda el *copyright*”, que no tiene una definición precisa. Recientemente, en el caso “Golan v. Gonzales”, 501 F. 3d 1179 (10th. Cir. 2007), se sostuvo que una legislación que concedía la protección del *copyright* a ciertos trabajos que habían estado en el dominio público alteraba los contornos tradicionales del *copyright* y que, por consiguiente, estaba sujeta al escrutinio de la Primera Enmienda de la Constitución Federal. Véase, *Copyright Law...* “Golan v. Gonzales...”, 121 Harvard Law Review pág. 1945 ss. (2008). ““Dominio público” significa propiedad intelectual no protegida y, por consiguiente, puede ser copiada y usada por cualquiera.

¹⁰⁰ Debe significarse que la protección de la legislación federal se extiende únicamente a la *expresión de las ideas*; no a las ideas mismas. Las ideas son patrimonio público; lo protegido como propio del autor es la manera peculiar de su expresión. La expresión puede contener la idea, *pero tiene que aportar algo más que ésta*, ya que si la idea equivale a la expresión o viceversa, la obra no estaría protegida (*originalidad*). El derecho de autor no requiere que la expresión sea útil o tenga utilidad (este es el campo de la patente).

Sobre la dicotomía idea/expresión, véase 17 USC sec. 102 (b).

Originalidad es la cualidad de una obra que lleva una marca, huella, firma, rúbrica personal de su autor que permite distinguirla de otras similares de la misma clase.

¹⁰¹ Véase 31 LPRA 1401. Más el Reglamento de la Propiedad Intelectual (núm. 6157 del 2000) la define (obra literaria), véase, la Parte III de este ensayo, al final.

¹⁰² 17 USC 101 (Definiciones). Es definición más amplia que la del Reglamento de Puerto Rico, supra.

¹⁰³ Indicador eléctrico, de direcciones, de velocidad.

¹⁰⁴ “Goldstein v. California”, 412 US 546, 561 (1973). *Copia* es el objeto material al cual se incorpora o fija una obra mediante cualquier método. De esta manera, la obra puede percibirse, reproducirse y hasta comunicarse, bien directamente o indirectamente, con la ayuda de un aparato mecánico.

El *manuscrito* es la copia del texto que el escritor/autor concibe en su mente. Los *discos* o *grabaciones* son copias técnicamente conocidas como “grabaciones sonoras” o “fonogramas”.

El lienzo recién terminado por un pintor no es como, corrientemente se dice, el original. Es una copia o el “soporte material” de la obra de autor original, que existió primero en la mente del artista o creador. El guión y los bosquejos, así como los avances promocionales son también copias protegidas bajo la ley, como lo será igualmente la versión definitiva.

¹⁰⁵ 31 LPRA 1401. Es el art. 359a del Código Civil, adicionado por la ley núm. 96 del 15 de julio de 1988 (Ley de Propiedad Intelectual de 1988).

Véase también 31 LPRA 1401i (sobre eventos musicales), adicionado por la ley núm. 214 del 29 de agosto de 2000, arts. 1º y 2º. Advertir que no es la Ley de Propiedad Intelectual (núm. 96 de 1988).

¹⁰⁶ *Sound Recording Act* of 1971 (SRA); también véase: *Digital Audio Recording Devices and Media* (P.L. 102-563, 106 Stat. 4237, October 28, 1992; P.L. 108-419, sect. 5(i)(4)B, 118 St. 2369, Act. 30, Nov. 2004, Chapter 10) (Other Provisions) (Copyright Act); y Chapter 11 - “Sound Recording and Music Videos”, P.L. 103-465, Title V, Subtitle A, sect. 512 (a), 108 Stat. 4974, added 8 December 1994 (Other Provisions) (Copyright Act). Craig Joyce, et. al., *Copyright Law*, 7th edition, 2008 Cumulative Suppl., USA, Lexis Nexis, 2008.

¹⁰⁷ “Historically, federal copyright protection did not extend to sound recordings. They were first granted protection in 1971 by the Sound Recording Act of 1971 (SRA) (P.L. no. 92-140, October 15, 1971). This law was concerned with the prevention of *phonorecord* piracy facilitated by advances in duplication technology... [copyright holders] were granted reproduction, distribution and adaptation rights, but not performance rights [limited copyright protection]...” http://itlaw.wikia.com/wiki/sound_recordings.

¹⁰⁸ 37 CFR 202.10 (a) (revisado el 1º de julio de 2005). Advértase, que los diseños ornamentales están también protegidos bajo la Ley de Patentes.

¹⁰⁹ “Burrow-Giles Lithographing v. Sarony”, III US 53 (1884) (“where a photographer so contrives the pose, costume, and expression of his subject to produce an original and graceful effect, the picture is entitled to the benefit of the act providing for copyright of photographs”) (“Article I, sec. 8 of the Constitution... is broad enough to justify copyright of photographs”) (syllabus); “Bleistein v. Donaldson Lithographing”, 188 US 239, 250 (1903) (“Printing and engraving... are not excluded from the useful arts, which Congress is empowered by the Constitution to promote by copyright laws”; “Pictorial illustrations are none the less within the protection of the copyright law... because they are drawn from real life”; “Chromolithographic advertisement of a circus, portraying a ballet, a number of persons performing on bicycles, and groups of men and women whitened to represent statues, are proper subjects of copyright... as ‘pictorial illustrations’, even assuming that only such illustrations as are ‘connected with the fine arts’ are within the protection of such laws”) (syllabus).

¹¹⁰ 17 USC 101 (Definiciones). En derecho español puede verse, María PAZ GARCÍA RUBIO, “El concepto de obra audiovisual en el artículo 86 y concordantes de la Ley de Propiedad Intelectual”, en el libro *Creaciones Audiovisuales y Propiedad Intelectual* (cuestiones puntuales), Ed. Reus y AISGE, Madrid, 2001, pág. 17 ss. (la autora es de la opinión que el art. 86 está “muy inspirado en la *Copyright Act* estadounidense de 1976”, p. 18).

¹¹¹ 17 USC 101, “Compilation” - “is a work formed by the collection and assembling of pre existing materials or of data that are selected, coordinated, or arranged in such a way that the resulting work as a whole constitutes an original work of authorship. The term ‘compilation’ includes collective works”.

¹¹² 17 USC 101 (Definiciones).

¹¹³ En cuanto a las compilaciones y obras derivadas, ordena que “the copyright in a compilation or derivative work extends only to the material contributed by the author of such work, as distinguished from the preexisting material employed in the work, and does not imply any exclusive right in the preexisting material. The copyright in such work is independent of, and does not affect or enlarge the scope, duration, ownership, or subsistence of, any copyright protection in the preexisting material.” 17 USC 103 (b).

¹¹⁴ “Publication is the distribution of copies or phonorecords of a work to the public by sale or other transfer of ownership, or by rental, lease or lending. The offering to distribute copies or phonorecords to a group of persons for purposes of further distribution, public performance, or public display, constitutes publication. A public performance or display of a work does not of itself constitute publication”, 17 USC 101 (Definiciones).

¹¹⁵ Véase 17 USC 1001 *et. seq.* Entre otras disposiciones: “(1) A digital audio copied recording is a reproduction in a digital musical recording, whether that reproduction is made directly from another digital musical recording or indirectly from a transmission”.

¹¹⁶ “Protección de Programas de Computadoras”, P.L. 96-517, 94 Stat. 3015, 17 USC 117.

¹¹⁷ Pub. L. 98-620, title III, 98 Stat. 3347, adicionado el 8 de noviembre de 1984, 17 USC 901 *et. seq.* Es la Ley para la Protección de Circuitos Integrados.

¹¹⁸ 17 USC 101 (Definiciones). Debe significarse que un programa de computadora es protegible solo en la medida en que sea original. Dicha originalidad se mide por el tipo de resultado, tarea o función a la que esté destinado específicamente dicho programa. Originalidad y creatividad son los criterios a ser recordados como legitimadores del derecho moral de autor. “Originalidad”: que la obra no se haya copiado de otra; “creatividad” significa que para que la obra sea original tiene que poseer un grado de creatividad personal, aunque éste sea mínimo (la personalidad de un autor es siempre algo único).

¹¹⁹ 17 USC 117: Limitation on exclusive rights: Computer Programs.

¹²⁰ R. BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, coordinador, *Manual de propiedad intelectual*, el tema 9: “Programas de ordenador”, redactado por José C. Erdozain, Tirant-Lo-blanch, Valencia, España, 2001, págs. 195-196.

¹²¹ Codificación en sentido amplio.

¹²² Véase, MARSHALL LEAFFER, *Understanding Copyright Law*, 4ª ed., USA, Lexis-Nexis, USA, 2005, págs. 116-118 (“semiconductor chips, tiny integrated circuits embodied in silicon base material, have become exceedingly important to the electronics industry...”; “to compact thousands of switching devices on this fingernail-size wafer is a complex and expensive task, often involving thousands of engineering hours and millions of dollars. The process generally begins by producing a series of drawings representing the electronic circuitry. From these drawings, a series of stencils, called masks, are produced. Each mask corresponds to one layer of the final chip, and is layered into the final chip by a chemical process. Creation of these masks is a costly and critical element of microchip production; copying is a goal of the microchip pirate. / Although masks are expensive and time-consuming to produce, they are relatively cheap and can be copied quickly...” (pág. 116)

¹²³ *Internet* -expresión que une las palabras “inter” y “network”-. Designa a la red mundial abierta al público que conecta redes informáticas de variada índole. Se trata de una interconexión de redes informáticas que permite a los ordenadores conectados comunicarse directamente e intercambiar información entre ellos. Véase, Delia LIPSZYC, *Nuevos temas de derecho de autor y derechos conexos*, UNESCO, CELALC y Zavalía, Buenos Aires, 2004, pág. 506 (el glosario de términos) de esta obra. El capítulo tres de esta obra (“La tutela en redes digitales de obras protegidas por el derecho de autor y de prestaciones protegidas por los derechos conexos. (“Internet”) versa sobre el tema, como lo informa el título mismo.

¹²⁴ *Ciberespacio* - La puesta a disposición del público en Internet de obras protegidas por el derecho de autor, da acceso a ellas en forma interactiva, que es la forma de utilización pública de obras características de la sociedad de la información. Puerto Rico ha aprobado la ley núm. 165 del 9 de agosto de 2008: “Ley de Regulación de Programación de Espionaje Cibernético” (“Spyware”).

¹²⁵ 17 USC 107 a 119. Son las siguientes: 1) Sec. 107 - Limitations on exclusive rights: fair use; 2) Sec. 108 - Limitations on exclusive rights: reproduction by libraries and archives; 3) Sec. 109 - Limitations on exclusive rights: effects of transfer of particular copy or phonorecord; 4) Sec. 110 - Limitations on exclusive rights: exemption of certain performances and displays; 5) Sec. 111 - Limitations on exclusive rights - secondary transmissions; 6) Sec. 112 - Limitations on exclusive rights: ephemeral recordings; y así subsiguientemente.

¹²⁶ “... Copyright is intended to increase and not to impede the harvest of knowledge... The rights conferred by copyright are designed to assure contributors to the store of knowledge a fair return for their labors...”, “Harper & Row Publishers v. Nation” Enterprises, 471 US 543, 545-6; 105 S.Ct. 2218, 2223 (1985) (O’Connor) (disidente de Brennan a la cual se unieron White y Marshall).

¹²⁷ La sección 106 (17 USC 106) trata de los derechos exclusivos de obras protegidas que comprenden: la reproducción de obras protegidas mediante copias o fonogramas; la preparación de obras derivadas basadas en obras protegidas; la distribución de copias o fonogramas al público de obras protegidas, mediante la venta, la cesión de derecho de propiedad, arrendamiento (etc.). La sec. 106A (17 USC 106A) versa sobre el derecho de ciertos autores a la atribución e integridad de las obras.

¹²⁸ “Fair use was traditionally defined as a ‘privilege’ in others than the owner of the copyright to use the copyrighted material in a reasonable manner without his consent.” H. Ball, “Law of Copyright and Literary Property” 260 (1944).

¹²⁹ “Harper and Row v. Nation Enterprises”, 471 US 539 (1985). El lucro no puede confundirse con el “enriquecimiento injusto”. Si el propósito del uso fuese el lucro comercial, se presume la probabilidad de violación por el usuario y tiene, entonces, el peso de la prueba respecto al pretendido uso justo. Pero si el fin del usuario no es el lucro, la presunción es contraria, por lo que el titular del derecho de *copyright* tendrá que demostrar la improbabilidad del uso justo. *Association of American Medical Colleges v. Cuomo*, 928 F. 2d. 519, 525 (1991) (“Effect of use upon potential market for or value of copyright work is single most important element of “fair use” defense to alleged copyright infringement; if intended use is for commercial gain, likelihood may be presumed but if intended use is for noncommercial purpose, likelihood must be demonstrated. 17 USCA 107 (4).”(syllabus). (USCt. of Appeals, Second Circuit).

¹³⁰ Véase “Rogers v. Koons”, 960 F. 2d 301, 309-10 (1992): no es conducta ética arrancar/desprender el aviso de *copyright* de una tarjeta cuya imagen va a reproducirse sin autorización.

La determinación de conducta no ética, automáticamente excluye, a su vez, otra determinación de uso justo. (“Relevant to the issue is Koons’ conduct, especially his action in tearing the copyright mark off of a Rogers notecard prior to sending it to the Italian artisans. This action suggests bad faith in defendant’s use of plaintiff’s work, and militates against a finding of fair use”) (pág. 309).

¹³¹ “Gallo Toys v. Nintendo of America”, 964 F. 2d. 965, 972 (1992). En “A & M Records, Inc. v. Napster, Inc.”, 239 F. 3d. 1004, 1016 (9ª Cir. 2001), se señaló: “Works that are creative in nature are ‘closer to the core of intended copyright protection’ than are more fact-based works... plaintiffs’ “copyrighted musical compositions and sound recordings are creative in nature... which cuts against a finding of fair use under the second factor...”.

¹³² Por ejemplo, “Walt Disney Productions v. Air Pirates”, 581 F. 2d 751, 756 ss. (1978) (“The fair use defense cannot be applied to a copying which is virtually complete or almost verbatim”; “where major cartoon characters involved in copyright infringement had widespread public recognition so that very little would have been necessary to place those characters in the minds of the readers... where the essence of the infringing parody did not

focus on how the characters looked, but rather parodied their personalities, their wholesomeness, and their innocence, the infringement of the copyrighted characters by the parody could not be justified on the basis of fair use". - syllabus).

¹³³ "Shelson v. Metro-Goldwyn Pictures Corp.", 81 F. ad 49, 56 (1936) (citado también en "Rogers v. Koons", 960 F. 2d. 301, 308 (1992))

¹³⁴ "Harper & Row v. Nation Enterprises", 471 US 539, 568 (1985), 105 S. Ct. 2218, 2234 (1985). ("More important, to negate fair use one need only show that if the challenged use 'should become widespread, it would adversely affect the *potential* market for the copyrighted work'.") (itálicas en el original) (pág. 2234).

En "A & M Records, Inc. v. Napster, Inc.", 239 F. 3d 1004 (9th Circuit, 2001), el tribunal indicó: "Fair use, when properly applied, is limited to copying by others which not materially impair the marketability of the work which is copied". "Harper & Row Publishers, Inc. v. Nations Enters.", 471 US 539, 566-67... "The importance of this [fourth] factor will vary, not only with the amount of harm, but also with the relative strength of the showing on the other factors". "Campbell..." The proof required to demonstrate present or future market harm varies with the purpose and character of the use... (cita tomada del caso transcrito en R.C. DREYFUSS y R.R. KWALL, *Intellectual Property...*, 2001 Suppl., Foundation Press, pág. 69).

¹³⁵ "Twin Peaks Productions v. Publications International", 778 Fed. Supp. 1247, 1251 (S.D. N.Y. 1991) ("The fourth factor is the effect of the work on plaintiff's potential market. The owner of misappropriated copyrighted material need not show an actual adverse effect on its sale, but "need only show that if the challenged use 'should become widespread, it would adversely affect the potential market for the copyrighted work'."...) [casos].

¹³⁶ Véase, Michael W. CARRELL, *Creative Commons and the New Intermediaries*, 2006 Michigan St. L. Rev. 45 ss. Entre otros, se significan: "A Creative Common license is a form copyright license that can be linked to via the Web.../Creative Commons licenses permit certain royalty-free uses of the licensed copyright work. The most permissive license permits all uses so long as the copyright owner's directions concerning attribution are followed..." (pág. 47).

Hay una nota al pie de página que reza: "Creative Commons, Licenses Explained, <http://creativecommons.org/about/licenses> (listing the various CC licenses". Añade: "Creative Common licenses respond to the explosion of "copyright events" that digital technologies have let loose" ["copyright events": explain why the scope of copyright law's domain has expanded dramatically with the growth of digital technology]. A 'copyright event' is any action in the world that entails the exercise of one or more of a copyright owner's exclusive rights to copy, distribute, perform, display or adapt information. See, e.g., 17 USC 106 (granting exclusive rights)..." (pág. 46).

También véase, Lydia PALLAS LOREN, *Building a Reliable Semicommons of Creative Works: Enforcement of Creative Commons Licenses and Limited Abandonment of Copyright*, 14 George Mason L. Rev. 271 (2007) ("The Creative Commons offers tools embraced by millions of copyright owners to provide clear public use *rights broader* than those provided by the Copyright Act" - del resumen o abstract).

¹³⁷ Chloé S. GEORAS, *Lanzamiento de las licencias de Creative Commons Puerto Rico*, en "Ley y Foro", Colegio de Abogados de Puerto Rico, 2008, núm. 1, pág. 24.

¹³⁸ *Ibid*, págs. 26-7.

¹³⁹ El autor prefirió agrupar los varios sub-temas sobre el derecho moral de autor, por ser más propios del derecho civil, aunque en el derecho anglo-norteamericano aquel ya no es ajeno (los EE.UU. incorporó, a su manera, la Convención de Berna (texto revisado de París) a nivel federal; en el estatal, hay varios estados que tienen legislación vigente para la protección del derecho moral).

Los derechos o facultades patrimoniales o económicas son, innegablemente, muy importantes. En un mundo permeado por estos intereses, su exposición y defensa reciben adecuada atención. La legislación regula estos derechos (véase la ley federal de *copyright* de 1976 y otras). La bibliografía sobre el copyright es extensa.

Alguna aparece citada en este ensayo. Sin detrimento a otras, en este momento manejo la que se obsequia a las págs. 661-741, organizada por tema, del *Copyright Law*, 2008 Cumulative Supplement, séptima edición, publicado por Joyce et. al., USA, Lexis Nexis, 2008.

¹⁴⁰ Sobre el derecho de participación o *droit de suite*, véase la Parte III de este ensayo.

¹⁴¹ Véase, 17 USC 111

¹⁴² Como referencia general, véase Carlos FERNÁNDEZ-ARIAS SHELLY, *Derecho sustantivo del autor (en las legislaciones de España e Iberoamérica)*, Madrid, Colegios Notariales de España, 2003, 560 págs. Dice el autor que, en un análisis de derecho comparado, pretende "repasar el derecho positivo del continente iberoamericano para conocer la estructura del derecho de autor en correspondencia con la norma española, sus diferencias en caso de existir o las especialidades que puedan surgir. En una visión global podemos adelantar, a nuestro juicio, que las legislaciones de las naciones mantienen posiciones de conjunto muy cercanas y coincidentes, vertebrando estos derechos y patrimoniales en una coordinación muy parecida..." (pág. 153)

¹⁴³ Véase la Segunda Parte de este ensayo, primera nota de las de pie de página.

¹⁴⁴ "Reynal v. Tribunal", 102 DPR 260 (1974), examinado en la Parte II de este escrito, fue el primer caso judicial sobre el derecho de autor.

¹⁴⁵ Real Decreto Ley (RDL) 1/96, del 12 de abril.

¹⁴⁶ Véase, "Ossorio Ruiz v. Secretario", 1065 DPR 49 (1977), examinado en la Parte II de este ensayo.

¹⁴⁷ En el Libro II, Título IV, sobre algunas propiedades especiales (con las aguas y minerales).

¹⁴⁸ Véase, comentario de Manuel Peña y Bernaldo de Quirós a los arts. 428 y 429 en “Comentarios al Código Civil y compilaciones forales”, dirigidos por Manuel Albaladejo y Silvia Díaz Alabart, t. V, vol. 2 (Revista de Derecho Privado/Editoriales de Derecho Reunidas, Madrid, 1985), págs. 710-849. Indica el autor que en derecho español se emplea al nombre de *propiedad intelectual* para designar lo que en otras legislaciones se denominan *derechos de autor* (p. 715). Destaca que en Dictamen del Consejo de Estado, sobre el Proyecto de Texto articulado del Título Preliminar del Código Civil, se mantiene la doctrina de que existe una radical diferencia entre la propiedad ordinaria y la propiedad intelectual. La primera “recae sobre cosas físicas, las cuales “en cuanto bienes susceptibles de regulación y tráfico, preexisten al derecho”; “en cambio, las creaciones intelectuales solo adquieren la condición de *bien* cuando su reproducción queda atribuida en exclusiva a un solo sujeto; es decir, por la intervención del ordenamiento jurídico que reserva a favor del autor la posibilidad -que, en otro caso, tendrían todos los ciudadanos- de llevar a cabo la multiplicación de la obra”, surgiendo así “un derecho excepcional y exorbitante”.“ (pág. 716).

Este autor se adhiere a la doctrina monista, que describe como “el derecho de autor es un derecho único de naturaleza mixta, pues se trata de un derecho de la personalidad con trascendencia patrimonial. Las facultades patrimoniales del autor no constituyen por sí un derecho distinto y diferenciado, un derecho apartado, del otro derecho, el derecho moral, que estaría constituido sólo por las facultades personalísimas. Facultades personalísimas y facultades patrimoniales integran -repetimos- el contenido de un único derecho, de un derecho unitario...” (pág. 717).

¹⁴⁹ Sentencia Tribunal Supremo de España (STSE) del 9 de diciembre de 1985 (no. 6320, Repertorio de Jurisprudencia Aranzadi, 1985, año LII (vol. III), primera edición, Pamplona, Aranzadi, Pamplona, 1986), tercer considerando, había significado: Que el derecho que se alega como perjudicado en este caso, se pone en relación con el artículo veinte de la Constitución, apartado uno, letra b, a cuyo tenor “se reconocen y protegen los derechos... **a la producción y creación... artística**”, precepto que está incluido en la Sección primera (De los derechos fundamentales y de las libertades públicas), del Capítulo segundo (Derechos y libertades) del Título primero (De los derechos y deberes fundamentales); siendo de observar que lo que se consagra como fundamental, es un derecho genérico e impersonal, a producir o crear obras artísticas, pues no toda persona crea o produce arte, viniendo a proclamar la protección de una facultad; cuando se produce o crea, entonces lo que se protege es el resultado, que hace surgir un derecho especial, el **derecho del autor**, que no es un derecho de la personalidad porque asimismo carece de la nota indispensable de la esencialidad, pues no es consustancial o esencial a la persona, en cuanto que no toda persona es autor; y, conlleva la necesidad de la exteriorización, puesto que se crea o produce arte, para ser exteriorizado, lo que implica el nacimiento de otro derecho a favor de aquellos a los que se exterioriza -público, adquirente, receptores- el primero de los cuales tiene por objeto un “bien inmaterial”, mientras que en el segundo es un “bien material”; lo cual plantea una serie de problemas de coordinación de ambos derechos, que supone la de los respectivos intereses que entran en juego que surgen, no con la persona, sino como consecuencia de una actividad de ésta, cuya solución es difícil, que se intentó resolver en derecho comparado sin resultados plenamente satisfactorios y a veces chocantes con las soluciones prácticas de la aplicación jurídica, que en España se acometió con el reciente intento de que se tiene noticia, de elaboración de un Proyecto de ley, en tramitación; pero que la Constitución no sólo no resuelve, sino que ni siquiera intentó resolver instaurando una nueva normativa, pues, tiene buen cuidado, respecto de éste y de los demás derechos que consagra, en dejar las peculiaridades de cada uno de ellos, a la regulación especial que les corresponda, según se establece en el apartado cuarto del artículo veinte al hablar de “los preceptos de las leyes que lo desarrollen”, y en el apartado primero del artículo cincuenta y tres, donde se añade que “sólo por ley, que, en todo caso deberá respetar su contenido esencial, podrá regularse el ejercicio de tales derechos” (el ponente lo fue José Beltrán de Heredia y Castaño, catedrático de Derecho Civil).

¹⁵⁰ ESPÍN CÁNOVAS, *Los derechos del autor...*, citado, págs. 44-45.

¹⁵¹ *Ibid*, pág. 47.

¹⁵² Consigo mi agradecimiento al Ab. Christian G. Sommer, secretario técnico de la Academia cordobesa, por facilitarme la ley, *on line* (en línea), atendiendo a nuestra petición.

¹⁵³ Las itálicas son nuestras. Significan los cambios introducidos en 1998. Otros artículos también fueron enmendados. A todos ellos (arts. 4º, 9º, 55 bis y 57 *in fine*) se les adicionan “programas de computación”.

¹⁵⁴ Compárese con la redacción del art. 58 de la ley española (Texto Refundido de 1996), que reza: **Art. 58.-** “*Concepto*. Por el contrato de edición el autor o sus derechohabientes ceden al editor, mediante compensación económica, el derecho de reproducir su obra y el de distribución. El editor se obliga a realizar estas operaciones por su cuenta y riesgo en las condiciones pactadas y con sujeción a lo dispuesto en esta ley”.

¹⁵⁵ Véase la Parte II de este ensayo, al final.

¹⁵⁶ Véase la Parte III de este ensayo para una referencia a la legislación de California y Nueva York.

¹⁵⁷ www.edicion.unam.mx/pdf/LFAUTOR.pdf (visitado el 20 de septiembre de 2008).

¹⁵⁸ Organización Mundial de la Propiedad Intelectual

¹⁵⁹ Véase la reseña “El derecho de autor en los tribunales: los derechos morales ganan la batalla del mural” por Binny Kalra, abogada de Nueva Delhi que representó al artista (www.wipo_magazine/es/2007/02/article_0001.htm) (visitado el 29 de septiembre de 2008).

