

ACADEMIA NACIONAL DE DERECHO Y CIENCIAS
SOCIALES DE BUENOS AIRES

SERIE IV - INSTITUTO DE DERECHO CIVIL - NÚMERO 1

Estudios de Derecho Civil



BUENOS AIRES

1991

Estudios
de Derecho Civil

Queda hecho el depósito que marca la Ley 11.723

Todos los derechos reservados

© Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Buenos Aires

Av. Alvear 1711 - primer piso - Tel. 812-9327

(1014) Buenos Aires - Argentina

PUBLICACIONES

DE LA

ACADEMIA NACIONAL DE DERECHO Y CIENCIAS
SOCIALES DE BUENOS AIRES

SERIE I - ANUARIOS

Anales — Primera época, Nº 1 (1915) — Segunda época,
Nº 1 a 28.

SERIE II — OBRAS

1. *Significación jurídica y proyección institucional de la Declaración de la Independencia*, por AGUSTÍN DE VEDIA y ALBERTO RODRÍGUEZ VARELA.
2. *Bibliografía de Juan B. Alberdi*, por ALBERTO OCTAVIO CÓRDOBA.
3. *La nueva ciencia política constitucional*, por SEGUNDO V. LINARES QUINTANA.
4. *Política exterior en la edad nuclear*, por FELIPE A. ESPIL.
5. *Académicos de Derecho y hombres de gobierno*, por JUAN SILVA RIESTRA.
6. *La libertad, elección, amor, creación*, por MANUEL RÍO.
7. *El Congreso de Panamá*, por MARIANO J. DRAGO.
8. *La esencia del Derecho, la Justicia, la Ley*, por MANUEL RÍO.
9. *Régimen y legislación de las aguas públicas y privadas*, por MIGUEL S. MARIENHOFF.

10. *La Nación Argentina hecha ley*, por SEGUNDO V. LINARES QUINTANA.
11. *Historia del Derecho Político*, por AMBROSIO ROMERO CARRANZA (2 tomos).
12. *La influencia del Código Civil en la evolución de la sociedad argentina*, por JUAN CARLOS MOLINA y JOAQUÍN G. MARTÍNEZ.
13. *Alberdi y su tiempo*, por JORGE M. MAYER (2 tomos).
14. *Estudios sobre Historia Diplomática Argentina*, por ISIDORO RUIZ MORENO.
15. *Historia de la doctrina Drago*, por ALBERTO A. CONIL PAZ.
16. *La alborada. San Martín y Alberdi*, por JORGE M. MAYER.
17. *Primeros Académicos de Derecho - 1925*.
18. *Agüero o el dogmatismo constitucional*, por JORGE M. MAYER.
19. *Tratado de la "jurisdicción" administrativa y su revisión judicial*, por ELÍAS P. GUASTAVINO (2 tomos).
20. *Conferencias y Estudios*, por HÉCTOR P. LANFRANCO.
21. *Tratado de la "jurisdicción" administrativa y su revisión judicial*, por ELÍAS P. GUASTAVINO (2 tomos). Segunda edición actualizada.
22. *Derecho y Realidad*, VIII Reunión Conjunta de las Academias Nacionales de Derecho y Ciencias Sociales de Córdoba y Buenos Aires.
23. *Las cinco Argentinas*, por JORGE M. MAYER.

SERIE III — COMUNICACIONES

Comunicaciones — Nº 1.

SERIE IV — INSTITUTO DE DERECHO CIVIL

1. *Estudios de Derecho Civil.*

ACADEMIA NACIONAL DE DERECHO Y CIENCIAS SOCIALES DE BUENOS AIRES

Presidente

Académico DR. FEDERICO N. VIDELA ESCALADA

Vicepresidente

Académico DR. ENRIQUE RAMOS MEJÍA

Secretarios

Académico DR. JOSÉ DOMINGO RAY
Académico DR. JORGE A. AJA ESPIL

Tesorero

Académico DR. JUAN CARLOS CASSAGNE

COMISIÓN DE PUBLICACIONES

Director de Publicaciones

Académico DR. SEGUNDO V. LINARES QUINTANA

Vocales

Académico DR. GERMÁN J. BIDART CAMPOS

Académico DR. JORGE M. MAYER

ACADÉMICOS DE NÚMERO

por orden de antigüedad

	Nombre del sitial	Fecha de incorporación
Dr. Segundo V. Linares Quintana	Esteban Echeverría	28 de mayo 1956
Dr. Marco Aurelio Risolía	Aristóbulo del Valle	6 mayo 1963
Dr. Jorge M. Mayer	Estanislao S. Zeballos	28 agosto 1963
Dr. Julio H. G. Olivera	Juan B. Alberdi	6 mayo 1964
Dr. Miguel S. Marienhoff	José María Moreno	7 setiembre 1965
Dr. Juan Francisco Linares	José A. Terry	24 noviembre 1965
Dr. Ambrosio Romero Carranza	Bartolomé Mitre	18 octubre 1967
Dr. Enrique Ramos Mejía	Lucio V. López	9 octubre 1968
Dr. Germán J. Bidart Campos	Manuel Quintana	15 julio 1971
Dr. Manuel María Diez	José Figueroa Alcorta	15 julio 1972
Dr. Federico N. Videla Escalada	José M. Estrada	30 noviembre 1972
Dr. José María Ruda	Eduardo Acevedo	1 agosto 1974
Dr. José Domingo Ray	Manuel Obarrio	22 mayo 1975
Dr. Alberto Rodríguez Varela	Luis María Drago	16 julio 1975
Dr. Roberto Martínez Ruiz	Roque Sáenz Peña	19 octubre 1978
Dr. Juan R. Aguirre Lanari	Salvador M. del Carril	19 octubre 1978
Dr. Elías P. S. Guastavino	Alfredo Colmo	30 octubre 1980
Dr. Julio César Cueto Rúa	Roberto Repetto	11 setiembre 1981
Dr. Horacio A. García Belsunce	Félix Gregorio Frías	12 mayo 1983
Dr. Jorge A. Aja Espil	Carlos Calvo	26 julio 1984
Dr. Jorge Bustamante Alsina	Dalmacio Vélez Sarsfield	9 mayo 1985
Dr. Alberto Rodríguez Galán	Carlos Pellegrini	9 mayo 1985
Dr. Juan Carlos Cassagne	Antonio Bermejo	23 octubre 1986
Dr. Augusto Mario Morello	Mariano Moreno	23 octubre 1986
Dr. Lino Enrique Palacio	Domingo F. Sarmiento	18 junio 1987
Dr. Félix Alberto Trigo Represas	Nicolás Avellaneda	18 junio 1987
Dr. Carlos Manuel Mufiz	José N. Matienzo	10 agosto 1989
Dr. Jaime Luis Anaya	Rodolfo Rivarola	10 agosto 1989
Dr. Antonio Vázquez Vialard	Juan A. Bibiloni	13 setiembre 1990

ACADÉMICO EMÉRITO

Dr. Manuel Río

23 agosto 1984

ACADÉMICOS DE NÚMERO

MIEMBROS CORRESPONDIENTES

por orden de antigüedad

		<i>Fecha de Incorporación</i>
Dr. Levi Fernández Carneiro	Brasil	4 julio 1946
Dr. Pedro Calmón	Brasil	4 julio 1946
Dr. Vicente Mora Rodríguez	Uruguay	4 julio 1956
Prof. Federico A. Gil	E.E.U.U. de N.A.	27 agosto 1958
Prof. William Whatley Pierson	E.E.U.U. de N.A.	27 agosto 1958
Prof. Georges Vedel	Francia	1º julio 1964
Dr. Eduardo Jiménez de Aréchaga	Uruguay	25 noviembre 1971
Prof. Ivon Loussouarn	Francia	25 noviembre 1971
Dr. Luis Sánchez Agesta	España	25 noviembre 1976
Dr. Fernando J. López de Zavallía	Tucumán	25 noviembre 1976
Dr. Manuel García-Pelayo y Alonso	España	12 noviembre 1981
Dr. Héctor P. Cámara	Córdoba	25 setiembre 1986
Dr. Pedro J. Frías	Córdoba	25 setiembre 1986
Dr. Rafael Entrena Cuesta	España	10 agosto 1989
Dr. Néstor Pedro Sagüés	Rosario	10 agosto 1989
Dra. Aída R. Kemelmajer de Carlucci	Mendoza	12 octubre 1989
Dr. Francisco Uriburu Michel	Salta	19 abril 1990
Dr. Jesús González Pérez	España	24 mayo 1990

ANTIGUOS ACADÉMICOS DE NÚMERO

Dr. Carlos Alberto Acevedo	Dr. Guillermo Garbarini Islas
Dr. Carlos A. Adrogué	Dr. Juan Agustín García
Dr. Juan Alvarez	Dr. Juan M. Garro
Dr. Octavio R. Amadeo	Dr. Juan A. González Calderón
Dra. Margarita Argüas	Dr. Dimas González Cowland
Dr. Marco R. Avellaneda	Dr. Carlos Güiraldes (h)
Dr. Antonio Bermejo	Dr. Aquiles H. Guaglianone
Dr. Juan A. Bibiloni	Dr. Alberto Hueyo
Dr. Eduardo Bidau	Dr. Carlos Ibarguren
Dr. Eduardo L. Bidau	Dr. Eduardo Labougie
Dr. Rafael Bielsa	Dr. Héctor Lafaille
Dr. Bernardino Bilbao	Dr. Héctor P. Lanfranco
Dr. Adolfo Bioy	Dr. Hilario Larguía
Dr. Ernesto Bosch	Dr. Tomás Le Bretón
Dr. Rodolfo Bullrich	Dr. Ricardo Levene
Dr. Carlos O. Bunge	Dr. Mario Justo López
Dr. Eduardo B. Busso	Dr. José María López Olaciregui
Dr. Pablo Calatayud	Dr. Baldomero Llerena
Dr. Francisco Canale	Dr. Osvaldo Magnasco
Dr. Ramón S. Castillo	Dr. Carlos C. Malagarriga
Dr. Alfredo Colmo	Dr. Félix Martín y Herrera
Dr. Jorge E. Coll	Dr. Agustín N. Matienzo
Dr. Tomás R. Cullen	Dr. José N. Matienzo
Dr. Mauricio P. Daract	Dr. Carlos L. Melo
Dr. Antonio Dellepiane	Dr. Leopoldo Melo
Dr. Calixto S. de la Torre	Dr. Manuel A. Montes de Oca
Dr. Atilio Dell'Oro Maini	Dr. Rodolfo Moreno (h)
Dr. Mariano de Vedia y Mitre	Dr. José Luis Murature
Dr. Juan José Díaz Arana	Dr. Rómulo S. Naón
Dr. Luis M. Drago	Dr. Benito A. Nazar Anchorena
Dr. Mariano J. Drago	Dr. Luis Esteban Negri Pisano
Dr. Wenceslao Escalante	Dr. Manuel Obarrio
Dr. Felipe A. Espil	Dr. Pedro Olaechea y Alcorta
Dr. Rómulo Etcheverry Boneo	Dr. Francisco J. Oliver
Dr. José Figueroa Alcorta	Dr. Manuel V. Ordóñez
Dr. Salvador Fornieles	Dr. Alfredo Orgaz
Dr. Vicente C. Gallo	Dr. Adolfo F. Orma
	Dr. Alberto G. Padilla

Dr. Jesús H. Paz
Dr. José M. Paz Anchorena
Dr. Federico Pinedo
Dr. Norberto Piñeiro
Dr. Ángel S. Pizarro
Dr. Luis Podestá Costa
Dr. Ernesto Quesada
Dr. Juan P. Ramos
Dr. Francisco Ramos Mejía
Dr. Juan Carlos Rébora
Dr. Roberto Repetto
Dr. Manuel Río
Dr. Horacio C. Rivarola
Dr. Rodolfo Rivarola
Dr. José M. Rosa
Dr. Enrique Ruiz Guifiázd
Dr. Isidoro Ruiz Moreno
Dr. Isidoro Ruiz Moreno (h)
Dr. Alejandro Ruzo
Dr. Diego L. Saavedra

Dr. Carlos Saavedra Lamas
Dr. Antonio Sagarna
Dr. Raymundo M. Salvat
Dr. Matías G. Sánchez Sorondo
Dr. José Manuel Saravia
Dr. Juan Silva Riestra
Dr. Sebastián Soler
Dr. Juan B. Terán
Dr. José A. Terry
Dr. David de Tezanos Pinto
Dr. Gastón Federico Tobal
Dr. Ernesto J. Ure
Dr. Enrique Uriburu
Dr. Benjamín Victorica
Dr. Ernesto Weigel Muñoz
Dr. Raymundo Wilmart de Glymes
Dr. Mauricio Yadarola
Dr. Carlos J. Zavala Rodríguez
Dr. Clodomiro Zavallía
Dr. Estanislao S. Zeballos

LA RESPONSABILIDAD POR ACTO LÍCITO DAÑOSO

(con especial referencia al estado de necesidad)

*Por Ernesto Nieto Blanc, Luis Francisco Bouzat
y José Julián Carneiro*

ADVERTENCIA

Cuando el doctor Roberto Martínez Ruiz, en su calidad de director del Instituto de Derecho Civil de la Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales, nos encomendó la tarea que remata en el presente ensayo, lo hizo en miras a que los tres —Carneiro, Nieto Blanc y Bouzat— abordáramos en común la problemática del estado de necesidad, visualizada desde el punto de vista del derecho privado.

A poco andar advertimos que el encuadramiento del tema requería una previa toma de posición en punto al problema de la responsabilidad derivada de actos lícitos dañosos, habida cuenta de que —en opinión de los tres— el acto necesario es un acto voluntario y lícito.

No obstante esa coincidencia liminar, en relación con aspectos concretos del trabajo surgieron disidencias, más vinculadas —acaso— con la fundamentación iusfilosófica de las posiciones asumidas que con las cuestiones técnicas implicadas.

Tales disidencias se reflejaron en la redacción final que damos a la imprenta. De ahí algunas discrepancias que el lector advertirá entre las dos primeras partes del trabajo, orientadas a la indagación del tema de la responsabilidad por acto lícito dañoso y al encuadramiento del daño necesario dentro de esa perspectiva más amplia (redactadas por Nieto Blanc y Bouzat) y la última parte, en la que se aborda en concreto el tema del estado de necesidad en el ámbito del derecho privado (redactada por Carneiro).

ADVERTENCIA

En el presente libro se han utilizado los datos estadísticos de la Oficina de Estadística de la Universidad de Chile, en el período comprendido entre 1940 y 1945, para el estudio de la responsabilidad civil en el derecho chileno. Los datos estadísticos han sido tomados de los informes estadísticos de la Oficina de Estadística de la Universidad de Chile, en el período comprendido entre 1940 y 1945, para el estudio de la responsabilidad civil en el derecho chileno.

Los datos estadísticos han sido tomados de los informes estadísticos de la Oficina de Estadística de la Universidad de Chile, en el período comprendido entre 1940 y 1945, para el estudio de la responsabilidad civil en el derecho chileno.

Los datos estadísticos han sido tomados de los informes estadísticos de la Oficina de Estadística de la Universidad de Chile, en el período comprendido entre 1940 y 1945, para el estudio de la responsabilidad civil en el derecho chileno.

CAPÍTULO I

RESPONSABILIDAD POR ACTO LÍCITO DAÑOSO

Por Ernesto Nieto Blanc y Luis Francisco Bouzat

1. *Introducción.* La responsabilidad civil —que supone la obligación de resarcir un daño causado— está conectada, en la creencia general, con la comisión de un acto ilícito. Ello es producto de una larga tradición, que ha generado el ensamble de los conceptos acto ilícito-daño-responsabilidad civil, evocados comúnmente unos junto a otros, complementándose en modo recíproco, con la conclusión de que no tienen entidad separada, centrado el análisis en nuestro sistema normativo de la ilicitud enfocada desde el punto de vista de la responsabilidad civil.

Sin embargo, el tema del daño resarcible tiene más amplitud que el comprendido por el acto ilícito, el cual sólo involucra una de las especies de aquél. Hace ya tiempo Carnelutti había advertido que “conviene admitir que si el resarcimiento puede a veces suponer el deber de no cumplir el acto dañoso, otras veces puede en cambio conciliarse con la licitud de éste”¹. Y que “...el daño puede

¹ FRANCESCO CARNELUTTI, *Il danno e il reato*, C.E.D.A.M., Padova, 1926, N° 21, p. 49.

ser un hecho jurídico, aun sin ser una 'injuria', es decir, sin ser contrario al derecho"².

El daño físico es una realidad que el ordenamiento legal no crea, sino que encuentra en la vida histórica. Unido a otros presupuestos la norma lo capta y le da connotación de "daño jurídico".

Es evidente que no todo daño es relevante: pese a existir, a veces el ordenamiento no lo califica. Tal el caso del art. 1111 del Código Civil, conforme al cual "el hecho que no cause daño a la persona que lo sufre, sino por una falta imputable a ella, no impone responsabilidad alguna". El daño existe como fenómeno físico, pero la norma no le adscribe relevancia jurídica.

El daño resarcible aparece cuando el daño físico que una persona sufre, es imputado a otra, quien debe —como principio— indemnizarlo.

Se llega, así, a la distinción que quiere mostrarse y estudiarse: el daño jurídico resarcible no se agota en el daño ocasionado por el acto ilícito.

Existe, también, un daño que aunque provocado por un actuar lícito es susceptible de generar, en cabeza de la víctima, una pretensión resarcitoria.

El *daño derivado de actos ilícitos* constituye el supuesto común y ha acaparado el enfoque doctrinario tradicional. Supone que el sujeto que lo causa viola una específica obligación preexistente que ampara el ordenamiento (responsabilidad civil contractual) o un deber, también preexistente, que surge directamente de aquél, como concreción positiva del *neminem laedere* (responsabilidad civil extracontractual), cuando existe violación de una norma jurídica y lesión de un derecho subjetivo o interés legítimo protegido por ella. La antijuridicidad de la conducta se extiende al daño que causa, el que por ello es también antijurídico. Su entidad, como se dijo, no absorbe el ámbito de

² Mismo autor en *Teoría general del delito*, trad. española, "Revista de Derecho Privado", Madrid, 1952, Nº 13, p. 25.

vigencia del *daño jurídico*. En tal sentido es demasiado absoluta, e inexacta en general (aunque el problema es básicamente de solución positiva), la regla de *Paulo*, contenida en el Digesto³: "No causa daño sino el que hace lo que el derecho no le permite hacer". La verdad es otra y tal aforismo no da cabida, como corresponde, al supuesto del daño resarcible derivado de actos que no son ilícitos.

2. *El daño derivado de acto lícito*. Los ordenamientos legales suelen contener disposiciones que obligan a resarcir daños causados a terceros que no suponen la violación de una obligación o deber preexistente, sino —por el contrario— el ejercicio de una facultad o derecho. Se trata de situaciones en que, ante la colisión de dos derechos subjetivos o dos intereses, ambos básicamente legítimos, da preeminencia a uno de ellos y sacrifica el otro, pudiendo ejercer el primero aunque de ello resulte un daño al segundo, pero imponiendo al mismo tiempo, para componer el equilibrio patrimonial entre los dos sujetos, que se resarza el perjuicio causado, total o equitativamente⁴. Se trata, entonces, de un daño que debe ser indemnizado a quien lo sufre, no obstante derivar de un acto autorizado por el ordenamiento. Las situaciones —en principio— son especiales y de excepción, pues de no existir norma autorizativa de tal conducta, ella sería antijurídica, al igual que el daño causado, por entrar dentro de la regla general. Esta observación permite distinguir en el vasto campo de lo lícito, dos tipos de actos: a) los que tienen esa calidad sin que requieran la existencia de una norma legal que lo establezca, quedando involucrados en el principio general de la libertad: todo lo que no está prohibido por el ordenamiento queda permitido⁵. b) Aquellos actos que, básicamente, serían antijurídicos pero que, por existir una norma que los autoriza, pierden ese carácter

³ L. 50, Tít. XVII, Ley CLI.

⁴ Conf. GIUSEPPE MIRABELLI, *L'atto no negoziale nel diritto privato italiano*, Casa Ed. Dott. Jovene, Napoli, 1955, Nº 107, p. 275.

⁵ Art. 19 de la Constitución Nacional, y art. 53 y concs. del Código Civil.

y tienen licitud, obligando a su autor a resarcir el daño causado al ejercerlos.

Se reseñan a continuación varios supuestos de la especie indicada, contenidos en nuestro Código Civil.

3. a) *El art. 2553.* Este precepto dispone: "Si alguno dijere que tiene un tesoro en predio ajeno, y quisiera buscarlo, puede hacerlo, sin consentimiento del dueño del predio, designando el lugar en que se encuentra, y garantizando la indemnización de todo daño al propietario".

Se aprecia que aquí hay dos intereses enfrentados que merecen protección. De una parte el propietario del predio, que tiene el goce de las facultades propias de su derecho de dominio, puede "excluir a terceros del uso o goce o disposición de la cosa, y tomar a este respecto todas las medidas que encuentre convenientes" y, también, "que se entre o pase" por sus inmuebles⁶.

Por otra parte, está quien sostiene que "tiene un tesoro en predio ajeno" y quiere buscarlo, situación justa que no puede ser desestimada por el ordenamiento. Ante tal conflicto de intereses, el legislador ha dado su preferencia al segundo sujeto, autorizándolo a entrar en el predio ajeno donde afirma tener un tesoro, para buscarlo aun "sin consentimiento" del propietario del inmueble, designando el lugar de su ubicación. El autorizado ejerce, pues, una facultad legal y no puede decirse que su obrar sea ilícito o anti-jurídico. Pero sería injusto que el propietario del predio deba soportar el daño que, con sus trabajos de búsqueda del tesoro, el sujeto autorizado pudiere causarle. Por ello el ordenamiento obliga a este último a garantizar "la indemnización de todo daño al propietario" (del predio). Dicho daño causado deriva del ejercicio de una facultad o derecho que la ley autoriza, por lo que no puede decirse que sea un daño "antijurídico", pero sí que es un daño indemnizable, por cuanto la norma es expresa al respecto, sin

⁶ Art. 2516 y sus conchs. del Código Civil.

que quepa sostener que la permisión se acuerda bajo la condición de no causar daño. Por lo tanto, si la conducta es lícita, el perjuicio que su obrar ocasione no podría —en principio— ser calificado técnicamente de "injusto". No obstante debe ser indemnizado.

Cabe observar que si la norma especial citada no existiere, la conducta sería ilícita y el daño ocasionado "antijurídico" por aplicación de los principios generales que rigen la responsabilidad civil extracontractual⁷.

4. b) *Los arts. 3077 y 2627.* El art. 3077 del Código Civil dispone: "El que para edificar o reparar su casa tenga necesidad indispensable de hacer pasar sus obreros por la del vecino, puede obligar a éste a sufrirlo con la condición de satisfacerle cualquier perjuicio que se le cause". La situación contemplada por el artículo es similar a la antes comentada. Quien deba reparar o edificar su casa y se halle ante la "necesidad indispensable" de que los obreros cuyos servicios utilice, deban pasar por la casa del vecino, queda autorizado para hacerlo, resolviendo la ley en su favor el conflicto de intereses que se presenta. Y lo hace de modo terminante ya que "puede obligar a éste (el vecino) a sufrirlo", con la consecuencia que ese vecino se ve privado de la facultad (de otro modo existente) de prohibirlo. En tales circunstancias no es ilícita la invasión del predio ajeno, es decir el entrar y pasar por el mismo (prohibido, en principio, por el art. 2516). Su obrar es, pues, lícito y queda suprimida la antijuridicidad. No obstante, no sería justo que si el ejercicio de esa facultad produce daños al vecino, deba éste soportarlos. Por ello la ley, restableciendo el equilibrio que su elección pueda causar, dispone que el autorizado para hacer pasar sus obreros por el inmueble del vecino, deba "satisfacerle cualquier perjuicio que se le cause".

Similar solución trae el art. 2627: "Si para cualquier obra fuere indispensable poner andamios, u otro servicio

⁷ Arts. 1109 y conchs. del Código Civil.

provisorio en el inmueble del vecino, el dueño de éste no tendrá derecho para impedirlo siendo a cargo del que construyese la obra la indemnización del daño que causare". La negada facultad de impedir las obras al dueño del terreno donde deben ser realizadas, supone el correlativo derecho del constructor a realizarlas, quedando a su cargo la indemnización del daño que causare.

La norma está tomada del art. 4235 del *Esboço* de Freitas. Lafaille, armonizando el texto legal con el artículo 3077, afirma: "El resarcimiento se debe sólo cuando hubiere culpa" ⁸. De la misma opinión parece ser Legón, al expresar: "... sólo son reparables aquellos daños que sobrevengan por falta de *técnica* debida o de *diligencia*" ⁹. También Peña Guzmán, quien alude a la responsabilidad del constructor "por deficiente técnica en los trabajos que realizase o falta de debida diligencia" ¹⁰.

Consideramos que semejante limitación de la responsabilidad del constructor de las obras no es procedente y está inspirada por la idea de la responsabilidad que emerge del acto ilícito, como lo muestra la referencia a la culpa en el actuar. La limitación que nos ocupa no surge del texto legal. Coincidimos con Salvat quién, refiriéndose a la obligación del ejecutor de la obra de indemnizar el daño que cause, dice: "porque este daño es la consecuencia de los trabajos que él ejecuta; el vecino debe soportar la ejecución de ellos, como una molestia inevitable de vecindad, pero los perjuicios causados con la colocación de andamios o instalaciones previsionales, no tenía por qué soportarlos" ¹¹. Es con ese criterio que en el nro. 1124 de su citada obra (p. 585), el autor alude a "la responsabilidad que nace de

⁸ HÉCTOR LAFAILLE, *Tratado de los Derechos Reales*, Vol. II, Cía. Arg. de Editores S. A., Buenos Aires, 1944, N° 839, c. p. 31, nota 87.

⁹ FERNANDO LEGÓN, *Tratado de los Derechos Reales en el Código y en la Reforma*, tomo VII, V. Abeledo-Editor, Buenos Aires, 1943, N° 8, p. 337.

¹⁰ LUIS ALBERTO PEÑA GUZMÁN, *Derechos Reales*, vol. II, TEA, Buenos Aires, 1973, N° 779, pp. 330/331.

¹¹ RAYMUNDO L. SALVAT, *Derechos Reales*, tomo I, 2ª edición, Buenos Aires, 1944, N° 1123 p. 585.

la ley". Por consecuencia, debe entenderse que la responsabilidad es amplia e incluye el supuesto del artículo 1520, cuando el inmueble donde se realizan los trabajos está alquilado.

5. c) *Los arts. 2650, 3097 y 3100*. Otro supuesto es el previsto por el art. 2650 del Código Civil, complementado por el art. 3097, al disponer sobre el régimen de las aguas que corren. Establece el primero que los dueños de terrenos inferiores están obligados a recibir las aguas subterráneas "que por trabajo del hombre salieren al exterior" (fuentes, pozos artesianos, etc.), cuando no fuere posible por su abundancia contenerlas en el terreno superior "satisfaciéndoles una justa indemnización de los perjuicios que puedan causárseles". El segundo artículo crea —al respecto— una servidumbre "de recibir las aguas de los predios ajenos", cuando se trate de "necesidades de riego o de establecimientos industriales", pero deja también a "salvo la indemnización debida a los predios inferiores", aunque "teniendo en consideración los beneficios que puedan obtener de esas aguas". Se trata de una nueva restricción al dominio. En homenaje a las buenas relaciones de vecindad y a principios de convivencia y solidaridad social se conceden facultades a los titulares de los predios superiores, con desmedro de quienes lo fueren de los inferiores, con la compensación de ser éstos indemnizados de los reales daños que por ello sufrieren. Esto supone que el desvío de las aguas causa perjuicios, los que deben ser indemnizados, no pudiendo sostenerse que se trate de daños derivados de actos ilícitos, dado que provienen de acciones autorizadas por la ley.

Similar criterio aplica el artículo 3100, que en los casos que contempla autoriza a todo propietario el desvío de aguas "por canales subterráneos o descubiertos, por entre las propiedades que separan su fundo de una corriente de agua, o de toda otra vía pública" pero "previa una justa indemnización".

6. d) *Las servidumbres forzosas de tránsito y acueducto*. El artículo 3068 (Código Civil) contempla una nueva hipótesis al reglamentar la servidumbre de tránsito: "El propietario, usufructuario o usuario de una heredad destituida de toda comunicación con el camino público, por la interposición de otras heredades, tiene derecho para imponer a éstas la servidumbre de tránsito, satisfaciendo el valor del terreno necesario para ella, y resarcido todo otro perjuicio".

En el caso interesa señalar la última parte de la norma, que obliga al beneficiario de la permisión a indemnizar "todo otro perjuicio" que cause a sus vecinos. El pago del valor del terreno es la lógica compensación por la privación de su uso, pero la disposición legal agrega el deber de resarcir "todo otro perjuicio", incluyendo los reales daños causados por el establecimiento de la servidumbre. Salvat menciona, como ejemplo, el "valor de los alambrados o trabajos que sea necesario ejecutar para establecer el camino"¹².

Igual criterio sigue la ley cuando regula la servidumbre de acueducto, imponiendo "el cargo de una justa indemnización"¹³, que también aplica al prever la posibilidad para quien tiene acueducto en heredad ajena, de introducir mayor volumen de agua: "podrá hacerlo", dice el artículo 3088, permisión que da licitud evidente al obrar del interesado, pero "indemnizando a la heredad sirviente de todo perjuicio que por esa causa le sobrevenga". En ambos casos, al actuar autorizado en modo expreso —y como tal *licito*—, se impone el cargo de indemnizar el daño que ocasiona. Obsérvese que en ningún caso la ley faculta al afectado a impedir u oponerse al obrar que se autoriza a la otra parte, pudiendo sólo reclamar la compensación o el resarcimiento que le correspondiere. Es obvio que la indemnización debida no tiene el carácter de sanción a una conducta *ilícita*, sino que es dispuesta por el ordenamiento por razo-

¹² SALVAT, op. cit., t. 2º, Nº 1945, p. 233.

¹³ Art. 3082 del Cód. Civil.

nes de equidad y justicia distributiva. A veces la norma usa un léxico distinto, pero la finalidad es la misma, como en el caso del artículo 3085 del Código Civil, reglamentario de la servidumbre de acueducto. Dispone este precepto que el dueño del predio sirviente tendrá derecho a que se le pague un precio "por el uso del terreno" ocupado por el acueducto y un espacio lateral que no baje de un metro de anchura en toda la extensión de su curso (es la "compensación" aludida *supra*). Pero agrega: "Se le abonará también un diez por ciento sobre la suma total del valor del terreno", que es justamente la indemnización impuesta a favor del dueño del predio sirviente y a cargo del autorizado a establecer el acueducto, ya que "el legislador ha querido con este diez por ciento compensar las molestias relativas a la inspección y cuidados del acueducto"¹⁴.

7. e) *La retractación de la oferta*. Entre las especies normativas que configuran hipótesis de daños resarcibles derivados de actos lícitos puede mencionarse, también, la contemplada por el artículo 1156 del Código Civil, en materia de oferta de contrato. Según este precepto "la parte que hubiere aceptado la oferta ignorando la retractación del proponente" y que, a consecuencia de su aceptación, hubiese hecho gastos o sufrido pérdidas, tendrá derecho a reclamar daños e intereses.

En la solución legal va implícita la facultad de quién hace la oferta de retractarla, aun después de aceptada, mientras el contrato no esté perfeccionado, siendo ajena al comentario la cuestión del momento en que el contrato queda formado, controvertida frente a textos dispares¹⁵.

En tal caso, si el aceptante de buena fe "hubiese hecho gastos o sufrido pérdidas" a consecuencia de su aceptación, tiene "derecho a reclamar pérdidas e intereses". El daño,

¹⁴ SALVAT, op. cit., vol. 2º, Nº 1970, p. 247; lo que repiten LAFAILLE, op. cit., vol. II, Nº 1579, p. 568 y PEÑA GÚZMAN, op. cit., vol. 3º, Nº 1719, p. 268.

¹⁵ Arts. 1150, 1154 y 1155.

pues, que produce el acto permitido (retractación de la propuesta) se origina en un acto lícito; sin embargo debe ser indemnizado. Son principios basados en la equidad y la justicia distributiva, como se dijo antes, los que imponen la indemnización a cargo de quien retira su oferta.

El caso que se analiza se repite en el derecho comparado. Tal —por ejemplo— el Código Civil italiano de 1942, en su artículo 1328, que ha dado lugar a discrepancias entre los autores. Algunos consideran que siendo recepticio el acto de revocación, su eficacia como tal sólo tiene lugar una vez notificado el aceptante, por lo que mal puede constituir la fuente genética del derecho al resarcimiento de los gastos y daños sufridos por aquél, necesariamente anteriores al conocimiento de la retractación del proponente¹⁶. Por lo tanto el fundamento de ese derecho indemnizatorio debe buscarse en otro lado, por ejemplo en la *culpa in contrahendo* o en el principio de la buena fe¹⁷.

La observación tiene fuerza sólo aparente, ya que en ambos textos legales resulta notorio que es la revocación de la oferta de contrato la causa de la indemnización que se dispone, estando presupuesta la relación de causa-efecto. Por otra parte, aun aceptando que la revocación de la oferta sea un acto recepticio¹⁸, su declaración —de por sí operativa según el art. 1156 de nuestro Código Civil— actúa con efecto retroactivo al momento de la emisión¹⁹.

Bibiloni, en su Anteproyecto, al aludir al art. 1156 y luego de mencionar que la responsabilidad que establece se sitúa fuera del contrato y del acto ilícito, dice: “Esa responsabilidad no está, por consiguiente, sometida a las reglas de

16 Arts. 1328 del Código italiano y 1156 de nuestro Código Civil.

17 v. GIOVANNI TORREGROSSA, *Il problema della responsabilità da atto lecito*, Giuffrè Edit., Milano, 1964, Nº 21, p. 180 y Nº 23, pp. 188/189. Y en GIOVANNI CARRARA, *Contributo allo studio della formazione dei contratti*, Ed. Vallardi, Milano, 1915, un estudio de las varias teorías y su crítica en Nos. 11 y ss., pp. 211 y ss.

18 Lo que está negado por algunos autores: ver, por todos, MICHELE FRAGALI, en *Codice Civile. Libro delle Obligazioni*, vol. I, Commentario diretto da M. D'Amelio, ed. E. Finzi, A. Barbera Ed., Firenze, 1948, p. 332.

19 Conf. GIORGIO GIAMPICCOLO, *La dichiarazione recettizia*, Giuffrè Ed., Milano, 1959, nota 146, p. 69 y Nº 39, p. 202.

responsabilidad por inexecución de los contratos, ni a las determinadas para los actos ilícitos”; es un caso de obligación *ex-lege*²⁰.

Cabe señalar, por último, que en la conducta de quien revoca la oferta puede no hallarse un proceder desleal ni contrario a la buena fe, por lo que la indemnización por daños y perjuicios que se le impone asumir no representa una reacción del ordenamiento que sancione ninguna ilicitud²¹.

8. *La responsabilidad del Estado por perjuicios generados por su actividad lícita*. El criterio expuesto, que surge de los varios preceptos analizados del Código Civil, se reproduce dentro del ámbito del derecho público, donde existe ya una línea jurisprudencial evidente que acoge la responsabilidad del Estado por actos lícitos²².

Nuestro más alto tribunal así lo tiene declarado en varios casos. Puede citarse como ejemplo la sentencia dictada con fecha 14 de mayo de 1987, suscripta por la totalidad de sus miembros en la causa “Motor Once S. A. c/Municipalidad de la Ciudad de Buenos Aires”, en cuyo Considerando 11 se formula el claro interrogante: “cabe examinar si media en el caso un supuesto de responsabilidad por acto

20 JUAN A. BIBILONI, *Anteproyecto de Reformas al Código Civil Argentino*, V. Abeledo ed., Buenos Aires, 1929, t. II, *Obligaciones*, nota p. 386.

21 Conf. FRANCESCO BENATTI, *La responsabilità precontrattuale*, Giuffrè ed., Milano, 1963, p. 75; v. también GIUSEPPE MIRABELLI, *Del contratti in generale*, Unione Tipografico-Editrice Torinese, Torino, 1961, art. 1328, párr. 3, p. 48; RENATO SCOGNAMIGLIO, *Contratti in generale*, Casa Ed. Dr. F. Vallardi, Milano, 1961, párr. 26, p. 92.

22 Conf. GERMAN J. BIDART CAMPOS, *La responsabilidad del Estado por actividad lícita que lesiona derechos anteriormente adquiridos*, en “El Derecho”, t. 124, p. 993, donde comentando un fallo de la Corte Suprema de Justicia de la Nación, a referir después, concluye diciendo: “...la lesión que una actividad lícita del Estado infiere a derechos adquiridos exige, constitucionalmente, su reparación patrimonial; de no ser reparada, se consuma una ilicitud (inconstitucionalidad) que, no por derivar de la referida actividad lícita, puede permanecer sin remedio”. V. también: PEDRO ABERASTURY (h), *El problema de la responsabilidad del Estado en la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia de la Nación con particular referencia a la del Estado legislador*, en “Rev. Jurídica de Buenos Aires”, año 1985, p. 229 y ss.

lícito del Estado del cual derive la obligación de reparar". Y llega a la conclusión de que, en la especie juzgada, la reclamante era titular "de un derecho subjetivo público que se incorpora a su patrimonio y que no puede ser suprimido por una norma posterior sin agravio al derecho de propiedad consagrado en el art. 17 de la Constitución Nacional" ²³.

Ese punto de vista es compartido, en general, por la doctrina extranjera ²⁴.

9. *La responsabilidad del Estado por acto lícito dañoso. Evolución operada en la jurisprudencia.* La evolución de la doctrina y la jurisprudencia, tanto extranjera como nacional, en punto a la responsabilidad que compete al Estado por daños inferidos como consecuencia de su actividad lícita, es harto significativa, acaso más aun que la operada en el ámbito del derecho privado.

Quedaron ya superados los tiempos en que se postulaba la irresponsabilidad del Estado o la sujeción de éste, de un modo exclusivo, a la responsabilidad indirecta que consagraba el art. 1113 del Código de Vélez o las disposiciones correlativas de otros ordenamientos, para el supuesto de que sus agentes obraran con negligencia, imprudencia o impericia (culpa).

También quedó superada la etapa de la *faute de service*, elaborada por la jurisprudencia del Consejo de Estado francés. Si bien en esta concepción la Administración no respondía sobre la base de una relación principal-dependiente y su responsabilidad era esencialmente primaria, directa, lo que eximía a la víctima de demostrar la falta del agente, se exigía en todo caso la prueba de la mala condi-

²³ Conf. doctr. "Fallos", 296-719 y 723, Considerando 13, cuyos conceptos se reiteran en el Considerando 14 del fallo. V. "El Derecho", t. 124, p. 560.

²⁴ V. por todos, RENATO ALESSI, *La Responsabilità della Pubblica Amministrazione*, 2ª ed., Giuffrè ed., Milano, 1951, Parte Prima, Tít. Cuarto, pp. 216/141, cuyo criterio es amplio, leyéndose en la p. 227, punto 5: "...en todo caso de sacrificio de derechos privados por parte de la administración pública, ésta queda obligada a indemnizar al titular privado del derecho aunque falte una norma que prevea expresamente la indemnización".

ción del servicio o del funcionamiento defectuoso al que pudiera atribuirse el daño ²⁵.

Hoy la atribución de la responsabilidad al Estado tiene en miras el restablecimiento de un equilibrio socio-económico y patrimonial quebrantado por el acto dañoso. Se inspira en la idea de la igualdad ante las cargas públicas inserta en la conciencia jurídica contemporánea y consagrada en el artículo 16 de la Constitución Nacional. En otras palabras: Todo perjuicio anormal, excepcional, que exceda, por su naturaleza o por su importancia, las incomodidades o sacrificios corrientes exigidos por la vida en sociedad, debe ser considerado como una violación de la igualdad de los ciudadanos ante las cargas públicas ²⁶.

Este principio general se extiende tanto a los supuestos en que la Administración obre legítimamente como a aquéllos en que su accionar sea motivado por un estado de necesidad.

Y ello es así porque resultaría ofensivo a la idea de la justicia distributiva que el Estado, obrando en nombre de la comunidad, pudiera exigir el sacrificio de uno o algunos individuos sin la menor reparación, para proporcionar a todos los demás el beneficio resultante de ese mismo sacrificio ²⁷.

La idea básica aquí expuesta, apoyada en una exigencia de la solidaridad social ²⁸, domina hoy en la jurisprudencia y la legislación comparadas. Acaso una manifestación conspicua de esa tendencia irreversible la constituya la ley del régimen jurídico de la Administración del Estado español del 26 de julio de 1957, cuyo artículo 40 consagra el derecho al resarcimiento pleno de todo daño que sea conse-

²⁵ PAUL DUEZ, *La responsabilité de la puissance publique (en dehors du contrat)*, París, 1937, p. 11.

²⁶ P. DUEZ, op. cit., p. 61; R. MARCQ, *La responsabilité de la puissance publique*, París-Bruselas, 1911, Nº 261, p. 361.

²⁷ AMARO CAVALCANTI, *Responsabilidade civil do Estado*, p. 225, citado por AGUIAR DÍAS, *Responsabilidade civil*, México, 1957, t. II, p. 228.

²⁸ FRABEGAS DEL PILAR, *La responsabilidad del Estado y sus autoridades y funcionarios*, en "Revista General de Legislación y Jurisprudencia", Madrid, 1957, p. 701 y ss.

cuencia del funcionamiento, normal o anormal, de los servicios públicos o de la adopción de medidas de carácter discrecional no fiscalizables en vía contenciosa. O el art. 28 de la Constitución italiana de 1948 que extiende al Estado la responsabilidad por los "actos realizados con lesión de derechos" por sus funcionarios y agentes u otros entes públicos²⁹.

La doctrina jurisprudencial de la Corte Suprema Nacional y de los tribunales inferiores de la República no fue insensible a la apuntada evolución universal de las ideas acerca de la responsabilidad del Estado, que se exponen en los párrafos que preceden.

Ya en 1938, en la causa "Ferrocarril Oeste vs. Provincia de Buenos Aires", la Corte Suprema señaló que, al contraer la obligación de prestar un servicio, el Estado debe realizarlo "en condiciones adecuadas para llenar el fin para el que ha sido establecido, siendo responsable de los perjuicios que causare su incumplimiento o su irregular ejecución"³⁰.

En 1962 se abandona la idea de la *faute de service* implícita en el precedente recién glosado. El 3 de agosto de ese año, en la causa "Obras Sanitarias de la Nación vs. Provincia de Mendoza"³¹, la Corte estableció que la circunstancia de que la Administración obre regularmente, dentro de los límites impuestos a su actividad por la Constitución y las leyes, no empece su responsabilidad en la medida en que, a través de esa misma actuación, "se prive a un tercero de su propiedad o se la lesione en sus atributos esenciales". Responsabilidad ésta que el alto tribunal derivó directamente de la garantía consagrada por el art. 17 de la Constitución Nacional, insusceptible de ser allanada "con base en el fin de bien público de la obra" que generara el daño cuyo resarcimiento se perseguía en ese caso.

La doctrina según la cual la actividad lícita e irrenun-

²⁹ Ver J. LEGUINA VILLA, *La responsabilidad civil de la administración pública*, Madrid, 1970, *Passim*.

³⁰ Fallo del 3 de octubre de 1938, rev. "La Ley", t. 12, p. 123.

³¹ Rev. "La Ley", t. 110, p. 276.

ciable del Estado, cuando apareja daños a particulares, puede ser causa generadora de una responsabilidad extracontractual a cargo de la Administración en la medida que afecte derechos amparados por garantías constitucionales fue reiterada, entre otros, en los casos "Los Pinos S.A. vs. Municipalidad de la Capital"³², "Cantón M. F. vs. Gobierno Nacional"³³, "Sánchez Granel S. A. vs. Dirección Nacional de Vialidad"³⁴ y —recientemente— en "Vadell J. F. vs. Provincia de Buenos Aires"³⁵. Aparece también reflejada en decisiones de tribunales inferiores³⁶ y en el pronunciamiento de la Suprema Corte de la Provincia de Buenos Aires recaído en la causa B. 47.871, "Yebra M. vs. Municipalidad de Vicente López"³⁷.

La evolución jurisprudencial producida en la República, que remata en la doctrina consagrada por la Corte Suprema de la Nación y por la Suprema Corte de Buenos Aires en los precedentes antes citados, importa la afirmación del principio de que la legitimidad (real o presunta) del proceder del Estado, no releva a éste de la obligación de resarcir los daños que de ese mismo proceder se hubieren derivado, toda vez que admitir lo contrario equivaldría: a) A desconocer la garantía de la propiedad³⁸ en tanto se haría soportar un daño injusto a quién o quiénes no están jurídicamente obligados a tolerarlo; b) Vulnerar promiscuamente el principio de igualdad ante la ley³⁹ cuando el perjuicio haya sido inferido en miras a obtener una ventaja de orden general susceptible de beneficiar a la comunidad toda.

³² 22 de diciembre de 1975, rev. "La Ley", t. 1976-B, p. 303.

³³ 15 de mayo de 1979, rev. "La Ley", t. 1979-C, p. 219.

³⁴ 20 de septiembre de 1984, rev. "La Ley", t. 1985-A, p. 89.

³⁵ 18 de diciembre de 1984, en rev. "La Ley", t. 1985-B, p. 3.

³⁶ Cám. Nac. Civil, Sala "F", 16 de febrero de 1984, en rev. "El Derecho", t. 108, p. 638; Sala "C", 28 de agosto de 1984, en rev. "El Derecho", ejemplar diario del 6 de diciembre de 1984, p. 3.

³⁷ Fallo del 22 de octubre de 1985.

³⁸ Arts. 14 y 17 de la Constitución Nacional y 27 de la Constitución de Buenos Aires.

³⁹ Art. 16 de la Constitución Nacional.

Si en estos casos la pretensión de la víctima tiene su fundamento propio en los citados principios y garantías constitucionales, el resarcimiento debe ser integral, comprensivo del daño emergente como del lucro cesante y —eventualmente— del agravio moral mismo. Así lo tiene declarado la Corte Suprema Nacional, *in re* “Sánchez Granel c/Prov. de Buenos Aires”, precedente antes citado que divulga la revista “La Ley”, t. 1985-A, p. 89, y, también, en otros casos análogos, en los que se condenara al Estado a indemnizar, de un modo integral, los perjuicios derivados de inundaciones provocadas o facilitadas por la acción de entes públicos⁴⁰.

10. *Resumen conceptual*. De lo expuesto en los párrafos anteriores —con la prevención de que los casos resumidos no agotan el repertorio del ordenamiento positivo en cuanto al tema—, puede extraerse la consagración normativa del principio de que no es forzosa la existencia de *ilicitud* en la conducta para que proceda el pago de una indemnización por el daño causado a un tercero. Esta obligación resarcitoria puede existir también en casos en que el obrar está autorizado por la ley y es, por consecuencia, *licito*. Mezger, aludiendo al tema del deber de resarcir pese a no haber antijuridicidad y con referencia a los arts. 228 y 904 del Código Civil alemán, dice: “. . . la circunstancia de que con la acción vaya ligada a veces la obligación del resarcimiento no altera en lo más mínimo este resultado, pues tal obligación puede también ir unida a acciones conformes a Derecho”⁴¹.

En tales supuestos el daño ocasionado es resarcible, no obstante provenir de un acto permitido y lícito, es decir no

⁴⁰ Ver Corte Suprema Nacional, 13 de mayo de 1982, “Gómez Alzaga c. Provincia de Buenos Aires”, en rev. “La Ley”, t. 1982-D, p. 194; 17 de diciembre de 1985, “Torres G. c. Provincia de Buenos Aires”, en rev. “La Ley”, t. 1986-D, p. 1, con nota aprobatoria de Jorge Mosset Iturraspe.

⁴¹ EDMUNDO MEZGER, *Tratado de Derecho Penal*, t. I, “Revista de Derecho Privado”, Madrid, 1955, párr. 31-II, p. 452.

prohibido y que no viola deber alguno de quien causa el perjuicio frente a quien lo soporta.

La solución normativa comentada ocurre, principalmente, cuando en la vida histórica se confrontan intereses contrapuestos e incompatibles, ambos legítimos, y el ordenamiento atribuye preferencia a uno de ellos frente al otro, resultando de esa prioridad el derecho o, por lo menos, la facultad para su titular de ejercitar el tutelado interés, aun en detrimento y hasta con perjuicio del otro, no protegido. De ese modo el daño que se produzca, que en condiciones normales provendría de una conducta ilícita, contraria al principio del *neminem laedere*⁴², no podría —en principio— ser calificado de injustamente generado, al tener por causa una conducta que pasa a ser permitida y autorizada por el ordenamiento. Aparecen así las llamadas *causas de justificación* dentro de la técnica jurídica, en cuya virtud es lícita una conducta que normalmente hubiere sido ilícita, correspondiendo precisar que la solución normativa no supone que el obrar ilícito, a mérito de la causal de justificación admitida se convierta en lícito, sino que debe ser considerado como tal (“*iure*”) desde su comienzo⁴³.

Como consecuencia lógica del mismo enfoque, el derecho que resulta sacrificado pierde su entidad de tal (“derecho subjetivo”) y se reduce a un mero *interés*⁴⁴, que la ley protege acordando a su titular una indemnización compensatoria del desmedro sufrido⁴⁵. El legislador obra de tal modo en función de pautas de justicia distributiva, y al resolver el conflicto de intereses presentado, ambos legítimos, acuerda prelación a uno de ellos con sacrificio del otro, no

⁴² Arts. 1109 y concs., del Código Civil.

⁴³ Conf. ALFREDO ORGAZ, *La ilicitud (extracontractual)*, Lerner, Córdoba-Buenos Aires, 1974, p. 48; ROBERTO A. M. TERÁN LOMAS, *Derecho Penal. Parte General*, t. I, Edit. Astrea, Buenos Aires, 1980, N° 215, p. 351; ALEXANDER GRAF ZU DOHNA, *La estructura de la teoría del delito*, trad. de Carlos Fontán Balestra, Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1958, p. 44.

⁴⁴ Conf. R. ALESSI, *op. cit.*, pp. 218/219.

⁴⁵ Ver R. ALESSI, *op. cit.*, p. 229, punto 6, donde afirma, sosteniendo esos principios, que “en otros términos, el derecho sacrificado debe ser convertido en el derecho al equivalente económico”.

con la mira directa de proteger el interés privado del sujeto titular del derecho que prevalece, sino por razones de interés general, considerando que la solución dispuesta responde a sus designios y es favorable al bien común. Ese mismo bien común exige que la subordinación de un interés al otro no sea total, procediendo que se compense el daño que se causa al sujeto sacrificado, no a título de "sanción", pues el deber de indemnizar no está sujeto a los principios que rigen la responsabilidad civil que deriva del acto ilícito, sino de recomposición, por esa vía, del desequilibrio producido por la preferencia acordada al sujeto del interés que prevalece ⁴⁶.

11. *Concepción moderna de la responsabilidad civil.* Las ideas hasta aquí expuestas se insertan en una concepción de la responsabilidad civil entendida hoy como sistema restaurador de un equilibrio socioeconómico quebrantado por el inferimiento de un daño injusto.

Esta idea directriz, esta concepción general de la responsabilidad civil, domina todo el ámbito del derecho de daños y debe proyectarse sobre las soluciones concretas previstas por la ley para los casos particulares, tanto en el campo contractual como en el extracontractual, tanto en el supuesto de la responsabilidad por culpa como en el de la que deriva de la creación de un riesgo, aun en los supuestos extraordinarios de la responsabilidad por acto lícito, en los de la generada por el estado de necesidad o por actos involuntarios.

En otras palabras: hoy no es posible concebir la función de la responsabilidad civil sino como un aspecto de un servicio general de reparación de daños ⁴⁷.

⁴⁶ Ver DOMENICO RUBINO, *La fattispecie e gli effetti giuridici preliminari*, A. Giuffrè Edit., Milano, 1939, p. 206. Corresponde destacar que el nombrado autor italiano fue de los primeros en sistematizar la noción de acto ilícito dañoso en la doctrina. Ver en *Nuovo Digesto italiano*, voz: *Illecito* (Atto-Diritto moderno), por G. SCADUTO y D. RUBINO, t. VI, pp. 702-708, Nº 3.

⁴⁷ R. SAVATIER, *Comment repenser la conception française actuelle de la responsabilité civile*, separata del "Recueil Dalloz-Sirey", París, sin fecha, p. 9, Nº 24.

Por lo expuesto, la teoría de la responsabilidad civil no puede reducirse a la teoría del acto ilícito. De lo que se trata es, fundamentalmente, de distribuir los daños injustos en función de criterios de equidad, justicia y solidaridad social, en miras a restaurar el equilibrio social quebrantado por el acto dañoso. Es esta la idea que campea en la doctrina contemporánea ⁴⁸.

Esta idea ha sido expresamente adoptada por la reforma de 1968: La consideración de la situación económica del responsable y de la víctima a los efectos de fijar el cuánto de la indemnización, que antaño resistieran con energía Demogue y Lucienne Ripert, fue admitida por la doctrina comparada ⁴⁹ y ha sido consagrada por la reforma de la ley 17.711 al art. 1069 del Código de Vélez.

La solución de este precepto, así como la adoptada en relación con los daños ocasionados por actos involuntarios en el nuevo texto del art. 907, ponen de manifiesto que la responsabilidad civil, en nuestro ordenamiento positivo, debe ser entendida como un sistema de distribución de daños orientado a restablecer el equilibrio social quebrantado como consecuencia del inferimiento de un perjuicio injusto.

Está claro, pues, que el derecho de daños actual pone el acento no sólo en el perjuicio injustamente causado —acto ilícito— sino también en aquél injustamente padecido. López Olaciregui recuerda que un perjuicio civil puede ser injusto tanto por el hecho de haber sido injustamente causado como por el hecho de que sea injusto que lo soporte quien lo sufrió ⁵⁰. El ordenamiento tiene en miras, en unos casos sancionar a quien infiere un daño como consecuencia

⁴⁸ Entre otros muchos: G. MARTON, *Les fondements de la responsabilité civile*, París, 1938, *passim*; J. M. LÓPEZ OLACIREGUI, *Esencia y fundamentos de la responsabilidad civil*, en "Rev. del Derecho Comercial y de las Obligaciones", Buenos Aires, 1978, t. XI, p. 941; J. DE AGUIAR DÍAS, *Trat. de la responsabilidad civil*, México, 1957, t. I, pp. 53 y ss.; J. SANTOS BRIZ, *La responsabilidad civil*, Madrid, 1970, p. 56.

⁴⁹ Ver A. F. SALAS, *Indemnización debida a la víctima del acto ilícito. Influencia de la situación económica del responsable*, en "Rev. del Colegio de Abogados de Buenos Aires", t. 20, p. 3.

⁵⁰ Op. cit., Nº 105, p. 962.

de una conducta básicamente injusta —acto ilícito—; en otros distribuir socialmente los daños con el objeto de restaurar un equilibrio socioeconómico que el acto dañoso de alguna manera alteró injustamente. Así acontece en los supuestos de daños derivados de actos expresamente autorizados por la ley (lícitos), como los analizados en los apartados 3 y siguientes de este capítulo, o cuando atribuye responsabilidad al autor del acto involuntario en el caso del art. 907 o al propietario de una cosa por daños ocasionados por ella y que él no pudo evitar (art. 1113).

Bien pudo entonces afirmar Tucci que la responsabilidad derivada de acto lícito no es excepcional en tanto no deroga la "ratio" del instituto de la responsabilidad civil. Su particularidad reside en el hecho de que se reconoce a un sujeto una situación jurídica activa al mismo tiempo que se protege, en el plano del resarcimiento y en presencia de determinados elementos de hecho, el interés de otro sujeto al que la conducta lícita del primero necesariamente lesiona⁵¹.

Si el interés social en restablecer el equilibrio jurídico-económico roto como consecuencia del daño es el impulso generador de la responsabilidad civil y si ese equilibrio se quebranta toda vez que el cumplimiento de una finalidad subjetiva se traduzca en el inferimiento de un daño a quien no tiene el deber de soportarlo pasivamente⁵², está claro que han sido, fundamentalmente, consideraciones de orden estimativo las que han impelido a la doctrina y la jurisprudencia a acoger soluciones que, acaso, aparecerían escandalosas a un jurista decimonónico: admitir la resarcibilidad de un perjuicio inferido como consecuencia de un accionar lícito cuando consideraciones axiológicas imponen, razonablemente, la conclusión de que, aunque el obrar del agente no merezca reproche, la injusticia de la situación de la víctima

⁵¹ TUCCI, *La resarcibilità del danno da atto lecito*, "Riv. dir. civ.", 1967, pp. 263/266, transcripto en ALPA y BESSONE, *Atipicità dell'illecito*, Milán, 1981, t. I, pp. 97/99.

⁵² S.C.B.A., 20-X-1970, en "A. y S.", t. 1970-II, p. 396.

puede reclamar una solución de la naturaleza de las que se han analizado en el curso de este trabajo.

Todo ello en homenaje a exigencias de la justicia y la solidaridad, que subyacen en la evolución del pensamiento jurídico, cumplida tanto en el ámbito del derecho público como en el del privado.

En definitiva, en ambos campos —derecho público y privado— es la justicia distributiva la que en última instancia aparece como fundamento de las soluciones adoptadas.

Acaso aparezca más claro en el ámbito del derecho público, a través de la invocación de la garantía de la propiedad y del principio de la igualdad ante las cargas públicas como fundamento de las soluciones analizadas en el parágrafo 9.

Pero el principio es el mismo en el ámbito privatístico. Por ello pudo bien decir Larenz que cuando el ordenamiento demanda a ciertos individuos que en un caso concreto toleren el menoscabo de un bien suyo jurídicamente protegido, sea con el fin de preservar un bien de mayor valor o con el de proteger un interés de otra persona considerado de valor preferente, sea a causa de un interés preponderante de la generalidad, el restablecimiento de la igualdad exige una compensación en forma de adecuada indemnización en miras a la realización de una "justicia igualitaria"⁵³.

⁵³ KARL LARENZ, *Derecho justo. Fundamentos de ética jurídica*, traducción de L. Díez-Picazo, Madrid, 1985, p. 125.

CAPÍTULO II

VALORACIÓN DE LA CONDUCTA NECESITADA COMO ACTO LÍCITO DAÑOSO

Por Ernesto Nieto Blanc y Luis Francisco Bouzat

12. Se parte de la afirmación, a desarrollar y fundamentar, de que en el vigente derecho civil argentino la acción necesitada es lícita, procediendo —no obstante— que el autor indemnice a la víctima el daño que sufre, causado por su ejercicio. Este criterio es el que prevalece en la moderna doctrina y también en la legislación comparada que ha regulado el estado de necesidad dentro del ámbito del derecho privado⁵⁴. Su fundamentación es ardua en los regímenes, como el argentino, en que no existe solución legal expresa.

13. El Código Civil, en efecto, no contempla el estado de necesidad. Sí, en cambio, el Código Penal, cuyo artículo 34 dispone al respecto: “No son punibles...: ... 3º El que causare un mal por evitar otro mayor inminente a que ha

⁵⁴ Ver, entre otros, art. 904 del Código Civil alemán; art. 2045 del Código Civil italiano de 1942; art. 701 del Código Civil suizo y art. 52 del Código de las Obligaciones; arts. 160 II, 1519 y 1520 del Código Civil del Brasil; art. 338 del Código Civil de Portugal.

sido extraño". La legítima defensa es regulada por separado, en los incisos 6º y 7º del mismo artículo.

Nuestra doctrina penal sostiene, mayoritariamente, que — pese a la evidente imprecisión legal ("No es punible...")— la "impunidad" dispuesta es el efecto propio de una *causa de justificación* y que, por consecuencia, el acto dañoso es lícito, siempre —obviamente— que se cumplan en cada caso los requisitos que configuran el estado de necesidad⁵⁵.

Sobre ello dice Orgaz: "...la impunidad no se funda en la subjetividad del agente, sino en la objetividad del acto mismo, que no viola ninguna prohibición legal. Es cierto que existe una prohibición general de causar daño a otro (art. 1109 del Código Civil y disposiciones penales correspondientes a los delitos), pero la propia ley ha establecido la excepción de los daños ocasionados en estado de necesidad: este acto, en consecuencia, es lícito o conforme a derecho"⁵⁶.

El fundamento normativo de esa conclusión debe situarse en la unidad del orden jurídico, conforme al cual lo que es lícito o ilícito (antijurídico) para la ley penal, lo es simultáneamente para todos los demás sectores de la legislación⁵⁷.

⁵⁵ Ver, entre otros, SEBASTIÁN SOLER, *Derecho Penal Argentino*, Edición TEA, Buenos Aires, 1983, t. I, párr. 26-X, pp. 314/315, y párr. 32-IV, p. 363; ROBERTO A. M. TERÁN LOMAS, *Derecho Penal. Parte General*, t. I, Edit. Astrea, Buenos Aires, 1980, párr. 232, p. 391, donde se lee: "El acto necesario justificado es lícito".

⁵⁶ ALFREDO ORGAZ, op. cit., pp. 137-138.
⁵⁷ A. ORGAZ, op. cit., pp. 19/20, 40, 50/51, 54/55 y 128. En igual sentido: E. MEZGER, op. cit., párr. 18-I, p. 338, párr. 22-V, pp. 374/375, y párr. 31-IV, p. 463; GIUSEPPE BETTIOL, *Diritto Penale (Parte Generale)*, G. Priulla Edit., Palermo, 1945, pp. 199, 200, 204, quien concluye afirmando: "...no es posible en verdad concebir que un comportamiento sea contemporáneamente incriminado y considerado lícito"; RICARDO C. NUÑEZ, *Derecho Penal Argentino*, t. I, Parte General, Edit. Bibliográfica Argentina, Buenos Aires, 1959, p. 291: "...debe sostenerse firmemente el concepto de la *unidad* de la antijuridicidad en el campo del Derecho, sin distinción de sus ramas. Un hecho es o no es antijurídico en sí mismo, sin que pueda serlo para una rama jurídica y no serlo para otra. Esto, sin perjuicio de que siendo antijurídico el hecho, produzca efectos en una de ellas y en otras no..."; p. 292: "Lo que choca contra la necesaria unidad del orden jurídico objetivo es que mientras una de sus ramas considere lícito un hecho, otra, en las mismas circunstancias, lo considere ilícito; pero esa unidad fundamental no se quiebra porque a un hecho se le asignen

De lo expuesto se deduce igualmente que las causas de justificación "son comunes a todo el ordenamiento jurídico, y no particulares y distintas en cada sector de la legislación"⁵⁸.

De acuerdo con el art. 1068 del Código Civil: "Ningún acto voluntario tendrá el carácter de ilícito si no fuere expresamente prohibido por las leyes...". El acto voluntario dañoso, cumplido bajo un estado de necesidad, carece de esa prohibición expresa y, por el contrario, está permitido, autorizado dentro del ordenamiento positivo, ya que si conforme al art. 34 del Código Penal no es "punible", surge de su texto (inciso 3º antes recordado) que el "mal" (o sea, el daño) que se causa a otro en las condiciones de la norma, está autorizado. De existir, no genera la aplicación de "sanción" alguna contra el autor, sin hallarse dentro de dicho ordenamiento disposición que lo contradiga. La conclusión armoniza con lo establecido por el art. 19 de la Constitución Nacional en cuanto prescribe: "Ningún habitante de la Nación será obligado a hacer lo que no manda la ley, ni privado de lo que ella no prohíbe".

o no se le asignen en todas, los mismos efectos jurídicos"; p. 297: "...lo que el Derecho no puede hacer sin caer en una contradicción fundamental, es aprobar objetivamente una conducta en un sector y luego desaprobala en otro"; R. A. M. TERÁN LOMAS, op. cit., párr. 6, pp. 21/22 y párr. 204, p. 341 —"Un hecho no puede ser... contrario al Derecho Penal y conforme al Derecho Civil"—; ERNESTO HEINITZ, *El problema de la antijuridicidad material*, traducc. de R. Goldschmidt y R. C. Núñez, Universidad de Córdoba, 1947, pp. 44, nota 2, y 170; JEAN DARBELLAY, *Théorie générale de l'illicéité*, Ed. Universitaires-Fribourg (Suisse), 1955, quien citando a Beling, Nagler y Kern, expresa que "la ilicitud se presenta como un todo", y que "una acción autorizada por el régimen jurídico es también autorizada por el derecho penal (y viceversa)", párrs. 38 y 39, p. 90 y ss., estando las frases transcritas, con glosa de Kern, en la p. 94.

⁵⁸ A. ORGAZ, op. cit. p. 51. Ver también: R. A. M. TERÁN LOMAS, op. cit., párr. 232, p. 391, donde se lee: "El acto necesario justificado es lícito, y por ende no puede generar culpabilidad, no sólo en la esfera del Derecho penal sino tampoco en la del Derecho civil y el ordenamiento jurídico en general"; EDUARDO MARTÍNEZ CARRANZA, *El estado de necesidad en el Derecho Civil*, Universidad de Córdoba, 1942, ps. 97 y 104, donde concluye: "Si el derecho penal admite el hecho necesario, si lo justifica, es evidente —dada la sustancial identidad de lo ilícito— que otra rama del derecho no puede imponer consecuencias delictuales derivadas de ese mismo hecho; o sea, que frente al derecho civil, el hecho necesario es también lícito".

Por otra parte, según el art. 1103 del Código Civil: "Después de la absolución del acusado, no se podrá tampoco alegar en el juicio civil la existencia del hecho principal sobre el cual hubiere recaído la absolución". El concepto de "hecho principal", que menciona el texto transcripto, tiene amplitud y debe entenderse con la *ratio* y el sentido que ofrece la solución legal, incluyendo la existencia o la no existencia del estado de necesidad (causal de justificación), que declare la sentencia penal. Si la misma concluye que, por las circunstancias del caso, se reúnen las condiciones legales siendo aplicable el inciso 3º del artículo 34 del Código Penal, y que por lo tanto medió el estado de necesidad en el accionar de quien causó el daño ("mal", dice la norma), tal causa de justificación no podría ser desconocida por el juez civil que entienda en el reclamo de la víctima por los perjuicios sufridos, declarando que el accionar no fue *jure* (*secundum jus*), como lo reconoce la sentencia penal absolutoria, sino ilícito (*contra jus*), aplicando las reglas comunes de la responsabilidad delictual, pues de lo contrario se produciría la contradicción —inaceptable dentro de un mismo ordenamiento jurídico— entre ambas sentencias (la criminal, que admite la justificación del estado de necesidad, y la civil que la desestima), con el "escándalo jurídico contrario a la razón y a la verdad que debe suponerse en los juicios concluidos", a que alude Vélez Sarsfield en su nota a los artículos 1102 y 1103 del Código Civil. Así lo tiene reconocido importante doctrina y jurisprudencia⁵⁹.

59 ANTONIO V. CAMMAROTA, *Responsabilidad Extracontractual-Hechos y actos ilícitos*, Edit. Depalma, Buenos Aires, 1947, t. II, Nº 585, pp. 782/783; MARIO A. ODERIGO, *Derecho Procesal Penal*, Edit. Depalma, Buenos Aires, 1973, t. I, p. 408, nota 496; LINO ENRIQUE PALACIO, *Derecho Procesal*, Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1975, t. V, pp. 258/259; ALBERTO VÉLEZ MARICONDE, *Acción Resarcitoria*, edición del autor, Córdoba, 1965, p. 222, donde se lee: "1º La sentencia absolutoria hará cosa juzgada en lo civil cuando declara: ... que el hecho imputado no es antijurídico, porque existe una causa de justificación que excluye tal carácter, como la legítima defensa, el estado de necesidad...", y al pie de la página citada: "No se puede pensar que un acto justificado por una norma penal merezca una sanción civil"; CARLOS A. CHIARA DÍAZ, *Repercusiones del atributo de la cosa juzgada en los Procesos Penal*

Resulta evidente que el criterio expuesto es el que mejor responde a la disposición del art. 1103 citado, pues si la sentencia penal admite el estado de necesidad y la sentencia civil lo desconoce, los fallos serían "inconciliables", acorde con la pauta final que sostiene Marcadé al tratar el punto (autor francés a quien sigue Vélez Sarsfield en su nota mencionada a dicho artículo), como se lee en la frase que sigue: "La regla consiste pues en que la pretensión promovida ante la jurisdicción civil podrá ser debatida en todos los casos y solamente en los casos en que ella no sea inconciliable con la decisión emanada de la jurisdicción criminal"⁶⁰.

14. Finalmente y dando un nuevo argumento que autoriza a reconocer al estado de necesidad como causa de justificación dentro del ámbito de nuestro derecho civil, procede acudir al principio de analogía que admite el art. 16 del Código Civil, conforme al cual cuando la cuestión presentada no puede resolverse "ni por las palabras, ni por el espíritu de la ley", cabe atender "a los principios de leyes

y Civil, en "E.D.", t. 100, pp. 915/921, quien en la p. 919 dice: "Luego de la absolución del encartado, no se podrá tampoco discutir en el juicio civil la existencia del hecho principal ... en relación al cual recayó la absolución. Esto será claro y terminante cuando se hubiera declarado que el hecho no existió o no fue cometido por el encausado, o que se llevó a cabo al amparo de una causal de justificación, en cuyo caso no quedan alternativas diferentes en lo civil", siendo distinta la situación cuando existe y se invoca para disponer la absolución una causal de inimputabilidad o de inculpabilidad. Ver también EDUARDO BONASI BENUCCI, *La Responsabilidad Civil*, traducc. y notas de Derecho Español por J. V. Fuentes Lojo y J. Peré Raluy, José M. Bosch Editor, Barcelona, 1958, p. 124, donde dice que el proceso civil: "no podrá afectar la existencia del estado de necesidad afirmado por la sentencia penal". *Jurisprudencia*: Corte Suprema de Justicia Nacional, fallo del 23/7/1943, publicado en "Jur. Arg.", 1943, t. III, pp. 603/624; Cámara Civil y Comercial Segunda de La Plata, fallo del 30/5/1944, en "La Ley", t. 35, pp. 208/209 —ambas sentencias hicieron valer el principio de la cosa juzgada (art. 1103 del Código Civil) frente a la absolución en sede penal, con fundamento en la legítima defensa como causal de justificación—; Suprema Corte de Justicia de la Provincia de Buenos Aires, sentencia del 27/5/1981 en la causa "Herrera vs. Espinosa", en "Jur. Arg.", 1982, t. I, p. 15, Nros. 4/6, —Ac. 30213—.

60 V. MARCADE, *Explication Théorique et Pratique du Code Civil*, 7é. éd., Tº V, Paris, Delamotte et Fils éd., 1873, art. 1351, p. 208 —en la p. 210 repite el concepto con cita de un fallo de la Corte de Orléans—.

análogas". Resulta así legítima la remisión —ante el silencio de aquel Código sobre el estado de necesidad—, a la expresa normación contenida en el Código Penal, teniendo en vista, además, la pauta fundamental —ya analizada— de la unidad del ordenamiento jurídico, que se proyecta también a las causales de justificación, neutralizando el carácter de antijurídico atribuido normalmente al acto que produce daño a un tercero. Tal remisión no es arbitraria y tiene claros soportes normativos, pudiendo acudirse a los principios generales del derecho (última fuente autorizada por el art. 16 mencionado), dentro de los que corresponde incluir al estado de necesidad, dada su naturaleza racional, que tiene sustento en las reacciones propias de la conducta humana normal —no heroica— frente a casos límites. A criterio similar acude Marienhoff para hallar fundamento "jurídico-positivo" a la responsabilidad del Estado por su actividad *licita* ⁶¹.

La conclusión a que se arriba no soslaya la conveniencia de que, en una futura reforma, se incorpore el instituto del estado de necesidad, al derecho civil, con criterio que armonice con el adoptado por el Código Penal y lo complemente, reglando la indemnización del daño causado al titular del interés sacrificado —víctima inocente—, que constituye el restante problema básico que ofrece el estudio de la figura y es el tema —de *lege data*— a considerar en lo que sigue.

15. La cuestión del resarcimiento del daño causado por efecto del estado de necesidad, es la que más ha preocupado a los autores, y la tendencia a reconocer como ilícito el acto necesitado obedeció en gran medida al propósito de no dejar sin amparo al sujeto víctima de ese daño,

61 MIGUEL S. MARIENHOFF, *Responsabilidad del Estado por sus actos lícitos*, en "El Derecho", t. 127, pp. 717/721, transcribiéndose el siguiente párrafo —Cap. XI, p. 718—: "Por cierto que la falta de un texto legal expreso, en modo alguno obsta a la procedencia de la indemnización a cargo del Estado, por cuanto, en tal supuesto, la cuestión ha de resolverse aplicando alguno de los recordados principios generales inherentes al 'Estado de Derecho'".

por cuanto choca a la conciencia jurídica, al admitir la licitud de aquél, que se salve un bien propio a expensas de un tercero inocente ⁶².

El problema radica en hallar el fundamento jurídico de esa obligación resarcitoria a cargo del autor del daño causado.

Algunos de nuestros autores nacionales, que han llegado a admitir la licitud del acto necesitado, coinciden en que de "iure condito" no queda otra alternativa que hacer soportar a la víctima el daño que sufre, dado que no cabe responsabilidad por los perjuicios que ocasione un obrar legítimo, como una derivación lógica del principio de que *necessitas facit de illicito licitum*, ya afirmado por Baldo, seguido por los canonistas ⁶³. Otros autores, ante la notoria injusticia de aquella consecuencia, recurren a los principios de la equidad ⁶⁴.

62 Conf. S. SELETTI, *Sullo stato di necessità in diritto privato*, en "Rivista del Diritto Commerciale e del Diritto Generale delle Obligazioni", Vol. XI, 1913, Parte Seconda, p. 708. Comp. J. DELIYANNIS, *La notion d'Acte Illicite*, Librairie Générale de Droit et de Jurisprudence, Paris, 1952, N° 159, pp. 214/216 y N° 160, p. 216.

63 ANGELO NATTINI, *Appunti sulla natura dell'atto necessitato*, en "Rivista del Diritto Commerciale", Vol. IX, año 1911, Parte Prima, párr. 5, p. 706. Sobre lo dicho en el texto ver por todos: EDUARDO MARTÍNEZ CARRANZA, op. cit., p. 105, donde expresa: "Esta es, a nuestro entender, la solución del problema: El hecho necesario es lícito, y no impone, por lo tanto, obligación alguna de indemnizar"; ALFREDO ORGAZ, op. cit., pp. 152 y 153, donde concluye que "si el acto necesario es lícito, ella (la reparación) no corresponde (art. 1066)", desestimando la aplicación del enriquecimiento sin causa, de la gestión de negocios y de la expropiación en interés privado, que una parte de la doctrina da como fundamento de la obligación de indemnizar a la víctima inocente del acto necesitado.

64 Ver, por todos, ARTURO ACUÑA ANZORENA, *El estado de necesidad en el Derecho Civil*, en: "Estudios sobre la Responsabilidad Civil", Editora Platense, La Plata, 1963, pp. 131/149, donde sostiene que la obligación de resarcimiento "no puede fundarse en motivos exclusivamente jurídicos o económicos, sino en razones perentorias de equidad o de solidaridad social" —p. 141— procediendo destacar que el autor, si bien admite la licitud del acto necesitado, sostiene que el daño que causa es "involuntario", aunque relacionando la falta de "libre voluntad" con la ausencia de dolo —intención de dañar—, y de culpa en el obrar del autor, no existiendo por lo tanto ni delito ni cuasidelito —op. cit., p. 135—. Mosset Iturraspe también sostiene que: "No obstante la licitud del obrar en estado de necesidad, la responsabilidad no queda excluida" —JORGE MOSSET ITURRASPE, *Responsabilidad por daños, Parte General*, Ediar, Buenos Aires, 1979, p. 44, aunque sin fundar la conclusión en normas de nuestro derecho positivo—.

La adopción de la equidad como fuente autónoma de normas jurídicas, no resulta claramente admisible en nuestro derecho positivo privado⁶⁵, siendo evidente que el ordenamiento recurre a ella en situaciones especialmente regladas, con miras a atemperar su eventual rigor o hallar soluciones que consagren una mejor justicia, ajustada a las situaciones particulares previstas en cada caso. Juega, así, como criterio de interpretación o aplicación de la norma a un caso determinado, templando su rigidez. Puede, también, operar como fundamento de un instituto jurídico, con el alcance que le da aquella opinión de Acuña Anzorena, pero entonces no sería ni criterio de interpretación, ni menos todavía fuente de derecho objetivo⁶⁶.

Lo expuesto da sentido a la franca declaración de Coviello (Leonardo), quien frente al silencio —a “deplorar”, decía— del Código Civil italiano de 1865, expresaba: “Porque quien sostiene la responsabilidad civil por los actos necesarios, no sabe dónde ubicar el fundamento”⁶⁷.

La solución debe encontrarse por otras vías. Se considera que la más idónea es la orientada a situar el acto necesitado dentro de la categoría del acto lícito dañoso, desarrollada en el capítulo anterior y que tiene clara recepción en nuestro derecho positivo. A ella adhiere, además, una caudalosa doctrina que señala la tendencia prevaleciente en la actualidad entre los autores que han estudiado el tema —aunque no todos han ahondado el fundamento, pero afirmando la licitud del acto y la obligación de indemnizar el daño causado—⁶⁸.

⁶⁵ Arts. 16, 17 y concs. del Código Civil.

⁶⁶ Conf. FRANCESCO MESSINEO, *Manual de Derecho Civil y Comercial*, traducc. de S. Sentís Melendo, Edit. E.J.E.A. Buenos Aires, 1954, t. I, párr. 4 de la Introducción, N° 19, p. 80.

⁶⁷ LEONARDO COVIELLO, *Lo stato di necessità nel Diritto Civile*, en “Il Filangieri”, Milano, 1898, t. II, p. 106.

⁶⁸ Ver, entre otros: DOMÉNICO RUBINO, op. cit., p. 207 y en *Observaciones en tema de estado de necesidad y concurso de personas en el hecho culposo*, incluido en el volumen “Studi Giuridici”, Dott. A. Giuffré Edit., Milano, 1970, pp. 485/488; GIUSEPPE MIRABELLI, op. cit., loc. cit. y *La Rescissione del Contratto*, Casa Editr. Dott. E. Jovene, Napoli, 1962, párr. 46, pp. 175/176; GUIDO TEDESCHI, *Legittima difesa, estado de necesidad y compensación*.

16. El orden jurídico tiende a equilibrar los diversos intereses y derechos que son objeto de su regulación. Cuando los mismos entran en colisión, el análisis de las diversas normas que contemplan los conflictos muestra que, invariablemente, dan su solución otorgando preferencia al más valioso, por cuanto el interés general tiende a la conservación de los bienes de mayor valor, con sacrificio de los de menor valor, cuando ello es necesario ante la alternativa de salvar uno u otro. Dice Vareilles-Sommières: “La razón quiere que en caso de conflicto entre dos derechos, es decir cuando dos derechos se contraponen y no pueden ser ejercidos plenamente los dos, aquel que evidentemente es el menos importante, cede al otro”⁶⁹. Los casos analizados en el capítulo primero, así lo demuestran. Esa preferencia del ordenamiento por el bien más valioso, no deja desprotegido al titular del bien sacrificado, sino que como solución que imponen la justicia y la equidad, le adjudica una compensación indemnizatoria a cargo del titular del bien protegido, a quien —de ese modo condicionado— abre la vía

de las culpas (*Apuntes críticos sobre el proyecto italiano-francés de las obligaciones*), en “Rivista di Diritto Commerciale”, V, 29, 1931, pp. 741/742; EMILIO BETTI, *Teoría General del Negocio Jurídico*, traducc. de A. Martín Pérez, Editorial Revista de Derecho Privado, Madrid, sin fecha, p. 345; FRANCESCO MESSINEO, op. cit., t. II, párr. 11, punto 3, p. 38 y t. VI, párr. 169, ap. b), p. 488; ADRIANO DE CUPIS, *Il Danno. Teoria generale della responsabilità civile*, A. Giuffré edit., Milano, 1946, pp. 16, 71 y 253, y en *I Fatti Illeciti*, Casa Editr. Fco. Vallardi, Milano, 1961, Cap. I, párr. 13, pp. 22/24; EDUARDO MARTÍNEZ CARRANZA, op. cit. loc. cit.; JOSÉ A. BUTELER: este autor varió su opinión, adoptando el criterio analizado: ver *A propósito de un tema de concurso: el estado de necesidad en Derecho Civil*, en “Estudios de Derecho Privado. Homenaje al Doctor Pedro León”, Córdoba, 1976, pp. 119 y 124/126, y antes: *El estado de necesidad en Derecho Civil*, Imprenta de la Universidad, Córdoba, 1942, pp. 49/54, 84/107; EUGENIO OSVALDO CARDINI, *Estado de Necesidad*, Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1967, p. 64 y ss.; JUAN CARLOS PALMERO, *El daño involuntario*, Edic. Astrea, Buenos Aires, 1973, p. 62; MARCELLO BRIGUGLIO, *Lo Stato di Necessità nel Diritto Civile*, Cedam, Casa Edit. Dott. A. Milano, Padova, 1963, Cap. III, N° 13 y ss., p. 135 y ss.; ALFREDO MOLARI, *Profili dello Stato di Necessità*, Cedam, Padova, 1964, pp. 149/163. Ver también art. 2392 del Anteproyecto Biliboni —tomado del art. 904 del Código Civil alemán— y art. 1476 del Proyecto de Reforma del Código Civil, de 1936.

⁶⁹ De VAREILLES-SOMMIÈRES, *La définition et la notion juridique de la propriété*, en “Revue Trimestrielle de Droit Civil”, t. IV, 1905 pp. 443/495, estando lo transcripto en el párrafo 33, p. 461.

de invadir la esfera patrimonial de otro, neutralizando el carácter de ilicitud que, para esa conducta, deriva de los principios generales⁷⁰. Para que tal reconocimiento compensatorio no opere, sería imprescindible la disposición de norma expresa, tal como resulta del art. 2652 del mismo Código, conforme al cual: "El que hiciere obras para impedir la entrada de aguas que su terreno no está obligado a recibir, no responderá por el daño que tales obras pudieren causar", y del art. 2733: "Cuando la pared medianera no pueda soportar la altura que se le quiera dar, el que quiera alzarla debe reconstruirla toda ella a su costa, y tomar de su terreno el excedente del espesor. El vecino no puede reclamar ninguna indemnización por los embarazos que le cause la ejecución de los trabajos". A veces, también, si hay daños la ley no permite invadir la esfera jurídica de otro, aun indemnizando⁷¹.

A los referidos casos, analizados en el capítulo primero, pueden agregarse los que sintéticamente se enuncian a continuación:⁷²

a) Conforme al art. 2587 del Código Civil quien sembrare, plantare o edificare en finca propia con semillas, plantas o materiales ajenos, adquiere la propiedad de unos y otros "pero estará obligado a pagar su valor", y si procediere de mala fe "será además condenado al resarcimiento de los daños y perjuicios". Aquí se enfrentan dos propietarios: el del terreno, que usó los materiales, etc., ajenos con el fin indicado, y el de los materiales, semillas o plantas, quien normalmente podría reclamar la restitución de sus bienes, usados sin su consentimiento. La ley considera prioritario el interés del propietario del suelo, impidiendo que la obra se destruya o perezca lo plantado, pero le obliga a pagar su valor al dueño de los bienes usados, y aun indemnizarle los daños que pudieron serle causados, si obró de

⁷⁰ *Neminem laedere*, arts. 1109 y concs. del Código Civil.

⁷¹ Ver art. 2731, *in fine*.

⁷² SELETTI, en su monografía citada y con relación al Código Civil italiano de 1865, enumera veintidós supuestos.

mala fe. Borda comenta al respecto que conferir al dueño de las semillas, plantas o materiales, el derecho de reivindicarlos aun a costa de destruir lo sembrado, plantado o edificado, sería "una solución antisocial, que importaría destruir valores y bienes en cuya conservación está interesada la sociedad. La ley mantiene, por consiguiente, el dominio en cabeza del dueño de la tierra, sin perjuicio de la indemnización que deberá pagar al dueño de las semillas, plantas o materiales"⁷³.

b) El mismo criterio se aplica en el caso inverso, es decir cuando —de buena fe— se "edificare, sembrare o plantare, con semillas o materiales propios en terreno ajeno", en cuyo caso "el dueño del terreno tendrá derecho para hacer suya la obra, siembra o plantación, previas las indemnizaciones correspondientes al edificante, sembrador o plantador de buena fe, sin que éste pueda destruir lo que hubiese edificado, sembrado o plantado, no consintiéndolo el dueño del terreno"⁷⁴. El art. 2591 agrega que si el dueño de la obra "la hiciere con materiales ajenos", el dueño de los materiales ninguna acción tendrá contra el dueño del terreno y sólo podrá exigirle "la indemnización que éste hubiere de pagar al dueño de la obra". La ley considera también en estos casos como preponderante el derecho del dueño del terreno, quien hace suyas las obras, concordante con el propósito de evitar la destrucción de ellas, contrario al interés general de la comunidad.

c) El art. 2594 del Código Civil establece que cuando dos cosas muebles que pertenecen a distintos dueños, se unen de tal manera que vienen a formar una sola, "el propietario de la principal adquiere la accesoria", debiendo pagar al dueño de la cosa accesoria lo que ella valiere. La razón que inspira la solución legal es la expuesta para los casos anteriores. El criterio para distinguir la cosa principal lo dan los arts. 2333 y 2334 del mismo Código.

⁷³ GUILLERMO A. BORDA, *Derechos Reales*, t. I, N° 340, p. 292.

⁷⁴ Art. 2588 del Código Civil.

d) La "ratio" legal se repite en el caso del art. 2597, al disponer que: "Cuando cosas secas o fluidas de diversos dueños se hubiesen confundido o mezclado, resultando una transformación, si una fuese la principal, el dueño de ella adquiere el dominio del todo, pagando al otro el valor de la materia accesoria".

e) Un supuesto especial, de marcado interés sobre el tema, se contiene en el art. 2269 del Código Civil, al regular el contrato de comodato. La norma dispone, como principio básico, que el comodatario no responde de los casos fortuitos o de fuerza mayor, con las excepciones que resultan de las disposiciones generales⁷⁵. Pero en su última parte contiene una norma, típica de este contrato, conforme a la cual el comodatario responde del caso fortuito o fuerza mayor: "...si pudiendo garantizar la cosa prestada del daño sufrido, empleando su propia cosa, no lo ha hecho así; o si pudiendo conservar una de las dos, ha preferido conservar la suya", siendo evidente la conexión de este último caso con el estado de necesidad.

El texto transcrito presupone que el comodatario salva su responsabilidad si, en las emergencias previstas, conserva la cosa prestada, de propiedad del comodante, y sacrifica—para ello— la propia.

La disposición no distingue, en su letra, situaciones vinculadas al distinto valor que puedan tener ambas cosas (la del comodante, prestada, y la propia similar del comodatario). El tema fue objeto de discusión en la doctrina anterior, debiendo tenerse en cuenta que los glosadores y algunos autores franceses (como Durantón y Duvergier, entre otros), consideraban que el comodatario quedaba exonerado de responsabilidad si la cosa de su propiedad, que salvaba, sacrificando la recibida en uso gratuito del comodante, era más valiosa, solución que Pothier y otros autores posteriores al Código Civil francés⁷⁶, rechazaban⁷⁷. Pothier expresa que

⁷⁵ Art. 513.

⁷⁶ Que contiene una solución análoga a la nuestra: art. 1882.

⁷⁷ V., al respecto, PAUL PONT, *Des Petits Contrats*, como continua-

la decisión debe "sobre todo tener lugar" cuando las cosas prestadas eran más preciosas que las propias salvadas, y se pregunta si la solución será la misma en el caso inverso, cuando el comodatario, que sólo puede salvar unas y no las otras, opta por las propias de más valor, y concluye que también en este caso es responsable de su pérdida⁷⁸.

Coviello⁷⁹, al comentar el art. 1810 del Código Civil italiano de 1865⁸⁰, aludiendo a la responsabilidad del comodatario frente al comodante y preguntándose si existe ilicitud en la conducta del primero, sostiene que la norma tiene "carácter excepcional", bastando observar que la responsabilidad surge "aunque la cosa propia sea de mucho mayor precio" que la recibida en préstamo, y siendo que entre las cosas propias "todo buen padre de familia trata de salvar las de mayor valor con preferencia de las otras", concluyendo que "no puede elevarse a norma jurídica aquella de cumplir actos heroicos de altruismo", y que el deber de custodiar la cosa de otro con más cuidado que la propia, es "una obligación especial que nace de la relación de comodato, fundada en el reconocimiento debido a quien presta por acto de favor una cosa, pero no se puede hacer de ello un precepto general".

Sin embargo, la interpretación que merece el texto legal debe ser otra, armonizándolo con el sentido del discurso que se desarrolla: la reparación del daño derivado de acto lícito.

Lo natural es concluir que el art. 2269 de nuestro Código Civil, al igual que los preceptos similares de los Códigos foráneos arriba citados, tuvieron el propósito de no admitir, como eximente de responsabilidad, la circunstancia

dor de la obra de V. Marcadé, t. I, París, 1877, Nº 95, pp. 44/45 y nota 1 al pie de ambas páginas.

⁷⁸ Ver POTHIER, *Oeuvres*, annotées par M. Bugnet, t. V, París, 1861, *Traité du Pret a Usage et du Prêcaire*, Nº 56, pp. 23/24, resultando extraño que Carresi le atribuya la opinión contraria: ver FRANCO CARRESI, *Il Comodato. Il Mutuo*, Torino, Unione Tipografico-Editrice Torinese, 1957, Nº 40, p. 69.

⁷⁹ Op. cit., pp. 8/9.

⁸⁰ De texto similar al art. 2269 argentino.

de que la cosa propia salvada por el comodatario fuere de mayor valor que la recibida del comodante, imponiendo el resarcimiento a cargo de aquél y a favor de éste.

En efecto, si la cosa recibida en préstamo de uso es de mayor valor que la propia del comodatario, quien salva ésta a costa de aquélla, su responsabilidad frente al comodante surge de aplicar los principios generales en materia de responsabilidad civil, no pudiendo invocarse el estado de necesidad, por faltar uno de los requisitos básicos⁸¹. Aquí habría ilicitud y culpa del usuario, debiendo tenerse en cuenta que el art. 2269, en el último caso que contempla, dice que el comodatario, no pudiendo conservar sino una de las dos cosas, ha “preferido” conservar la suya. Esa “preferencia”⁸² demuestra que la acción es imputable al comodatario, que obró con dolo, o por lo menos con culpa, sin poder aducirse la existencia de una causa de justificación, por la razón apuntada⁸³. Pero si la cosa propia del usuario es la de mayor valor, por aplicación del principio que se viene analizando procede que el comodatario indemnice al comodante el daño sufrido, siendo justo que resarza el perjuicio que causó para salvar la cosa de su propiedad, más valiosa. Ese es el supuesto que la norma contempla, apartándose del derecho anterior.

La solución hermenéutica a que se arriba queda corroborada con la disposición del art. 2287 del Código Civil, que dice: “El comodante debe pagar las expensas extraordinarias causadas durante el contrato para la conservación de la cosa prestada, siempre que el comodatario lo ponga en su conocimiento antes de hacerlas, salvo que fuesen tan urgentes que no pueda anticipar el aviso sin grave peligro”. Y es evidente que si para salvar la cosa recibida en comodato, el comodatario sacrifica la propia, *de mayor valor*, está realizando una expensa extraordinaria, que le debe ser

⁸¹ Conf. art. 34, inc. 3º, del Código Penal.

⁸² FREITAS, en su *Esboço*, dice “deliberadamente”, en igual caso —art. 2579— y con idéntico sentido.

⁸³ Conf. SELETTI, op. cit., p. 704.

reembolsada por el comodante, conforme a la disposición legal antes transcrita. Pero en ese caso resulta clara la deducción de que al comodante no le interesa afrontar un gasto que supera el valor de la cosa prestada, lo que explica la solución del art. 2269, última parte, obrando lícitamente el comodatario que, en tal supuesto, sacrifica la cosa recibida y salva de ese modo la propia (de mayor valor), pero indemnizando la pérdida sufrida por el comodante. Es la “ratio” de la norma, que compone con justicia el conflicto de intereses presentado: el comodatario, en el trance de salvar una de dos cosas, opta por la propia, de más valor, y sacrifica la recibida en comodato, indemnizando su valor al comodante, alternativa que beneficia a este último, pues debe a su vez indemnizar al comodatario en el supuesto de que éste hubiere “preferido” dejar perecer su propia cosa (de más valor), salvando la del comodante⁸⁴. Este caso del art. 2269 tiene particular interés, por referirse a un supuesto en que aparecen contempladas claras situaciones de necesidad⁸⁵.

17. Lo expuesto en los párrafos que anteceden pretende demostrar, a través de reiterados preceptos normativos, que es interés de la sociedad que, al enfrentarse dos derechos, prevalezca el más valioso, resultando procedente —con un criterio de elemental justicia— que su titular indemnice el daño que sufra el titular del derecho sacrificado. Se enumeraron casos concretos diversos que muestran cómo el ordenamiento positivo consagra esa solución.

El deber de reparar —en estos casos— no se origina en la antijuridicidad del obrar dañoso del sujeto beneficiado, sino en la injusticia del daño inferido, “pues la concepción razonable de la vida y el interés general exigen que se salven los bienes cuando ello es posible con el sacrificio de bienes de valor incomparablemente menos elevado, pero no existe motivo para que quien se halla en estado de nece-

⁸⁴ Art. 2287 citado.

⁸⁵ Artículos citados, parte final de ambos; ver SELETTI, op. cit., p. 704.

sidad se salve a costa ajena”⁸⁶. En el ordenamiento argentino dicho resultado no está explícitamente previsto para las situaciones cubiertas por la figura del estado de necesidad, fuera de la norma que contiene el art. 2269 del Código Civil, pero sí en otras de colisión de derechos o intereses, con el efecto indemnizatorio indicado, salvo excepción taxativa. Por consecuencia, se considera admisible la conclusión de que, cuando se dan las condiciones legales para que se configure el estado de necesidad y con él la existencia de un daño indemnizable —pese a ser lícito y no antijurídico el acto que lo causa—, es procedente aplicar el criterio que el legislador adopta en las situaciones estudiadas, por vía analógica, por interpretación extensiva o por imponerle los principios generales del derecho de acuerdo con las pautas que trae el art. 16 del nombrado Código⁸⁷. En última instancia, en esos principios generales tienen amparo el estado de necesidad y el resarcimiento debido al titular del derecho o bien sacrificado, por quien obró bajo su imperio pero causando un daño que débese indemnizar. Tienen así adecuada aplicación aquellas precisas directivas legales⁸⁸.

⁸⁶ ANDREAS VON TUHR, *Derecho Civil. Teoría General del Derecho Civil. Teoría General del Derecho Civil Alemán*, traducción de Tito Ravá, Vol. III 2, Editorial Depalma, Buenos Aires, 1948, p. 309, III.

⁸⁷ Conf. GIOVANNI CESAREO-CONSOLO, *Trattato sul Risarcimento del Danno in materia di Delitti e Quasidelitti*, Torino, Unione tipografico-Editrice Torinese, 1914, N° 10, pp. 15/18; S. SELETTI, op. cit., pp. 693 y 708/709 —refiriéndose ambos autores al Código Civil italiano de 1865, que no contempla el estado de necesidad y en su art. 3° tiene una norma similar al art. 16 del Código Civil argentino—.

⁸⁸ Ver KARL LARENZ, *Derecho Justo*, traducción de Luis Díez-Picazo, Madrid, Editorial Civitas S. A., 1985, p. 125; JOSÉ MARÍA LÓPEZ OLACIREGUI, *Esencia y fundamento de la responsabilidad civil*, en “Revista del Derecho Comercial y de las Obligaciones”, año 1978, pp. 941/962, Nos. 60, 67, 68, 69 y 70 —este autor observa que se trata de un daño “injusto” para la víctima, Nos. 3, 45, 105—.

CAPÍTULO III

EL ESTADO DE NECESIDAD

Por José Julián Carneiro

18. Dentro del concepto elaborado en este trabajo, en el sentido de que el daño jurídico resarcible no se agota en el daño injusto causado por hecho ilícito, pues existe también un daño que aunque provocado por un actuar lícito es susceptible de generar en cabeza de la víctima una pretensión resarcitoria, corresponde considerar las circunstancias derivadas del estado de necesidad que generan la responsabilidad en su autor y el derecho de la víctima a obtener indemnización.

19. *Concepto*. El artículo 2045 del Código Civil italiano define con claridad el concepto genérico del estado de necesidad: “cuando el que ha cometido un acto dañoso lo ha hecho obligado por la necesidad de salvarse o de salvar a otro del peligro actual a la persona y el peligro no ha sido causado voluntariamente por él, ni era evitable de otra forma, se debe al perjudicado una indemnización equitativa. La determinación de su cuantía es confiada a la apreciación equitativa del Juez”.

No obstante que nuestro Código Civil no contiene regulación del estado de necesidad, la doctrina y la jurisprudencia

dencia lo han reconocido. Sus modalidades y requisitos se adaptan, en lo sustancial, al artículo 2045 antes citado del Código Civil italiano.

No obstante tal elaboración, se impone un criterio más amplio, en la forma que habrá de explicarse⁸⁹.

20. *Modalidades.* a) *Acto dañoso:* El estado de necesidad presupone la comisión de un acto dañoso con el fin de salvarse el autor del daño o de salvar a un tercero de un peligro.

El daño puede afectar a los bienes de la persona que se ha salvado o a los de un tercero.

No es pacífica la respuesta sobre si, cuando el daño afecta a una persona, también puede invocarse el estado de necesidad. Más adelante se tratará este punto.

b) *Acto voluntario:* Se ha sostenido que el acto necesario es involuntario pues el autor del hecho está privado accidentalmente de libertad (arg. artículo 897)⁹⁰.

Y por ese camino se llega a la conclusión de que el acto no puede ser calificado ni como ilícito ni como lícito, pues al ser involuntario no produce por sí obligación alguna (artículo 900 *in fine*) y de este modo no determina responsabilidad.

Entendemos que el comportamiento de quien se defiende no es involuntario, pues no obra carente absolutamente de libertad. Puede razonar para dirigir su comportamiento frente a la agresión y de ese modo proyecta su defensa. Tiene la alternativa de obrar en distintas direcciones para evitar el peligro amenazante. Y en ese momento debe medir su respuesta, pues el daño que infiere debe ser menor que el peligro que ha de evitar.

Para que existan actos involuntarios la falta de liber-

⁸⁹ Contienen disposiciones relativas al estado de necesidad: Código Civil alemán, artículo 228; Código Suizo de las obligaciones, artículo 52; Código brasileño, artículo 160; Código venezolano, artículo 1188; también proyecto franco-italiano de Código de las Obligaciones y los Contratos, artículo 77.

⁹⁰ J. J. LLAMBIAS, *Tratado, Obligaciones*, editorial Perrot, t. 3, p. 645.

tad ha de ser absoluta y ello no sucede en el estado de necesidad.

Admitido, de acuerdo con este razonamiento, que es un acto voluntario, se analizarán más adelante los otros elementos para justificar la obligación de reparar que pesa sobre quien ha realizado un acto necesario.

Cabe agregar que el acto necesario puede ser provocado tanto por una persona física como jurídica y, desde el otro lado, puede ser víctima una u otra categoría de personas⁹¹.

c) *Acto lícito:* Como se trata de un acto voluntario, cabe establecer si el comportamiento es lícito para determinar el régimen aplicable.

En los sistemas que tienen regulación específica del estado de necesidad el punto no ofrece dudas desde el momento en que se reconoce expresamente la facultad de evitar un peligro actual mediante la comisión de un acto dañoso. Mas en nuestro derecho, ausente la norma específica, el punto debe ser resuelto de acuerdo con las disposiciones del ordenamiento que resulten apropiadas para dar la solución.

Ya se ha dicho que debe reconocerse al estado de necesidad como incorporado a nuestro sistema; es menester, entonces, dar la respuesta normativa adecuada.

La actitud de quien ha cometido un hecho dañoso obligado por el peligro que se cierne sobre él, o sobre otro, genera un derecho a la defensa que es de orden natural y que corresponde a las propias circunstancias en que se ve envuelto.

Y así como quien practica la legítima defensa se encuentra en el ejercicio de un derecho (art. 1071 del Código Civil), también puede extenderse este criterio para el estado de necesidad, que tiene singular analogía con aquella otra situación.

Existe legítima defensa cuando una persona en situa-

⁹¹ J. MOSSET ITURRASPE, *Responsabilidad por daños*, editorial Ediar, 1980, t. III, p. 87.

ción de urgencia y con medios racionales causa daño a otra al repeler contra ésta su agresión actual⁹².

La legítima defensa es un supuesto de justicia privada. Quien es atacado tiene derecho a resistir el ataque al punto de que se transforma casi en un deber de conservación de sí mismo⁹³.

En tales condiciones podemos extender el concepto con relación al acto necesario, donde el autor del perjuicio ha obrado para salvarse y esa autodefensa aparece justificada en derecho como legítima, pues es un modo de defenderse a sí mismo.

Si el acto necesario es realizado para salvar a otro de un peligro actual, sea a su persona o a sus bienes, también ejercita un derecho natural que hace a la preocupación que toda persona debe sentir por el prójimo para ayudarlo, para protegerlo o, en fin, para salvarlo del daño que se cierne sobre él evitando el peligro en que se encuentra (arg. artículo 911 del Código Civil).

De allí que puede concluirse que el acto necesario o sea la reacción natural del autor, es una conducta lícita que debe tolerar el ordenamiento⁹⁴.

⁹² A. ORGAZ, *La ilicitud*, editorial Lerner, 1973, p. 106.

⁹³ L. JIMÉNEZ DE ASÚA, *Tratado de Derecho Penal*, t. 4, p. 1118. Artículo 34, inc. 6º, Código Penal.

⁹⁴ Este es el criterio de la mayoría de los autores: J. GIORGI, *Teoría de las Obligaciones en el Derecho Moderno*, editorial Madrid, 1909, t. V, Nº 265; RENÉ DEMOGUE, *Traité des Obligations en général*, París, 1923, ver III, p. 395; A. VON TUHR, *Tratado de las Obligaciones*, trad. de V. Rocas, t. I, p. 273; L. ENNECCERUS, *Derecho Civil*, Parte General, trad. Pérez González y Alger, t. II, p. 541; A. ACUÑA ANZORENA, *Estudios sobre la Responsabilidad Civil*, editorial Platense, p. 135; H. CARDINI, *Estado de Necesidad*, editorial Abeledo-Perrot, p. 74; K. LARENZ, *Derecho de las Obligaciones*, trad. de J. Santos Briz, editorial Rev. de Derecho Privado, Madrid, 1958, t. II, p. 90 y ss.; L. A. COLOMBO, *Culpa Aquiliana. Cuasidelitos*, Editorial "La Ley", t. I, p. 175; CAZEAUX y TRIGO REPRESAS, *Tratado, Obligaciones*, t. I, p. 399 y t. III, p. 197; G. A. BORDA, *Tratado, Obligaciones*, ed. Abeledo-Perrot, t. II, p. 238; J. A. CARRANZA, *El llamado estado de necesidad en el Derecho Civil*, en "J.A.", 1967-V, Secc. doct., p. 900; A. G. SPOTA, *Tratado de Derecho Civil*, Ed. Depalma, t. 8, p. 55.

En cambio, consideran que se trata de un acto ilícito: G. P. CHIRONI, *La culpa en el Derecho Civil Moderno; Culpa Extracontractual*, trad. de C. Bernaldo de Quirós, Madrid, 1928, v. II, Nº 522 bis, p. 387.

Desde otro ángulo, y teniendo en cuenta la unidad conceptual del orden jurídico, puede sostenerse, con fundamento en el reenvío del artículo 16 del Código Civil, que ante la ausencia de una norma que regule específicamente el punto, puede recurrirse a los principios de las leyes análogas. De tal manera que pueden prestar apoyo normativo a la cuestión civil relativa a la responsabilidad que aquí se estudia algunas de las causas de justificación del artículo 34 del Código Penal.

En tal sentido cabe establecer una analogía útil: el supuesto de estado de necesidad del artículo 34, inc. 3º del Código citado que dispone que no es punible el que causare un mal para evitar otro mayor inminente al que ha sido extraño. El estado de necesidad supone^{94 bis} una situación de peligro para un bien jurídico, que sólo puede salvarse mediante la violación de otro bien jurídico.

Adviértase que en la legítima defensa el comportamiento de quien se defiende deviene como *reacción* frente a una agresión ilegítima, mientras que en el estado de necesidad no existe agresión antecedente, sino que se trata de una *acción dañosa* del sujeto tendiente a evitar un mal mayor.

Por tanto, si bien la ley alude a la causa de justificación de una conducta penalmente punible, en el ámbito civil puede sostenerse, con idéntico apoyo, que el comportamiento que podría configurar un acto ilícito se excusa por la circunstancia necesaria en que se encontraba el sujeto que ocasionó el daño para evitar otro mayor.

Mas el punto no queda así resuelto, pues si existió daño a la persona o bienes de otro debe ser reparado, pues en caso contrario el perjuicio recaería sólo sobre la víctima del acto necesario.

d) *Reparación del daño*: Sentado el carácter de acto voluntario y lícito del acto necesario, cabe responder si es posible imponer la reparación del daño ocasionado.

^{94 bis} S. SOLER, *Derecho Penal Argentino*, ed. TEA, 1973, p. 359.

De seguirse la teoría que adopta nuestro Código con fundamento en la culpa, no habría responsabilidad y por consiguiente obligación de reparar el daño ⁹⁵.

Esta solución choca con naturales principios de equidad y justicia.

¿Cómo explicar que si una persona causa un perjuicio a un tercero para salvarse de un daño, no pueda ser obligada a reparar el daño infligido a ese tercero?

La doctrina actual sostiene que debe admitirse la reparación, si bien no es uniforme el fundamento ⁹⁶.

Se ha dicho que la indemnización debida por el autor del acto necesario es dispuesta por el ordenamiento por razones de equidad y de justicia distributiva, bien que con limitaciones ⁹⁷.

Se trata de reestablecer el equilibrio quebrantado por el acto dañoso.

Nadie tiene porqué soportar las consecuencias derivadas de un perjuicio cuando éste ha sido provocado para salvarse o salvar a otro de un peligro actual.

Adviértase que para que proceda la indemnización, el daño causado debe ser menor que el que se pretende impedir ⁹⁸.

Al comienzo de este trabajo se ha dicho que el daño resarcible no se agota en el "daño injusto" que deriva del hecho ilícito, pues existe también un daño que, aunque provocado por un actuar lícito, es susceptible de generar en cabeza de la víctima una pretensión resarcitoria. Tal el caso que se comenta.

⁹⁵ A. ACUÑA ANZORENA, obra citada, p. 138; I. GIORGI, obra citada, t. V, p. 258; R. DEMOGUE, obra citada, t. III, p. 400; A. VON TUHR, obra citada, t. I, p. 273.

⁹⁶ A. ACUÑA ANZORENA, *Tratado de Derecho Civil*, de R. L. SALVAT, *Hechos ilícitos*, N° 725; PEIRANO FACIO, *Responsabilidad Contractual*, N° 142/3; L. A. COLOMBO, obra citada, t. I, p. 165.

⁹⁷ G. A. BORDA, obra citada, *Obligaciones*, t. I, p. 254; A. ACUÑA ANZORENA, obra citada, p. 142; J. GIORGI, obra citada, t. V, p. 258; H. D. AGUIAR, *La voluntad jurídica*, ed. 1924, pp. 288 y 308; conf. art. 54 del Código Suizo de las Obligaciones, artículo 829 del Código Civil alemán.

⁹⁸ L. A. COLOMBO, obra citada, t. I, p. 166; A. ACUÑA ANZORENA, obra citada, p. 136; VON TUHR, obra citada, t. I, p. 273.

De acuerdo con el antecedente del Código Penal que sirve de fundamento por el reenvío del artículo 16 del Código Civil, la conducta de quien comete un acto necesario es lícita. Mas como para evitar un mal mayor se ha provocado un daño a otro, quien lo padece debe tener derecho al resarcimiento.

Se ha señalado que los ordenamientos tienen disposiciones que obligan a resarcir daños causados a terceros que no suponen la violación de una obligación o deber preexistente; son daños derivados de actos autorizados pero que, no obstante, generan una obligación indemnizatoria. Al efecto se citaron diversas normas de la ley civil (artículos 2553, 2627, 3077, 2650, 3097, 3068, 3100, etc.).

En estos casos la indemnización debida no tiene carácter de sanción respecto de una conducta ilícita, sino que es dispuesta por el ordenamiento por razones de equidad y justicia distributiva.

Es decir, admitida la legitimidad de la conducta pero advertida la existencia de un daño, el ordenamiento no puede desentenderse de esa situación injusta desamparando a la víctima. De donde, por aplicación de tales criterios generales de justicia distributiva, debe hacerse cargar la obligación de resarcir sobre quien cometió el acto dañoso, con independencia de su culpabilidad como autor de un hecho ilícito.

De las normas que contemplan situaciones particulares bien puede extraerse un principio general para aplicar en casos como el comentado, aunque ponderando en forma restrictiva su ámbito de actuación.

Puede así concluirse que el autor de un acto lícito que infiere un daño, debe resarcir los perjuicios causados, reestableciendo el equilibrio socioeconómico y patrimonial quebrantado. De otro modo se afectaría la garantía de la propiedad (artículos 14 y 17 de la Constitución Nacional), haciendo soportar un daño a quienes no están jurídicamente obligados a afrontarlo.

En el orden de las opciones que muchas situaciones

generan en derecho para hacer cargar a unos u otros las pertinentes responsabilidades, debe preferirse al autor del daño sobre la víctima, haciendo soportar la responsabilidad a aquél y no a quien padece el perjuicio.

En orden a una justa distribución de las cargas que se generan en los comportamientos sociales, es más razonable que la soporte el autor del daño que la víctima, aun cuando aquél no ejercite una conducta jurídicamente reprochable. Este es el criterio general que resume el ordenamiento y que en esta particular situación debe ser aplicado, ejercitando la opción que conforman los valores en juego.

Es fundamento de la responsabilidad civil reestablecer el equilibrio quebrado por la comisión de un acto dañoso.

Y para dar respuesta a esta situación, debe interpretarse el ordenamiento, toda vez que no existe una norma específica que la regule.

Las remisiones a que obliga el artículo 16 del Código Civil y la aplicación del "espíritu de la ley" y los principios generales del derecho, extraídos de la interpretación de situaciones que guardan alguna analogía, permiten obtener la respuesta adecuada que exige el buen orden social.

Sin duda la decisión que es menester adoptar perjudica a unos y beneficia a otros. Pero siempre es preferible tomar algún camino antes que desentenderse. La imposibilidad de recurrir al órgano judicial por falta de una respuesta normativa genera una de las peores consecuencias civiles: la inseguridad jurídica.

Se ha dicho que la responsabilidad civil es entendida hoy como un sistema restaurador del equilibrio socioeconómico quebrantado por causa de un daño injusto. Por ello, al buscar la respuesta teniendo en cuenta que la función de la responsabilidad civil es un aspecto del servicio general de reparación de daños, se cumple con dicho objetivo estableciendo un sistema de distribución de la reparación adecuado a la orientación existente en el ordenamiento, generalizando, en la medida de lo posible, normas de carácter singular. Se trata de destacar cuál es el interés jurídico pro-

tegido más valioso. Y en el caso ha de orientarse la respuesta privilegiando a quien padece el daño injusto, cuyo derecho es más valioso que el del autor del perjuicio, aun cuando el proceder de éste sea lícito.

21, *Presupuestos.* a) *Peligro actual, inevitable e inminente.* Es supuesto del acto cometido en estado de necesidad que quien lo realiza se encuentre frente a un peligro que realmente exista y se halle presente.

No basta, por tanto, la suposición de la existencia de un riesgo más o menos inminente, pues ello no bonificaría la agresión.

Además, debe ponderarse la inevitabilidad del peligro, es decir, que no exista otro modo de liberarse de él. Dicho de otra manera, no debe existir posibilidad de evitar el peligro; éste se enfrenta y no hay otra alternativa que producir un daño para contrarrestarlo.

Ese daño no es querido por el autor, ya que de otro modo sufriría las consecuencias derivadas de ese peligro para sí o para un tercero.

Si ese peligro actual, inevitable, no fuese también inminente, tampoco habría causa de justificación de la conducta dañosa.

El peligro debe estar por concretarse prontamente, con absoluta certeza o sospechas vehementes de que así ocurrirá⁹⁹.

Estas circunstancias deben analizarse según el estándar que corresponde al comportamiento de un hombre prudente, y conforme a las circunstancias de tiempo, lugar y modo,

⁹⁹ La conducta del necesitado se debe valorar no con el ánimo del juzgador fuera del peligro, sino con el ánimo del necesitado envuelto en él: PECO, *Proyecto de Código Penal Argentino*, exposición de motivos, La Plata, ed. 1942, p. 113.

En el orden penal, el estado de necesidad es causa de justificación cuando el mal mayor que se enfrenta sólo es inevitable cometiendo el hecho lesivo del derecho ajeno, o sea cuando se presenta una situación angustiada, de peligro inmediato y del que no puede salvarse sino sacrificando un bien jurídicamente extraño (M. A. MANIGOT, *Código Penal de la Nación Argentina*, 2ª edición Abeledo-Perrot, p. 72 y jurisprudencia citada).

que sin duda no son las propias de un acontecer normal, si bien la presencia del peligro importa de por sí un trance que obliga a una reacción singular del sujeto ¹⁰⁰.

b) *Peligro no provocado*. El peligro no debe ser provocado por quien ha cometido el acto dañoso necesario.

Es decir, que debe ser extraño a aquél.

Si el agente lo hubiese provocado, en verdad no habría justificación posible de su conducta y se configuraría, en cambio, un acto ilícito.

Si su maquinación le hubiese llevado a crear un peligro para así poder agredir, aparecería muy claro el dolo como móvil de su conducta.

Precisamente, por tratarse de un peligro ajeno al autor aparece justificada su respuesta, que deriva en la comisión de un acto dañoso pero necesario para salvarse o para salvar a otro.

El agente debe haber sido totalmente extraño a la situación peligrosa creada ¹⁰¹.

El peligro puede ser para la persona y también para los bienes.

El criterio del Código Civil italiano es que sólo el peligro actual a las personas justifica el proceder dañoso. Empero, en nuestro sistema, ante la ausencia de normas, pen-

¹⁰⁰ El agente debe sentir el temor fundado de sufrir un mal inminente y grave (J. J. LLAMBIAS, obra citada, t. III, p. 647).

En derecho penal suele distinguirse la situación de peligro derivada de una acción humana (acción coacta), de la que resulta de una situación natural o física (acción necesaria). La primera se trataría de una amenaza de manera que la salvación cometiendo un delito es impuesta por las circunstancias, en tanto que en el otro caso, es claramente necesaria. El primer supuesto estaría tratado en el inc. 2º del artículo 34, en tanto este último es el caso del inc. 3º (M. A. Manigot, p. 70).

Pensamos que en el orden civil el presupuesto de peligro actual, inevitable e inminente puede resultar tanto de una acción humana como de una circunstancia natural, pues como interesa determinar los efectos del acto necesario, poco importa si provienen de una reacción o de una acción.

¹⁰¹ A. ACUÑA ANZORENA, obra citada, p. 136; J. MOSSET ITURRASPE, *Responsabilidad por daños*, ed. Ediar, 1980, t. III, p. 88; L. A. COLOMBO, *Culpa Aquiliana. Cuasidelitos*, Ed. "La Ley", t. I, p. 166; *Proyecto de reformas de 1936*, art. 226, inc. 3º y 1466; R. DEMOGUE, obra citada, vol. III, p. 399; A. VON TUHR, obra citada, t. I, p. 273; J. BUSTAMANTE ALSINA, *Teoría General de la Responsabilidad Civil*, ed. Abeledo-Perrot, p. 138.

samos que tanto el peligro que amenace a la persona como a los bienes puede dar lugar a la respuesta tendiente a salvar a uno o a otro y justifica el acto necesario. De cualquier modo habrán de ponderarse las circunstancias para que pueda valorarse la conducta del autor y así proceder a responsabilizarle por el hecho.

c) *Daño comparativamente menor que el impedido*. Si bien este presupuesto no aparece en las regulaciones del estado de necesidad, debe ponderárselo pues de ser el daño producido mayor que el inferido ningún beneficio habría causado. Al contrario hubiese sido preferible soportar el daño proveniente del peligro, pues el perjudicado se hubiese encontrado en situación más favorable.

De tal manera que al efectuar la comparación cualitativa y cuantitativa del daño necesario no se hace otra cosa que determinar las consecuencias frente a todas las circunstancias antecedentes y consecuentes del acto necesario ¹⁰².

Este cotejo de la conducta y de los efectos sólo es posible si se admite que el acto necesario es voluntario, tal como ya se ha explicado.

Por todo ello, para que se justifique el comportamiento del autor, el daño necesario debe ser menor que aquél que amenazaba el peligro, pues si hubiese provocado un daño de mayor entidad se podría calificar su conducta como culpable y respondería por los efectos correspondientes a actos ilícitos ¹⁰³.

¹⁰² A. VON TUHR, obra citada, t. I, p. 273; R. DEMOGUE, obra citada, t. III, p. 399; J. J. LLAMBIAS, *Tratado de Derecho Civil, Obligaciones*, ed. Abeledo-Perrot, t. III, p. 645; A. ACUÑA ANZORENA, obra citada, p. 137.

La valoración debe efectuarse con criterio de razonabilidad: el Juez debe colocarse en la situación excepcional en que se encuentra el agente, quien puede no contar con todos los elementos de ponderación para verificar cual será el mal menor. Si de ese análisis surge que en la inteligencia de un hombre común en esas circunstancias pudo comprender que el bien salvado era de mayor valor que el sacrificado, aunque posteriormente resulte distinta la proporción, debe admitirse el estado de necesidad; conf. O. E. CARDINI, obra citada, p. 48 y TRIGO REPRESAS, en CAZEAUX y TRIGO REPRESAS, obra citada, p. 199.

¹⁰³ VON TUHR, obra citada, t. III, p. 307; A. ACUÑA ANZORENA, en R. Salvat, *Fuentes de las Obligaciones*, t. IV, p. 66; CAZEAUX, en CAZEAUX y TRIGO REPRESAS, obra citada, t. I, p. 394; J. M. FARINA, *voz Estado de*

La comparación debe efectuarse con carácter objetivo, pero teniendo siempre en cuenta las circunstancias de la situación de peligro que no siempre permiten obrar con total libertad.

d) *Daño a las cosas o a las personas*. El daño necesario puede haber sido ocasionado a cosas de un tercero o a la persona de ese tercero (daño físico).

En el primer caso la licitud del acto es pacíficamente reconocida.

Empero, respecto de quien ha provocado un daño a una persona para salvarse o salvar a otro de un peligro, no es tan clara la justificación del comportamiento.

Se ha sostenido que jamás podría admitirse que el daño a la persona, y menos a la vida de una persona, exima de responsabilidad en el supuesto del acto necesario ¹⁰⁴.

Si bien en el orden penal podría aceptarse un criterio distinto, en principio, en el ámbito civil y ante la ausencia de normas precisas, ha de concluirse que sólo los daños patrimoniales justifican el acto necesario. Si ha existido daño a alguna persona, aunque se den los presupuestos del acto necesario, su autor no tendría eximente y respondería por la comisión de un hecho ilícito ¹⁰⁵.

Sin embargo, en algunas circunstancias, la respuesta no puede ser tan absoluta. Si se cierne un peligro sobre una cosa y para evitarlo se daña a una persona tal comportamiento no tendría justificación. El bien más valioso, la vida o la integridad física, no pueden compararse con un bien material. Mas si el peligro amenaza a una persona y para salvarla se daña a un tercero se podría justificar ese comportamiento como acto necesario.

Por ello, el análisis debe hacerse en cada caso concreto. No existen, en nuestro criterio, términos tan rígidos que

necesidad, en "Enciclopedia Jurídica Omeba", t. X, p. 948; F. O. CARDINI, obra citada, p. 48.

¹⁰⁴ J. J. LLAMBIAS, obra citada, p. 645.

¹⁰⁵ Conf. Código Civil alemán, artículo 904; Anteproyecto Babiloni, artículo 413; Proyecto de 1936, artículo 226, inc. 3º

impidan efectuar una valoración de cada circunstancia, que por la presencia de peligro son de por sí cambiantes y no equivalentes unas con otras.

También el derecho sacrificado puede pertenecer a los derechos de la personalidad, pero en este excepcional caso, el derecho salvado no puede ser de inferior categoría ¹⁰⁶.

e) *Daño a un tercero*: Es propio del sistema que se estudia que para salvar del peligro se perjudique a un tercero ajeno.

Este es quien tiene acción contra el autor, que se basa en la responsabilidad con fundamento en el hecho lícito, tal como ya se ha explicado.

1') *Daños provocados para salvar a una persona*. Como ya se ha dicho, al daño cometido para salvar del peligro a una persona debe considerárselo como un hecho lícito.

2') *Daños provocados a un tercero para salvar bienes de otra persona*. Puede suceder que el autor del acto necesario, para salvar del peligro que se cierne sobre los bienes de un tercero, provoque un daño a los bienes de otra persona.

En este caso, el autor del acto dañoso no obtiene ningún beneficio propio; pero entendemos que el tercero puede demandar a aquél por la reparación consiguiente, por aplicación de los principios relativos a la responsabilidad por hecho lícito consecuente al acto necesario.

A su vez, reparado el daño, el autor del acto necesario podrá repetir contra el tercero beneficiado por aplicación de los principios del enriquecimiento sin causa y en tanto éste se hubiese enriquecido (artículo 907) ¹⁰⁷.

22. *Efectos de la acción de resarcimiento*. Se considerarán los efectos que produce la acción de resarcimiento.

¹⁰⁶ J. MOSSET ITURRASPE, obra citada, t. III, p. 87 y nota Nº 109.

¹⁰⁷ G. A. BORDA, *Tratado, Obligaciones*, editorial Abeledo-Perrot, t. II, p. 245; A. VON TUHR, obra citada, t. I, p. 273; contra: A. ACUÑA ANZORENA, obra citada, p. 139.

a) *Extensión*: Ya hemos dicho que la indemnización es dispuesta por el ordenamiento por razones de equidad y de justicia distributiva. Se trata de un daño legítimo que debe ser indemnizado. Como se busca reestablecer el equilibrio económico y patrimonial quebrantado por el acto dañoso, la indemnización habrá de comprender las consecuencias inmediatas (artículos 520, 903 y 1069 del Código Civil).

Las consecuencias mediatas, en tanto pueda demostrarse que la conducta del agente quedó subsumida en el artículo 904 del Código Civil, también deben incluirse en la reparación. En cambio no creemos que el daño moral sea indemnizable ¹⁰⁸.

Consideramos que, de acuerdo con los principios expuestos de concebir a la responsabilidad civil como un aspecto de un servicio general de reparación de daños en miras a restaurar el equilibrio social quebrantado por el acto dañoso, corresponde una indemnización plena. De este modo la víctima habrá de ver reestablecido el equilibrio patrimonial perdido ¹⁰⁹.

No obstante, existe la pauta limitada de la segunda parte del artículo 1069, donde la consideración de la situación patrimonial del deudor permite a los jueces atenuar equitativamente el monto de las indemnizaciones ¹¹⁰.

b) *Prescripción*: De acuerdo con el criterio generalmente aceptado, si la reparación se funda en haber realizado un acto lícito, la prescripción sería la correspondiente al artículo 4023 o sea la prescripción general de diez años.

Sin embargo, se ha sostenido al comienzo de este trabajo que los conceptos acto ilícito-daño-responsabilidad civil apa-

¹⁰⁸ Conforme Suprema Corte de Buenos Aires: "Ac. y Sent.", 1960-III, p. 72.

¹⁰⁹ Otros autores consideran que la indemnización debe regirse por los principios del enriquecimiento sin causa, de tal manera que no puede exceder del beneficio obtenido (J. J. LLAMBIAS, obra citada, t. III, p. 658).

¹¹⁰ También se ha considerado que debe tenerse en cuenta al momento de establecer la indemnización, la magnitud del daño y el peligro que amenazaba a su autor (O. ACUÑA ANZORENA, obra citada, p. 144).

Otro criterio es la remisión a la equidad valorada por los jueces: artículo 52, Código Suizo de las Obligaciones.

recen como unidos indisolublemente en una larga tradición jurídica.

Se ha tratado de refutar este criterio y extender la responsabilidad también al acto lícito dañoso.

Con tal alcance entiendo que la prescripción del artículo 4037 también comprende al supuesto invocado, pues alude la norma a "la acción por responsabilidad civil extracontractual" determinando la prescripción breve de dos años.

Precisamente abarca en su clara enunciación a todo tipo de responsabilidad civil, es decir, aquella que tiene su origen en un acto ilícito como también a la que responde a la comisión de un acto lícito dañoso, de tal suerte que corresponde, existiendo una norma que regula el punto, aplicarla con el alcance señalado ¹¹¹.

23. *La legítima defensa*. Una relativa similitud con el estado de necesidad corresponde a la legítima defensa.

Cuando una persona es agredida por otra y para defenderse lesiona a ésta, su actitud es lícita pues responde al legítimo derecho de defenderse ¹¹².

Por tanto, si el agresor sufrió perjuicios por la acción de quien se defendió no puede reclamarle daños.

Es decir, que su actitud es lícita y el daño en el caso no debe ser reparado.

Naturalmente que para ello se requieren ciertos presupuestos, a saber:

- 1) la agresión debe ser ilegítima;
- 2) no debe haber existido provocación por parte del que se defendió;
- 3) la defensa debe ser simultánea al ataque;
- 4) el medio de defensa debe ser adecuado a la agresión sufrida.

¹¹¹ Contra J. J. LLAMBIAS, obra citada, t. III, p. 659, donde considera que la prescripción es la decenal.

¹¹² A. ORGAZ, *La ilicitud*, p. 106; J. BUSTAMANTE ALSINA, obra citada, p. 138.

La defensa debe ser razonable con circunstancias de modo y de medio empleado.

Consideramos que son principios de equidad los que gobiernan la solución propicia, toda vez que choca a la conciencia del Juez, que debe equilibrar sus decisiones en la justicia, condenar a quien ha ejercido un legítimo derecho de defensa, que además es un deber, pues tiende a la preservación de la propia integridad física¹¹³.

Ello es así porque no existe norma o principio jurídico que ampare a quien violenta el orden social.

Otro supuesto es aquél en que el agredido, al defenderse, lesiona a un tercero. Pero este es un caso de estado de necesidad analizado en el punto precedente.

LEGITIMACIÓN PARA ACCIONAR EN LOS CASOS DE DAÑOS CAUSADOS A LAS PERSONAS

Por Félix Alberto Trigo Represas

113 L. JIMÉNEZ DE ASÚA, obra citada, t. IV, p. 1118.

I. LEGITIMACIÓN ACTIVA Y PASIVA

En una relación de derecho sustancial, la parte legitimada activamente, o sea quién puede intentar la acción, es la persona titular del interés protegido por el derecho; la legitimación pasiva se da, en cambio, respecto de aquél o aquéllos contra quienes cabe proceder, contra los que corresponde el ejercicio de la acción de que se trate. Dicho de otra forma y para el caso concreto de la acción de responsabilidad civil, el problema de la legitimación activa y pasiva versa sobre la determinación de a favor de quién y frente a quién corresponde el ejercicio de la acción indemnizatoria.

En los casos de daños causados a las personas, pueden tener derecho a reparación tanto el damnificado directo, como damnificados indirectos. De ello pasamos a ocuparnos a continuación.

II. DAMNIFICADO DIRECTO

Ante todo la acción indemnizatoria se confiere "a quién el delito ha damnificado directamente" —art. 1079, primer parte, del C. Civil—, es decir a la víctima del hecho ilícito o, si se prefiere, al sujeto titular del derecho o bien jurídico inmediatamente afectado por el mismo.

Tratándose de delitos o cuasidelitos contra la integridad corporal y psíquica o la salud de las personas físicas, será pues damnificado directo el propio individuo lesionado.

Los daños en el cuerpo o en la salud aparecen expresamente contemplados en el art. 1086 del C. Civil, que trata del delito de "heridas u ofensas físicas", aunque sin dar un concepto del mismo, razón por la cual se ocurre a ese fin a la descripción del art. 89 del Cód. Penal, conforme al cual el mismo se configura cuando alguien "causa a otro un daño en el cuerpo o en la salud"¹. Sin embargo, pese a los términos de nuestro C. Civil, se ha considerado con razón que el mismo debe ser interpretado en un sentido más lato, comprensivo no sólo del daño corporal causado por una herida o golpe, sino también de los trastornos o perturbaciones psíquicas provocadas por un influjo físico o puramente espiritual (sugestivos, emocionales, etc.); puesto que, como bien se ha señalado, entran como lesión a un derecho, entre otros,

"el daño a la salud (corporal o mental), siendo indiferente que se produzca por influjo corporal o psíquico: por ejemplo, infundiendo sustos"².

¹ JORGE JOAQUÍN LLAMBIAS, *Traitado de derecho civil. Obligaciones*, Bs. As., Perrot, 1976, t. IV-A, p. 116, Nº 2370; AIDA KEMELMAJER DE CARLUCCI en el *Código civil y leyes complementarias, comentado, anotado y concordado* de AUGUSTO C. BELLUSCIO y EDUARDO A. ZANNONI, Bs. As., Astrea, 1984, t. 5, p. 207, § 2; JORGE MOSSET ITURRASPE, *Responsabilidad por daños*, Bs. As., Ediar, 1973, t. II-B, p. 191, Nº 232.

² HENOCHE D. AGUIAR, *Hechos y actos jurídicos en la doctrina y en la ley*, Bs. As., TEA, Bs. As., 1952, t. V, p. 11 y ss., Nº 66-1º; ANTONIO CAMAROTA, *Responsabilidad extracontractual. Hechos y actos ilícitos*, Bs. As., Depalma, 1947, t. I, p. 203, Nº 157; MOSSET ITURRASPE, *Responsabilidad por daños*, cit., t. II-B, p. 190 y ss., Nº 232 y p. 207 y ss., Nº 234; KEMELMAJER DE CARLUCCI, en el *C. Civ. anot.* de BELLUSCIO-ZANNONI, cit., t. 5, p. 208, § 2; LUDWIG ENNECCERUS-HEINRICH LEHMANN, *Derecho de las obligaciones*, trad. Blas Pérez González y José Alguer, Barcelona, Bosch, 1947, t. II, p. 635, § 228-2-c); C.S.N., 25-9-39, "Gancia c/Pcia. de Bs. Aires", "L.L.", 16-550; Cám. Nac. Civil, Sala B, 28-11-74, "Arcuro c/Arreba", "L.L.", 1975-A-688; idem, Sala C, 25-4-74, "Ramírez c/Becchi", "L.L.", 155-504; id. 1-9-70, "Garay c/Expr. Villa Caraza", "L.L. 142-384; idem Sala D, 2-8-61, "Guerrero de Vitella c/FCNGM", "J.A." 1962-I-127, "L.L." 104-467 y "E.D." 1-615; idem Sala E, 24-9-74, "Luciardo c/Línea 20", "L.L." 1975-A-573; id. 14-10-76, "Wilkinson c/F. C. Arg.", "E.D." 72-143 y "L.L." 1977-A-373; idem Sala F, 23-4-74, "Sosa c/Ortiz", "L.L." 156-156; Cám. Fed. Tucumán, 5-12-74, "Rodas c/F. C. Arg.", "J.A." 1976-I-331; Cám. Civ. Com. Mercedes, Sala II, 14-9-82, "Farías c/Transp. La Perlita S.A.", "J.A." 1983-II-423 y "D.J.B.A." 123-321. A este pensamiento responde, presumiblemente, el texto mucho más comprensivo del anteproyecto de Bibiloni, art. 1394: "En caso de lesiones corporales o de perjuicio a la salud..." (JUAN ANTONIO BIBILONI, *Anteproyecto de C. Civil*, Bs. As., Kraft, 1939, t. II, p. 243).

De tal forma, dentro de los daños resarcibles también cabe incluir a las secuelas neurológicas provocadas por un evento dañoso, las llamadas: "sinistrosis", "histerotraumatismos" o "esquizofrenias postraumáticas", etc. Las lesiones psíquicas pueden en efecto implicar ante todo un daño patrimonial indirecto, en tanto generen deterioros orgánicos —dolores de cabeza, parestesias, etc.—, que impidan o dificulten el ejercicio habitual de la actividad laborativa de la víctima; y ello sin perjuicio asimismo de la reparabilidad del daño moral resultante del deterioro psíquico o afectivo de la persona en su vida de relación³.

Algunos autores han señalado que, si de ordinario el damnificado directo es el sujeto pasivo de la acción antijurídica o víctima, es decir el individuo en cuyos derechos personales se concretó el hecho consumativo del delito, bien puede ocurrir no obstante que no concurren ambas calidades en la misma persona, atento que ellas se definen por circunstancias diferentes y autónomas, así por ejemplo: en el hurto o robo de una cosa vendida a posteriori a un tercero de buena fe, el sujeto pasivo del delito es el propietario de la cosa, pero el damnificado resulta ser en definitiva el tercero adquirente, quién deberá restituirla a aquél sin derecho a devolución del precio por él pagado, conforme a lo dispuesto en el art. 2758 primera parte del C. Civil⁴. Sin embargo, obviamente, esto último no puede suceder cuando se trata de daños a las personas, en los cuales forzosamente han de coincidir en un mismo individuo las condiciones de víctima y de damnificado directo.

³ EDUARDO A. ZANNONI, *El daño en la responsabilidad civil*, 2ª ed., Bs. As., Astrea, 1987, p. 165 y ss., § 46.

⁴ ALFREDO ORGAZ, *El daño resarcible*, 2ª ed., Bs. As., ed Bibliográfica Omeba, 1960, p. 130 y ss., Nº 33 y nota 20; RICARDO C. NÚÑEZ, *La acción para la reparación del perjuicio en el proceso penal*, Bs. As., ed. Bibliográfica Argentina, 1948, p. 70 y ss., § 1, Nº 2; ALFREDO VELEZ MARICONDE, *Acción resarcitoria*, Córdoba, Lerner, 1965, p. 47, nota 27 y p. 55, Nº 7; KEMELMAJER DE CARLUCCI, en el *C. Civil Anot.* de BELLUSCIO ZANNONI, cit., t. 5, p. 122, § 5.

III. DAMNIFICADO INDIRECTO

A) *Determinación de su concepto*

El ya citado artículo 1079 del Código Civil también acuerda la acción resarcitoria, a "toda persona que por él (delito) hubiese sufrido, aunque sea de una manera indirecta"; lo cual es concordante con lo dispuesto en el art. 29 inc. 1 del Código Penal, conforme al cual: "La sentencia condenatoria podrá ordenar: 1) La indemnización del daño material y moral causado a la víctima, a su familia o a un tercero".

De atenernos al sentido literal de esos textos, todas las personas que además de la víctima inmediata y como consecuencia del daño sufrido por ésta, hubiesen también soportado un perjuicio propio de manera indirecta, por repercusión o reflejo, o *par ricochet* como dicen gráficamente los autores franceses, igualmente tendrían *prima facie* derecho a indemnización⁵. No obstante, el sentido jurídico, y asimismo el común, nos advierten de inmediato que ello no puede ser lisa y llanamente así; para lo cual basta con pensar, en efecto, en el número de sujetos a los que puede perjudicar verdaderamente la muerte de otro, como ser, verbigracia, a su esposa, hijos, padres y quizá a otros familiares más o menos cercanos; a sus socios profesionales o industriales; a amigos o individuos que recibían de él ayuda pecuniaria; a ciertos proveedores —de alimentos, diarios, ropa, libros, mercancías varias, etc.—, los que sin duda obtenían beneficios fácilmente comprobables de los suministros que con regularidad le efectuaban, etc.; pudiendo continuarse con una enumeración sin fin de seres de alguna manera vinculados con la víctima, y que de rebote podrían resultar igualmente perjudicados por su muerte.

Pero aunque *latu sensu* cuadre decir que todos esos sujetos son damnificados indirectos, también resulta obvio

⁵ Cám. Nac. Civil, Sala D, 31-3-86, "Jiménez c/Sanzo", "L.L." 1987-C-428 (37.642-S); S. C. Mendoza, Sala I, 13-8-86, "Gutiérrez c/Olivera Bordón", "L.L." 1987-A-605.

que no todos ellos pueden tener derecho a reclamar la reparación de ese daño del autor del hecho dañoso; pues de lo contrario habría que aceptar que la misma "sociedad" podría también demandar por los perjuicios resultantes de la desaparición de un ser útil, y consecuentemente que habría de pesar sobre el responsable un cúmulo obligacional que por su magnitud resultaría a la postre totalmente desproporcionado y fuera de lugar, amén de que lógicamente excedería, asimismo, de las razonables posibilidades económicas de cualquiera⁶.

Por ello es que se torna imprescindible hallar un tope a esa eventual infinita acumulación de responsabilidad, el cual siempre ha sido hallado y aplicado por los jueces y la doctrina en los casos concretos, aunque su contorno conceptual haya podido permanecer sumido en una suerte de vaguedad e imprecisión.

B) *El derecho francés*

La doctrina y jurisprudencia francesas parten de la afirmación, al igual que lo hace nuestro art. 1079 del Código Civil, de que toda persona que acredite haber sufrido un daño cierto como consecuencia de un hecho ilícito, sea inmediata o mediatamente, puede exigir la reparación del daño⁷. Pero acto seguido, para evitar la multiplicidad de acciones, se introducen limitaciones a ese principio, exigiéndose que el demandante pruebe la lesión de un derecho

⁶ ORGAZ, ob. cit., p. 120, N° 30; idem, *El damnificado indirecto*, en "Estudios de derecho civil", Bs. As., TEA, 1948, p. 28 y ss., N° 3; JOSÉ OLEGARIO MACHADO, *Exposición y comentario del Cód. Civil argentino*, Bs. As., 1915, M. A. Rosas, t. III, p. 360, nota al art. 1079; GUILLERMO A. BORDA, *Tratado de derecho civil. Obligaciones*, 5ª ed., Bs. As., Perrot, 1983, t. II, p. 417 y ss., N° 1581.

⁷ RENÉ DEMOGUE, *Traité des obligations en général*, Paris, Arthur Rousseau, 1925, t. IV, p. 199, N° 525; G. BAUDRY-LACANTINERIE-L. BARDE, *Delle obbligazioni*, trad. italiana, Milan, ed. Francesco Vallardi, sin fecha, t. IV, p. 606, N° 2883; C. AUBRY-C. RAU, *Cours de droit civil français d'après la méthode de Zachariae*, 5ª ed., Paris, ed. Marchal et Billard, 1902, t. VI, p. 346 y ss., § 445; HENRI LALOU, *Traité pratique de la responsabilité civile*, 6ª ed. por Pierre Azard, Paris, Libr. Dalloz, 1962, p. 141 y ss., N° 200.

adquirido o interés legítimo jurídicamente protegido⁸; fórmula que sin embargo, como bien lo destacan los Mazeaud, puede ser entendida de varias formas distintas⁹.

Habitualmente se opone el "derecho adquirido" a la simple expectativa y se sostiene que si el acto dañoso no ha lesionado más que simples conveniencias, esperanzas aún no concretadas, ilusiones, etc., no existe propiamente un daño apto para generar la responsabilidad civil del autor¹⁰; o sea que prácticamente se relaciona la "legitimación" para accionar, con el requisito de la "certidumbre" en cuanto a la existencia misma, presente o futura, del daño indemnizable, el cual falta cuando no se tiene ninguna seguridad de que el perjuicio vaya realmente a producirse en alguna medida, no ofreciéndose más que como una mera posibilidad o perspectiva. Pero esto, aunque constituye efectivamente uno de los requisitos del daño patrimonial indemnizable, resulta en cambio ajeno en realidad al tema que ahora nos ocupa.

Otras veces se procura establecer si es lícita o ilícita, regular o irregular, la situación contra la cual atenta el daño causado¹¹ habiéndose dicho así que:

"Aquí la importancia se acentúa sobre el adjetivo 'legítimo', y cabría sentirse inclinado a contentarse con

⁸ HENRI y LEON MAZEAUD y ANDRÉ TUNC, *Tratado teórico y práctico de la responsabilidad civil delictual y contractual*, trad. de la 5ª ed. francesa de Luis Alcalá Zamora y Castillo, Bs. As., EJE, 1962, t. I, vol. I, p. 387 y ss., N° 276; HENRI-LEON-JEAN MAZEAUD, *Lecciones de derecho civil*, trad. Luis Alcalá-Zamora y Castillo, Bs. As., EJE, 1960, Parte II, t. II, p. 361 y ss., Nos. 604 y ss.; LUIS O. ANDORNO, *Responsabilidad civil: la legitimación activa "iure proprio" en caso de muerte de personas en el derecho francés y argentino*, en "J.A." 1979-IV, p. 704 y ss. N° IV; KEMELMAJER DE CARLUCCI en el C. Cív. anot., de BELLUSCIO-ZANNONI, cit., t. 5, p. 523, § 7-2.

⁹ MAZEAUD-TUNC, ob. cit., t. I, vol. I, p. 387, N° 275.

¹⁰ M. A. SOURDAT, *Traité générale de la responsabilité ou de l'action en dommages-intérêts en dehors des contrats*, Paris, Marchal et Billard, 1902, t. I, p. 570 y ss., N° 444.

¹¹ LOUIS GARDENAT-SALMON RICCI, *De la responsabilité civile (délits et cuasidélits)*, Paris, Libr. des Juris Classeurs et Godde, 1927, p. 32, N° 100; MAZEAUD-TUNC, ob. cit., t. I, vol. I, p. 408 y ss., N° 279; MAZEAUD, ob. cit., Parte II, t. II, p. 362, N° 605; Corte de Casación francesa, 27-7-37, "Méténier", Dalloz Périodique 1938, 1ª parte, p. 5, transcripto en MAZEAUD, *Lecciones...*, cit., Parte I, vol. I, p. 512 y sigte.

afirmar que la situación lesionada debe ser conforme a la moral, sin agregar: al derecho. Sin embargo, eso sería inexacto; porque, si en los casos resueltos por las sentencias la moral parecía desbordar al derecho, no hay en ello —y no puede haber en eso— más que una ilusión: cuando los jueces han recurrido a la regla para rechazar la acción por daños y perjuicios, sin duda cuenta en ello la moral, pero al mismo tiempo el derecho; el daño ha consistido en la lesión de una situación que la moral reprueba, pero que es contraria también a la regla de derecho. Cabe relacionar con la prohibición de alegar la lesión de una situación que no es conforme a las reglas generales del derecho y de la moral, toda la jurisprudencia que, invocando el aforismo *nemo auditur...* rechaza las demandas de ejecución o de daños y perjuicios por incumplimiento de un contrato inmoral. El adagio no es sino la localización de la regla en un ámbito particularmente señalado. Pero cuando esa máxima está a disposición de la jurisprudencia, ésta se contenta con referirse a ella; no experimenta la necesidad de establecer la regla en forma distinta, al exigir un 'interés legítimo jurídicamente protegido'. Recurre, por el contrario, a esta fórmula allí donde la inmoralidad no le parece suficiente para ser calificada de 'torpeza', es el caso de la concubina"¹².

Por último, también se ha interpretado que cuando el demandante no es el damnificado inmediato, resulta necesario que exista un vínculo jurídico que lo ligue a la víctima directa, para que pueda invocar la violación de un derecho; ya que la lesión de un mero interés no sería suficiente, por respetable que sea, dado que éstos sólo se toman

¹² HENRI MAZEAUD, *La lésion d'un intérêt légitime juridiquement protégé condition de la responsabilité civile*, en Dalloz Hebdomadaire, 1954, crónica, p. 39 y ss., parcialmente transcripto en MAZEAUD, *Lecciones...*, cit., Parte I, t. I, lectura XVII, ps. 509 y ss., especialmente p. 511 y 512.

en consideración cuando están jurídicamente protegidos, y por lo tanto son propiamente derechos ¹³.

C) *El derecho italiano y alemán*

La doctrina de Italia y Alemania toman un punto de partida totalmente opuesto al anterior, afirmando que la acción de resarcimiento compete en principio solamente al titular del interés inmediatamente tutelado por el ordenamiento, careciendo por consiguiente de acción los terceros, es decir las restantes personas cuyos intereses pudiesen resultar afectados en forma mediata, eventual u ocasional, por el hecho ilícito ¹⁴. Pero acto seguido los juristas itálicos se encuentran con el supuesto de homicidio, respecto del cual tanto una tradición muy antigua como el propio sentimiento jurídico, se inclina por acordar la acción a ciertos familiares del muerto ¹⁵. Es más, se ha llegado a admitir situaciones no jurídicas y a reconocer como resarcibles daños provenientes de relaciones fácticas, cuando las mismas por aparecer dotadas de características de estabilidad y certeza, permitían establecer un daño cierto y concreto resultante del fallecimiento de la víctima; tal como sucede en el caso de parientes que recibían alimentos de quién no tenía a su respecto obligación legal alguna ¹⁶; o aun en el de la

¹³ LOUIS JOSSEAND-ANDRÉ BRUN, *Derecho civil*, trad. Santiago Cunchillos y Manterola, Bs. As., EJEA, 1950, t. 2, vol. I, p. 305 y ss., N° 424; Casación civil, 11-5-28, en Dalloz Périodique 1929, 2ª parte, p. 6; confr. MAZEAUD, *Lecciones...*, cit., Parte II, t. II, p. 363, N° 606; MAZEAUD-TUNC, ob. cit., t. I, vol. I, p. 404 y ss., Nos. 277-278.

¹⁴ ORGAZ, *El daño resarcible*, cit., p. 121, N° 31; FRANCESCO CARNE-LUTTI, *Natura del diritto dei superstiti nella legge degli infortuni*, en "Rivista de Diritto Commerciale e delle obbligazioni", 1914, 1ª parte, p. 403; ADRIANO DE CUPIS, *El daño. Teoría general de la responsabilidad civil*, trad. de la 2ª ed. italiana de Ángel Martínez Sarrión, Barcelona, Bosch, 1975, p. 643 y ss., N° 117; KARL LARENZ, *Derecho de obligaciones*, trad. Jaime Santos Briz, Madrid, Ed. "Revista de Derecho Privado", 1958, t. II, p. 636.

¹⁵ ORGAZ, *El daño resarcible*, cit., p. 122, N° 31; EDUARDO BONASI BENUCCI, *La responsabilidad civil*, trad. Juan V. Fuentes Lojo y José Peré Raluy, Barcelona, Bosch, 1956, p. 63 y ss., N° 16.

¹⁶ BONASI BENUCCI, ob. cit., p. 63, N° 16; *Casación italiana*, 11-2-46, "Giurisprudencia Ital.", 1947, t. I, vol. I, p. 147, cit. por BONASI BENUCCI, ob. y loc. cit.

muerte de un socio o dependiente, es decir de individuos que no integraban la familia del damnificado indirecto, cuando en la configuración de la preexistente relación contractual entre los mismos, la posición de aquéllos implicaba un elemento verdaderamente esencial e insustituible en el proceso productivo ¹⁷.

O sea, en suma, que la disparidad en el punto de partida de la doctrina francesa e italiana, —la que por otra parte no se deriva de diversidad en los respectivos cuerpos legales, ya que ninguno de sus códigos contienen preceptos específicos sobre el punto—, a la postre se diluye y termina en la práctica en una casi, singular, coincidencia ¹⁸.

D) *La solución en nuestro país*

La mayoría de nuestros doctrinarios no intentaron siquiera una sistematización más o menos precisa del ámbito de aplicación del artículo 1079 del nuestro Código Civil. Generalmente ellos se limitaron a destacar los términos latos de dicha norma y del art. 29 inciso 1º del Código Penal ¹⁹,

¹⁷ Corte Suprema italiana, 18-7-40, N° 2411, cit. por BONASI BENUCCI, ob. cit., p. 67, N° 16.

¹⁸ ORGAZ, *El daño resarcible*, cit., p. 120 y ss., N° 31; KEMELMAJER DE GARLUCCI en el *C. Civ. anot.*, de BELLUSCIO-ZANNONI, cit., t. 5, p. 123 y ss., § 7-b).

¹⁹ RAYMUNDO M. SALVAT-ARTURO ACUÑA ANZORENA, *Derecho civil argentino. Fuentes de las obligaciones*, 2ª ed., Bs. As., TEA, 1958, t. IV, p. 242, N° 2923; CAMMAROTA, ob. cit., t. II, p. 681 y ss., N° 507; ENRIQUE V. GALLI, *Responsabilidad civil por delitos penales*, Bs. As., ed. Jurídica Argentina, 1940, p. 15, N° 16; LEONARDO A. COLOMBO, *Culpa aquiliana (cuasidelitos)*, 2ª ed., Bs. As., TEA, 1947, p. 793 y ss., N° 234; p. 799 y ss., N° 238; p. 814 y ss., N° 242; HÉCTOR LAFAILLE, *Tratado de derecho civil. Obligaciones*, Bs. As., Ediar, 1950, t. II, p. 337 y ss., N° 1239; p. 345, N° 1244, nota 180; Cám. Nac. Civil, Sala A, 29-11-67, "Oribe de Aponcio c/Betbeder", "L.L." 91-107; ídem, Sala B, 19-11-67, "Zorzoli c/Rubio", "L.L." 131-15; ídem, Sala F, 6-9-66, "Ibarrola de Guida c/Seijas", "J.A." 1967-I-75; Cám. 1ª C. C. La Plata, Sala I, 28-10-58, "Aizcorbe c/Freccero", "D.J.B.A." 55-213; Cám. 3ª C. C. Córdoba, 2-10-56, "Blanco Fraile c/Bouzon", "Com. y Just." X-300; Cám. 2ª Trab., Córdoba, 30-6-67, "González Reynoso c/Cementos Armados Centrifugados S.A.", "J.A." 1967-V, sec. Prov., p. 626. Comparar: HORACIO BUSTOS BERRONDO, *Acción resarcitoria del daño causado por homicidio*, en revista "Jus", La Plata, ed. Platense, N° 3, p. 84 y ss., N° 9, quién admite que:

"siendo necesario contemplar... la situación de quién debe soportar el re-

aun cuando luego, al entrar al campo de las aplicaciones prácticas, han circunscripto esa aparente amplitud a sólo algunos pocos casos concretos: el cónyuge, los hijos, los padres, es decir en general los herederos necesarios de la víctima; ya con muchas dubitaciones los hermanos; a veces la concubina; y no más allá.

Algunos de nuestros autores exigieron que el daño se acreditase en forma "estricta e inobjetable"²⁰, o, dicho de otra manera, que "lo esencial es demostrar que media un daño cierto" y no "meros perjuicios eventuales, inciertos, no determinables"; deteniéndose allí los requisitos para establecer la condición de "legitimado activo" en la acción indemnizatoria^{20 b}. Sin embargo con tal interpretación se confunde la "legitimación para accionar", la calidad de "damnificado", con la exigencia de la "certidumbre del daño", eliminándose así a la "legitimación" como requisito autónomo, tal como lo hicieron antes algunos doctrinarios franceses, según ya se lo ha referido y criticado.

Ricardo C. Núñez entendió por su parte que:

"el daño resarcible se liga aquí, como a un concepto limitador, al de culpabilidad civil del autor, el cual constituye y configura su verdadero confín... Resulta en verdad aplicable a este tema, la doctrina común del daño indemnizable, según la cual, a los fines de la reparación debida, tienen que tomarse en cuenta el criterio objetivo del daño causado y *el subjetivo de la culpa del autor*"²¹.

sarcimiento, por culpable que sea, debe limitarse, con criterio lógico y razonable, el elenco de damnificados";

luego de lo cual sostiene que las soluciones propuestas no satisfacen plenamente, para concluir afirmando, en contradicción con lo anteriormente transcripto, que:

"Sería interesante plantear el mayor número de casos posibles —nunca podría agotarse la nómina—, para proponer las soluciones adecuadas..."

²⁰ CAMMAROTA, ob. cit., t. II, p. 698, N° 514.

^{20 b} ALBERTO G. SPOTA, *Los titulares del derecho al resarcimiento en la responsabilidad aquiliana*, en "J.A." 1947-II, p. 305 y ss.; BUSTOS BERRONDO, ob. cit., en "Jus", N° 8, p. 74; Cám. Nac. Civil, Sala F, 14-3-67, "Ortiz de Bregazzi c/Val Lago", "E.D." 21-228, "L.L." 127-151 y "J.A." 1967-V-359.

²¹ NÚÑEZ, ob. cit., p. 72 y ss.

Pero con este entendimiento se pretende aludir a la condición de damnificado, que hace a la determinación de la persona que puede demandar la indemnización, mediante referencia a otro de los elementos del daño resarcible: el factor de atribución, que en la posición de Núñez lo es la culpabilidad, que la ley tiene en cuenta para sindicar quién habrá de ser en cada caso el sujeto responsable, o sea el legitimado no activo, sino pasivo, de la acción.

En otros casos la calidad de damnificado indirecto se ha vinculado abiertamente con la relación de causalidad, exigiéndose la prueba de que el daño ha sido causa inmediata de la muerte de la víctima²²; lo que igualmente apunta a otro de los elementos del daño resarcible, mereciendo por ende idénticas objeciones.

Por último nuestra doctrina y jurisprudencia se ha ido inclinando a sostener que la calidad de damnificado sólo podía ser invocada jurídicamente, cuando mediaba una lesión, desconocimiento o quebrantamiento de un derecho; es decir, cuando el daño importaba la lesión de un interés tutelado por la ley o jurídicamente protegido. Habría pues que distinguir entre quienes sufren un perjuicio meramente de hecho y los que experimentan un daño propiamente jurídico; ya que sólo estos últimos y no los primeros tendrían acción. Por ello se ha dicho que:

"Damnificados por el acto ilícito son solamente los sujetos que han sufrido un daño jurídico: éste existe cuando han sido lesionados sus derechos o sus bienes protegidos por la ley (salud, libertad, honra, etc.). El simple perjuicio que resulta de los efectos reflejos del acto ilícito no basta, porque estos reflejos son comunes a todo acto dentro de la vida social: son siempre numerosísimas las personas que sufren o se benefician de hecho por los contragolpes y las irradiaciones de los sucesos desdichados o afortunados ocurridos a otro, y

²² Cám. Nac. Federal, sala Civ. Com., 7-8-58, "Guissasola Hnos. S.R.L. c/ Fama", "G.F." 224-256.

de esto nadie puede válidamente quejarse ni puede ser objeto de reclamación alguna”²³.

Así, por ejemplo, si el accionante no podía exigir en justicia contra la víctima el pago de alimentos o dádivas, aunque de hecho las recibiera, no podría reconocérsele acción contra el autor del homicidio, para que éste pagase una indemnización que vendría a ser el sustitutivo de aquellos beneficios a los que no tenía derecho. En cambio, para quienes no comparten esa postura, bastaría con un simple interés de hecho lesionado por el acto ilícito, para que el culpable debiese responder; razón por la cual aceptan, verbigracia, que en caso de muerte o incapacidad de una persona para el trabajo, tengan también acción la concubina o el lisiado que recibía una ayuda puramente voluntaria de aquél²⁴, situaciones éstas lógicamente rechazadas por quienes requieren la existencia de una “lesión jurídica”²⁵.

²³ ORGAZ, *El daño resarcible*, cit., pp. 125 a 129, Nº 32; idem *El damnificado indirecto*, en “Estudios...”, cit., pp. 233 a 237; SALVAT-ACUÑA ANZORENA, ob. cit., t. IV, p. 76, Nº 2727 y nota 22-c); BORDA, ob. cit., t. II, p. 418 y s., Nº 1581; LUIS M. REZZÓNICO, *Estudio de las obligaciones en nuestro derecho s.*, Nº 9ª ed., Bs. As., Depalma, 1961, t. II, p. 1417; LLAMBIAS, ob. cit., t. I, p. 279 y ss., Nº 247-c) y d) y notas 52 y 53; RODOLFO DE ABELLEYRA, *El derecho a la reparación de los daños patrimoniales que se originan en el homicidio*, en “L.L.”, 114, pp. 962 y 964; AGUIAR, ob. cit., t. V, pp. 216 a 218, Nº 97-1º B; VÉLEZ MARICONDE, ob. cit., p. 106, nota 26; KEMELMAJER DE CARLUCCI, en el C. Civ. anot., de BELLUSCIO-ZANNONI, ob. cit., t. 5, p. 126 y s., § 8-d); JOSSEAND-BRUN, ob. cit., t. 2, vol. I, p. 305, Nº 424; DE CUPIS, ob. cit., pp. 107 a 109, Nº 8; ENNECCERUS-LEHMANN, ob. cit., t. II, p. 645, § 227; FRANCESCO INVREA, *La nozione del torto*, en “Rivista de Diritto Commerciale e delle obbligazioni”, 1929, 1ª parte, p. 226 y ss.

²⁴ CAMMAROTA, ob. cit., t. II, pp. 696 a 698, Nos. 513 y ss.; SALVAT-ACUÑA ANZORENA, ob. cit., t. IV, p. 245, Nº 2923; BUSTOS BERRONDO, ob. cit., en rev. “Jus”, Nº 3, p. 85, nº 38; COLOMBO, ob. cit., p. 818, Nº 243; SPOTA, ob. cit., en “J.A.” 1947-II-306 a 308, nota I; MOSSET ITURRASPE, ob. cit., t. I, p. 145 y s., Nº 59; idem *Daño de hecho y daño jurídico. Perjuicio originado en la muerte de un hermano*, en “L.L.” 1982-B-171 y en *Estudios sobre la responsabilidad por daños*, Santa Fe, Rubinzal-Culzoni, 1982, t. IV, p. 22 y ss.; ZANNONI, *El daño en la resp. civil*, cit., p. 24 y ss., § 8 a 13; JUAN CARLOS VENINI, *El daño moral*, en “L.L.” 1985-A, p. 1036, Nº 1-B; JOSÉ DE AGUIAR DIAS, *Tratado de la responsabilidad civil*, trad. Juan Agustín e Ignacia Modiano, México-Lima-Bs. Aires, ed. Cajica (Jr.), 1957, t. II, pp. 444 y ss., Nº 248; Cám. Nac. Civil, Sala F, 14-3-67, “Ortiz de Bregazzi c/Val Lago”, “L.L.” 127-151, “E.D.” 21-228 y “J.A.” 1967-V-359.

²⁵ ORGAZ, *El daño resarcible*, cit., p. 133, nota 24 y *El damnificado indi-*

Por lo demás, dicho diferendo doctrinal ya ha tenido exteriorización en diversos encuentros científicos. Así, en las Jornadas sobre “Temas de responsabilidad civil” celebradas en Rosario en el año 1979, un sector recomendó que:

“El damnificado mediato debe acreditar la lesión de un interés legítimo jurídicamente protegido”

—Andorno, Brebbia, Barbero, Kemelmajer de Carlucci, Rodríguez—, y otro que:

“para que el daño cierto sea reparable basta la lesión a un simple interés siempre que no sea ilegítimo, violatorio de la moral o del orden público”

—Mosset Iturraspe, Zannoni y Molinas—²⁶. En tanto que más recientemente, en las “Primeras Jornadas Bonaerenses del Derecho Civil, Comercial y Procesal”, realizadas en Junín del 13 al 15 de septiembre de 1984, en la Comisión 1 que se ocupara de “El valor de la vida humana”, volvió a darse, aunque con resultado inverso, similar dualidad de pareceres:

“La acción de indemnización podrá ser intentada —iure proprio— por todos aquéllos que acrediten una lesión patrimonial a un interés legítimo jurídicamente protegido”

—Banchio, Chiapero de Bas, Trigo Represas, Repetti—; mientras que para otros podía serlo por todos los que:

“acrediten una lesión a un simple interés de hecho, no ilegítimo, a raíz del cual se determina un menoscabo patrimonial”

recto, en *Estudios de derecho civil*, cit., pp. 237-241; ACUÑA ANZORENA, “adiciones” a SALVAT, *Fuentes de las obligaciones*, cit., t. IV, p. 245, nota 4-c); de ABELLEYRA, ob. cit., en “L.L.” 114, p. 962 y s.; BORDA, ob. cit., t. II, p. 418 y s., Nº 1581; REZZÓNICO, ob. cit., t. II, p. 1418, nota 7-b); Cám. Nac. Civil, sala D, 31-7-58, “Aguirre c/Isoldi”, Rep. “L.L.”, vol. XX, p. 350, Nº 42.

²⁶ MOSSET ITURRASPE, *Daño de hecho y daño jurídico*, cit., en “L.L.” 1982-B, p. 176, nota 11 y en *Estudios sobre la responsabilidad por daños*, cit., t. IV, p. 22, nota 11; OSCAR BORGONOVO, *El concubinato en la legislación y en la jurisprudencia*, Bs. As., Hammurabi, 1980, p. 158 y ss.

—Venini, Mosset Iturraspe, Bueres, Goldenberg, Esteguy, Cerowsky, Stiglitz, Zannoni, Carreras, Instituto de Derecho Privado del Colegio de Abogados de Junín, Guerrieri, Aráoz Salguero, Di Franco, Castellanos, Monti, López Cabana, Garrido, Peralta Aguinalde, Iribarne, Lezana, Carranza Latroubese—²⁷.

IV. EL CASO DE HOMICIDIO

A) Inexistencia de damnificado directo

Cuando se trata del homicidio de una persona, no existe jurídicamente damnificado directo, sino solamente damnificado o damnificados indirectos²⁸.

En efecto, si al vocablo “damnificado” se le confiere un sentido amplio, que aluda a toda persona que sufra una ofensa o lesión de un derecho o bien jurídico propio, el damnificado directo en el caso de homicidio sería el propio fallecido; pero al mismo no se lo puede tener como tal desde un punto de vista jurídico, ya que a los fines del resarcimiento, que es lo que cuenta en materia de responsabilidad civil, él en cuanto “muerto” no puede ya sufrir ningún perjuicio económico²⁹.

Empero, lo dicho de por sí está lejos de brindar una adecuada solución al tema que nos convoca, de quiénes son las personas legitimadas para accionar, como damnificados indirectos, por la muerte de otro. Tal cuestión por el contrario exige ante todo una previa elucidación sobre si la acción indemnizatoria a promoverse por el cónyuge superviviente, hijos, padres u otros herederos necesarios del muerto

²⁷ “Jurispr. Argentina” 1985-I, p. 812 y s., punto II-A y B.

²⁸ KEMELMAJER DE CARLUCCI en el C. Civ. anot., de BELLUSCIO-ZANNONI, cit., t. 5, p. 170, §4.

²⁹ ORGAZ, *El daño resarcible*, cit., p. 37, nota 18; LLAMBIAS, *Tratado... Obligaciones*, cit., t. IV-A, p. 95 y ss., Nº 2358; ídem *La vida humana como valor económico*, en “J.A.” Doctrina 1974, p. 633, Nº 6; JORGE BUSTAMANTE ALSINA, *Teoría general de la responsabilidad civil*, 4ª ed., Bs. Aires, Abeledo-Perrot, 1983, p. 212, Nº 576; PEDRO N. CAZEAUX-FELIX A. TRIGO REPRESAS, *Derecho de las obligaciones*, La Plata, ed. Platense, 1976, 2ª ed., t. 4, p. 762.

ha de ejercitarse a título de herederos o por derecho propio. Y luego de ello corresponde ocuparse, concretamente, de la determinación de las distintas personas legitimadas para accionar por la muerte de otro. Trataremos sucesivamente ambas cuestiones.

B) Acciones que pueden nacer del homicidio

Bajo este acápite se trata de establecer en quién nace originariamente la acción de indemnización: si nace propiamente en la misma víctima del homicidio y por su muerte se traspaasa a sus herederos —acción *jure hereditatis*—; o si por el contrario nace *ab initio* en cabeza de los mismos accionantes, en cuanto personalmente damnificados por el homicidio de otra persona —acción *jure proprio*—.

Gran parte de la doctrina francesa y algunos autores italianos enseñaron que la acción resarcitoria emergente del homicidio podía ser ejercida por los parientes del muerto como herederos, o bien, indistintamente, a título puramente personal; en el primer supuesto los herederos ejercerían la misma acción que correspondía al muerto, la cual les habría sido transmitida *mortis causa*, y en el segundo los accionantes sólo reclamarían el daño que personalmente hubiesen sufrido a causa del homicidio, pero ambas acciones serían independientes entre sí y ejercitables por separado³⁰.

Cuando la muerte de la víctima se produce con cierta

³⁰ AUBRY-RAU, ob. cit., t. VI, p. 361, § 445; RENÉ SAVATIER, *Traité de la responsabilité civile en droit français*, 2ª ed., Paris, Libr. Générale de Droit et de Jurisprudence, 1951, t. II, p. 107, Nº 539 y p. 111 y s., Nº 543; MARCEL PLANIOL-GEORGES RIPERT-PAUL ESMEIN, *Tratado práctico de derecho civil francés*, trad. Mario Díaz Cruz, La Habana, ed. Cultural, 1946, t. VI, p. 896 y s., Nº 658; BAUDRY-LACANTINERIE y BARDE, ob. cit., t. IV, p. 606 y s. Nº 2884; DEMOGUE, ob. cit., t. IV, p. 207 y ss., Nº 536; MAZEAUD-TUNC, ob. cit., t. 2, vol. II, p. 540 y s., Nº 1910 y ss.; G. P. CHIRONI, *La culpa en el derecho civil moderno. Culpa extracontractual*, trad. C. Bernaldo de Quirós, Madrid, Reus, 1904, t. II, p. 453 y ss., Nº 493; JORGE GIORGI, *Teoría de las obligaciones en el derecho moderno*, trad. de la “Rev. Gral. de Legislación y Jurisprudencia”, Madrid, Reus, 1911, t. 5, p. 300, Nº 190; LALOU, ob. cit., p. 430 y ss., Nº 654; ídem, *Les ayants droit à indemnité a la suite d'accidents mortels*, en Dalloz Hebdomadaire, 1931, crónica, p. 27; MAZEAUD, *Lecciones*, cit., parte II, t. II, p. 366 y ss., Nº 607; SOURDAT, ob. cit., t. I, ps. 50 y ss., Nº 56 bis.

posterioridad al accidente o hecho ilícito, el asunto no parece muy dudoso, por cuanto aquella puede haber sufrido aún en vida una serie de perjuicios patrimoniales, tales como gastos de farmacia y asistencia médica, privación de ganancias por la incapacitación para el trabajo durante el lapso comprendido entre la fecha en que se produjo la lesión y el ulterior deceso, etc.; de manera que los herederos del difunto encontrarían en el patrimonio que se les transmite, la acción indemnizatoria por dichos daños y perjuicios que pudo intentar el de cuius mientras estaba con vida, sin que interese en definitiva que la hubiese o no promovido, ya que la simple inacción de su parte no puede ser considerada como una renuncia tácita —doctrina del art. 1099 del Código Civil—, ni opera tampoco ningún efecto extintivo en tanto no hubiese transcurrido el tiempo fijado por la ley para la prescripción de la acción³¹.

El punto en cambio parece más dificultoso, cuando la muerte se opera instantáneamente como consecuencia del hecho ilícito. Un daño que naciera de la muerte —se ha sostenido—, sería necesariamente posterior al deceso, y el fallecido, precisamente por haber dejado ya de ser persona o sujeto de derechos y obligaciones —art. 30 del Código Civil—, no puede sufrir ya ningún perjuicio; por consiguiente los herederos mal pueden hallar en su sucesión, un crédito que tuviese su fuente en un supuesto daño experimentado por el causante después de su deceso³². Pero —se ha contestado—, para que un derecho se fije en cabeza de una persona, basta que el mismo haya nacido un instante antes del fallecimiento; y entre el momento en que se in-

31 LLAMBIAS, *La vida humana como valor económico*, cit., en "J.A." Doctrina 1974, p. 629, Nº 4 y nota 19; idem *Tratado... Obligaciones*, cit. t. IV-A, p. 100, Nº 2359 y nota 173.

32 JOSSEERAND, ob. cit., t. 2, vol. I, p. 354 y s., Nº 470 y "nota" en Dalloz Périodique 1929, 1ª parte, p. 161; TUNC en MAZEAUD-TUNC, ob. cit., t. 2, vol. II, p. 536, Nº 1905-2, nota 1 y p. 541, Nº 1912, nota 2; GEORGES RIPERT-JEAN BOULANGER, *Tratado de derecho civil según el tratado de Planiol*, trad. Delia García Daireaux, Bs. Aires, ed. "La Ley", 1965, t. V, p. 91 y s., Nº 994, y p. 196 y s., Nº 1154; ALVARO PÉREZ VIVES, *Teoría general de las obligaciones*, Bobotá, Temis, 1954, Nº II, p. 347 a 349.

fiere la herida y aquél en que se produce la muerte, por rápido que ésta sobrevenga, forzosamente se requiere un lapso, que por breve que sea, resulta sin embargo suficiente para que la víctima adquiera el derecho a la indemnización, y para que sus sucesores lo encuentren, por lo tanto, formando parte del haber transmitido³³. Con ese entendimiento se evita, dicho sea de paso, —se añade— el contrasentido que implicaría liberar al responsable de su obligación resarcitoria, precisamente cuando el hecho ilícito ha revestido mayor gravedad, provocando la muerte en forma inmediata.

La existencia de esas dos acciones distintas e independientes, presenta por otra parte no sólo un mero interés doctrinario, sino uno muy considerable desde el punto de vista práctico. En efecto, el ejercicio de la acción en nombre de la víctima directa, ofrece la ventaja de dispensar al demandante de la prueba del perjuicio personal, ya que accionando en nombre del difunto no tiene más que probar el perjuicio sufrido por éste, el cual resulta notorio por el hecho mismo de su muerte³⁴. Mientras que por el contrario, quién actúe en nombre propio puede tener dificultades para demostrar su daño, ya que éste aparece como indirecto o incierto. Pero en cambio, en este último supuesto no sería necesario justificar la calidad de herederos del demandante³⁵; lo que sí resulta indispensable si la acción deducida lo ha sido invocándose la calidad de sucesor *mortis causa* de la víctima³⁶.

33 MAZEAUD-TUNC, ob. cit., t. 2, v. II, p. 540 y s., Nº 2912; BAUDRY-LACANTINERIE y BARDE, ob. cit., t. IV, p. 606 y s., Nº 2884; SAVATIER, ob. cit., t. II, p. 112, Nº 543; ACDEEL E. SALAS, *Acciones de indemnización por la muerte de una persona: la acción directa y la acción como heredero del difunto*, en "Estudios sobre la responsabilidad civil", Bs. Aires, Valerio Abeledo, 1947, p. 62 y s., Nº 6.

34 REZZÓNICO, ob. cit., t. II, p. 1420, nota 9; Cám. Nac. Civil, Sala D, 24-4-58, "Pelemborg c/Picerno", "L.L." 91-456 y "J.A." 1958-III-308.

35 Fallos citados en ACDEEL E. SALAS, *Código civil y leyes complementarias anotados*, 2ª ed., Bs. As., Depalma, 1971, t. I, p. 550, Nº 4-A, nota 2, art. 1085; Cám. Nac. Civil, Sala A, 19-6-63, "Aragno de Vultaggio c/Empr. Atlántida Argentina", "L.L." 112-427 y "J.A." 1965-V-417.

36 SALVAT-ACUÑA ANZORENA, ob. cit., t. IV, p. 249 y s., Nº 2929; BORDA, *Obligaciones*, cit., t. II, p. 437, Nº 1589.

Además, en el caso de daños ocasionados durante el transporte oneroso de personas —respecto del cual nuestra doctrina y jurisprudencia tienen resuelto que existe una obligación contractual de seguridad, que releva al pasajero damnificado de la prueba de la culpa del transportista³⁷—, si el heredero de la víctima accionase como tal, podría valerle de aquel contrato y tampoco tendría que acreditar la culpa del porteador³⁸, mientras que accionando *jure proprio*, por ser entonces un tercero en cuanto al contrato de transporte, no podría invocar sus cláusulas —arts. 1195 in fine, 1199 y su doctrina del Código Civil—, correspondiéndole por lo tanto la carga de la prueba. Pero a la inversa, podría convenir la acción *jure proprio* si en el contrato durante cuya ejecución se ocasionó el daño, se había pactado alguna cláusula de irresponsabilidad en favor del contratante que lo causó; por cuanto al actuar el heredero no en esta calidad, sino a título personal como damnificado indirecto, por ser un tercero con relación a dicho contrato, tal cláusula no le sería oponible. Y si se acciona *jure proprio* y no *jure hereditatis*, resulta irrelevante la conducta de la víctima, aun cuando hubiese prestado su aquiescencia o colaboración al delito, como puede suceder por ejemplo en el caso de un aborto, atento que todos los copartícipes responden solidariamente y puede requerirse de uno solo de ellos la totalidad del resarcimiento —art. 1081 del Código Civil—³⁹.

Finalmente, cabe señalar también que la indemnización concedida por vía de la acción *jure proprio*, no se halla sujeta a las reglas de la división hereditaria, sino que su monto se encuentra determinado por el perjuicio efectivo

37 Sobre este tema puede consultarse, entre otros: FÉLIX A. TRIGO REPRESAS-RUBEN H. COMPAGNUCCI DE CASO, *Responsabilidad por accidentes de automotores*, Bs. As., Hammurabi, 1986, t. 2-a, p. 90, § 7-h).

38 Cám. Nac. Civil, Sala A, 7-7-64, "Sosa de Novas c/F.C.G.S.M.", "L.L." 115-682, "J.A." 1964-VI-303 y "E.D." 9-32; SPOTA, ob. cit., en "J.A." 1947-II, p. 308 y s., nota 2.

39 Cám. 1ª San Nicolás, 12-2-74, "R., D. c/M. de B., L.", "L.L." 154-433.

que cada uno de los actores pueda haber sufrido y acreditado; como asimismo que la existencia de descendientes de la víctima, es decir de herederos del primer orden hereditario, no privaría a los padres —segundo orden hereditario— del derecho a obtener la reparación del daño que realmente hubiesen sufrido con motivo de tal fallecimiento⁴⁰. Y es más, la jurisprudencia francesa incluso ha resuelto que la transacción celebrada por la víctima con el autor del daño, en la que se comprendían todos los perjuicios que el hecho le hubiese ocasionado o pudiera ocasionarle en el futuro, no puede ser opuesta a su viuda e hijos, si éstos accionan *jure proprio* por el nuevo daño que les ha significado el ulterior deceso de aquélla⁴¹.

Entre nosotros la doble acción también fue defendida por buena parte de nuestros autores, quienes la hacían funcionar interpretando los arts. 1084 y 1085 del Código Civil⁴²; siendo aceptada asimismo por nuestra jurisprudencia⁴³, aunque en muchos fallos las ideas aparezcan confun-

40 Salas, ob. cit., en *Estudios sobre la resp. civil*, cit., p. 63 y s., Nº 7.

41 SAVATIER, ob. cit., t. II, p. 107 y s., Nº 540; idem *Le dommage mortel et ses conséquences au point de vue de la responsabilité civile*, en "Revue Trimestrielle de Droit Civil", 1938, p. 189 y ss.; BORDA, *Obligaciones*, cit., t. II, p. 436, Nº 1589-a).

42 BALDOMERO J. LLERENA, *Concordancias y comentarios del C. Civil argentino*, 2ª ed., Bs. As., Jacobo Peuser, 1900, t. IV, p. 152 y s., art. 1085, Nº 2; SALVAT-ACUÑA ANZORENA, ob. cit., t. IV, p. 249 y s., Nº 2929 y nota 6-ch); LAFAILLE, *Trat. de las obligaciones*, cit., t. II, p. 337, Nº 1239, nota 153; SALAS ob. cit. en *Estudios sobre la responsabilidad civil*, cit., p. 59 y ss.; COLOMBO, ob. cit., p. 814 y ss., Nº 242; ALEJANDRO RAYCES, "nota" al fallo de la Cám. Civ. 1ª de Cap. Fed., del 7-6-33, "Fortenza c/Vengerow y Cía.", "J.A." 42, p. 604; ACUÑA ANZORENA, *Personas con derechos a reparación por la muerte de otra*, en "Estudios sobre la responsabilidad civil", La Plata, ed. Platense 1963, p. 60 y ss., Nº IV; AUGUSTO MARIO MORELLO, *Separación de hecho entre cónyuges*, Bs. As., Abeledo-Perrot, 1961, pp. 315-322, Nnos. 167 a 170; LUIS DE GASPERI-AUGUSTO M. MORELLO, *Tratado de derecho civil*, Bs. As., Tea, 1964, t. IV, p. 157, Nº 1752; p. 160 y s., Nº 1752-a), letra A-VI; SPOTA, ob. cit., en "J.A." 1947-II, p. 307 y ss., nota 2; REZZÓNICO, ob. cit., t. II, p. 1419 y s., nota 9; AGUIAR, ob. cit., t. V, p. 228 y ss., Nº 98.

43 Fallos cit. por SALAS, *Cód. civil anot.*, cit., t. I, art. 1085, p. 549 y s., Nº 2; Cám. Nac. Civil, Sala F, 10-9-64, "Sendón de Gayoso c/Marcigonas", "L.L." 116-538, "J.A." 1964-IV-200; "E.D." 9-25; id. 14-3-67, "Ortiz de Bregazzi c/Val Lago", "L.L." 127-151, "J.A." 1967-V-359 y "E.D.", 21-228; ALEJANDRO A. VAZQUEZ, *La acción indemnizatoria instaurada por la víctima de un acto ilícito en relación con la promovida por los herederos de la víctima después que ésta fallece a consecuencia del hecho*, en "J.A." 1943-III, p. 532, Nº 2.

didas, sin que pueda precisarse con claridad a cual de dichas acciones se alude, pareciendo inclusive que la intentada es casi siempre la *jure proprio*⁴⁴; pese a que también existen pronunciamientos en los cuáles se distinguen cuidadosamente las dos acciones *jure proprio* y *jure hereditatis* y los efectos propios de cada una de ellas⁴⁵.

Pero en los últimos tiempos se ha venido insinuando una tendencia opuesta a la aceptación de la doble acción, que afirma la existencia de una acción única de carácter personal y hereditaria. Esta postura, a la que adherimos, no discute que si la víctima del homicidio sufrió personalmente algún daño económico antes de su muerte, el derecho de reclamar la reparación del mismo pase a sus herederos⁴⁶; pero lo que no admite es que ellos puedan recibir como bien hereditario, una acción resarcitoria por los sufrimientos soportados por la víctima y, menos aún, por su propia muerte.

“Si la sucesión es la trasmisión de los derechos activos y pasivos que componen la herencia de una persona muerta (art. 3279); si es sucesor universal aquél a quien pasa todo o una parte alícuota del patrimonio de otra persona (art. 3263); y si es patrimonio el conjunto de los bienes de una persona (art. 2312), no se concibe que pueda transmitirse al heredero un derecho o una acción que no integraba el patrimonio del causante, cuando éste vivía”⁴⁷.

44 ACDEEL E. SALAS, *Determinación del daño causado a la persona por hecho ilícito*, en “Revista del Colegio de Abogados de La Plata”, Nº 7, julio-diciembre de 1961, p. 315, Nº V.

45 Cámara Nac. Civil, Sala D, 24-4-58, “Pelemberg c/Picerno”, “L.L.” 91-456; “J.A.” 1958-III-308; id., 19-9-62, “Chiodo c/Mastrobernardino”, “L.L.” 108-209, “E.D.” 3-223; id., 28-10-64, “Bottini de Biscardi c/Campos”, “J.A.” 1965-I-168, id. 2, 12-66, “Maffei c/Juffré”, “J.A.” 1967-VI-281 y “E.D.” 21-237; Cám. Nac. Federal, Sala Civ. Com., 7-3-67, “Aquino c/Aerolíneas Argentinas”, “L.L.” 126-387, “E.D.” 21-624 y “J.A.” 1967-IV-324.

46 Cám. Nac. Civil, sala C, 22-7-66, “Franta c/Torcoletti”, “L.L.” 124-161; Cám. 2ª Civ. Com. y Minas San Juan, 8-6-64, “Alaniz c/Chediak”, “Jurispr.” San Juan, 1964-I, p. 125.

47 BUSTOS BERRONDO, ob. cit., en el Nº 3 de la rev. “Jus”, p. 71. Nº 1; Cám. Nac. Civil, Sala A, 9-6-64, “Yafar c/Silveira”, “L.L.” 117-603.

O, a mayor abundamiento, si el daño patrimonial es la diferencia que resulta de comparar el patrimonio actual del damnificado, con el que éste tendría de no haberse producido el evento dañoso,

“se advierte que falta el segundo término de la comparación, desde que faltando el sujeto no puede hablarse del valor que tendría su patrimonio. Para conceder la acción *iure hereditatis* habría que suponer que la vida tiene de por sí un valor económico y que este valor integra el patrimonio del sujeto, premisas, una y otra, difíciles de admitir”⁴⁸.

C) Personas legitimadas para accionar por la muerte de otra

Para poder encarar este tema, debemos partir de la confrontación de tres artículos de nuestro Código Civil, aparentemente contradictorios: el 1079, el 1084 y el 1085.

El artículo 1079, ya lo hemos visto, reconoce derecho a reclamar la indemnización no solamente al damnificado

48 SALAS, *Determinación del daño causado...*, cit. en “Rev. Coleg. Abog.”, La Plata, Nº 7, julio-dic. 1961, p. 310, Nº V; LLAMBIAS, *La vida humana como valor económico*, cit. en “J.A.” Doctrina, 1974, p. 626 y ss., Nº 3; idem, *Obligaciones*, cit., t. IV-A, p. 94 y ss., Nº 2358; VÉLEZ MARICONDE, ob. cit., p. 55, Nº 7; COLOMBO, ob. cit., p. 816 y ss., Nº 242. En similar sentido: ORGAZ, *El daño resarcible*, cit., p. 129 y ss., Nº 33 y nota 18; idem *La acción de indemnización en los casos de homicidio*, en “Estudios de derecho civil”, cit., p. 68 y s.; BUSTAMANTE ALSINA, *Teoría general...*, cit., p. 497, Nº 1552; NÚÑEZ, ob. cit., p. 79, Nº 2; JULIO DASSEN, *Daños causados por la muerte de una persona. Quiénes tienen derecho a su reparación*, en “Estudios de derecho privado y procesal civil”, Bs. As., Abeledo-Perrot, 1959, p. 162 y s., Nº 3; p. 182, Nº 20; OCTAVIANO FRANCO, *Necesidad de la declaración de herederos en la acción de daños por muerte de una persona. Límites de esta acción*, en “Revista Crítica de Jurisprudencia”, Bs. As., Nº 3, p. 185; DE ABELLEYRA, ob. cit., en “L.L.” 114, p. 961 y s.; BORDA, *Obligaciones*, cit., t. II, p. 433 y ss., Nº 1588; Cám. Nac. Civil, Sala A, 24-9-70, “De Zaindenberg c/Transp. Gattarcia”, “L.L.” 143-555 (26348-S); idem, Sala D, 31-3-86, “Jiménez c/Sanzo”, “L.L.” 1987-C-428 (37.642-S); S.C.B.A., 12-3-63, “Nuzzi c/Chelle Argentina S.A.”, “L.L.” 111-416, “E.D.” 6-274 y “D.J.B.A.” 69-13; id., 3-12-57, “Ferreyra”, “Ac. y Sent.”, 1957-VI-189; Cám. 1ª Mar del Plata, 26-6-89, “Vázquez c/Molteni”, “L.L.” 136-476; Sup. Trib. Santa Fe, Sala I, Civ. Com., 25-8-59, “Mateo de Machado c/Ferreyra”, “Juris”, 15-208; S. C. Mendoza, Sala II, 16-9-70, “Urquiza”, “L.L.”, 145-364 (27.897-S); Cám. 2ª Penal Tucumán, 15-5-73, “Antonio, Ramón J.”, “L.L.”, 153-402 (30.813-S).

directo, sino a toda persona que por él (delito) hubiese sufrido, aunque sea de una "manera indirecta"; se trata pues de un principio general, que más adelante hemos de ver como juega. A su turno los artículos 1084 y 1085, respectivamente disponen lo siguiente:

"Si el delito fuere de homicidio, el delincuente tiene la obligación de pagar todos los gastos hechos en la asistencia del muerto y en su funeral; además lo que fuere necesario para la subsistencia de la viuda e hijos del muerto, quedando a la prudencia de los jueces, fijar el monto de la indemnización y el modo de satisfacerla"; y "el derecho de exigir la indemnización de la primera parte del artículo anterior, compete a cualquiera que hubiese hecho los gastos de que allí se trata. La indemnización de la segunda parte del artículo sólo podrá ser exigida por el cónyuge sobreviviente y por los herederos necesarios del muerto, si no fueren culpados del delito como autores o cómplices, o si no lo impidieron pudiendo hacerlo".

Estas dos últimas normas resultan indudablemente contradictorias, pudiendo señalarse entre ellas las siguientes discordancias: 1) el art. 1084 se refiere a la "viuda" y el art. 1085 lo hace al "cónyuge sobreviviente", o sea que mientras el primero concede el derecho sólo a la esposa, en el segundo no se efectúa ninguna distinción de sexos, atribuyéndosele indistintamente tanto al marido como a la mujer; 2) por el art. 1084, aparte de la viuda, únicamente tendrían derecho a indemnización "los hijos del muerto", y en cambio por el art. 1085 se extiende el mismo a todos "los herederos necesarios", o sea a los que gozan de legítima, con lo cual quedarían comprendidos no únicamente los hijos, sino todos los ascendientes y descendientes del muerto —arts. 3592 a 3597 del Código Civil—⁴⁹.

⁴⁹ SALAS, *Acciones de indemnización por la muerte de una persona*, cit. en "Estudios sobre la resp. civil", cit. p. 50.

Veamos ahora como resuelven nuestra doctrina y jurisprudencia los problemas suscitados por esas preceptivas contradictorias.

1) *Salas y Acuña Anzorena*. Una tendencia opina que el art. 1079 consagra un precepto de carácter general, que se encuentra sujeto a las limitaciones que otras normas puedan establecer en diversos supuestos concretos; y que una de ellas sería precisamente la de los arts. 1084 y 1085 del Código Civil, sin perjuicio de que a su vez el alcance de estos últimos se haya visto modificado por lo previsto en el art. 29 del Código Penal, en lo referente a daños causados por delitos criminales.

En síntesis, se afirma lo siguiente:

"1º) En el caso en que la muerte de una persona sea la consecuencia de un delito del derecho criminal tratése de un delito o de un cuasidelito civil, todo perjudicado, sea familiar o extraño, tiene derecho a reclamar la indemnización de los daños patrimoniales que personalmente haya sufrido; 2º) Si no se trata de un delito del derecho criminal, sea delito o cuasidelito desde el punto de vista civil, sólo los herederos necesarios o forzosos de la víctima están legitimados para exigir esa reparación"⁵⁰.

2) *Machado*. Por su parte Machado expresa que el art. 1079 no debe ser interpretado de manera tan amplia como la que autorizarían sus propios términos, porque acordar derecho indemnizatorio

"a toda persona que haya sufrido por el delito, es llevarlo más allá de sus límites naturales"; por lo que "no se debe ir tan lejos, es necesario limitarla a aque-

⁵⁰ SALAS, ob. cit. en nota anterior, pp. 56 a 58, Nos. 14 y 17; ídem, *Determinación del daño causado...*, cit. en "Rev. Coleg. Abog.", La Plata, Nº 7, julio-dic., 1961, p. 310 a 312, Nº III; ACUÑA ANZORENA, *Personas con derecho a reparación por la muerte de otra*, cit. en "Estudios sobre la resp. civil", cit. p. 90 a 95, Nº IV; S.C.B.A., 3-12-57, "Ferreyra", "Ac. y Sent.", 1957-VI-189.

llos parientes que tengan derecho a heredar al muerto, cuando se trata de delito de homicidio”⁵¹.

O sea, que acuerda el derecho a todos los parientes del muerto hasta el sexto grado inclusive, lo que después de la reforma de la ley 17.711 se redujo hasta el cuarto grado —nuevo artículo 3585 del Código Civil—, a quiénes llama la ley a recibir la sucesión en ausencia de testamento —arts. 3279, 4545 y 3585 del Código Civil—.

3) *Segovia, Lafaille, Dassen, De Gásperi, Bibiloni*. Otra corriente sostiene que:

“los artículos 1079 y 1080, la justicia y los principios del derecho, exigen que el delincuente pague, a falta de viuda e hijos, la subsistencia de los ascendientes o de otros parientes a que el finado subvenía”⁵²; o, con un sentido más amplio, que no es del caso “limitar la acción al cónyuge y a los herederos necesarios, sino a todos los alimentarios cuando recibían alimentos o cuando fundadamente es presumible que habrían de recibirlos”, y con la aclaración de “que no se trata de acordar la acción de daños y perjuicios a falta de viuda e hijos, sino de la existencia del daño, que tanto puede existir y dar lugar a reparación si simultáneamente lo sufren descendientes y ascendientes o cualquier otro pariente que recibía alimentos en virtud de la ley”⁵³.

4) *Postura mayoritaria*. Finalmente hoy prevalece en la doctrina y la jurisprudencia el criterio de que la acción in-

⁵¹ MACHADO, ob. cit., t. III, p. 360, nota al art. 1079.

⁵² LISANDRO SEGOVIA, *El Código Civil de la Rep. Argentina, su explicación y crítica bajo la forma de notas*, 2ª ed., Bs. As., La Facultad, 1933, t. I, p. 309, nota 17 a su art. 1085.

⁵³ DASSEN, ob. cit., en “Estudios de derecho privado y procesal civil”, cit., p. 182, Nº 20, p. 175, Nº 15; LAFAILLE, *Tratado de las obligaciones*, cit., t. II, p. 366, Nº 1260; DE GÁSPERI-MORELLO, ob. cit., t. IV, p. 157, Nº 1752; BIBILONI, *Anteproyecto*, cit., t. II, p. 243, nota al art. 1396.

demnizatoria en caso de homicidio está abierta a cualquier damnificado, sea o no heredero forzoso de la víctima; opinión ésta que ya fue lanzada hace más de treinta años por Octaviano Franco, quien sostuvo:

“La acción de daños queda abierta en favor de cualquier persona que ha sufrido un perjuicio por la muerte de la víctima, sea heredero, pariente en grado sucesible, o extraño”.

Sin que pueda fundarse limitación alguna en el art. 1085 del Código Civil, ya que éste impone una sanción especial para el caso de homicidio, entendido como delito del derecho criminal; pero de ninguna forma resuelve que tal sanción en favor del cónyuge e hijos cierre la acción que pueda corresponder a otros damnificados⁵⁴.

Sin embargo, aun dentro de este pensamiento existen variantes y divergencias de importancia, que se diversifican en otras tantas corrientes interpretativas, a saber:

a) *Aguiar*. La posición defendida por Aguilar afirma que:

“la indemnización del daño producido por un homicidio, la ha circunscripto el art. 1084 a los tres motivos en él especificados y en cuanto afecten a las personas, también especificadas en el art. 1085. Así, cuando se tratare de otros daños o no estuvieren en juego, como damnificadas, esas personas, la legislación especial enmudecería y recobraría su voz y su imperio la de carácter común sobre la responsabilidad civil por las consecuencias de los actos ilícitos”;

con lo cual, si bien la interpretación es amplia respecto de los damnificados no incluidos en los arts. 1084 y 1085, a cuyo respecto se dice que:

⁵⁴ FRANCO, ob. cit., en “Rev. Crítica de Jurisprudencia”, 1934, p. 185 y s., § 2.

“la determinación hecha en estos artículos no agota ni el número de las posibles víctimas de las consecuencias de un homicidio, ni tampoco el catálogo de los daños que aquéllos pueden experimentar, originados por él”,

en cambio, por extraña paradoja, resulta notablemente restrictiva para el cónyuge y herederos necesarios aludidos en los dichos arts. 1084 y 1085, por ser

“taxativa la enumeración de los perjudicados que pueden reclamar por esos daños, como es taxativa la de éstos respecto de esas personas. En suma: tales personas y no otras, sólo pueden reclamar el pago de semejantes perjuicios; y éstos sólo pueden ser reclamados por esas personas”.

o sea que se trata de una enumeración

“estrictamente concretada en su reciprocidad a esas personas y a esos daños: éstos no pueden ser demandados sino por esas personas; y éstas no pueden demandar sino esos daños”⁵⁵.

Empero, de admitirse esta solución, es obvio que quedarían colocados en mejor situación los extraños que el cónyuge y los hijos⁵⁶; lo cual resulta inadmisibles por opuesto a los fines de la ley.

b) *Llambías y de Abelleira*. Otra variante más lata es la propiciada por de Abelleira y Llambías, quienes sostienen que el art. 1084 del C. Civil no tiene otro significado que el de crear una presunción de daño en favor de la viuda e hijos menores de la víctima. La ley supone, porque ello es lo que generalmente acontece —*quod plerumque fit*—, que la muerte del padre de familia ha dejado sin recursos a la

⁵⁵ AGUIAR, ob. cit., t. IV, p. 518 a 525, Nº 65-2 y 3, p. 605 a 608, Nº 65-7, B.

⁵⁶ COLOMBO, ob. cit., p. 816 y ss., Nº 242.

viuda e hijos, y de ahí que ellos no tengan necesidad de probar dicho perjuicio, para que el tribunal lo admita, a diferencia de cualquier otro damnificado con la muerte, que no puede omitir la acreditación del daño si pretende que se le indemnice. Por lo demás se agrega que aunque la ley no lo diga expresamente, debe entenderse que los hijos deben ser menores, pues ello parece desprenderse del fundamento de la norma, que no es otro que el de proteger la familia que estaba a cargo de la víctima. Tal presunción sería sólo *iuris tantum*, de modo tal que el demandado podría probar que la esposa e hijos no han experimentado perjuicio alguno, y éstos a su vez podrían realizar la prueba de sus perjuicios, para evitar que el juez, en defecto de elementos probatorios suficientes, establezca una indemnización inferior a los daños efectivamente sufridos⁵⁷. En este último aspecto se aparta en cambio el pensamiento de Llambías, quien señala que el daño contemplado en el art. 1084 del C. Civil es presunto, y consiste por ello solamente “en la privación de lo que fuere necesario para la subsistencia” de la viuda e hijos del muerto; lo que lo diferencia sensiblemente del daño cierto, probado, resarcible según la norma general del artículo 1069 del mismo Código; los lucros que habría podido obtener el muerto durante el tiempo probable de duración de su vida, por ejemplo, no entran en el preciso daño presumido por la ley en el citado art. 1084⁵⁸.

En sentido similar también se ha expresado Bustos Berrondo, aunque sosteniendo el carácter *iuris et de iure* de tal presunción legal⁵⁹; habiendo sido además acogido este criterio en algunos pronunciamientos judiciales⁶⁰.

⁵⁷ DE ABELLEIRA, ob. cit., en “L.L.”, 114, p. 962 y ss.; LLAMBIAS, *Personas damnificadas por homicidio*, en “E.D.”, 51, p. 891 y ss., Nros. 21 y 22; ídem, *Tratado... Obligaciones*, cit., t. IV-A, p. 55 y ss., Nº 2349.

⁵⁸ LLAMBIAS, *Personas damnificadas por homicidio*, cit. en “E.D.”, 51, p. 898 a 901, Nº 23; ídem, *Tratado... Obligaciones*, cit., t. IV-A, p. 70 y ss., Nº 2351; Cám. Nac. Civil, Sala A, 9-5-72, “Dottori Munin c/Sauniguel”, “L.L.”, 149-168 (29.846-S).

⁵⁹ BUSTOS BERRONDO, ob. cit., en el Nº 3 de la rev. “Jus”, p. 74 a 76, Nº 4.

⁶⁰ Cám. Nac. Civil, Sala A, 3-5-79, “Fernández c/Jaluf”, “L.L.”, 1979-C-411; íd., 23-2-77, “Dominguez de Espino c/Transp. Automotor Luján”, Rep. “L.L.”.

c) Andorno, Borda, Bustamante Alsina, Cammarota, Colombo, Kemelmajer de Carlucci, Núñez, Orgaz, Rezzónico, Spota. Por último otra tendencia, a la que nos sumamos, entiende que los arts. 1084 y 1085 del C. Civil sólo crean un régimen de excepción a favor de las personas a quienes acuerdan la acción indemnizatoria, lo cual se justifica dado el muy estrecho vínculo que los une a la víctima directa del hecho ilícito. Y de esta manera, mientras en los casos comunes —art. 1079 del C. Civil— quien invoque un daño debe probarlo; tratándose del cónyuge y herederos forzosos del muerto ello no es necesario para que tengan derecho a la indemnización establecida en su favor, por cuanto la ley presume la existencia de un perjuicio cierto, dejando sólo librada a la prudencia de los jueces, de acuerdo con las particularidades de cada caso, la fijación del monto del resarcimiento y el modo de satisfacerlo⁶¹. Dentro de esta posición se ubican los autores anteriormente mencionados⁶², habiendo sido sus más conspicuos expositores Orgaz y Spota.

XXXVII, p. 452, sum. 598; id., 6-10-75, "Baccaria de Rodríguez c/Caviccoli", "L.L.", 1976-B-453, "Jur. Agr.", 1849; id., 16-8-67, "Canosa c/Etapsa", "J.A.", 1968-I-237; idem, Sala B, 8-7-81, "López c/Villaruel", "J.A.", 1982-I-31; idem, 22-8-75, "Dimitrakis c/Dugs", "J. A.", 1976-II-38 y "L.L.", 1976-B-452, "Jur. Arg.", 1848; idem, Sala C, 19-4-77, "Lamadrid de González c/Roth", "L.L.", 1977-D-533; Cám. Nac. Especial Civ. y Com., Sala I, 19-12-79, "De Maio c/Rico", Rep. "L.L.", XL, p. 768, sum. 658, idem, Sala II, 8-6-84, "Domínguez Alvarez c/Pacino", "L.L.", 1985-A-328; idem, 30-6-80, "Filomatori c/Degregori", Rep. "L.L.", XLI, p. 984, sum. 815; idem, Sala III, 29-3-84, "Zimpers de Aicholzer c/ Martin", "L.L.", 1984-D-227; "S.C.B.A.", 12-7-77, "Bernardello", "D.J.B.A.", 112-342; Cám. Ap. Junín, 30-11-81, "Del Carlo c/De Dios", "D.J.B.A.", 123-110; Cám. Federal Rosario, Sala A, 25-8-81, "Meneghini c/EFEA", "J.A.", 1983-I-379; Cám. Civ. Com. Rosario, Sala I, 7-4-80, "Anemau c/Diego", "Zeus", 22, "Jurisp.", 95; S. C. Mendoza, Sala II, "Hernández", "J.A.", 1980-I-648.
⁶¹ Cám. Nac. Civil, Sala A, 9-3-77, "Wood de Teso c/Meolo", "J.A.", 1978-III-95; idem, 4-11-76, "Negri c/Martínez", "L.L.", 1978-A-638, "Jur. Agr.", 2662; idem, Sala D, 30-8-77, "Stemplen de Rojet c/EFEA", "L.L.", 1978-C-678, "Jur. Agr.", 2267; idem, 23-7-76, "Vargas de Velázquez c/Pucci", "L.L.", 1978-A-637. "Jur. Agr.", 2652; idem, Sala F, 16-II-77, "Persegani c/Cancinos", "L.L.", 1978-C-673; "Jur. Agr.", 3268; idem, 31-5-77, "Merlo c/Moreno", "L.L.", 1978-A-673; "Jur. Agr.", 2651; "S.C.B.A.", 3-5-79, "Tecnizyskim c/Coco", "D.J.B.A.", 113-182; Cám. 1ª Civ. Com. Tucumán, 4-8-81, "Juárez c/Luna", "E.D.", 97-551.
⁶² ANDORNO, *Responsabilidad civil...*, cit., en "J.A.", 1979-IV-700 y ss., Nº II; BORDA, *Obligaciones*, cit., t. II, p. 423 y s., Nº 1582; BUSTAMANTE ALSINA, *Teoría general...*, cit., p. 494 y ss., Nº 1540 a 1544; CAMMAROTA, ob. cit., t. II, p. 692 a 694, Nº 511; COLOMBO, ob. cit., p. 816 a 818, Nº 242;

El primero ha sostenido que:

"no hay colisión, por tanto, entre el art. 1079, por una parte, y los arts. 1084 y 1085 por otra, ni éstos pueden considerarse como excepciones de aquél en el punto que examinamos: hay una indemnización especial, reservada sólo para la viuda, hijos y herederos necesarios del muerto, y otra general y común que corresponde a cualquier damnificado, aunque haya sufrido un daño sólo de una manera indirecta, como dice el art. 1079. Es claro que este último precepto, por amplio que se lo considere, no autoriza a demandar indemnización a todas las personas que han sufrido un daño cualquiera con motivo o con ocasión del acto ilícito, sino solamente a los que han sufrido un daño que pueda considerarse como una consecuencia necesaria del acto ilícito... El art. 1079 no excluye a priori a nadie que haya sufrido alguna lesión en sus derechos y, al contrario, comprende a todos los damnificados, como se desprende de sus propios términos: la exclusión sólo ha de surgir a posteriori, de la naturaleza del daño que en cada caso se invoque y se pruebe... De esta exposición puede extraerse, en conclusión, la tesis fundamental de que ese art. 1079 no choca ni puede chocar con los arts. 1084 y 1085, los cuales se hallan situados en planos diferentes. Aquél, contemplado en relación al caso del homicidio, establece la indemnización común y ordinaria; estos otros consagran una indemnización especial en un doble sentido: en cuanto al alcance de la indemnización, que comprende los lucros del muerto; y en cuanto a las personas con derecho a ella, esto es, la viuda, los hijos y los demás herederos necesarios de la víctima"⁶³.

KEMELMAJER DE CARLUCCI, en el *C. Civ. anot.*, de BELLUSCIO-ZANNO, cit., t. 5, p. 176 y ss., § 5-ñ); NÚÑEZ, ob. cit., p. 78 y s., Nº 2, art. 1085; REZZÓNICO, ob. cit., t. II, p. 1412 a 1417, 1422 y 1423, nota 14.

⁶³ ORGAZ, *La acción de indemnización en los casos de homicidio*, cit. en *Estudios de derecho civil*, cit., p. 84, 89 y 91.

Y la exposición de esta tesis culmina con Spota, quién sostiene:

“En caso de homicidio, la indemnización puede exigirse por todo damnificado, aun por aquél que hubiese padecido las consecuencias del acto ilícito ‘de una manera indirecta’ (art. 1079, *in fine*, Cód. Civil). Es verdad que el art. 1085 del Cód. Civil afirma que la indemnización ‘sólo’ podrá ser exigida por el cónyuge superviviente y sus herederos legitimarios. Sin embargo, si la comprensión de la ley únicamente debiera verificarse aquilatando la mera expresión gramatical, se desconocería tanto el principio general emergente del art. 1079 del Cód. Civil, como las exigencias axiológicas que en esta materia deben merecer decidida recepción... Por ello debe concluirse expresando que los arts. 1084 y 1085 del Cód. Civil no persiguen el propósito de establecer quiénes son los titulares exclusivos y excluyentes de la indemnización, sino que indican quiénes han sufrido un daño cierto, sin perjuicio de que existan —conjuntamente con el cónyuge de la víctima y con sus hijos— otros que ‘también’ han padecido el daño a causa del fallecimiento de la víctima del acto ilícito, o que, por ausencia o exclusión legítima de aquéllos, son los únicos damnificados. En otros términos: el cónyuge y los hijos sólo han de acreditar el *quantum* resarcible, y el Juzgado ha de observar, como directivas, a ese respecto las indicadas en el art. 1084 del Cód. Civil... En sustancia: los arts. 1084 y 1085 del Cód. Civil, no constituyen una excepción al art. 1079 del Cód. Civil, ni conllevan —como se ha sustentado— una determinación del *quantum* resarcible en caso de homicidio; sólo han perseguido el fin de señalar quiénes han sufrido un daño cierto, sin perjuicio de que la extensión de ese daño se establezca recurriendo a las directivas allí establecidas”⁶⁴.

⁶⁴ ALBERTO G. SPOTA, *Titulares de la acción resarcitoria por muerte*

La jurisprudencia, después de algunas vacilaciones, se ha inclinado decididamente en este sentido, reconociendo el derecho de reclamar la indemnización de daños, a todos los que demuestren haber sufrido algún perjuicio, se trate de familiares o extraños, por invocación de lo dispuesto en el art. 1079 del C. Civil⁶⁵, y sosteniendo que los arts. 1084 y 1085 del C. Civil establecen una presunción de que los “herederos necesarios del difunto han sufrido una lesión como consecuencia de su muerte”⁶⁶.

D) *Legitimación activa: enumeración de casos particulares*

A continuación se pasa a considerar distintos supuestos en los que, más comúnmente, se ha reconocido legitimación activa para demandar por indemnización de daños y perjuicios provocados por la muerte de otra persona.

de una persona por causa de un acto ilícito, en “J.A.”, 1956-I, p. 54 y s., Nº 5; Idem, *El resarcimiento por daños a la persona en la responsabilidad por acto ilícito*, en “J.A.”, 1953-II, p. 336 a 338, Nº 3 y 4; idem, *Los titulares del derecho en la responsabilidad aquiliana*, en “J. A.”, 1947-II, p. 313 a 315, Nº 6.

⁶⁵ Cám. Nac. Civil, Sala B, 4-6-59, “Ferres c/Christensen de Florin”, “L.L.”, 96-713 y “J.A.”, 1959-VI-347; idem, 18-12-59, “Bocaccio c/Bevilacqua y Corengia”, “L.L.”, 99-118; idem, Sala E, 23-12-60, “Pérez c/Gob. Nac.”, “L.L.”, 102-725; idem, 30-9-69, “Veyra de Alvarado c/Heinz”, “L.L.”, 138-526; idem, Sala F, 12-5-66, “Fernández c/F. C. Estado Argentino”, “E.D.”, 16-165, “L.L.”, 123-418 y “J.A.”, 1966-V-35; id., 10-9-64, “Sendon de Gayoso c/Marcignonas”, “L.L.”, 116-538, “J.A.”, 1964-VI-200 y “E. D.”, 9-25; idem, 14-3-67, “Ortiz de Bregazzi c/Val Lago”, “L.L.”, 127-151, “J.A.”, 1967-V-539 y “E.D.”, 21-228; Cám. Nac. Fed., Sala Civ. Com., 7-8-58, “Guissasola Hnos. S.R.L. c/Fama”, “G.F.”, 224-256; S.C.B.A., 14-4-59, “Pérez, Ángel”, “J.A.”, 1959-V-176 y “Ac. y Sent.”, 1959-I-540; Cám. Civ. Com. Rosario, Sala II, 7-4-59, “Gudei c/Empr. Transp. Rosario”, “Juris”, 14-248; idem, Sala I, 2-4-59, “Forconi c/Carriego”, “Juris”, 14-139.

⁶⁶ Cám. Nac. Civil, Sala A, 22-8-59, “Miguens de Otero c/Fereseni”, “L.L.”, 94-247 y “J.A.”, 1959-II-81; idem, Sala C, 5-12-77, “Re c/Gómez”, “L.L.”, 1978-C-679, “Jur. Agr.”, 3271; idem, 19-4-77, “Lamadrid de González c/Roth”, “L.L.”, 1977-D-553; idem, 20-7-67, “Bavacqua c/Micromar”, “J.A.”, 1967-V-107, idem, Sala D, 27-12-78, “Gayoso de Riquelme c/Lombardo”, “L.L.”, 1979-B-353, “J.A.”, 1979-III-36 y “E.D.”, 82-254; idem, 13-8-76, “Paladín c/Pereira”, “L.L.”, 1977-A-148; idem, Sala E, 22-8-77, “Dominek c/Guarnieri”, “L.L.”, 1978-A-253 y “E.D.”, 78-174; idem, Sala F, 11-9-64, “Soldavini c/F. C. Argentinos”, “L.L.”, 117-807 (11.359-S); S.C.B.A., 10-8-64, “Ardaist c/Cía. Omnibus 1º de Mayo”, “E.D.”, 14-16; Cám. 2ª Civ. Com., La Plata, Sala II, 18-4-67, “Hernández de San Román c/Tarsa”, “L.L.”, 129-925; Cám. 2ª Civ. Com. y Minas San Juan, 23-12-64, “Palacio c/López Álvarez”, “Jurispr., San Juan”, 1964-II, p. 67.

1) *Cónyuge*. A tenor de lo expuesto, pensamos que la primera persona legitimada para accionar por los daños a ella resultantes del homicidio de otra, es su cónyuge supérstite; quién además de ser heredero forzoso —arts. 3570 y ss., 3592, 3595 y concordantes del C. Civil—, aparece también expresamente mencionado en tal condición en el texto del artículo 1085 del C. Civil.

Ya se señaló que frente a las discrepancias existentes entre dicho precepto y el precedente art. 1084 del C. Civil, que sólo alude a la “viuda”, se produjo un importante diferendo doctrinario. Así, una tendencia entendió que el marido no puede pretender invocar en su favor la presunción de daños del art. 1084, por cuanto de ordinario la esposa no subviene a las necesidades de aquél, y aunque cumpla importantes funciones en el hogar, esto de por sí no resulta suficiente para tener por aceptado que el viudo pueda sufrir por el deceso de su mujer iguales perjuicios patrimoniales a los que se suscitan en el supuesto inverso⁶⁷. Por el contrario la Dra. Kemelmajer de Carlucci ha sostenido que:

“En la sociedad de nuestros días la mujer ayuda permanentemente en la formación del patrimonio común, al menos, disminuyendo la carga marital en el desenvolvimiento del hogar”;

ya que la dirección del hogar y las múltiples tareas que hoy desempeña la mujer casada, tienen, apreciadas desde un punto de vista material, un indudable valor económico que:

“no requiere prueba porque es lo que sucede en el curso ordinario de la vida y porque la familia debe ser

⁶⁷ LLAMBIAS, *Tratado...*, Obligaciones, cit., t. IV-A, p. 64, Nº 2350-c); y nota 110; MOSSET ITURRASPE, *Responsabilidad por daños*, cit., t. II-B, p. 162, Nº 229-a); DE ABELLEYRA, ob. cit., en “L.L.”, 114, p. 964; BUSTOS BERRONDO, ob. cit., en el Nº 3, de la rev. “Jus”, p. 75; Cám. Nac. Civil, Sala A, 3-9-76, “Mendizabal c/Transp. Automotor La Estrella S.A.” (voto del Dr. Vocos), “E.D.”, 70-721; Cám. Nac. Especial Civ. y Com., Sala V, 24-3-88, “Moser c/Microómnibus Norte S.R.L.”, “L.L.”, 1989-B-622, “Jur. Agr.”, 6033.

concebida como una comunidad plena en la que todos colaboran material y espiritualmente”⁶⁸.

Y este último es asimismo el criterio inspirador de nuestra jurisprudencia mayoritaria, que confiere la facultad de accionar tanto a la viuda como al viudo, atendiendo a la circunstancia de que la pérdida de una esposa, aunque sólo se dedicase a los quehaceres domésticos, importa la privación de su aporte en las múltiples tareas de colaboración que puede prestar y que se traduce en sensibles economías⁶⁹. A lo que puede agregarse que, a partir de la vigencia de la ley 23.515, ambos esposos se deben mutuamente alimentos —art. 198 del C. Civil reformado por dicha ley—.

Con relación a la esposa divorciada o separada de hecho, existía entre nosotros uniformidad de pareceres hasta la sanción de la ley 23.515. Así se entendía que si la esposa recibía una pensión alimentaria de su marido, aunque estuviera divorciada o separada de hecho por su propia culpa, tenía derecho a accionar por daños y perjuicios contra el responsable del homicidio; ya que de todas maneras su derecho a los alimentos tenía fundamento legal en lo dispuesto en los arts. 79 y 80 de la Ley de Matrimonio Civil 2393, hoy derogada⁷⁰. Pero las discrepancias aparecían cuando la

⁶⁸ KEMELMAJER DE CARLUCCI, en el *C. Civ. anot.*, de BELLUSCIO-ZANNONI, cit., t. 5, p. 181, § 6-b).

⁶⁹ Cám. Nac. Civil, Sala C, 1-6-79, “Costa c/Munic. Bs. As.”, “L.L.”, 1979-C-545 y “E.D.”, 84-334; ídem, Sala D, 26-2-82, “Crespi c/Romero”, “E.D.”, 101-567; ídem, 13-8-76, “Paladín c/Pereira”, “L.L.”, 1977-A-148; ídem, Sala E, 22-8-77, “Dominick c/Guarnieri”, “E.D.”, 78-174 y “L.L.”, 1978-A-253; Cám. Nac. Esp. Civ. Com., Sala II, 7-10-81, “Lescano c/Becerra”, “E.D.”, 97-443; ídem, Sala IV, 11-9-80 “Fuxan c/Pasquinelli”, Rep. “L.L.”, XLII, p. 763, sum. 2573; ídem, 20-8-81, “Correa c/Acuña”, “J.A.”, 1982-III-489; Cám. 1ª C.C., La Plata, Sala II, 20-5-76, “Rago c/Frino”, “J.A.”, 1977-II-852, sum. 17; ídem, Sala III, 9-4-81, “Correa c/Vence”, “D.J.B.A.”, 121-327.

⁷⁰ SALVAT-ACUÑA ANZORENA, ob. cit., t. IV, p. 113, nota 9-a); BORDA, *Obligaciones*, cit., t. II, p. 425 y ss., Nº 1583-a); CAMMAROTA, ob. cit., t. II, p. 684 y s., Nº 508; MORELLO, *Separación de hecho...*, cit., p. 316 y s., Nº 167; ENRIQUE DÍAZ DE GUIJARRO, *La separación de hecho y la indemnización de daños y perjuicios por accidentes sufridos por uno de los cónyuges*, en “J.A.”, 48, p. 119, Nº 3; BUSTOS BERRONDO, ob. cit., en el Nº 3 de la rev. “Jus”, p. 76, Nº 5; MOSSET ITURRASPE, *Responsabilidad por daños*, cit., t. II-B, p. 164, Nº 229-a) y nota 77; BUSTAMANTE ALSINA, *Teoría general...*, cit., p. 498.

mujer separada de hecho o divorciada no recibía alimentos. Entonces para unos la mujer sólo conservaba su acción de daños, si había sido inocente en el divorcio o no era culpable de la separación de hecho; pues de lo contrario perdía su vocación hereditaria y si, además, no recibía alimentos, mal podía invocar ningún perjuicio presente ⁷¹. Pero la mayoría de la doctrina y la jurisprudencia consideraba que, en todo caso, el autor del homicidio venía a impedir, en forma irreparable, la eventualidad de los alimentos exigibles aun mediando culpa en la separación, en los supuestos de extrema necesidad —art. 80 de la ley 2393—, lo cual implicaba de por sí un perjuicio indemnizable ⁷².

El dictado de la ley 23.515 ha venido a modificar sustancialmente nuestro régimen del matrimonio, al instituir, ante todo, una nueva forma de conclusión de la vida en común sin disolución del vínculo matrimonial, que es denominada “separación personal por sentencia” —arts. 201, 206 y concordantes del C. Civil, reformados por dicha ley—; y de otra parte el “divorcio” también por vía judicial, de efectos mucho más drásticos, desde que disuelve el ligamen matrimonial —art. 213 inc. 3 del C. Civil, reformado— y hace recuperar a ambos cónyuges su aptitud nupcial —nuevo art. 217, segundo párrafo del C. Civil—.

Nº 1553-I); Cám. Ap. Dolores, 8-4-43, “Serrano de Oblandeguy c/Hierromat S.A.”, “J.A.”, 1943-II, p. 109. En contra; LLAMBIAS, *Tratado...*, *Obligaciones*, cit. t. IV-A, p. 57, Nº 2350-A y nota 105; ídem, *Personas damnificadas por homicidio*, en “E.D.”, 41, ps. 892 y s., Nº 22-a) y nota 56.

⁷¹ BORDA, *Obligaciones*, cit., t. II, p. 425, Nº 1583-a); LEONARDO A. COLOMBO, *Acción de daños deducida por la mujer separada de hecho en caso de muerte del marido*, en “L.L.”, 103, p. 1060, Nº 9. Sólo con relación al supuesto de divorcio; KEMELMAJER DE CARLUCCI, en el *C. Civ. anot.*, de BELLUSCIO-ZANNONI, cit., t. 5, p. 183, § 6-b), quién entiende que en cambio en el de separación de hecho no hay pronunciamiento judicial sobre la culpa, ni podría promoverse acción sobre el respecto por un extraño: el responsable del hecho ilícito, aunque éste podría sí probar que la esposa no era sostenida por su marido (en igual sentido: ZANNONI, *El daño en la resp. civil*, cit., p. 207 y s., § 55-g).

⁷² CAMMAROTA, ob. cit., t. II, p. 685, Nº 508; MORELLO, *Separación de hecho...*, cit., p. 317 y s., Nº 167; BUSTOS BERRONDO, ob. cit., en el Nº 3, de la rev. “Jus”, p. 76, Nº 5; BUSTAMANTE ALSINA, *Teoría general...*, cit., p. 498, Nº 1553-1); Cám. Nacional Civil, Sala D, 3-4-59, “A. de F. c/M.”, “L.L.”, 94-303 y “J.A.”, 1959-III-539.

Ahora bien, aunque la vocación hereditaria de los esposos entre sí se pierde en el caso de divorcio vincular —arts. 217 *in fine* y 3574 *in fine* del C. Civil reformados por la ley 23.515—, no ocurre lo mismo con el derecho a alimentos. En efecto, tanto en los supuestos de sentencia de separación personal como de divorcio, siempre que medie declaración de culpabilidad de uno de los cónyuges, el esposo inocente conserva su derecho a recibir “alimentos” del otro, que le permitan mantener “el nivel económico de que gozaron durante su convivencia”, teniendo en cuenta los recursos de ambos y otras circunstancias que se precisan —arts. 207 y 217 del C. Civil, reformados por ley 23.515—; también lo tiene el cónyuge enfermo por alteraciones mentales del nuevo art. 203 del C. Civil —art. 208 del mismo Código, reformado—; y por último, exista o no declaración de culpabilidad en la separación personal o el divorcio vincular, cualquiera de los esposos que carezca de recursos propios puede reclamar del otro los “alimentos necesarios para su subsistencia”, siempre que este último tuviese a su vez recursos para satisfacerlos —nuevos artículos 209 y 217 del C. Civil—. Atento lo cual parece claro que puede continuar teniendo vigencia después de la ley 23.515 la doctrina ya merituada que afirma que el autor del homicidio de un esposo, en todo caso frustra de manera definitiva la posibilidad de reclamar esos alimentos de extrema necesidad, lo que constituye un perjuicio que torna viable el ejercicio de la acción resarcitoria ^{72 bis}.

2) *Descendientes*. La ley presume que la muerte del padre o de la madre le significa un daño cierto a todo hijo; en el caso del primero, por cuanto es de ordinario quién aporta los recursos necesarios para el desenvolvimiento del hogar y manutención de los miembros de la familia, y con relación a la madre, dado que su sola presencia física tiene también un valor para el hijo, resultante del estímulo que para él representa conservarla a su lado, como compañía

^{72 bis} ZANNONI, *El daño en la resp. civil*, cit., p. 204 y ss., § 55-f).

indispensablemente necesaria para su felicidad personal y la de toda su familia ⁷³.

Asimismo se ha sostenido que no interesa que el hijo sea legítimo o extramatrimonial ⁷⁴; lo cual es tanto más así después de la entrada en vigencia de la ley 23.264, que ha equiparado en cuanto a sus efectos "la filiación matrimonial y la extramatrimonial, así como la adoptiva plena" —nuevo texto del art. 240, segundo párrafo del C. Civil—, lo que descarta para el porvenir todo posible distingo entre esos distintos tipos de filiaciones, a los fines, entre otras cosas, de la legitimación para accionar del hijo contra el responsable de la muerte de sus padres. E igualmente cabe reconocer tal legitimación al adoptado por "adopción simple", ya que el mismo reviste "la posición de hijo legítimo" con respecto a su adoptante, pese a carecer de vínculo de parentesco con el resto de la familia de sangre del mismo —art. 20 de la ley 19.134—.

También se considera que la presunción de daño existe, independientemente de que el hijo viviese con el padre fallecido, o que hubiese estado al cuidado de otra persona al tiempo de producirse el deceso de aquél ⁷⁵.

Por lo demás, no existen discrepancias en cuanto a que la presunción de daños del art. 1084 del C. Civil beneficia a todos los hijos menores de edad; estando en cambio controvertido si alcanza o no igualmente a los hijos mayores. Esto último lo rechaza una tendencia negativa, que consi-

⁷³ Cám. Nac. Civil, Sala B, 6-5-76, "Sansonetti c/Santos", "J.A.", 1977-I-522; ídem, Sala D, 29-4-78, "Peña Rodríguez c/Coscarelli", "J.A.", 1979-III-615; ídem, Sala F, 16-11-77, "Persegani c/Cancinos", "L.L.", 1978-C-679, "Jur. Agr.", 3269.

⁷⁴ MOSSET ITURRASPE, *Responsabilidad por daños*, cit., t. II-B, p. 165, N° 229 y nota 79; LLAMBIAS, *Tratado... Obligaciones...*, cit., t. IV-A, p. 63, N° 2350-b); BUSTOS BERRONDO, ob. cit., en el N° 3 de la rev. "Jus" p. 77; REZZÓNICO, ob. cit., t. II, p. 1415; CAMMAROTA, ob. cit., t. II, p. 690, N° 510; Cám. Civ. 1ª Cap. Fed., 25-8-47, "Hernández c/Munic. Cap. Fed.", "J.A." 1947-III-534; Sup. Trib. Santa Cruz, Sala I, 6-9-74, "Barrientos c/Reyes", Rep. "L.L.", XXXVI, p. 414, sum. 463.

⁷⁵ KEMELMAJER DE CARLUCCI, en el C. Civ. anot., de BELLUSCIO-ZANNONI, cit., t. 5, p. 178, § 6-a); MOSSET ITURRASPE, *Responsabilidad por daños*, cit., t. II-B, p. 166, N° 229, nota 81.

dera que sólo los hijos incapaces son subvenidos en sus necesidades por sus padres ⁷⁶. En tanto que otra corriente incluye también a los hijos mayores en el régimen de la presunción de daños, no sólo porque la ley no efectúa distingos al respecto, ya que el art. 1084 del C. Civil habla solamente de "hijos", sino además por cuanto es asimismo normal que el padre acuda en ayuda de todos sus hijos necesitados, lo que es común y corriente en la comunidad familiar ⁷⁷; todo lo cual no empece a que tal presunción pueda ser destruida por el accionado, acreditando, verbigracia, que el hijo mayor había constituido su propia familia y se desenvolvía en forma independiente ⁷⁸, o que vivía alejado, quizá además en algún lugar distante, y sin mayor contacto con su progenitor, etc.

Otra cuestión que no es pacífica es la relativa a la situación del hijo casado, al que algunos excluyen de la presunción de daños, en razón de que ese estado permite suponer

⁷⁶ LLAMBIAS, *Tratado... Obligaciones*, cit., t. IV-A, p. 59 y s., N° 2350-b); DE ABELLEYRA, ob. cit., en "L.L.", 114, p. 959; BUSTOS BERRONDO, ob. cit., en el N° 3 de la rev. "Jus", p. 77 y ss.; CAMMAROTA, ob. cit., t. II, p. 691, N° 510; MOSSET ITURRASPE, *Responsabilidad por daños*, cit., t. II-B, p. 166 y s., N° 229-a) y nota 72; ídem, *El daño presumido y los hijos mayores de edad ¿violación de la ley o doctrina legal?* en "J.A.", 1982-I-703 y en *Estudios sobre responsabilidad por daños*, cit., t. IV, p. 53 y ss.; ZANNONI, *El daño en la responsabilidad civil*, cit., p. 200 y s., § 55-a); Cám. Nac. Civil, Sala G, 27-4-84, "Rodríguez Iglesias c/Cánepa Excavaciones S.A.", "E.D.", 110-288; Cám. Nac. Especial Civ. Com., Sala V, 24-3-88, "Moser c/Microómnibus Norte S.R.L.", "L.L.", 1989-B-622, "Jur. Agr.", 6033.

⁷⁷ KEMELMAJER DE CARLUCCI, en el C. Civ. anot., de BELLUSCIO-ZANNONI, cit., t. 5, p. 179, § 6-a); BORDA, *Obligaciones*, cit., t. II, p. 426, N° 1583-b); BUSTAMANTE ALSINA, *El daño que causa la muerte de una persona*, en "Zeus", v. 26, "Doctr.", p. 35 y en *Responsabilidad civil y otros estudios*, Bs. As., Abeledo-Perrot, 1984, p. 273 y ss.; Cám. Nac. Civil, Sala B, 6-5-76, "Sansonetti c/Pérez Santos", "J.A.", 1977-I-522; ídem, Sala C, 7-12-65, "Simondegui c/Leonardo", "J.A.", 1966-II-42 y "L.L.", 121-61; ídem, Sala D, 30-8-77, "Stemple de Rojet Wanda c/EFEA", "E.D.", 75-306; ídem, Sala E, 27-6-77, "Praluc c/F. C. Argentinos", "E.D.", 75-463; ídem, 22-8-77, "Dominick c/Guarnieri", "E.D.", 78-174; Cám. Nac. Especial Civ. Com., Sala IV, 21-11-80, "Antonovsky c/Canizzaro", "J.A.", 1980-II-247; ídem, 13-9-78, "Laffrata c/Legnazzi", Rep. "L.L.", XXXIX, p. 646, sum. 646; Cám. Civ. Com., Rosario, Sala III, 12-10-81, "Galliano c/Conde", "J.A.", 1982-I-694; Sup. Trib. La Pampa, 17-6-801, "Hernández c/Ludueñas", "L.L.", 1981-D-592 (35.987-S); Cám. 1ª Crim. 15-5-59, "Grimalt Ballesteros", "J.A.", 1959-III-696.

⁷⁸ Cám. Nac. Civil, Sala F, 5-12-78, "Ramponi c/Semiba", "E.D." 82-489.

muy por el contrario que nada recibía ya de su padre ⁷⁹; mientras que para otros no es así, dado que el matrimonio del hijo no rompe ni disminuye la intensidad del vínculo de parentesco con sus progenitores, como tampoco impide que las ganancias del padre puedan traducirse, en forma más o menos inmediata, en beneficio para sus hijos casados ⁸⁰.

Y parecida polémica se ha planteado en torno al hijo menor de edad que ejerce su profesión con título habilitante o que ha celebrado contrato de trabajo; el cual estaría amparado por la presunción de daño para Zannoni ⁸¹, y no lo estaría para Mosset Iturraspe ⁸².

Finalmente si el hijo mayor de edad es incapaz, no hay dudas de que está comprendido en los términos de los arts. 1084 y 1085 del C. Civil y en su "presunción de daños" ^{82 b}.

Todo lo dicho resulta *prima facie* aplicable a otros descendientes, como ser nietos, etc., que son igualmente herederos forzosos, conforme a lo dispuesto en los arts. 3549 y ss., 3566, 3592, 3593 y concordantes del C. Civil; siendo precisamente por esto que su situación se asemeja a la del descendiente de grado directo. Pero debe exceptuarse el caso de "adopción simple", atento que entonces el adoptado no adquiere vínculos de parentesco con la familia de sangre de su padre adoptivo —art. 20 de la ley 19.134—, y por lo tanto no es heredero, ni tiene derechos alimentarios respecto de los padres del adoptante, e igualmente carecerá de legitimación para accionar por indemnización de daños y perjuicios por la muerte de aquéllos.

⁷⁹ MOSSET ITURRASPE, *Responsabilidad por daños*, cit., t. II-B, p. 165, Nº 229-a); ZANNONI, *El daño en la resp. civil*, cit., p. 201 y s., § 55-b).

⁸⁰ KEMELMAJER DE CARLUCCI, en el *C. Civ. anot.*, de BELLUSCIO-ZANNONI, cit., t. 5, p. 180, § 6-a); Cám. Ap. Rosario, Sala 1ª, Civ. Com., 2-4-59, Digesto "La Ley", t. III, p. 881, sum. 80.

⁸¹ ZANNONI, *El daño en la resp. civil*, cit., p. 202, § 55-c).

⁸² MOSSET ITURRASPE, *Responsabilidad por daños*, cit., t. II-B, p. 165, texto y nota 80.

^{82 b} ZANNONI, *El daño en la resp. civil*, cit., p. 203, § 55-e); KEMELMAJER DE CARLUCCI, en el *C. Civ. anot.*, de BELLUSCIO-ZANNONI, cit., t. 5, p. 180, § 6-a), *in fine*.

3) *Ascendientes*. Los padres también se encuentran legitimados activamente para demandar la reparación de los perjuicios que les ocasione el fallecimiento de sus hijos.

Asimismo se los tiene como beneficiarios de la presunción de daños, por parte de quienes dan preeminencia al art. 1085 sobre el 1084 del Cód. Civil ⁸³.

La acción se les reconoce tanto a los padres legítimos como a los extramatrimoniales ⁸⁴; lo cual resulta por otra parte indiscutible en la actualidad, desde la reforma de la ley 23.264, que ha igualado en sus consecuencias las filiações matrimoniales, extramatrimoniales y adoptivas plenas —art. 240, segundo párrafo del C. Civil, reformado por dicha ley—. Y lo dicho puede incluso extenderse al adoptante por adopción simple, ya que con relación a él su adoptado reviste igualmente la condición de hijo legítimo —art. 20 de la ley 19.134— ⁸⁵.

Desde otro punto de vista, no se efectúan distinciones entre la muerte de hijos mayores o menores de edad ⁸⁶, que trabajan y efectivamente contribuían al mantenimiento de la familia ⁸⁷ o no ⁸⁸, por cuanto siempre el deceso de un hijo importa la frustración de la legítima esperanza de ayuda y

⁸³ Cám. Nac. Civil, Sala B, 10-11-77, "Molina c/Canella", "E.D.", 78-676; *idem*, Sala C, 5-12-77, "Re c/Gómez", "L.L.", 1978-C-679, "Jur. Agr." 3271; Sup. Trib. La Pampa, 17-6-80, "Hernández c/Ludueña", "L.L.", 1981-D-591 (35.987-S).

⁸⁴ Cám. Nac. Civil, Sala C, 5-12-77, "Re c/Gómez", "L.L.", 1978-C-679, "Jur. Agr.", 3271; Cám. Civ. 2ª, Cap. Fed., 19-7-37, "Cuffaro c/Di Yorrio", "J.A.", 59-189.

⁸⁵ Con anterioridad, en cambio, se rechazó la acción de padres adulterinos que no probaron el daño sufrido: Trib. Sup. Córdoba, Sala Penal, 23-12-76, "Minetti", "J.A.", 1977-IV-164, con nota aprobatoria de ROBERTO M. TERAN LOMAS, *Integración de la legislación civil y penal. Situación de los padres extramatrimoniales*, p. 172 y s.

⁸⁶ Cám. Nac. Civil, Sala B, 30-10-79, "De Lasalleta c/Lobo", "L.L.", 1980-A-205; "S.C.B.A.", 13-5-80, "García de Ruiz c/Braverman", "D.J.B.A.", 119-467; Cám. Civ. Com. San Martín, Sala I, 28-9-79, "S., J. A. c/T. L. M.", "L.L.", 1980-A-413, "E.D.", 87-335 y "D.J.B.A.", 118-70; Cám. Crim. y Correcc. San Francisco, 2-5-79, "Di Giulio", "L.L.", 1980-B-272.

⁸⁷ Cám. Nac. Civil, Sala D, 6-6-78, "Quevedo c/Bonet", "L.L.", 1979-C-620, "Jur. Agr.", 3271.

⁸⁸ Cám. Nac. Civil, Sala A, 17-5-79, "Kmet c/García", "L.L.", 1979-D-271. En contra, exigiendo la prueba del daño efectivo: Cám. Nac. Civil, Sala B, 8-7-81, "López c/Villaruel", "J.A.", 1982-I-31; "S.C.B.A.", 7-2-78, "Labora Fernández c/Corcelli o Corcilli de Iovaro", Supl. Pcial., "L.L.", 1979-502 (185-SP).

sostén para la vejez⁸⁹, o porque se pierde la "chance" de una ulterior posible ayuda económica⁹⁰, o de un daño futuro indemnizable⁹¹; pudiendo agregarse como corroboración que el artículo 277 del C. Civil les impone a los hijos el deber de prestar colaboración a sus padres, y el art. 367 del mismo Código la obligación alimentaria. En este orden de ideas y por similares razones de pérdida de la razonable probabilidad de ulterior asistencia económica y personal, se ha llegado inclusive a aceptar la acción resarcitoria por la muerte de hijos por nacer, al interrumpirse su gestación en el seno materno y frustrarse su posterior nacimiento con vida, como consecuencia del aborto provocado por daños corporales inferidos a la madre embarazada en su propia persona⁹².

⁸⁹ C.S.N., 11-6-81, "Cano Romero de Alvarez c/Pcia. Bs. As.", "L.L.", 1981-D-17; Cám. Nac. Civil, Sala B, 10-11-77, "Molina c/Canello", "E.D.", 78-678 y "L.L.", 1978-C-679, "Jur. Agr.", 3270; ídem, Sala C, 30-9-82, "Frank c/Galarza", "L.L.", 1983-B-318, "E.D.", 102-221; ídem, 22-12-81, "Reeb c/Szecheny", "L.L.", 1982-C-516, "Jur. Agr.", 4747; ídem, Sala D, 3-5-77, "Palero c/Levy", "L.L.", 1978-A-638, "Jur. Agr.", 2660; ídem, Sala E, 3-5-82, "Díaz c/Alegre Pavimentos S.A.", "E.D.", 100-555; ídem, Sala F, 5-10-76, "Oviedo c/Teterucci", "L.L.", 1978-A-638, "Jur. Agr.", 2657; ídem, 31-5-77, "Merlo c/Moreno", "L.L.", 1978-A-638, "Jur. Agr.", 2659; ídem, Sala G, 17-12-80, "Barrientos de Avalos c/Empr. Mn. N. Avellane-da", "L.L.", 1982-C-516, "Jur. Agr.", 4749; Cám. Nac. Especial Civ. Com., Sala V, 18-8-77, "Pacheco c/Corradetti", Rep. "L.L.", XXXVIII, p. 625, sum. 756; Cám. Nac. Crim. y Correc., Sala V, 28-2-78, "Vera de Groiso", "J.A.", 1979-IV-253; Sup. Trib. La Pampa, 17-6-80, "Hernández c/Ludueñas", "L.L.", 1981-D-592 (35.987-S); Cám. Fed. Mendoza, 18-3-76, "Caja Nac. Ahorro Postal c/Córdoba", "L.L.", 1976-D-130.

⁹⁰ "S.C.B.A.", 20-10-76, "Brandan c/Bonifacio Hnos.", "L.L.", 1977-D-435, "E.D.", 72-129, "J.A.", 1977-I-211 y "D.J.B.A.", 110-5; Cám. Fed. La Plata, Sala I, 10-6-82, "Pesado c/Segba", "L.L.", 1983-B-74; Cám. Nac. Trabajo, Sala I, 21-4-81, "Rivas de Dispanga c/EFEA", "J.A.", 1982-I-108; ídem, Sala II, 31-12-81, "Ghigione de Iglesias c/Gas del Estado", "L.L.", 1982-C-449, ídem, Sala VI, 23-10-81, "Domínguez c/Insúa S.A.", "J.A.", 1982-IV-223; Cám. Nac. Crim. y Correc., Sala V, 30-11-80, "Bustos", Rep. "L.L.", XLI, p. 983, sum. 809; Cám. Nac. Especial Civ. Com., Sala I, 30-4-79, "Barrera Valverde c/Basilio", "L.L.", 1979-D-231; Cám. 2ª Civ. Com. La Plata, Sala III, 10-11-81, "Marquez c/Luin", "D.J.B.A.", 122-377.

⁹¹ Cám. Fed. Mendoza, 18-3-76, "Caja Nac. Ahorro Postal c/Córdoba", "L.L.", 1976-D-130; Cám. Civ. Com., Concepción del Uruguay, 23-6-78, "C. J. B. c/G. A. C.", "Zeus", 15-Jur-349. En contra, sosteniendo que esa expectativa futura aparece como meramente eventual e hipotética, y que por lo tanto no es indemnizable: Trib. Sup. Córdoba, Sala Crim. y Correc., 26-9-75, "Buis", Rep. "L.L.", XXXVII, p. 452, sum. 596; Cám. 1ª Civ. Com., Tucumán, 3-6-80, "Caparaso Gómez c/Isa", Supl. Pcial., "L.L.", 1981-265 (544-SP).

⁹² Cám. Nac. Especial Civ. Com., Sala IV, 23-8-82, "Zitterkopft c/Sgalip-

Para otra tendencia, en cambio, los padres tienen acción indemnizatoria, pero deben acreditar el daño sufrido por la muerte del hijo⁹³; en razón de que en su entender no entraña un perjuicio cierto el solo hecho de haber efectuado gastos en la educación y alimentación del hijo, lo que, amén de importar una obligación legal a cargo de los progenitores —arts. 264, 265, 267, 272 y concordantes del C. Civil—, constituye asimismo un deber humano⁹⁴, que los mismos cumplen habitualmente, sin tener para nada en cuenta las posibles ventajas futuras que pudieran depararles sus vástagos; habiéndose entendido inclusive que tal eventual apoyo económico y espiritual no configura un daño material y sólo podría ser tenido en cuenta como daño moral⁹⁵.

Por último, para una tercera postura, a los padres se los presume dañados, únicamente, cuando el hijo fallecido no tuviese cónyuge y/o hijos⁹⁶.

En cuanto a los abuelos, puesto que también son herederos forzosos —arts. 3569, 3592, 3594 y concordantes del

"J.A.", 1983-I-691; ídem, 20-8-81, "Correa c/Acuña", "J.A.", 1982-III-489; ídem, 30-3-79, "Ruiz Azcona de Lacasia c/Asti", "E.D.", 85-779.

⁹³ LLAMBIAS, *Tratado... Obligaciones*, cit., t. IV-A, p. 64, Nº 2350-c); DE ABELLEYRA, ob. cit., en "L.L.", 114, p. 964; BUSTOS BERRONDO, ob. cit., en el Nº 3 de la rev. "Jus", p. 79; MOSSET ITURRASPE, *Responsabilidad por daños*, cit., t. II-B, p. 166, Nº 229-b); AUGUSTO C. BELLUSCIO, (ver KEMELMAJER DE CARLUCCI en el *C. Civ. anot.*, de BELLUSCIO-ZANNONI, cit., t. 5, p. 186, § 6-c); Cám. Nac. Civil, Sala A, 14-12-78, "H. M. c/A. de M. B. D.", "E.D.", 80-446; ídem, 18-8-76, "De Salvo c/Fernández", "E.D.", 72-135; Cám. 1ª Civ. Com. San Isidro, Sala I, 25-11-86, "Olguín c/Club Sportivo Balcarce", "Doctrina Judicial", 1987-1, p. 436; Cám. Civ. Com. Mercedes, Sala II, 22-5-79, "Fotea de Latina c/De la Rosa", "E.D.", 84-629.

⁹⁴ BUSTOS BERRONDO, ob. cit., en el Nº 3 de la rev. "Jus", p. 81.

⁹⁵ Voto del Dr. Peña Guzmán en fallo S.C.B.A., 20-10-76, "Brandan c/Bonifacio Hnos.", "L.L.", 1977-D-435, "J.A.", 1977-I-221 y "E.D.", 72-129; Cám. Nac. Civil, Sala B, 8-7-81, "López c/Villaruel", "J.A.", 1982-I-31; voto Dr. Martínez Gavier en plenario Cám. Civ. Com. Córdoba, 19-12-69, "Zitelli c/Lowe", "J.A.", 6-1970-687; Despacho B' de las Jornadas sobre responsabilidad civil por muerte o lesión de personas (Rosario, 1979), suscripto por la Dra. Matilde Zavala de González (ver KEMELMAJER DE CARLUCCI en el *C. Civ. anot.*, de BELLUSCIO-ZANNONI, cit., t. 5, p. 185, nota 80).

⁹⁶ BORDA, *Obligaciones*, cit., t. II, p. 438, Nº 1591; ORGAZ, *La acción de indemnización en los casos de homicidio*, cit. en *Estudios de derecho civil*, cit., p. 80; KEMELMAJER DE CARLUCCI en el *C. Civ. anot.*, de BELLUSCIO-ZANNONI, cit., t. 5, p. 185, § 6-c); Cám. Penal Rosario, Sala II, 30-4-86, "Blua", "J.A.", 1986-III-673 y "L.L.", 1987-C-425 (37.633-S).

C. Civil—, cabe dar por reproducido lo precedentemente expuesto con relación a los padres; con la sola aclaración de que en la hipótesis de “adopción simple” el padre del adoptante no puede ser tenido como ascendiente del adoptado, ya que éste carece de vínculos de parentesco con la familia de sangre de su padre adoptivo —art. 20 de la ley 19.134—, lo cual descarta toda posible legitimación activa de su parte en tal carácter. Sin embargo, en general habrá de resultar bastante fácil la prueba de que los abuelos no sufrieron daño material alguno por la muerte de sus nietos, ya que las probabilidades de los primeros de obtener ayuda de estos últimos, suelen ser muy remotas en función de la edad de unos y otros⁹⁷.

4) *Afines en línea recta*. El parentesco por afinidad en línea recta entre los suegros y sus yernos o nueras —art. 363 del C. Civil—, se mantiene sin duda aún después de disuelto el matrimonio de estos últimos con los hijos de aquéllos, atenta la existencia de un impedimento matrimonial dirimente entre los mismos —art. 166, inc. 4, del C. Civil, reformado por la ley 23.515—.

No obstante no cabe pensar que pueda invocarse la calidad de damnificado indirecto del suegro o suegra, o a la inversa del yerno o la nuera, fundado en la sola circunstancia del parentesco por afinidad existente entre aquéllos y la víctima del homicidio. Ello, sin perjuicio de la procedencia de la acción, si se acredita por los mismos el daño efectivamente sufrido por el fallecimiento de su pariente afín en línea recta.

Pero lo dicho puede tener una excepción en el caso de la nuera viuda y sin hijos. Ésta, de conformidad a lo establecido en el artículo 3576 bis del C. Civil, tiene derecho a recibir la cuarta parte de lo que le hubiese correspondido a su esposo, de haber estado con vida, en la sucesión de su suegro; lo cual para una corriente doctrinaria

⁹⁷ KEMELMAJER DE CARLUCCI en el C. Civ. anot., de BELLUSCIO-ZANNONI, cit., t. 5, p. 186 y s., § 6-c).

constituye la admisión de su condición de heredera legítima por derecho propio, atento que en nuestro ordenamiento no existen legitimarios no herederos y que la nuera figura entre los herederos que conforme al art. 3592 del C. Civil gozan de legítima, por estar mencionada dentro de “los cinco primeros capítulos del título anterior”, es decir, más concretamente, en el Capítulo III del Título IX de la Sección 1ª del Libro IV del C. Civil⁹⁸. Y aunque sosteniendo que la nuera viuda y sin hijos es heredera por una suerte de representación anómala de su esposo premuerto, Acdeel E. Salas le reconoce igualmente su condición de heredera forzosa en la sucesión de su suegro⁹⁹.

Ahora bien, ello aceptado y siempre que asimismo se dé prevalencia al art. 1085 sobre el 1084 del C. Civil, la nuera viuda y sin hijos resultaría incluida entre los damnificados indirectos por la muerte de su suegro y gozaría de la presunción de daños establecida en el premencionado art. 1085 del C. Civil.

5) *Colaterales consanguíneos*. Los parientes colaterales por consanguinidad hasta el cuarto grado, pueden ser sucesores universales *ab intestato* de quién carecía de cónyuge, descendientes y ascendientes; pero sin embargo ellos no son herederos forzosos o necesarios, por no estar mencionados dentro de los cinco primeros capítulos del Título

⁹⁸ ELÍAS P. GUASTAVINO, *Derecho sucesorio de la nuera*, en “L.L.”, 134, p. 1343 y ss.; ídem, *Interpretación del art. 3576 bis del C. Civil*, en “L.L.”, 140, p. 536 y ss.; ALBERTO G. SPOTA, *Sobre las reformas al Código Civil*. Bs. As., Depalma, 1969, p. 134 y ss., N° 22; GUILLERMO A. BORDA, *La reforma de 1968 al Código Civil*, Bs. As., Perrot., 1971, pp. 530 a 532, N° 379-c); JULIO J. LÓPEZ DEL CARRIL, *Derecho sucesorio*, Bs. As., Abeledo-Perrot, 1970, pp. 129 a 131; EDUARDO E. MORENO DUBOIS-WENCESLAO TEJERINA, *Derecho conferido a la nuera viuda sin hijos en la sucesión de su suegro*, en “Examen y crítica de la reforma del Código Civil”, La Plata, ed. Platense, 1973, t. 4, vol. II, p. 645 y ss., N° VII; “Cuarto Congreso Nacional de Derecho Civil”, Córdoba, 1969, “Actas”, Córdoba, Univ. Nac. de Córdoba, 1971, t. II, p. 826.

⁹⁹ ACDEEL E. SALAS, *La sucesión de la nuera (art. 3576 bis del C. Civil)*, en “J.A.”, 1968-IV-831 y ss., N° 7 y en *Obligaciones, contratos y otros ensayos*, Bs. As., Depalma, 1982, p. 536, N° 7.

lo IX, Sección 1ª del Libro IV del C. Civil —art. 3592 del mismo Código—, sino en el sexto.

En su consecuencia, obviamente, los colaterales consanguíneos no aparecen de ninguna manera alcanzados por los términos del art. 1085 del C. Civil; lo cual impide que los mismos puedan ser beneficiarios de la presunción de daños de aquella norma. Y precisamente una antigua jurisprudencia que recuerda la Dra. Kemelmajer de Carlucci¹⁰⁰, negaba por tal razón legitimación para accionar por daños, a los hermanos de la víctima de un homicidio.

Empero hoy prevalece la tendencia opuesta, pues la circunstancia de no revestir la condición de herederos forzosos, no puede traer aparejado que se niegue a los mismos su posible calidad de damnificados indirectos por la muerte de algún pariente colateral consanguíneo suyo; supeditado todo claro está, a la invocación y debida acreditación del perjuicio que ello hubiese podido provocarles¹⁰¹.

En cuanto a las controversias suscitadas en torno a los hermanos extramatrimoniales, fundadas principalmente en la inexistencia entre los mismos de obligación alimentaria —primitivo texto del art. 369 del C. Civil—; ellas hoy han quedado superadas con la reforma de la ley 23.264, que ha equiparado a las filiaciones legítimas y extramatrimoniales

¹⁰⁰ KEMELMAJER DE CARLUCCI, en el C. Civ. anot., de BELLUSCIO-ZANNONI, cit., t. 5, p. 189, nota 96.

¹⁰¹ MOSSET ITURRASPE, *Resp. por daños*, cit., t. II-B, p. 170, N° 229-c; ORGAZ, *La acción de indemn. en los casos de homicidio*, cit., en "Estudios de derecho civil", cit., p. 86; BUSTAMANTE ALSINA, *Teoría general...*, cit., p. 498, N° 1553; BUSTOS BERRONDO, ob. cit., en el N° 3 de la rev. "Jus", p. 83; BORDA, *Obligaciones*, cit., t. II, p. 427, N° 1583-d); LLAMBIAS, *Tratado...* *Obligaciones*, cit., t. IV-A, p. 66, N° 2350 y p. 83 y ss., N° 2354-d) y e); SALVAT-ACUÑA ANZORENA, ob. cit., t. IV, p. 244, N° 2922; Cám. Nac. Civil, Sala B, 7-9-81, "Álvarez c/Papetti S.A.", "L.L." 1982-B-172; ídem, 18-12-59, "Bocaccio c/Bevilacqua y Corengia", "L.L.", 99-118; ídem, 29-11-74, "Page de Nennekens c/F. C. Argentinos", "L.L.", 1975-B-131 y "J.A.", 26-1975-300; ídem, Sala F, 12-5-66, "Fernández c/F. C. Argentinos", "E.D.", 16-165 y "L.L.", 123-418 y "J.A.", 1966-V-35; ídem, 14-11-63, "Sarmiento c/ETAPSA", "L.L.", 115-360, "J.A.", 1964-II-188; "S.C.B.A.", 14-4-59, "Pérez, Ángel", "J.A.", 1959-V-176, "Ac. y Sent.", 1959-I-540; Cám. 1ª Civ. Com. San Isidro, Sala I, 7-5-87, "Canaviri Quispe c/Canestrari Hnos.", "Doctr. Judicial", 1988-1, p. 757; Cám. Civ. Com. Rosario, Sala II, 7-4-59, "Gudeli c/Empr. Transportes Rosario", "Juris", 14-248.

—art. 240, 2º párrafo del C. Civil reformado por dicha ley—, y ha extendido el deber de prestación de alimentos entre todos los hermanos y medio hermanos, sin distinciones de ninguna especie, en el nuevo texto del art. 367, inc. 2, del C. Civil, derogando simultáneamente el prealudido art. 369 del mismo Código.

6) *Concubinos*. Con fundamentos diversos se ha negado a la concubina legitimación activa para demandar por daños derivados de la muerte de su compañero.

En nuestro derecho, en lo esencial, se ha sostenido que el concubinato constituye un hecho ilícito, o al menos contrario a la moral y buenas costumbres, razón por la cual no puede erigirse en fuente de derecho¹⁰². Para otros, cuya posición compartimos, la razón estriba en que la concubina no puede invocar un interés jurídicamente protegido¹⁰³.

Pero otra postura de tendencia opuesta a la anterior, acuerda a la concubina el derecho a la indemnización, siempre que ella pruebe el daño sufrido, resultante de la privación del auxilio o recursos que la víctima del homicidio le suministraba¹⁰⁴; lo cual encuentra su fundamento en la

¹⁰² MOSSET ITURRASPE, *Resp. por daños*, cit., t. I, p. 46, N° 59; MAZEAUD-TUNC, ob. cit., t. I, vol. I, p. 408 y ss., N° 279.

¹⁰³ BORDA, *Obligaciones*, cit., t. II, p. 429 y s., N° 1584; LLAMBIAS, *Tratado...* *Obligaciones*, cit., t. IV-A, p. 86, N° 2356; ORGAZ, *El daño resarcible*, cit., p. 133, N° 33; KEMELMAJER DE CARLUCCI, en el C. Civ. anot., de BELLUSCIO-ZANNONI, cit., t. 5, p. 191, § 6-h-4; ídem, *Falta de legitimación de la concubina y del concubino para reclamar los daños y perjuicios derivados de la muerte del compañero o compañera*, en "J.A.", 1979-III, p. 6 y ss.; ANDORNO, *Responsabilidad civil...* cit. en "J.A.", 1979-IV, p. 705 y ss., N° V; BUSTAMANTE ALSINA, *Teoría general...* cit., p. 500 y ss., N° 1560; JUAN MANUEL APARICIO, *Responsabilidad del tercero por lesión al derecho de crédito*, Bs. As., Plus-Ultra, 1974, p. 96; Dictamen "D" en las "Jornadas sobre responsabilidad civil en caso de muerte o lesión de personas" (Rosario, 1979), ver KEMELMAJER DE CARLUCCI en el C. Civ. anot., de BELLUSCIO-ZANNONI, cit., t. 5, p. 191, nota 108 y en ANDORNO, *Resp. civil...* cit. en "J.A.", 1979-IV, p. 707, N° V; S.C.B.A., 27-12-88, "M. de G. N. c/P. R.", "D.J.B.A.", 136-1675; Cám. Nac. Fed. Civ. Com., Sala II, 12-4-83, "Bustos c/La Primera de Grand Bourg S.A.", "L.L.", 1983-D-156. Ver *supra* nuestra nota 25.

¹⁰⁴ Cám. Nac. Civil, Sala A, 31-3-87, "B. M. E. c/Sindicato Único de Serenos de Prefectura Naval Arg.", "L. L.", 1987-D-518; ídem, Sala C, 4-6-77, "Chaparro c/Adamo", "L.L.", 1977-D-437 y "E.D." 75-544; Cám. Nac. Especial Civ. Com., Sala V, 9-11-78, "Fuentes c/Martínez", "J.A.", 1979-III-3; Cám. Civ.

noción de que basta con la existencia de un mero interés simple para accionar en justicia, atento que si la concubina recibía ayuda de su compañero, la pérdida de ésta constituiría un perjuicio indemnizable¹⁰⁵. Y con idéntico criterio se ha aceptado inclusive la acción del concubino por la muerte de su compañera¹⁰⁶.

7) *Novia*. Se le desconoce en general derecho al resarcimiento por la muerte de su novio, por carecer de un interés jurídicamente protegido; lo cual se ve reforzado en alguna medida por lo dispuesto en el artículo 165 del C. Civil reformado por la ley 23.515, que palabra más o menos repite lo que establecía el art. 8 de la derogada ley 2393, en el sentido de que la ley no reconoce esponsales de futuro y de que no existe acción para exigir el cumplimiento de una promesa de matrimonio. Y a ello agrega Orgaz que:

“nuestra idiosincrasia individual y social se niega a ver en el matrimonio un acto de sentido patrimonial, así sea accesoriamente: él es considerado un acto exclusivamente espiritual o moral, aunque secundariamente reporte beneficios económicos a cualquiera de los cónyuges”¹⁰⁷.

Com. 1º San Isidro, Sala I, 27-10-88, “G. T. A., c/B., A. D.”, “Doctr. Judicial”, 1989-I-484; ídem, 23-2-88, “Z., M. I. c/P., J. M.”, “Doctr. Judicial”, 1988-2, p. 203; SALVAT-ACUNA ANZORENA, ob. cit., t. IV, p. 245, Nº 2923; ALBERTO G. SPOTA, *Los titulares del derecho al resarcimiento en la resp. aquiliana*, cit., en “J.A.”, 1947-II-306; COLOMBO, *Culpa aquiliana*, cit., p. 818, Nº 243; BUS-TOS BERRONDO, ob. cit., en el Nº 3 de la rev. “Jus”, p. 85 y nota 38; CAM-MAROTA, ob. cit., t. II, p. 696 y s., Nº 513; EDUARDO A. ZANNONI, *Derecho de familia*, Bs. As., Astrea, 1984, t. II, p. 287 y ss., § 677; MAZEAUD-TUNC, ob. cit., t. I, vol. I, p. 408, Nº 279 y nota 1; de AGUIAR DIAS, ob. cit., t. II, p. 444 y s., Nº 249. Ver asimismo *supra*, nota 24. Sobre la evolución operada en la jurisprudencia francesa, en lo que hace a los derechos que nacen del concubinato, ver: GENÉVIEVE VINEY, *Les obligations. La responsabilité: conditions*, en el “Traité de droit civil”, de Jacques Ghestin, Paris, Librairie Générale de droit et jurisprudence, 1982, t. IV, p. 333 y ss., Nº 272 y ss.

105 Cám. Nac. Civil, Sala A, 31-3-87, “B., M. E. c/Sindicato Unico de Serenos de Buques de Prefectura Naval Arg.”, “L.L.”, 1987-D-518; Cám. 1ª Civ. Com., San Isidro, Sala I, 27-10-88, “G., T. A. c/D., A. D.”, “Doctrina Judicial”, 1989-1 p. 484.

106 Cám. Nac. Especial Civil Com., Sala II, 14-9-84, “Lobos Velazco c/Ruzene”, “J.A.”, 1985-I-573 y “L.L.”, 1986-A-647, “Jur. Agr.”, 5540.

107 ORGAZ, *El daño resarcible*, cit., p. 100, Nº 25 y nota 11.

Otros autores, aunque coinciden en que la novia no puede pretender accionar invocando como fundamento la pérdida de una chance patrimonial, o sea los beneficios que le habría reportado su matrimonio con una persona de fortuna, lo que le habría permitido mejorar su nivel de vida; aceptan en cambio que pueda reclamar el resarcimiento de los gastos inútilmente realizados en vista de la proyectada boda, como asimismo el daño moral resultante de la frustración de la chance matrimonial, que en puridad constituía un interés que se ve afectado por la muerte del novio, acaecida como consecuencia de un hecho ilícito atribuible a terceros¹⁰⁸.

8) *Guardador*. Algunos fallos ya viejos¹⁰⁹ y uno más reciente de la Corte Suprema Nacional¹¹⁰, han reconocido al guardador de un menor de edad que después fallece víctima de homicidio, la condición de legitimado activo para demandar por los daños y perjuicios derivados de esa muerte; para lo cual se ocurre como fundamento al hecho de los sacrificios realizados por el guardador en la crianza y educación de la víctima, y a la circunstancia de la frustración de su legítima esperanza de obtener en el futuro, de ésta, un apoyo económico y personal.

Tal solución, trasunto de una gran amplitud de criterio, resulta digna de encomio; aunque su fundamentación, que acude a la noción del valor intrínseco de la vida humana, es ciertamente discutible.

9) *Socios*. Se ha resuelto que el socio del extinto que prueba el daño producido por la muerte de su socio, al pro-

108 AUGUSTO C. BELLUSCIO, *Manual de derecho de familia*, 3ª ed., Bs. As., Depalma, 1974, t. I, p. 131 y ss., Nº 49; KEMELMAJER DE CARLUCCI, en el *C. Civ. anot.*, de BELLUSCIO-ZANNONI, cit., t. 5, p. 193, § 6-1).

109 Cám. Nac. Civil, Sala C, 3-3-55, “Papa c/Facorro”, “L.L.”, 79-276; ídem, Sala E, 30-9-69, “Veyra de Alvarado c/Heinz” “L.L.”, 138-526.

110 C.S.N., 11-9-86, “Montini c/EFEA”, “L.L.”, 1987-A-374, revocando un fallo adverso de la S.C.B.A. Cabe señalar que en este caso se trataba de un guardador que había recibido legítimamente la guarda del poder público, y había cuidado y brindado vivienda, alimentos y educación al menor, después de la muerte de su madre y del abandono de que fuera objeto por parte de su padre.

vocar la disolución de la sociedad, tiene derecho a la correspondiente indemnización ¹¹¹.

10) *Acreedores*. Con fundamento en el art. 1079 del C. Civil, se ha entendido que se encuentra legitimado activamente el acreedor del difunto a quién no se le paga su acreencia por falta de bienes, en tanto demuestre que el mismo habría verosímilmente cumplido su obligación de haber continuado vivo ¹¹².

DAÑOS CAUSADOS A LAS COSAS. LEGITIMACIÓN ACTIVA

Por Marcelo Urbano Salerno

¹¹¹ Cám. Nac. Federal, Sala Civ. Com., 6-8-58, "Guisasola Hnos. S.R.L. c/Fama", "G.F.", 224-256; KEMELMAJER DE CARLUCCI en el C. Civ. anot., de BELLUSCIO-ZANNONI, cit., t. 5, p. 194, § 6-n); LLAMBIAS, *Tratado...*, *Obligaciones*, cit., t. IV-A, p. 84 N° 2354; BUSTAMANTE ALSINA, *El daño que causa la muerte de una persona*, en "Zeus", 26, Doctr., p. 35 y en *Responsabilidad civil y otros estudios*, cit. p. 277; idem, *Teoría general...*, cit., p. 499, N° 1.555. En contra: DASSEN, *Daños causados por la muerte de una persona...*, cit. en *Estudios de derecho privado y procesal civil*, cit., p. 183.

¹¹² MOSSET-ITURRASPE, *Resp. por daños*, cit., t. II-B, p. 171, N° 229-d) y nota 98; BORDA, *Obligaciones*, cit., t. II, p. 427 y ss., N° 1583-f); LLAMBIAS, *Tratado...*, *Obligaciones*, cit., t. IV-A, p. 84, N° 2354-i); BUSTAMANTE ALSINA, *Teoría general...*, cit., p. 499, N° 1555; KEMELMAJER DE CARLUCCI, en C. Civ. anot., de BELLUSCIO-ZANNONI, cit., t. 5, p. 187, § 6-d). Confr. lo resuelto por la Corte de Casación francesa en casos en que los herederos necesarios renunciaron a la herencia, en ANDORNO, *Responsabilidad civil...*, cit., en "J.A.", 1979-IV, p. 703, N° III-2) y nota 24.

INTRODUCCIÓN

El método de investigación que se utiliza para dilucidar un conflicto puntual de derecho civil, parte de los principios generales para descender a las reglas particulares. En realidad, en la práctica se da un caso singular, con características propias, el cual primero requiere un ajustado encuadre, para luego buscar la solución normativa. Sobre la base de un complejo mecanismo que relaciona diversas disposiciones entre sí, desechando las que no se amoldan al conflicto, es posible armar una construcción jurídica para resolver el problema planteado, dentro de los términos de la justicia conmutativa.

La doctrina no pretende solucionar un caso en especial, sino que su aporte consiste en brindar los elementos necesarios para una búsqueda satisfactoria de la solución. En el tema que nos ocupa se irá desgranando todo el material de que se dispone a la luz de los preceptos vigentes, para exponer un cuadro lo más amplio posible sobre el ejercicio de la acción de responsabilidad en cuanto al daño ocasionado a las cosas, determinando quiénes son titulares de la acción resarcitoria. Aquí se torna patente la correspondencia que existe entre derecho y acción, a tal punto que el tema cae dentro de la órbita de la legislación de fondo.

Se trata, pues, de analizar la *legitimación* activa respecto del resarcimiento de daños causados a las cosas, análisis que se hará de seguido.

I. PRINCIPIO GENERAL Y REGLAS PARTICULARES

Todo sujeto que ha sufrido un perjuicio por causa de la lesión a un derecho que tiene respecto de una cosa, está legitimado para ejercer la pertinente acción resarcitoria. El daño tiene que ser personal y cierto, afectando un interés jurídicamente protegido. Ello comprende tanto al damnificado directo, cuanto al indirecto, los que en forma separada e independiente podrán reclamar la indemnización que les corresponde; quedan excluidos quienes sólo disfrutaban de algún beneficio o comodidad.

El principio general sobre resarcimiento está enunciado en el art. 1079 del Cód. Civ., donde se recoge la distinción entre daño directo e indirecto, también sentada en el art. 1068. Es una directiva muy amplia que exige aguda percepción del conflicto para ser aplicada, por lo cual el legislador ha considerado conveniente complementarla con algunas reglas particulares para precisar mejor su campo. Esas reglas específicas están consagradas en los arts. 1095 y 1110.

En virtud de lo dispuesto por estos dos últimos artículos, la ley confiere la acción de responsabilidad al propietario de la cosa afectada y, por ende, a los copropietarios; también la otorga a los poseedores y a los tenedores; para luego, en ciertos casos específicos, admitir su ejercicio por el locatario, el depositario, el comodatario, el acreedor hipotecario, prendario y anticresista, más el usufructuario y el usuario. Cada uno de ellos podrá ejercer la acción en la medida del menoscabo que ha sufrido en su patrimonio.

De lo expuesto se infiere que, de acuerdo con la relación real que el damnificado mantenga con la cosa, tendrá la posibilidad de reclamar en justicia una indemnización del daño sufrido. Ese resarcimiento es exclusivo de quien lo padece en la medida de su propio interés, sin que pueda superponerse con el menoscabo de otra persona, desde que no es admisible una doble indemnización por el mismo perjuicio.

Ello impone delimitar los márgenes de acción de cada damnificado.

Vale decir, con motivo de un acto ilícito el responsable podrá ser demandado por una pluralidad de interesados, pero cada uno de éstos lo hará en función de su interés.

II. ALGUNOS ANTECEDENTES HISTÓRICOS

Estos problemas ya se suscitaban en el *derecho romano*. Los delitos privados comprendían, entre otras especies, el *furtum* que consistía en apoderarse de una cosa ajena —la cual era una figura muy amplia que abarcaba varios supuestos—, y el *damnum iniuria datum* o daño en las cosas¹.

En materia delictual, el daño sufrido en un bien daba lugar al ejercicio de una acción penal mixta que cumplía una función reipersecutoria, satisfaciéndose el perjuicio con el pago de una multa². Así, quien había sido víctima de un hurto podía ejercer la *actio furti nec manifesti* a fin de percibir el doble del valor de la cosa sustraída; y si ejercía la *conditio ex causa furtiva* o la *reivindicatio* podía recuperar la cosa hurtada o el importe de su valor en calidad de indemnización³; en ambos casos, la acción era ejercida por el propietario⁴, aunque Gayo admitió también su procedencia para el acreedor prendario y el comodatario⁵.

En materia aquiliana por daños en las cosas, luego de una evolución que marcó una tendencia amplia en conceder la acción no sólo al dueño de la cosa, la *actio legis aquiliae* fue concedida al usufructuario cuanto al usuario y, al

¹ ALFREDO DI PIETRO, sus notas a Gaius, *Institutas*, Edit. Librería Jurídica, La Plata, 1967, Nº 189, p. 256 y Nº 202, p. 261.

² MAX KASER, *Derecho romano privado*, Edit. Reus, Madrid, 1968, 50-I-3, p. 225.

³ MAX KASER, op. cit., 50-II-3, p. 226.

⁴ MAX KASER, op. cit., 51-II-2, p. 231.

⁵ GAIUS, *Institutas*, III-203 dice: "El ejercicio de la *actio furti* compete a aquél que aún no siendo dueño de la cosa, le interesa que ésta esté intacta. Y por ello, no le es dada al mismo dueño más que si a él le interesa que la cosa no perezca"; ver III-204/05.

parecer, se extendió también al comodatario, al acreedor prendario, al poseedor de buena fe, y al arrendatario ⁶.

En las Partidas de Alfonso El Sabio existen previsiones sobre el tema, donde con bastante minuciosidad se detallan las personas que pueden accionar para obtener el resarcimiento de un daño hecho a una cosa, a saber: a) el dueño y, en su caso, sus herederos y el legatario del bien; b) el usufructuario; c) el poseedor de buena fe; d) quien tuviese la guarda de la cosa, cuando su propietario no estuviese presente; e) el acreedor prendario ⁷.

Sirvan estos antecedentes para resolver algunas cuestiones que pueden llegar a plantearse en la interpretación de los textos de nuestro Código, pues, a no dudarlo, fueron tenidos en cuenta por el codificador. En efecto; en estos temas, Vélez no siguió al modelo francés del Código Napoleón, ni a sus comentaristas. En cambio, buscó inspiración en Bello ⁸ y en Freitas ⁹, autores que se ocuparon de estos problemas contribuyendo de algún modo a esclarecer aspectos de nuestra legislación.

En virtud de estos antecedentes, resulta que los arts. 1095 y 1110 del Cód. Civ. distinguen dos hipótesis, aunque en el fondo tratan sobre el perjuicio irrogado a los derechos

⁶ MAX KASER, op. cit., 51-II-2, p. 231.

⁷ Partida VII, título XV, ley II.

⁸ Código de Chile, art. 2315: "Puede pedir esta indemnización no sólo el que es dueño o poseedor de la cosa que ha sufrido el daño, o su heredero, sino el usufructuario, el habitador o el usuario, si el daño irroga perjuicio a su derecho de usufructo o de habitación o uso. Puede también pedirla en otros casos el que tiene la cosa con obligación de responder de ella; pero sólo en ausencia del dueño." (con ligeras variantes ha sido reproducido en el art. 1110 Cód. Civ.).

⁹ "Esbozo": art. 828: "Habrá daño... directamente en las cosas del dominio, posesión o tenencia del perjudicado, o indirectamente".

Art. 3657: "El derecho de exigir la indemnización del daño causado por delitos contra la propiedad corresponde:

1. Al que fuere dueño de la cosa, tuviere derecho de posesión o estuviere en posesión de la misma.
2. Al simple tenedor de ella en nombre de la persona por quien la poseyera, como el locatario, el comodatario y el depositado.
3. Al acreedor hipotecario, aún contra el dueño de la cosa hipotecada, si este fuere el autor del daño".

(Su texto fue adaptado al art. 1095 Cód. Civ.).

que se tienen respecto de una cosa. Mientras el art. 1095 contempla cualquier delito cometido contra la propiedad de un bien determinado, el art. 1110 se refiere a un cuasidelito que ha causado un daño físico a una cosa particular. Como el régimen de los cuasidelitos es al mismo tiempo el de los delitos civiles en general, en la medida que resulte procedente lo dispuesto por el art. 1095, éste también será aplicable al último caso.

De seguido se hará un análisis de cada caso particular de posibles damnificados titulares de una acción resarcitoria.

III. PROPIETARIOS

Una eficaz protección es conferida al ejercicio del derecho de propiedad, declarado inviolable por el art. 17 de la Constitución Nacional. Es un valor supremo, al que se le brindan las mayores seguridades a fin de que sea respetado por los terceros, para que éstos no se apropien de la cosa ajena, ni le causen deterioros o la destruyan. Sin las seguridades acordadas por el legislador, este derecho podría quedar en desamparo, de modo que su tutela es rigurosa con la finalidad de que en la práctica funcione adecuadamente como el poder que una persona ejerce sobre una cosa (art. 2516 del Cód. Civ.).

El titular de la acción resarcitoria por lesión a la propiedad, desde el punto de vista jurídico y material, es el dueño ¹⁰. En este sentido es necesario probar el dominio, según se trate de un inmueble, un mueble registrable, o un mueble sin registro. Asimismo, la acción le cabe a quien tiene un derecho de dominio menos pleno o imperfecto (art. 2772 del Cód. Civ.).

Si el problema consiste en el desapoderamiento de la cosa por un tercero, el dueño dispone además de una acción real para recuperarla, a la que va anexa otra accesorio de

¹⁰ JORGE BUSTAMANTE ALSINA, *Teoría general de la responsabilidad civil*, 6ª ed., Edit. Abeledo Perrot, Buenos Aires, 1989, Nº 1583, p. 508.

resarcimiento (art. 2756 del Cód. Civ.). Puede suceder que la acción real se detenga frente a terceros adquirentes, como se da en las hipótesis de los arts. 1057 y 2412 del Cód. Civ., en cuyo caso la indemnización toma el carácter de principal; se trata de un supuesto en el que la acción real deviene personal (art. 2806 del Cód. Civ.). Pero, además, es posible su ejercicio como subsidiaria, contra el enajenante y sus herederos, con causa en la enajenación de la cosa (art. 2779). Es decir, cuando la acción reivindicatoria no puede cumplir con sus efectos (arts. 2758, 2765 y 2766 del Cód. Civ.), sólo cabe reclamar los daños e intereses derivados de la pérdida de la propiedad sobre la cosa.

Desde otra perspectiva, cabe analizar la situación del dueño que no tiene la posesión de la cosa al momento de ocurrir el acto ilícito. Ello puede suceder a causa de una desposesión anterior producida por un tercero (quien podría estar usucapiendo, si se trata de un inmueble), o por un acto voluntario, como un boleto de compraventa (en materia de automotores, como se verá, la situación es específica). Entonces es indispensable que tenga la posesión para poder accionar, salvo que se trate de demandar al autor de la desposesión.

En suma, la acción resarcitoria no sólo exige tener título, sino además estar en posesión del bien afectado, al tiempo de la demanda y al tiempo de la sentencia.

Va de suyo que esta acción también corresponde a los herederos y legatarios del dueño de la cosa.

IV. COPROPIETARIOS

Cuando varias personas son cotitulares de un mismo bien por haber constituido un condominio, o por causa de una indivisión posthereditaria, el problema es análogo al del propietario exclusivo.

Pero la hipótesis presenta su complejidad, sobre la base del principio de que el daño debe ser personal para poder

accionar. En ese sentido, en caso de que los copropietarios no inicien la acción de responsabilidad conjuntamente, cada comunero podrá promover su demanda en forma individual en la medida de su interés y en la proporción de su porcentaje en el dominio. Esta solución tiene su fundamento en lo dispuesto en el art. 2676 del Cód. Civ.

Más arduo es el problema del ejercicio de la acción reivindicatoria, tema que se ha prestado al debate¹¹. La tesis prevaleciente hoy en día es que cualquier condómino puede intentar esta acción respecto de un tercero que detenta la cosa sin derecho, en cuyo caso reivindica la totalidad, y no solamente su cuota parte; esta tesis sustentada en Alemania por autores del prestigio de Savigny y Windscheid, fue defendida en nuestro medio por Bibiloni, Lafaille, Fornieles y Argañarás, entre otros juristas, con fundamento en el art. 2679 del Cód. Civ. Pero, cuando se trata de los herederos, el art. 3450 del Cód. Civ. parece limitar el ejercicio de la acción de reivindicación "hasta la concurrencia de su parte", texto que no impide a un sector de la doctrina entender que aun en este caso el coheredero reivindica por el todo, y no sólo por su porción indivisa.

De todas maneras, si la acción se ejerce junto a una pretensión resarcitoria, no parece razonable admitir que el comunero individual está gestionando también los derechos de los demás, de quienes carece de representación. El resarcimiento sólo podrá otorgarse en la medida de su interés, personal y exclusivo, porque se tratará de un crédito de objeto divisible (arts. 667, 669 y 1083 del Cód. Civ.). Claro que esta solución no será simétrica con la tesis amplia pregonada por quienes defienden la reivindicación del todo, pero cabe tener presente que la acción resarcitoria es personal y no real, como la reivindicatoria.

En cuanto al régimen de propiedad horizontal se refiere, el problema se plantea respecto del daño causado a las cosas de uso común del edificio o indispensables para

¹¹ ROBERTO ERNESTO GRECO, *El condómino y la acción de reivindicación*, en "La Ley", t. 118, pp. 941/950.

mantener su seguridad (art. 2 de la ley 13.512). En esa hipótesis, los copropietarios deberán decidir en asamblea si iniciarán acción de responsabilidad contra los causantes del perjuicio y, en caso afirmativo, será el administrador del consorcio quien deberá promover el juicio pertinente (arts. 9 y 11 de la ley 13.512). Un copropietario a título individual no estaría legitimado para accionar.

V. POSEEDORES

Salta a la vista la legitimación conferida también al poseedor de la cosa, aunque no sea el titular del dominio, en el sentido asignado por nuestro sistema a la posesión civil. La ley da preponderancia al poder de hecho que se tiene sobre el bien afectado, en cuanto a la privación de su uso o goce, y a los deterioros que pudiera padecer. Es necesario, pues, detenerse a examinar básicamente el supuesto del poseedor, según éste sea de buena o de mala fe (art. 2356 del Cód. Civ.).

Con referencia al poseedor de *buena fe*, éste se encuentra asimilado al propietario, confiriéndole la acción de responsabilidad sobre la base del título del cual nace su posesión. Esto se ve claro en el supuesto del adquirente de un inmueble mediante boleto de compraventa (art. 2355 del Cód. Civ.), haya o no pagado la totalidad del precio, a quien se le hizo tradición del bien, aunque quede pendiente de otorgamiento la escritura pública y su registro (art. 2505 del Cód. Civ.). Cualquiera que sea la tesis jurídica sustentada respecto de la naturaleza jurídica del boleto de compraventa, resulta evidente que quien tiene derecho al dominio de la cosa —*jus ad rem*—, está legitimado como si fuera el dueño (arts. 3263, 3265 y 3267 del Cód. Civ.) para reclamar el resarcimiento y ejercer acciones posesorias.

Las acciones posesorias, que tienen por objeto la restitución de la cosa o su manutención, son conferidas a cualquier poseedor. La acción de despojo, en caso de prosperar,

importará la restitución del bien desposeído, y la condena incluirá el pago de los perjuicios ocasionados (art. 2494 del Cód. Civ.). En cuanto a la turbación, si los hechos que la originan carecieran de entidad suficiente como para desposeer, la acción será considerada personal con la finalidad de obtener el resarcimiento del daño ocasionado (art. 2497 del Cód. Civ.).

El caso del poseedor de *mala fe* requiere un mayor análisis. Se distingue entre la simple mala fe y la mala fe viciosa; los vicios que pueden afectar a la posesión están clasificados de la siguiente manera: a) sobre *cosas muebles*: adquiridas por hurto, robo o defraudación; b) sobre *cosas inmuebles*: 1) violencia: tanto material como por intimidación, o cualquier medio de fuerza dirigido contra una persona, ya sea físico o psíquico; 2) clandestinidad: actuando en forma oculta para que el poseedor no se entere; otro vicio, que abarca muebles e inmuebles, es el abuso de confianza, cuando el tenedor no restituye a su debido tiempo la cosa recibida y pretende erigirse como su poseedor. La mala fe consiste en el conocimiento de la ausencia de todo derecho para poseer la cosa, no se presume en principio y, por lo demás, la ley exime de todo deber de exhibir el título (arts. 2362 y 2363 del Cód. Civ.); sin embargo, la ley presume la mala fe cuando se adquiere una cosa hurtada a persona sospechosa y cuando el título del transmitente tiene un vicio de forma (arts. 2711 y 4009 del Cód. Civ.).

Este introito permite encuadrar mejor el problema, porque el poseedor de mala fe tiene una protección jurídica frente a hechos de terceros que puedan hacer peligrar su relación real o dañar la cosa poseída; es decir, la ley le reconoce derechos ante la intromisión arbitraria de la que puede ser víctima. Si bien la buena fe no es requerida para el ejercicio de las acciones posesorias —incluida la indemnización del daño—, en cambio se exige cuando menos un año de posesión, y que ésta no tenga “los vicios de ser precaria, violenta o clandestina” (art. 2473 del Cód. Civ.); en materia de acción de despojo, ésta es conferida aunque la posesión sea

viciosa. Va de suyo, también, que el poseedor tendrá la posibilidad de deducir el interdicto de recobrar (art. 614 del Cód. Proc.).

En definitiva, el ejercicio de la acción resarcitoria corresponde en principio al poseedor, con prescindencia del título de su posesión.

VI. TENEDORES

La situación de los tenedores merece primero una amplia consideración, para luego analizar en concreto el caso del locatario. El art. 1095 del Cód. Civ. alude a la "simple posesión" —por tenencia— y el art. 1110 del Cód. Civ. habla del que "tiene la cosa con la obligación de responder a ella"¹². Los casos enumerados en el art. 2462 del Cód. Civ. comprenden a su vez dos especies de tenencia: 1) la que se funda en una obligación que le sirve de causa, como son los casos allí enumerados en los incisos 1 y 2, locatario, comodatario, depositario y mandatario, en cuyo supuesto la tenencia puede ser interesada o desinteresada; 2) la que se funda en el hecho de tener la cosa, sin ánimo de dueño, teniendo pendiente su restitución, hipótesis previstas en los incisos 3 a 6.

La protección de que goza el tenedor es similar a la del poseedor, ya que la tenencia no puede ser turbada arbitrariamente (art. 2469 del Cód. Civ.), estando amparada por la acción de despojo (art. 2490 del Cód. Civ.) y por el interdicto de recobrar (art. 614 del Cód. Proc.). Sin embargo, en cuanto a la acción resarcitoria, ésta prosperará en la medida de la lesión sufrida a sus derechos por el tenedor, lo cual no se equipara a la posesión, ni al dominio. Más aun, el art. 1110 del Cód. Civ. indica que el tenedor sólo podrá pedir la reparación del daño sufrido en la cosa si el dueño está ausente, por-

¹² RAYMUNDO J. SALVAT, *Tratado de Derecho Civil Argentino. Fuentes de las obligaciones*, 2ª ed., actualizada por A. ACUÑA ANZORENA, ed. Tea, Buenos Aires, 1950, tomo *Hechos Ilícitos*, Nº 2779, p. 214.

que en realidad la acción le corresponde a este último y el primero sólo actuaría como gestor del propietario; pero esto habría que coordinarlo con el derecho de retención, si se da el supuesto, ya que entonces el daño sería personal del tenedor y éste estaría legitimado a reclamar por sí mismo el resarcimiento (art. 3944 del Cód. Civ.).

En esta materia, hay que proceder por exclusión, ya que si el daño por la afrenta a los derechos inherentes al dominio y a la posesión, fue objeto de la acción de responsabilidad por parte del dueño o del poseedor, el tenedor carece de legitimación. En cambio, el tenedor está legitimado para accionar cuando sufre un daño a título personal, y en la medida del menoscabo sufrido, por el interés que tiene en la conservación de la cosa (art. 2463 del Cód. Civ.)¹³.

VII. LOCATARIOS

La situación del locatario ha merecido un tratamiento especial por el legislador, en un contrato donde se ha prodiado en regularlo detalladamente. La idea central consiste en que el inquilino tiene el uso y goce de la cosa locada, el cual está garantizado suficientemente frente a hechos de terceros (arts. 1526 y 1527 del Cód. Civ.), ya que el locador deberá ejercer las acciones pertinentes (art. 1515) y, además, tiene la obligación de conservar la cosa en buen estado (art. 1556 del Cód. Civ.).

El locatario está obligado a su vez a notificar al locador con carácter urgente sobre cualquier circunstancia que pudiera comprometer el dominio de éste y sus consiguientes atribuciones, cuanto la turbación a sus derechos posesorios. Ello indica que debe avisar sobre toda usurpación, "novedad dañosa a su derecho", y respecto de toda acción donde se comprometa el derecho de propiedad o el ejercicio del uso y goce de la cosa (art. 1530 del Cód. Civ.). Está legiti-

¹³ Cámara Nacional Especial en lo Civil y Comercial, setiembre 23-1985, en "La Ley" 1986-C-179, con cita expresa de Llambías.

mado también a actuar por su cuenta ante las vías de hecho de terceros y exigir a éstos la indemnización de todo daño sufrido a título personal.

En este contrato, el caso fortuito juega de una manera singular, a los fines de la carga de la prueba según sea notorio (art. 1571 del Cód. Civ.) o sin notoriedad (art. 1570 del Cód. Civ.). Así se considera roto el nexo de causalidad cuando el *casus* proviene del hecho de un tercero, aunque éste haya obrado por animosidad hacia el inquilino, servidumbre (art. 1495 del Cód. Civ.), o al uso y goce de una cosa, esta situación no está comprendida dentro de la garantía del locador, de manera que entonces, el locatario deberá accionar a título personal contra el autor para obtener el resarcimiento de los daños que padeciere (art. 1528 del Cód. Civ.).

VIII. TITULARES DE DERECHOS REALES DESMEMBRADOS

En esta hipótesis se agrupan tres supuestos similares de titulares de los derechos reales de usufructo, uso y servidumbre que están legitimados para ejercer la acción resarcitoria en caso de sufrir daño en las cosas sometidas a su potestad jurídica y a sus correspondientes atribuciones¹⁴.

El usufructuario dispone de todas las acciones inherentes a la realización del usufructo, más las posesorias para hacer efectivo el ejercicio pacífico de su derecho (art. 2876 del Cód. Civ.); también se le reconoce legitimación para accionar contra los usurpadores, no sólo en beneficio propio, sino a favor del nudo propietario, como lo señala Vélez en la nota al art. 2880, porque este último dispone de todas las acciones pertenecientes al dueño (art. 2916 del Cód. Civ.). La ley prevé, además, cómo han de soportarse las costas causídicas, cuando el usufructo se constituyó a título gratuito (art. 2909 del Cód. Civ.).

De manera explícita el usuario está investido de las mis-

¹⁴ GUILLERMO L. ALLENDE, *Tratado de las servidumbres*, edit. Abeledo Perrot, Buenos Aires, 1963, p. 207 y ss.

mas acciones posesorias que tiene el usufructuario (art. 2950 del Cód. Civ.). De modo análogo, se lo tiene por legitimado para ejercer toda acción resarcitoria respecto del daño que sufra en la cosa de su uso y goce, y cualquier menoscabo a sus derechos. Serán siempre situaciones donde se lo agravia económicamente en forma personal.

En materia de servidumbre, los titulares de las heredas dominantes ejercen todas las acciones inherentes al dominio, incluidas las posesorias (art. 3034 del Cód. Civ.). Ello indica que disponen de legitimación suficiente para reclamar el resarcimiento de los daños sufridos en la cosa. En el caso de la acción confesoria, cuando fueren varios los titulares, éstos no podrán prevalerse del efecto de la cosa juzgada, ni les podrá ser opuesta con referencia a la indemnización que pudiera corresponderles (art. 2799 del Cód. Civ.).

IX. TITULARES DE DERECHOS REALES DE GARANTÍA

Tanto el acreedor hipotecario, como el prendario y el anticresista, pueden demandar los daños causados a la cosa de la garantía del cobro de su crédito. Ello es una consecuencia lógica de sus derechos creditorios que están asegurados con un bien específico, sin mengua de los otros bienes que integran el patrimonio del deudor. La desaparición de la cosa afectada especialmente al cobro, o la disminución de su valor material, causarán perjuicio al acreedor, y éste tiene derecho a ser resarcido de esos daños.

En cuanto al acreedor hipotecario se refiere, su legitimación para accionar resulta de los arts. 3157 y 3159 del Cód. Civ. Asimismo, está prevista la situación de la doble hipoteca constituida con fraude por el deudor (art. 3142), la cual obviamente permite reclamar los daños irrogados.

La hipótesis del acreedor prendario —se trata de la prenda con desplazamiento— no ofrece duda alguna, ya que éste responde por la pérdida o deterioro de la cosa prendada, teniendo a su cargo su conservación (arts. 3225 y 3228

del Cód. Civ.). Está legitimado, pues, a ejercer toda acción que tienda a resguardar el bien en su poder, asiento de su garantía real. Del mismo modo, el anticresista, quien tiene derecho de retención (art. 3245), es responsable del cuidado y conservación del inmueble (arts. 3258 y 3260), con lo cual debe necesariamente disponer de todas las medidas adecuadas para poder cumplir sus obligaciones, incluida la acción de indemnización.

X. OTROS ACREEDORES

En cuanto los mencionados acreedores al mismo tiempo son privilegiados, cabe preguntar si estos últimos están legitimados para ejercer la acción resarcitoria. La respuesta debe ser afirmativa, en tanto el menoscabo haya afectado a la cosa asiento de la preferencia de cobro¹⁵. Es la manera de asegurar la efectividad del privilegio.

En otro orden de ideas, el titular de un derecho de retención también se encuentra legitimado para demandar la indemnización de los daños que sufra la cosa bajo su poder. En ese sentido, las normas previsoras de los arts. 3944 y 3945 del Cód. Civ., dan sustento a dicha solución. Quien retiene un bien para seguridad de su crédito, cuenta con la debida protección jurídica para que su garantía permanezca incólume ante actos ilícitos que puedan ocasionarse a su respecto.

XI. EL PROBLEMA DE LOS AUTOMOTORES

Una consideración especial merece el caso del daño causado al automotor, el que es un bien registrable. Predomina en nuestra jurisprudencia un criterio amplio que legi-

¹⁵ ALBERTO D. MOLINARIO, *Los privilegios en el derecho civil argentino*, ed. V. Abeledo, Buenos Aires, 1941, N° 128, pp. 196/97, se quedó a mitad de camino, por cuanto se limitó a propiciar que se debe "extender subsidiariamente el asiento de las causas legales de preferencia a las indemnizaciones que deben satisfacer terceros por la destrucción total o parcial de la cosa gravada o afectada hasta la concurrencia de la reparación del daño emergente".

tima a reclamar el resarcimiento tanto al dueño, al poseedor, al tenedor, al usuario en general, cuanto a quien hubiese sufragado los gastos de la reparación. Esta postura debe concordar con cuanto se ha dicho sobre la posesión de buena y mala fe.

Con frecuencia se suscitan debates en torno a este tema, el cual reviste particularismo dada la condición jurídica del automotor y su régimen específico sobre cómo se transmite su dominio¹⁶. La inscripción del bien en el Registro de la Propiedad respectivo es de carácter constitutivo, de modo que siempre se plantean problemas para el adquirente de un auto por medio de un boleto de compraventa que ha recibido la posesión, aunque todavía no tenga el dominio registrado a su nombre. Pero esta situación no ofrece dificultad a poco que se repare en que se trata de un poseedor de buena fe, quien con ello sólo se encuentra suficientemente legitimado.

Sin embargo, se discute en la jurisprudencia si el usuario (y aun el mero poseedor) puede demandar entre otros rubros resarcitorios, el daño relativo al menor valor del automóvil chocado. Las dos tesis enfrentadas parecen ser irreconciliables¹⁷. La cuestión depende siempre de determinar si ese daño lesiona algún interés personal, porque si ése es el caso el resarcimiento corresponde no sólo al propietario, sino también a cualquier interesado¹⁸.

Del mismo modo ocurre con la privación del uso del automotor; toda persona que sea perjudicada por esa privación, está legitimada para reclamar la reparación de ese perjuicio, aunque no sea el dueño.

¹⁶ ROBERTO H. BREBBIA, *Problemática jurídica de los automotores*, ed. Astrea, Buenos Aires, 1982; FÉLIX A. TRIGO REPRESAS y RUBÉN H. COMPAGNUCCI de CASO, *Responsabilidad civil por accidentes de automotor*, ed. Hamurabi, 1986.

¹⁷ Por la afirmativa: plenario de la Cámara Primera de Apelación en lo Civil y Comercial de San Isidro, junio 19-1986, en "El Derecho", t. 121, p. 240 y ss. Por la negativa: fallo de la Suprema Corte de Mendoza, agosto 13-1986, en "La Ley" 1987-A-604/10, con una nota adversa de ROBERTO H. BREBBIA; JUAN JOSÉ AZPELICUETA, *Legitimación para reclamar daños causados al automotor*, en "El Derecho", t. 117, pp. 874/76.

¹⁸ C.S.J.N., "Fallos" 305-605.

CONCLUSIÓN

El precedente análisis ha sido un ejercicio para determinar en múltiples problemas la titularidad de la acción resarcitoria respecto del daño causado a una cosa y a los derechos relativos a un bien corporal. En esta tarea se ha seguido un método racionalista. Ese método permite buscar con lógica jurídica las soluciones concretas para cada hipótesis particular.

Hoy, se tornan necesarias respuestas precisas a los conflictos cotidianos que permiten atender satisfactoriamente a los interrogantes suscitados en torno al ejercicio de la acción resarcitoria, todo ello en homenaje a la seguridad jurídica. En la búsqueda de esas respuestas no deben perderse de vista los principios generalizadores de la responsabilidad civil, porque no son fórmulas abstractas carentes de contenido, sino que siguen siendo las pautas orientadoras. Esta advertencia es válida en el sentido de que en esa búsqueda se va descendiendo de la pura abstracción al mundo de los hechos reales, donde palpita la angustia del hombre por encima de toda pretensión metafísica.

INTRODUCCIÓN AL ESTUDIO DE LA RESPONSABILIDAD CIVIL POR LOS DAÑOS CAUSADOS POR PRODUCTOS ELABORADOS

Por María Luisa Casas de Chamorro Vanasco

I. INTRODUCCIÓN

Dentro del tema general de la responsabilidad civil, cuya importancia es obvio destacar y que constituye una de las cuestiones que en la actualidad más atraen la atención de los estudiosos del Derecho Privado, el resarcimiento de los daños originados por productos elaborados conforma un sector con perfiles novedosos y típicamente relacionado con la vida de la sociedad contemporánea.

Los cambios estructurales producidos a partir del nacimiento de un proceso de industrialización y comercialización masiva de las mercaderías, han determinado la necesidad de un tratamiento específico, que contemple las características del nuevo fenómeno.

No sorprende, por ello, que las primeras decisiones judiciales y la sanción de normas vinculadas con el tema que tratamos se hayan registrado en los países que ostentan un mayor grado de desarrollo.

Así lo destaca Kelly, en una obra recientemente publicada en nuestro país, donde textualmente dice: "Este tema ha tenido un espectacular desarrollo en los Estados Unidos de América. En menor medida lo mismo ha sucedido en las naciones industrializadas de Europa, si bien, como surge de la lectura de cualquier libro u obra europea sobre el tema, allí de algún modo se siguen las innovaciones y soluciones que se producen en el derecho americano"¹.

¹ JULIO ALBERTO KELLY, *Responsabilidad del fabricante*, Editorial Heliasta, Buenos Aires, 1987, pág 9.

Por los caracteres propios del derecho anglosajón, se elaboró, a lo largo del tiempo, una construcción jurisprudencial, que ha llegado a concretarse en el tratamiento integral y orgánico de la cuestión como un tema con individualidad en sí mismo², sin que se plantearan algunos problemas de teorización que preocupan en los sistemas romano y germánico.

No obstante, es notorio el volumen del trabajo realizado en países de esta corriente conocida como de derecho continental y merece señalarse que se ha llegado a soluciones que exceden las fronteras de los países para extenderse a ámbitos más dilatados, como ocurre, por ejemplo, con la Comunidad Económica Europea³.

No debe entenderse que se trata de una cuestión exclusiva de los países de mayor desarrollo industrial, sino que, así como la producción en serie se extiende en los ámbitos geográficos más diversos, también crece la necesidad de regular la responsabilidad civil por los daños causados por los productos elaborados.

En general, cabe destacar que el tema ha surgido en buena medida como consecuencia de soluciones dadas por los Tribunales ante distintos casos planteados. Así ocurrió en los Estados Unidos, donde el proceso continuó hasta desembocar en la elaboración de una verdadera doctrina, nacida de sentencias reiteradas y extendida a situaciones análogas a las anteriormente resueltas.

Esto explica la flexibilidad con que el tema ha sido y es tratado en el país del Norte, donde la secuencia de las decisiones judiciales conforma una adecuada elaboración, que permite contemplar las más variadas situaciones y adap-

² JONATHAN MILLER, *Products liability in Argentina*, "The American Journal of Comparative Law", Vol. XXXIII, Fall 1985 Nº 4, p. 612.

³ M. CERVIÑO GARCÍA, *La regulación de daños a consumidores en la Comunidad Económica Europea*, en "Seguridad y responsabilidad de productos", Editorial Mapfre, Madrid 1986, p. 13; *Recherches Panthéon-Sorbonne*, Université de Paris, *La responsabilité des fabricants et distributeurs*, Editorial Económica, Paris, 1975.

tar a cada una de ellas las bases establecidas para otros supuestos ya juzgados.

También merece señalarse que el derecho norteamericano, por vía de su elasticidad, ha permitido aplicar a situaciones de orden extracontractual principios originados en casos en que se perseguía la reparación de daños derivados de incumplimientos contractuales⁴.

A pesar del diferente origen de la mayoría de las legislaciones de los países integrados en la Comunidad Económica Europea, también en ella se ha desarrollado el tema y se ha procurado extender la protección de los damnificados mediante interpretaciones extensivas favorables al reconocimiento de sus derechos.

En este ámbito geográfico se ha concretado la promulgación en 1985 de la Directiva de la Comunidad referida a la responsabilidad por productos elaborados⁵.

Esta coincidencia es efecto de los cambios que se han producido en la actividad industrial de todos los países del mundo y especialmente de los que se encuentran en más avanzado grado de desarrollo, donde los productos químicos, por ejemplo, han visto aumentada su producción y su empleo en la elaboración de mercaderías de consumo general.

Se han convertido, así, en elementos necesarios para el desenvolvimiento de la vida en la sociedad contemporánea, con una notable transformación de las circunstancias de orden técnico y económico.

Para apreciar esta transformación, basta reflexionar sobre lo que sucede en una actividad tan tradicional como la agricultura, por ejemplo, donde se ha hecho casi imprescindible la utilización de herbicidas, pesticidas y otros productos en la composición de algunos de los cuales se encuentran elementos tóxicos, que crean riesgos de dañar a personas y haciendas.

⁴ J. A. KELLY, *op. cit.*, p. 11.

⁵ M. CERVIÑO GARCÍA, *op. cit.*, p. 19.

Otro caso digno de mención es el relacionado con los medicamentos, aptos para curar dolencias y enfrentar enfermedades de toda índole, pero que, al mismo tiempo, son susceptibles de producir males de menor o mayor cuantía.

Algunos acontecimientos ocurridos poco tiempo atrás, como escapes de gases perjudiciales para la salud o la formación de nubes radioactivas, han puesto de manifiesto los elevados índices de riesgo que nacen de un desarrollo industrial cada vez más acentuado, pero que no está exento de peligros dignos de ser controlados y que exigen al orden jurídico la instauración de un sistema de adecuado resarcimiento de los perjuicios sufridos por quienes resulten víctimas de estas consecuencias no deseadas.

Inclusive, cabe señalar que los daños no sólo se originan con motivo del consumo del producto, sino también en la etapa de su elaboración, traslado, almacenamiento, distribución, etc.

Esta realidad pone de manifiesto que el campo de la responsabilidad que tratamos es sumamente amplio y excede lo específicamente referido a la protección de los consumidores, no obstante lo cual es evidente que es en este terreno donde más se ha intensificado el estudio y donde se han registrado la mayor cantidad de sentencias judiciales con el consiguiente desarrollo preeminente del análisis de la cuestión⁶.

Precisamente, la situación de los consumidores frente a los riesgos implícitos en la producción masiva de mercaderías los ha llevado a agruparse y formar asociaciones tendientes a lograr una mejor protección, mediante diversos medios, desde los controles de calidad hasta el asesoramiento a quienes lo requieran y la promoción de estudios destinados a la elaboración de normas legales que los defiendan.

También en nuestro país se han presentado las mismas manifestaciones que hemos puesto de relieve.

Desde el punto de vista de la acción de las institucio-

⁶ Nuestro trabajo *Lineamientos fundamentales para la protección de las víctimas de daños causados por productos elaborados*, "El Derecho", 121, p. 923.

nes mencionadas, son varias las que existen entre nosotros y desarrollan una función efectiva, inclusive mediante la publicación periódica de información de utilidad para la comunidad y especialmente para los consumidores⁷.

En el aspecto estrictamente jurídico, el tema ha sido objeto de particular consideración. Cabe, al respecto, mencionar que las VIII Jornadas Nacionales de Derecho Civil, que tuvieron lugar en la Ciudad de La Plata en 1981, lo incluyeron en su temario y elaboraron importantes conclusiones⁸.

En nuestras consideraciones sobre los aspectos generales de esta especie de la responsabilidad civil, hemos de referirnos a esas conclusiones, al tratar de los temas de la legislación nacional con ella relacionada y su interpretación, antes de comentar lo atinente a los sujetos responsables y los eventuales damnificados, para finalmente hacer referencia a las situaciones que pueden presentarse en la realidad concreta, según que haya una relación jurídica directa entre fabricante y consumidor o indirecta entre aquel y la víctima del daño.

II. LA INTERPRETACIÓN DE LA LEGISLACIÓN NACIONAL

Por el momento en que fue sancionado nuestro Código Civil, no existen en su articulado normas relativas a este supuesto específico de responsabilidad.

Ello obliga a desarrollar una labor constructiva de interpretación para enmarcarlo dentro de disposiciones de orden general, que sirvan de base a soluciones adecuadas.

Es necesario tener siempre en vista que todo el traba-

⁷ Por ejemplo, "El ojo del consumidor", órgano de ADELCO.

⁸ VIII Jornadas Nacionales de Derecho Civil. Ponencias. Publicación del Instituto de Derecho Civil de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales de la Universidad Nacional de La Plata, Fundación Editora Notarial, La Plata, 1981; *Recomendaciones de las Jornadas Nacionales de Derecho Civil*, Editorial Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1987, p. 70.

jo que se realiza en este campo tiene una finalidad bien definida, la de proteger a los damnificados por causa de la utilización o consumo de productos elaborados.

En cierta medida, puede afirmarse que, a raíz de las condiciones sociales nacidas del fenómeno de la industrialización, los adquirentes de productos ocupan la posición de parte débil en la relación jurídica, pauta que ha de guiar al intérprete en la aplicación de los preceptos generales incluidos en el Código.

Con este criterio, recordamos algunas de las disposiciones básicas de nuestro Código Civil, referidas al problema.

En primer término, es sabido que el Código trata de la indemnización de los daños e intereses y determina en qué han de consistir, con la pertinente consideración de las clásicas expresiones del daño emergente y del lucro cesante.

Esta norma genérica es desarrollada posteriormente a través del tratamiento de las obligaciones resarcitorias emergentes, tanto de la realización de hechos ilícitos como de los incumplimientos contractuales, distinción que será tratada en un ítem posterior.

La sabia disposición del artículo 512, que define a la culpa, es también un precepto clave, que cubre la solución de la mayoría de las situaciones en que deben repararse los perjuicios que se ocasionan.

No es necesario destacar que tiene aplicación tanto en el ámbito contractual como en el extracontractual y puede decirse que ocupa el lugar medular en todo lo atinente al tema del resarcimiento.

Por algo, desde la antigüedad, es el clásico factor de atribución de responsabilidad, al que, en tiempos modernos se han sumado otros, sin que su preeminencia se haya conmovido por ello.

Estos distintos factores aparecen en el Título IX de la Sección Segunda del Libro Segundo del Código, en sus artículos 1109 y 1113, adaptado el último a las corrientes más novedosas por la reforma introducida en la ley 17.711.

El artículo 1109 se refiere, en efecto, a la responsabi-

lidad que pesa sobre quien actúa con culpa y por esa razón ocasiona un daño a otra persona, mientras que el 1113 obliga a responder por los daños originados por las cosas de que alguien se sirve o que tiene a su cuidado, así como al dueño o guardián cuando tales cosas son causa de perjuicio para otro.

Estos dos preceptos legales son los bastiones desde los cuales se produce una controversia entre los estudiosos, sin que ello afecte la voluntad de proteger debidamente a los damnificados⁹.

Si bien cabría reducir el análisis de la legislación a las disposiciones más generales, parece conveniente señalar algunas normas contenidas en la regulación de ciertos contratos en particular.

Fundamentalmente, se trata de la compra y venta y de la locación de obra, especialmente de la primera y únicamente se encuentran algunos artículos que pueden servir de base para una construcción, pero requieren una interpretación que complemente sus textos.

Por ejemplo, en materia de compra y venta, cabe utilizar los preceptos dedicados a los vicios redhibitorios, pero es necesario suplir su insuficiencia por el modo como está tratado el resarcimiento de los daños, que únicamente corresponde pagar al enajenante de mala fe, y a quien conoce o debe conocer la existencia del defecto¹⁰.

Resulta obvio destacar que la simple aplicación de esas reglas es insuficiente y llevaría a soluciones injustas, en que no se acordaría indemnización a quienes, sin embargo, hubieran resultado perjudicados aun sin mediar culpa de su parte.

Todo ello conduce a utilizar como base para el resarcimiento las disposiciones genéricas del Código Civil antes señaladas, pero adecuándolas a las exigencias de este nuevo problema mediante una interpretación que permita superar

⁹ Más adelante, hemos de referirnos a esta cuestión.

¹⁰ Código Civil, art. 2176.

las deficiencias propias de normas dictadas en tiempos preteritos.

A tal fin, nos parece oportuno formular algunas breves reflexiones sobre ciertos aspectos de la responsabilidad civil en general, cuya relación con el tema que nos ocupa consideraremos más adelante.

Para ello, cabe tomar como base a la mayoría de las conclusiones aprobadas por las V Jornadas de Derecho Civil, celebradas en Rosario en 1971, al tratar de los lineamientos generales del sistema de la responsabilidad civil.

La primera de ellas establece que "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"¹¹.

Esa conclusión es complementada por la siguiente que se refiere a la necesidad de unificar la responsabilidad civil por el incumplimiento de obligaciones contractuales y por la realización de actos ilegítimos¹².

Precisamente, la responsabilidad por los daños causados por los productos elaborados constituye un fenómeno unitario, dentro del cual se presentan hipótesis en las que corresponde el resarcimiento como consecuencia de la inexecución de deberes asumidos convencionalmente, mientras que en otras no existe tal tipo de relación y la indemnización se origina por perjuicios de índole extracontractual.

Cabe anotar aquí lo dicho anteriormente con referencia al modo como la cuestión es tratada en los Estados Unidos de América, donde se la contempla como una unidad temática, sin distinguir los supuestos que cabría incluir en una u otra categoría¹³.

De ese modo se favorece la obtención de una solución

¹¹ *Recomendaciones de las Jornadas Nacionales de Derecho Civil...*, p. 50.

¹² *Recomendación 2º*, loc. cit.

¹³ KELLY, op. cit., p. 11.

integral ajustada a las finalidades específicas de las normas resarcitorias a que nos referimos en este trabajo.

Las Jornadas, en su conclusión tercera, determinaron que: "La obligación de resarcir reconoce como regla los siguientes presupuestos: I. Antijuridicidad. II. Daño. III. Causalidad y IV. Factores de atribución".

Todos estos requisitos se manifiestan, lógicamente, como exigencias ordinarias en la responsabilidad por los productos elaborados.

En este supuesto, la antijuridicidad fue definida en Rosario como la transgresión normativa lato sensu, que comprende cualquier obrar contra derecho, a lo que se agregó una frase referida al ejercicio abusivo de los derechos¹⁴.

En el caso que estudiamos, la antijuridicidad se pone de relieve en la fabricación defectuosa de un producto o en circunstancias sobrevivientes que lo tornan susceptible de causar daños o que lo privan del efecto beneficioso para el que fue fabricado.

Por ello, hemos afirmado anteriormente que esta responsabilidad se engendra no sólo con motivo de la elaboración sino también de la distribución, el almacenamiento, el transporte, etc. de los productos.

Cuando existe relación directa entre el fabricante y el damnificado, el caso se enmarca en el ámbito contractual, mientras que en las demás situaciones, en que no media vinculación convencional, el conflicto queda situado en el extracontractual.

El principio general requiere, por consiguiente, la antijuridicidad y ésta aparece en cualquiera de los sectores que integran este sistema particular de las obligaciones resarcitorias, pero en el derecho moderno se acentúa una corriente por la cual en ciertas situaciones especiales puede originarse responsabilidad no obstante que el sujeto imputado haya actuado lícitamente, reflexión que está vinculada con

¹⁴ *Recomendación 4º*, loc. cit.

el requisito de los factores de atribución del deber de resarcir.

No parece menester abundar en comentarios respecto a la necesidad de la presencia del daño, dado que éste constituye, sin duda, un recaudo ineludible ya que sólo puede nacer responsabilidad cuando se haya producido un daño, que deba ser reparado.

Como expresa en una certera apreciación López Olaciregui: "La idea básica, expuesta en pocos renglones, es la siguiente: la teoría del responder no es en realidad la teoría del acto ilícito, sino la del acto dañoso, o —si se quiere— la teoría del daño civil"¹⁵.

Cabe agregar algunas expresiones de Mosset Iturraspe, quien afirma: "El daño es el presupuesto central de la responsabilidad civil; . . . La acción antijurídica imputable no es punible si no ocasiona un daño"¹⁶.

Todo esto se aúna para la correcta interpretación de nuestra legislación, donde no cabe olvidar que el artículo 1067 comienza con esta frase: "No habrá acto ilícito punible a los efectos de este Código si no hubiese daño causado u otro acto exterior que lo pueda causar. . .", a lo que sigue una mención a que también debe haber obrado el agente con dolo o culpa, período que comentaremos en relación con los factores de atribución de obligaciones resarcitorias.

En cuanto al requisito de la causalidad, se concentra en nuestro caso en que los daños hayan sido originados por los productos elaborados, sean cuales fuesen los defectos que los afecten.

En nada incide, respecto al derecho de la víctima a la reparación de sus perjuicios, que la causa de los mismos se haya originado directamente en la elaboración o provenga de algunas de las etapas posteriores de comercialización que antes mencionamos.

¹⁵ J. M. LÓPEZ OLACIREGUI, *Esencia y fundamento de la responsabilidad civil*, "Revista del Derecho Comercial y de las Obligaciones", Depalma, Buenos Aires, 1978, año XI, p. 941.

¹⁶ J. MOSSET ITURRASPE, *Responsabilidad por daños*, Ediar, Buenos Aires, 1971, T. I, p. 139.

Especial relación con este aspecto reviste la consideración de los sujetos responsables y de las acciones de repetición que puedan trabarse entre ellos, tema sobre el cual efectuaremos algunos comentarios al analizarlo específicamente¹⁷.

Esto permite apreciar una vez más el contenido unitario del tema.

El último de los presupuestos establecidos en las Jornadas de Rosario es que haya un factor de atribución de responsabilidad.

En este sector se plantean algunos de los debates más intensos en la doctrina nacional y extranjera.

Como es sabido, la culpa, tomada en un sentido amplio que incluye el dolo, ha sido el factor de atribución clásico y frente a él, para resolver situaciones donde la exclusiva presencia de aquélla conduciría a soluciones injustas, se han formado nuevas corrientes que han abierto campo a la consideración de otros factores como el riesgo y la garantía.

Se ha englobado a estos casos en que, sin culpa, se imponen obligaciones resarcitorias, en la denominación genérica de sistema de responsabilidad objetiva.

No es del caso analizar si la opción por el riesgo convierte en objetiva la responsabilidad, ya que, en definitiva, se ha dicho, que hay una ponderación de la conducta del sujeto a cuyo cargo se impone el deber de reparar¹⁸.

Estimamos, por el contrario, que es pertinente señalar la idea esencial en que se basa cada una de las corrientes enfrentadas.

El sistema fundado en la culpa centra la atención, substancialmente, en el obrar del sujeto responsable y, debido a su dolo, negligencia o imprudencia, le exige que repare los daños que ocasione a otra persona.

El opuesto enfoca particularmente la situación de la

¹⁷ Más adelante, acápite IV de este trabajo.

¹⁸ J. MOSSET ITURRASPE, op. cit., T. I, p. 123; F. VIDELA ESCALADA, *La responsabilidad por el riesgo creado en Derecho Aeronáutico*, "Revista del Colegio de Abogados de la Ciudad de Buenos Aires", 1962, N° 2, p. 15.

víctima y procura facilitarle en la mayor medida posible la indemnización del daño efectivamente experimentado.

Este modo de pensar explica que, en determinadas circunstancias, se considere procedente el resarcimiento aunque no haya existido conducta reprochable de quien debe dicha indemnización.

El punto 5º de las Recomendaciones aprobadas en Rosario constituye un elemento muy valioso de interpretación, que puede tener aplicación en el caso de los productos elaborados.

En efecto, dicha recomendación expresa que: "La lesión a un interés ajeno, en ejercicio de una actividad lícita puede, excepcionalmente, engendrar responsabilidades".

El texto es sumamente orientador y permite interpretar constructivamente la línea de pensamiento de esta importante manifestación doctrinaria, línea de pensamiento que aparece confirmada por algunas de las conclusiones posteriores de las mismas Jornadas¹⁹.

Se mantiene vigente la posición clásica en materia de responsabilidad civil, pero, por claras razones de justicia, se prevé que, en circunstancias especiales, se reparen los daños aunque deba recurrirse, para ello, a otro factor de atribución de la obligación de resarcir.

Esta amplia comprensión de la necesaria elaboración de un sistema equitativo, que no deje sin protección a víctimas a quienes tampoco pueden formularse reproches en cuanto a su modo de obrar, es elemento clave para una correcta aplicación de la ley debidamente interpretada.

La confirmación del espíritu que informa la labor de los juristas que arribaron a estas conclusiones aparece reflejada en los puntos 8º, 9º y 10º de las recomendaciones.

El 8º reitera que: "El factor de atribución subjetiva, la culpabilidad, constituye la regla general de la responsabilidad civil".

El 9º que: "Existen además factores de atribución de

¹⁹ Recomendaciones... p. 50.

responsabilidad objetiva (sin culpa). Están especialmente previstos, dentro del sistema general, el riesgo y la garantía".

Y el 10º que: "En los hechos involuntarios, la atribución de la responsabilidad se funda en razones de equidad y solidaridad social".

Naturalmente, estas conclusiones abren un ancho campo favorable para la protección de los damnificados por causa de los productos elaborados. Merece destacarse la importancia que pueden revestir las figuras del riesgo y la garantía, que han sido utilizadas en numerosas oportunidades para resolver situaciones donde la posición clásica no hubiera sido apta para alcanzar una solución justa.

Cabe señalar que las Jornadas Nacionales de 1981, celebradas en La Plata, mantuvieron similar orientación²⁰.

Lo manifestaron claramente al tratar de la responsabilidad del fabricante frente al damnificado no contratante. El texto aprobado dice lo siguiente: "La responsabilidad del elaborador es extracontractual y se funda en el artículo 1109 del Código Civil. La culpa del elaborador surge *in re ipsa* de la existencia del vicio".

Pero, por otra parte, las mismas Jornadas de La Plata abrieron amplias posibilidades para la realización de una interpretación que tuviese en cuenta a los diversos factores de imputación de responsabilidad, al tratar de las obligaciones resarcitorias del vendedor fabricante frente al comprador perjudicado.

En este tema, se decidió que: "El fabricante asume frente al adquirente un deber de seguridad por los daños que el producto pueda causar. Esta obligación de garantía emana de los artículos 1198, 512 y 901 del Código Civil. En consecuencia puede optar por la vía extracontractual, en el caso en que, por el artículo 1107 del Código Civil, se abra tal vía".

En síntesis, estimamos, como resumen de lo expuesto, que aun cuando en nuestra legislación positiva no se en-

²⁰ Recomendaciones..., pp. 70/71.

cuentren preceptos que conformen una solución orgánica para el problema que específicamente consideramos, la interpretación amplia y constructiva de sus disposiciones permite encontrar soluciones adecuadas, que satisfagan las exigencias de justicia y otorguen la debida protección a quienes resulten víctimas de daños originados por los productos elaborados.

Merece destacarse que la labor científica de nuestros juristas, concretada tanto en fallos jurisprudenciales como en trabajos doctrinarios y especialmente en las conclusiones y recomendaciones de las Jornadas Nacionales de Derecho Civil, constituye una base muy sólida para apoyar en ella el trabajo de tipo hermenéutico apto para aplicar disposiciones generales a un fenómeno tan particular y propio del tiempo actual como la reparación de perjuicios originados en nuevos sistemas de producción y circulación masiva de mercaderías.

Esto no significa que consideremos suficiente este modo de resolver las situaciones que se plantean en este ámbito. De ahí que juzguemos conveniente sancionar una legislación específica destinada a reglar este tipo de responsabilidad.

III. LA NOCIÓN DEL PRODUCTO ELABORADO

En la consideración de algunos aspectos generales, que es imprescindible precisar, estimamos que la noción misma del producto elaborado debe ser tratada en primer término, ya que, en definitiva, fija el marco dentro del cual queda situado nuestro tema.

Por razones lógicas, resulta de utilidad comenzar por un concepto genérico de "producto", al cual se le debe agregar, posteriormente, la diferencia específica correspondiente al calificativo "elaborado".

Utilizamos, a tal fin, el contenido del artículo segundo de la Directiva de la Comunidad Económica Europea, que

tiene como antecedente valioso el Proyecto de Convención Europea sobre "Responsabilidad por causa de productos en caso de muerte o lesiones corporales".

En este último, se lo describió del modo siguiente: a) el término producto designa a todo mueble, natural o industrial, sea bruto o manufacturado, aun si está incorporado a otro mueble o aun inmueble ²¹.

La Directiva de 1985, en su versión definitiva, incluye en el concepto a cualquier cosa mueble, comprendida la electricidad, y sólo excluye a las materias primas agrícolas y los frutos de la pesca y de la caza, salvo que hayan sido manufacturados para su comercialización ²².

En cuanto al producto elaborado, que constituye la materia de esta investigación, optamos por reproducir textualmente la definición del jurista argentino Juan José Casiello, quien expresa que: "Entendemos por 'producto elaborado' un sinnúmero de cosas (en el sentido del artículo 2311 del Cód. Civil) de la más variada índole o naturaleza, con la única característica común de que son el resultado de un proceso fabril, realizado, por lo general, bajo la forma de empresa. Son los productos que salen de las fábricas destinados ya a ser consumidos en forma directa por el público, ya a servir de instrumento para la fabricación de otros bienes, pues también las máquinas o herramientas en general deben ser consideradas como productos elaborados a los fines de este discurrir sobre la responsabilidad civil" ²³.

Interesa, desde el punto de vista de la protección del público consumidor, también el concepto genérico de producto, cuya consideración hemos tomado como punto de partida, pero debemos ceñirnos al referido a los ya elaborados, por cuanto la responsabilidad que estudiamos se refiere específicamente a ellos.

Precisamente, por tratarse de un tema de responsabili-

²¹ *Recherches...* p. 427.

²² M. CERVIÑO GARCÍA, op. cit., p. 23.

²³ J. J. CASIELLO, *Responsabilidad civil por los productos elaborados*, "La Ley", 1981-D, p. 1192.

dad, creemos conveniente recoger algunas de las expresiones de los juristas que participaron en el Coloquio celebrado en París en 1975, que se concretaron en el antes mencionado proyecto.

Dejamos de lado el inciso b), que hemos de tomar en consideración al referirnos a los sujetos responsables y nos concretamos a aquéllos directamente vinculados con aspectos relativos al resarcimiento de los daños.

En ese texto, el inciso c) refleja una nota fundamental: el producto puede causar daños cuando presenta un defecto y, por ello, se precisa en qué condiciones se debe entender que resulta "defectuoso".

Dice el citado inciso: "El producto presenta un 'defecto' cuando no ofrece la seguridad que legítimamente puede esperarse, habida cuenta de las circunstancias, inclusive la presentación del producto"²⁴.

Es muy explicable que se haya incluido un precepto de esta índole, ya que la indemnización sólo puede darse cuando el producto tiene fallas susceptibles de causar perjuicio, bien sea por tener carácter dañoso o bien por no cumplir un efecto benéfico que cabía esperar conforme a las especificaciones del mismo.

También merece señalarse que sólo puede haber responsabilidad cuando el producto ha sido puesto en circulación, circunstancia que el Proyecto estableció que tiene lugar cuando el fabricante lo ha entregado a otra persona, consumidor o intermediario, distribuidor, transportista, comerciante mayorista o minorista, etc.²⁵.

Es evidente que nuestra legislación positiva no contiene conceptos como los que antes glosamos, pero también es cierto que éstos caben perfectamente en las normas vigentes.

²⁴ *Recherches...*, p. 427.

²⁵ *Recherches...*, p. 427, inc. d).

IV. LOS SUJETOS DE LA RELACIÓN RESARCITORIA

Aclarada la noción de producto elaborado, es decir, fijado el contenido del objeto potencialmente susceptible de causar daño, creemos oportuno tratar de los sujetos de la relación resarcitoria, tanto los que deben asumir la responsabilidad, como los damnificados, que deben ser indemnizados por los perjuicios experimentados.

Naturalmente, el sujeto ordinariamente responsable es el fabricante, y a él hemos de referirnos en particular, pero, como antes lo señalamos, hay otras personas que desarrollan su actividad dentro del tráfico industrial y comercial, que pueden ser deudores de indemnizaciones por daños originados por productos elaborados.

Entre ellos, se puede mencionar a los proveedores de materias primas y de maquinarias y herramientas que han de ser empleadas por el fabricante, a los distribuidores, a quienes se encargan del almacenaje de la producción, a los transportistas y a los comerciantes, tanto al por mayor como minoristas.

Antes de analizar brevemente la situación y las características de la responsabilidad que, por su posición en la cadena de producción y distribución puede corresponderles, es interesante señalar la noción de productor que se dio en el Proyecto de Convención para la Comunidad Económica Europea en 1975, que resulta, en buena medida, demasiado restrictiva.

Dice el inciso b) del artículo 2 del Proyecto: "el término 'productor' designa a los fabricantes de productos terminados o de partes componentes y a los productores de productos naturales"²⁶.

Si excluimos a estos últimos, ya que no proveen productos elaborados según el concepto antes enunciado, es fácil advertir que hay prácticamente una sinonimia entre los tér-

²⁶ *Recherches...*, p. 427.

minos productor y fabricante, ya que se comprende en éste, tanto a quien elabora el todo como a quien lo hace sólo en una parte.

El modo de pensar que informa a este texto ha dado lugar a que, inclusive, se establezca una especie de acercamiento entre la responsabilidad del fabricante y la que nace de los daños provocados por los productos elaborados.

Hemos expresado que no hay paridad entre ambos campos del fenómeno resarcitorio, pero es evidente que el fabricante es la figura central en el conjunto de los sujetos eventualmente responsables.

Procedemos, por consiguiente, a determinar qué debe entenderse por fabricante.

La Directiva de 1985 para la misma Comunidad expresa que fabricante es quien elabora un producto y lo considera tal desde el momento en que lo coloca en los canales de distribución²⁷.

De este modo, el producto se encuentra en condiciones de llegar al mercado y ser adquirido por los consumidores, con la eventualidad potencial de producir un daño de cualquier índole.

Merece comentarse que si bien es cierto que la Directiva ha tenido en mira fundamentalmente a las grandes empresas con capacidad para la producción en serie, sus disposiciones, de acuerdo con lo antes expresado, no excluyen a productores de menor volumen.

Inclusive, de ese precepto resulta, de acuerdo con una interpretación razonable, que también el creador o elaborador de un producto artesanal o artístico, que lógicamente no se realiza en grandes cantidades, cuando éste causa perjuicio está comprendido en el sistema de la responsabilidad que tratamos²⁸.

Entre nosotros, Kelly, para definir al fabricante, dice que lo es: "quien elabora un producto, es decir, quien partiendo de materia prima o componentes que adquiere, trans-

²⁷ M. CERVIÑO GARCÍA, op. cit., pp. 20/21.

²⁸ M. CERVIÑO GARCÍA, op. cit., p. 21.

forma dicha materia, o arma los componentes, o los transforma, de modo tal que dicha actividad resulta un producto que puede ser puesto en el comercio"²⁹.

De estas expresiones, coincidentes en sus lineamientos básicos, se pueden extraer algunos elementos esenciales.

Caben en efecto, en la noción de fabricante, las grandes industrias, en las que intervienen cantidades importantes de personal, en sectores técnicamente organizados con un elevado índice de racionalización, con importantes equipamientos técnicos y mecánicos para transformar diversas materias primas y también caben quienes en reducidos grupos humanos y aun individualmente elaboran, sobre la base de su habilidad personal, cualesquiera clases de productos que llegarían a consumidores y por los cuales, en caso de que éstos sufran daños, aquéllos deberán responder.

Sin duda los problemas más agudos se plantean en relación con la fabricación en gran escala, donde se manifiestan principalmente los aspectos sociales vinculados con la protección del consumidor, pero ello no significa negar que también la producción individual puede dar lugar a resarcimiento de daños susceptibles de revestir importancia y cuya reparación, por otra parte, cualquiera sea su envergadura, resulta una exigencia de justicia.

El fabricante es por ello, en definitiva, una figura de particular relevancia en la consideración de un enfoque jurídico, ya que siempre tiene la participación que deriva de ser quien pone en el comercio, y por lo tanto, al alcance del público, un producto que puede ser dañoso.

En caso de abonar indemnizaciones con motivo del perjuicio ocasionado por causas ajenas a su actividad propia y derivadas de las de otras personas, tendrá derecho a repetir de éstas lo que hubiera debido pagar al damnificado.

De los demás sujetos responsables, quien más se le aproxima en cuanto a su situación jurídica frente a los con-

²⁹ J. A. KELLY, op. cit., p. 148.

sumidores es el proveedor de partes o componentes, que aquél emplea para la elaboración de su producto ³⁰.

En rigor, también estamos aquí en presencia de un fabricante: en lugar de elaborar un producto terminado, que llegará a manos de los consumidores, fabrica elementos que se integran en un todo, distinto de cada una de sus piezas y que es, precisamente, el producto concluido.

El tema de su responsabilidad se plantea cuando, a raíz de un defecto de uno de los componentes que integran el producto definitivo, éste mismo resulta defectuoso y no cumple la finalidad para la cual estaba destinado.

El damnificado cuenta, en este caso, con dos acciones, cualquiera de las cuales puede ser intentada, pero lo ordinario es que la dirija contra el fabricante del producto final, ya que difícilmente pueda conocer dónde se originó el defecto y, aun conociéndolo, no le será fácil demostrar que la falla del todo proviene de una parte individualizable.

Pero esto no restringe su facultad de demandar si está en condiciones de demostrar la realidad de las circunstancias.

Ordinariamente, se parte de la base de que el fabricante es más solvente y, sin duda, es mucho más simple dirigirse contra él, ya que el producto refleja su actividad y al haberlo puesto al alcance del público en general, aparece como el responsable directo.

De ahí la importancia de las acciones de repetición a que antes hicimos referencia.

En un terreno cercano, se encuentra la situación de los proveedores de maquinarias y herramientas que el fabricante utiliza para la elaboración del producto y que, por presentar deficiencias, lo hacen susceptible de causar daños por fallas que son consecuencia de las que afectan al buen funcionamiento de dichas maquinarias o herramientas.

Por su actividad específica, el fabricante está, generalmente, en condiciones de apreciar la calidad del equipamiento técnico que emplea y si no aprecia sus condiciones

³⁰ J. A. KELLY, op. cit., p. 158.

negativas puede ser acusado de impericia o negligencia con las naturales consecuencias que de ello se derivan y hacen nacer sus obligaciones resarcitorias hacia las víctimas.

La aplicación de este razonamiento facilita, sin duda, la promoción de acciones de responsabilidad de los consumidores contra el fabricante, pero no te quita a éste el derecho de repetir los pagos efectuados en concepto de indemnización si demuestra el funcionamiento defectuoso o la mala calidad de los elementos técnicos que utilizó confiando en la bondad de los mismos y la garantía que pudo razonablemente suponer que ofrecían quienes se los entregaron ³¹.

Los proveedores de materias primas tienen, en general, una situación distinta de las que precedentemente hemos analizado, ya que, en principio, sólo deben responder si ha existido culpa de su parte.

Esto deriva de entenderse que el productor de materias primas no está obligado a dar seguridad sobre su calidad por las dificultades que se le plantean para conocer las fallas de aquéllas que sólo se hacen presentes cuando son sometidas a la actividad que las transforma mediante su elaboración industrial.

Sin embargo, en algunos casos es justo que asuman obligaciones resarcitorias. Ello ocurre, por ejemplo, cuando han utilizado elementos químicos o de otra índole en su explotación y como resultado de ese empleo sus productos han quedado contaminados y son susceptibles de provocar daños.

Por ejemplo, quien ha empleado herbicidas o pesticidas para mejorar el rendimiento de producción de cereales destinados a convertirse en sustancias alimenticias y de ello deriva la circunstancia antes señalada, debe responder hacia los damnificados, o hacia el fabricante que repite una indemnización abonada a las víctimas.

Este es uno de los supuestos en que interesa la sim-

³¹ J. A. KELLY, op. cit., p. 162.

ple noción de producto, que anteriormente hemos formulado como antecedente y término de comparación con la de producto elaborado.

La situación de los distribuidores merece un breve comentario.

En principio, no participan en la elaboración, y por consiguiente, su situación difiere de la de los fabricantes, pero su tarea debe contribuir a mantener el producto en las mismas condiciones en que salió de la fábrica ya que si no la realiza debidamente puede producir un deterioro de aquél por su obrar negligente o inadecuado.

En esta hipótesis, es evidente que debe responder, pero también lo es que el consumidor damnificado difícilmente puede conocer las modalidades de su intervención, las funciones concretas que se comprometió a realizar y el modo en que efectivamente las ejecutó. De ahí que no sea probable que responda directamente sino que, en su caso, lo hará por la vía indirecta de una acción de repetición.

No se puede excluir de esta nómina de eventuales responsables a quienes reciben productos elaborados y los almacenan durante cierto lapso hasta que son entregados a distribuidores o comerciantes para su posterior consumo por el público.

Estas personas revisten calidad de depositarios, que contratan con los productores o distribuidores y asumen frente a ellos las obligaciones propias de ese carácter.

Desde este punto de vista, se trata de una relación contractual a la que son ajenos los consumidores y las obligaciones y responsabilidades se traban exclusivamente entre las partes contratantes.

Pero, por lo demás, si no cumplen adecuadamente su función de guardar las mercaderías en buenas condiciones pueden producirse deterioros en ellas que afecten su calidad para el consumo o les hagan perder sus propiedades específicas.

Es evidente que, en tales casos, si por ello se produjeran daños a quienes adquieran los productos para darles la

finalidad para la cual fueron elaborados, los titulares de los locales donde fueron almacenados tienen responsabilidad por el perjuicio causado.

Sin embargo, también en este supuesto, es normal que los damnificados no accionen contra ellos, por la dificultad que se les presenta para determinar en qué circunstancias se originó el defecto que produjo el daño e, inclusive, en algunos casos, para individualizarlos. De ahí que el reclamo generalmente se haga a los fabricantes y que éstos accionen posteriormente contra los titulares de los locales de almacenamiento.

Muy semejante es la situación de los transportistas, vinculados a los fabricantes o distribuidores por una relación contractual que desde la antigüedad fue regulada juntamente con el depósito, cuyas reglas sirvieron de base para las disposiciones referidas a los porteadores e, inclusive, a los capitanes de buques.

También ellos pueden ser responsables ante los damnificados si las mercaderías que trasladan resultan afectadas durante el desarrollo del transporte, pero las mismas circunstancias antes reseñadas tornan de dificultoso éxito el reclamo de aquellos, que han de preferir demandar a quienes elaboraron los productos.

En general, por consiguiente, sólo resultarán ordinariamente alcanzados por las acciones de repetición.

Respecto a los comerciantes, es necesario distinguir entre los mayoristas y los minoristas. Estos son los que, en definitiva, venden los productos a los consumidores damnificados y, por consiguiente, tienen con ellos una relación directa nacida del contrato de compra y venta celebrado, que no existe en el caso de quienes operan al por mayor.

En realidad, la situación de los últimos es muy similar a la de los distribuidores, ya que, como éstos, reciben productos en cuya elaboración no han intervenido y los hacen llegar posteriormente a los comercios encargados de venderlos a los consumidores.

Debido a que los adquirentes no conocen, ordinariamente, a los mayoristas, acudirán con sus reclamos al comerciante a quien compraron la mercadería, o, en su defecto, al fabricante, cuyas señas aparecen en los envases de esos objetos.

Por no haber relación directa con el elaborador, en éste último caso, la víctima debería invocar la responsabilidad extracontractual, mientras que, por el contrario, si se dirigiera contra el comerciante, lo haría sobre la base del contrato celebrado con él.

El funcionamiento de las responsabilidades diferirá sensiblemente en uno y otro supuesto.

Si el consumidor damnificado opta por la vía contractual y el minorista debe indemnizarlo, éste podrá repetir del comerciante al por mayor que le proveyó la mercancía, fundado en el contrato celebrado entre ellos, si puede probar su culpa, o bien del fabricante que, en último término, aparece como quien asume una garantía por el producto que elaboró y puso en circulación.

A su vez, si la víctima decidiera demandar directamente al elaborador del producto, éste contaría con la posibilidad de resarcirse de lo que deba pagarle mediante las pertinentes acciones de repetición contra cualquiera de los intervinientes en el proceso de comercialización que haya incurrido en conducta culposa y haya sido causante del defecto que afectó al producto fabricado por aquél.

El otro sujeto de la relación resarcitoria será en todos los casos un consumidor que haya experimentado daños por la falla de la mercancía que los causó.

También puede suceder que, en ciertas situaciones, terceros que no sean usuarios ni consumidores experimenten perjuicios debidos al defecto de fabricación de un producto.

Tales son los ejemplos que recoge Kelly de un peatón atropellado por un automóvil cuya dirección experimenta un desperfecto motivado por su deficiente fabricación o el de un invitado a presenciar una operación que sufre heri-

das debido a la rotura de un instrumento de cirugía defectuoso³².

Es evidente que si esas víctimas están en condiciones de probar la falla del elaborador tienen acción para demandarlo, sin que ello signifique que no puedan hacerlo contra el conductor (guardián) del vehículo o contra el médico que utilizaba el instrumento o el establecimiento asistencial donde se practicaba la intervención quirúrgica.

Son supuestos excepcionales, pero que resulta conveniente tomar en consideración, ya que, en definitiva, se trata de daños causados por productos elaborados y, por consiguiente, entran en el ámbito de esta investigación.

Pero, reiteramos que son casos poco frecuentes y que por regla general la víctima es un usuario o consumidor.

Por cierto que dada la gran cantidad de personas que revisten estas calidades, el ámbito de los damnificados normales es sumamente amplio y se hace difícil procurar efectuar algún tipo de calificación entre ellos.

Precisamente, por las reiteradas ocasiones en que resultan damnificados, los usuarios y consumidores, englobados generalmente en esta última denominación, se han agrupado y formado instituciones destinadas a otorgarles una mejor protección³³.

Inclusive, por la posición que revisten de partes débiles en las relaciones con los fabricantes y demás integrantes de la cadena de comercialización, han impulsado, muchas veces a través de esas organizaciones, la sanción en diversos países de normas que han llegado a constituir un sistema orgánico de protección del consumidor y hasta hay quien directamente lo califica como un verdadero derecho del consumidor.

³² J. A. KELLY, op. cit., p. 196.

³³ En el punto I, Introducción, de este trabajo hay comentarios referidos a este tema.

V. ESPECIES DE RESPONSABILIDAD

Diseñado el concepto de producto elaborado y determinado el espectro de los sujetos intervinientes en la relación resarcitoria, tanto responsables como titulares de las acciones de indemnización, nos referiremos brevemente a diversas especies de responsabilidad civil que surgen, según la situación de hecho y la vinculación jurídica que les corresponda a aquéllos.

Sin perjuicio de nuestra opinión favorable a la unidad del fenómeno resarcitorio, para una sistematización más adecuada, resulta conveniente separar, por una parte los supuestos de responsabilidad contractual y extracontractual y, por otra, considerar lo atinente a los factores de atribución de la obligación de indemnizar, tanto en uno como en otro supuesto.

a) *Responsabilidad contractual*

Esta responsabilidad tiene lugar cuando se establece una relación directa entre el elaborador y el damnificado, que adquiere el producto sin la intervención de otros sujetos.

A esta hipótesis, sumamente clara, corresponde agregar otra, que ha sido mencionada por quienes sostienen que la garantía que debe el fabricante vendedor al adquirente del producto dañoso, que lo ha comprado a un comerciante de plaza, reviste también calidad contractual.

Para los partidarios de esta corriente, ese comprador está facultado para demandar directamente al fabricante sobre la base de una relación convencional, que se mantendría a través de los sucesivos contratos que se juzgarían celebrados entre todos los integrantes de la cadena de comercialización hasta llegar a la víctima.

Hemos de volver más adelante sobre este supuesto, pero desde ahora deseamos recordar que el criterio fue aplicado

en un interesante fallo jurisprudencial dictado por la Cámara Comercial de la Capital³⁴.

Formulado este comentario, trataremos del caso típico de responsabilidad contractual.

Las dos figuras que pueden ser utilizadas en la adquisición directa del damnificado al elaborador son la compra y venta y la locación de obra.

Esta última se presenta en el caso en que la víctima encomienda la fabricación de determinado producto a una persona que acepta realizar la obra encomendada.

Más frecuente es el caso de la compra y venta, razón por la cual es lógico centrar la atención sobre esta especie contractual de tan amplio campo en toda comunidad organizada, aun en los regímenes socialistas.

En general, es difícil encontrar en los Códigos Civiles preceptos específicamente referidos al tema que nos ocupa, como lo anticipamos al comentar la legislación sobre la responsabilidad civil.

Esto es válido para el nuestro como para todos aquellos que, por la época en que fueron sancionados, no pudieron tomar en consideración el problema de los daños causados por los productos elaborados, especialmente, los fabricados en serie y destinados al consumo masivo.

En el Título III de la Sección Tercera del Libro Segundo de la obra de Vélez Sarsfield, en el que trata de la compra y venta, encontramos dos vías aptas para enmarcar esta situación: las normas sobre vicios redhibitorios y el artículo 1426, referido a la facultad que tiene el adquirente de negarse a recibir la cosa comprada cuando ésta no se adecua a lo convenido.

Comenzamos por el análisis de la norma citada en último término, que dice: "El comprador puede rehusar el pago del precio si el vendedor no le entregase exactamente lo que expresa el contrato. Puede también rehusar el pago del precio si el vendedor quisiese entregar la cosa vendida

³⁴ "Rincón de Ávila S. C. A., c/Cooper. Argentina S. A.", "La Ley", 1986-C, p. 2.

sin sus dependencias o accesorios, o cosas de especie o calidad diversa de la del contrato; o si quisiese entregar la cantidad de cosas vendidas por partes, y no por junto como se hubiese contratado”.

La terminología del precepto transcripto es muy clara en el sentido de mostrar que nos hallamos frente a una norma de carácter preventivo, pero que no cubre lo atinente al resarcimiento de los perjuicios que se produjeran luego de la entrega de la cosa.

Y ésta es, precisamente, la situación que corresponde remediar cuando el producto elaborado ha sido recibido por el comprador y le ha causado daños por haber resultado defectuoso y no cumplir las finalidades tenidas en mira en la celebración del contrato.

Es evidente, por lo tanto, que la aplicación del artículo 1426 no aporta solución alguna en este tema, ya que no complementa las disposiciones incluidas en materia de responsabilidad en general.

Descartada esta posibilidad, corresponde estudiar la garantía por vicios redhibitorios.

Desde ahora, se debe señalar que la falla de los productos elaborados que ocasionan daños cabe en la definición del artículo 2164.

En efecto, se trata de vicios ocultos, anteriores a la adquisición por título oneroso, que los tornan impropios para su destino.

Sin embargo, a pesar de tratarse de la misma situación que padece quien sufre un daño causado por una mercadería de esa especie, las reglas relativas a la garantía por este tipo de defectos no resultan satisfactorias para resolver la reparación de los perjuicios que experimenta el comprador.

En efecto, de las disposiciones del Código surge definitivamente que el vendedor en principio sólo deberá restituir el precio recibido cuando se lo demande por una acción redhibitoria o una parte del mismo si se utiliza la *quantum minoris*.

Únicamente deberá indemnizar los perjuicios ocasio-

nados en dos situaciones especiales, previstas en los términos del artículo 2176.

Este precepto expresa: “Si el vendedor conoce o debía conocer, por razón de su oficio o arte, los vicios o defectos ocultos de la cosa vendida, y no los manifestó al comprador, tendrá éste a más de las acciones de los artículos anteriores, el derecho a ser indemnizado de los daños y perjuicios sufridos si optare por la rescisión del contrato”.

De su contenido resulta que el enajenante deberá reparar los perjuicios sufridos por el adquirente cuando haya obrado de mala fe y cuando por su profesión debió conocer el defecto de la cosa.

Esta última situación es aplicable al fabricante ya que cabe presumir el debido conocimiento de las condiciones en que entrega los artículos producidos.

Sin embargo, en nuestra opinión, el régimen de la garantía por vicios redhibitorios no contempla adecuadamente la cuestión relativa a la responsabilidad del fabricante vendedor.

Esto no significa que las disposiciones legales que regulan este tema deban ser descartadas, ya que, sin duda, son de aplicación, como bien lo señalaron las VIII Jornadas Nacionales de Derecho Civil³⁵.

En el punto I, 2º) sobre aplicación de las normas relativas a los vicios redhibitorios expresaron: “En el caso que el damnificado ha optado por la resolución del contrato y el elaborador conocía o debía conocer en razón de su oficio o arte los vicios o defectos ocultos de la cosa vendida y no los manifestó al comprador, debe reparar los daños intrínsecos y extrínsecos que son consecuencia inmediata del defecto por aplicación del artículo 2176 del Código Civil”.

Admitida la vigencia y aplicabilidad de la norma citada, resulta necesario hacer algunas reflexiones preliminares antes de considerar los argumentos que sustentan dos posi-

³⁵ Recomendaciones... p. 7.

ciones opuestas en cuanto a la utilidad de recurrir a las normas sobre la garantía de redhibición.

En primer lugar, merece señalarse que sólo en el caso de haberse elegido promover una acción redhibitoria, es decir, intentar la resolución del contrato, que el Código denomina rescisión, podrá el damnificado obtener la reparación de los daños experimentados.

En segundo término, debe determinarse si la garantía comentada implica el resarcimiento integral de los daños o únicamente apunta a un restablecimiento en el equilibrio de las prestaciones, conforme a las características propias de los contratos onerosos.

Este último punto marca, precisamente, uno de los motivos substanciales de la controversia doctrinaria planteada.

Omitimos, por consiguiente, todo comentario sobre los casos en que se intenta la acción *quantum minoris*, ya que está expresamente excluida la posibilidad de obtener por ese medio una indemnización de los daños sufridos por el comprador.

En el otro supuesto, cuando se ha optado por la acción redhibitoria, es donde corresponde analizar el problema.

Autores muy valiosos piensan que, a través de esta vía y con la debida consideración de los preceptos que rigen la responsabilidad civil en general, resulta factible alcanzar ese resultado.

Por ejemplo, el maestro Llambías dice que: "el artículo 2176 aunque señala la rescisión como un presupuesto de la acción resarcitoria, no obliga a prescindir de los efectivos daños que hubiese sufrido el comprador, los que deberán serle resarcidos...", conforme a los términos del citado precepto legal ³⁶.

Agrega más adelante, que: "Cuando por un vicio de fábrica el comprador se perjudica, surge la responsabilidad del fabricante-vendedor, por la infracción a la obligación de resultado incumplida".

³⁶ J. J. LLAMBIÁS, *Daños causados por productos elaborados*, "La Ley", 1079-B, 1096, nota 18.

Y finaliza su comentario con estas expresiones: "Son las disposiciones de la responsabilidad ordinaria... las que obligan al deudor de esa obligación de resultado a indemnizar al acreedor los daños que el vicio de fábrica causó a éste" ³⁷.

En la misma línea de pensamiento, Casiello afirma "que está claro que el fabricante del producto elaborado debe 'conocer por razón de su oficio o arte, los vicios o defectos ocultos de la cosa vendida'... operando respecto de él plenamente, la presunción de mala fe que incluye el aludido precepto, y que es *juris et de jure*... Y así, por invocación del vicio redhibitorio, quien sufrió un daño por razón del uso del producto elaborado —aun en su persona o en sus otros bienes— podrá volverse contra el fabricante-vendedor reclamando la rescisión de la venta y la indemnización plena de los perjuicios sufridos" ³⁸.

Coincidimos enteramente con estas expresiones siempre y cuando sea posible proceder a la resolución del contrato, finalidad esencialmente perseguida por la acción redhibitoria, pero estimamos que hay casos en los cuales la solución carece de posibilidades de ser aplicada.

Creemos que sí ocurre cuando el producto elaborado ha sido consumido por el comprador y el daño recién se ha manifestado, precisamente, después de dicho consumo.

En tal supuesto, no sería factible el efecto propio de la resolución, consistente en dejar sin efecto el contrato y volver las cosas al estado que tenían antes de la celebración del acuerdo.

El caso de jurisprudencia antes mencionado, "Rincón de Ávila SCA c/Cooper. Argentina S.A.", fallado por la Cámara Comercial de la Capital ³⁹ puede servir de ejemplo en que se presentó la situación antes descripta.

En ese caso, la compra no fue directa al fabricante,

³⁷ J. J. LLAMBIÁS, op. cit., p. 1096, nota 19.

³⁸ J. J. CASIELLO, *Responsabilidad civil por los productos elaborados*, "La Ley", 1981-D, p. 1196.

³⁹ "La Ley", 1986-C, p. 2.

sino que se efectuó a una veterinaria, pero, de haberse adquirido la vacuna antiaftosa al elaborador, dado que la mortandad de vacunos que fueron inoculados con ella se produjo con posterioridad a la aplicación del producto, cuyos defectos determinaron que la hacienda no quedara inmunizada, no hubiese resultado viable la promoción de la acción redhibitoria.

Lo mismo ocurre siempre que se haya consumido la mercadería comprada y los daños sólo puedan apreciarse a posteriori.

Ello nos conduce a juzgar insuficiente el régimen referido a la garantía por vicios redhibitorios para satisfacer los justos reclamos de quienes han resultado damnificados y tienen derecho al resarcimiento.

Por esta razón juzgamos acertada la posición asumida por el Proyecto de Ley de Unificación de la Legislación Civil y Comercial al agregar al artículo 2176 un párrafo referido a esta responsabilidad, sin que este elogio signifique abrir juicio sobre la procedencia de la aplicación del artículo 1113⁴⁰.

Cabe recordar que, en Francia, cuyos artículos 1645 y 1646 son fuente del nuestro 2176, aún cuando no incluyen las expresiones de este último sobre el caso en que el vendedor en razón de su oficio o profesión debía conocer los vicios de la cosa, expresiones ponderables de nuestro codificador, se plantean serias cuestiones de interpretación, que promovieron, inclusive, decisiones de la Corte de Casación, recordadas por Henri Mazeaud en el relato introductorio de un importante coloquio sobre responsabilidad de los fabricantes y distribuidores realizado en París en 1975⁴¹.

En el mismo coloquio, Ghestin analizó las disposiciones de la legislación de su país y señaló cómo la jurisprudencia había debido, con el fin de otorgar una reparación equi-

⁴⁰ Dice el agregado al artículo 2176: "Cuando se trate de productos de consumo, se aplicará la imputación objetiva de responsabilidad del artículo 1113. Responderán concurrentemente el vendedor, el productor o fabricante, el importador, el mayorista, y quien haya puesto su marca en el producto, sin perjuicio de las acciones de regreso".

⁴¹ *Recherches...*, p. 5.

tativa a los compradores, asimilar la posición de los fabricantes a los vendedores de mala fe, arribando a una solución muy similar a la que Vélez Sarsfield plasmó en el artículo 2176⁴².

No hay duda, por consiguiente, de que el régimen de la garantía por vicios redhibitorios instituido por nuestro Código Civil muestra claras ventajas sobre el estructurado por su citada fuente, pero, no obstante, no alcanza a satisfacer todos los supuestos en que deben indemnizarse daños ocasionados por productos elaborados.

E, inclusive, quedan dudas respecto a cuales serían los daños que deberían ser indemnizados, ya que, en sí misma, la garantía por los vicios redhibitorios tiene una finalidad muy específica consistente en mantener el equilibrio entre las prestaciones recíprocamente prometidas por las partes en un contrato oneroso.

Diversas consideraciones de esta índole han motivado que en la doctrina nacional se hayan marcado posiciones tendientes a reforzar la protección de los damnificados mediante la imposición de una obligación implícita de seguridad a los fabricantes y elaboradores, como consecuencia de la particular posición en que se encuentran debido a que conocen o deben conocer, por su oficio o arte, los defectos de la cosa elaborada.

Estimamos que se trata de una tesis constructiva, que reviste gran utilidad para la solución de casos en los que la mencionada garantía no resultaría plenamente satisfactoria y sería susceptible de dejar insatisfechos reclamos ampliamente justificados.

No sólo en contratos destinados a proveer a los adquirentes de mercancías o productos tiene cabida la obligación de seguridad, sino que la misma es de singular importancia, por ejemplo en el ámbito del contrato de transporte, donde funciona como elemento substancial en la determi-

⁴² *Recherches...*, p. 42.

nación de las responsabilidades del transportista en caso de accidentes ⁴³.

Para la adaptación al caso del resarcimiento de los perjuicios ocasionados por los productos elaborados, cabe recurrir a diversos fundamentos apoyados en conceptos básicos del derecho de los contratos.

En tal sentido, se puede mencionar a la exigencia de la buena fe, a la obligación de reparar los daños causados por culpa del sujeto y a la aplicación de la causa o finalidad del acto.

Si se tiene en cuenta que el elaborador fabrica la mercancía que pone en circulación para que sea consumida por el público, el principio de la buena fe lo obliga a no colocar en el mercado cosas que puedan ser nocivas para las personas en sí mismas o para los bienes de propiedad de dichas personas o de los cuales éstas se sirven y que, además, cumplan los objetivos para los que los adquieren los clientes.

Esto determina que, al producir elementos que serán utilizados para fines específicos por sus compradores, contraiga frente a ellos una obligación de seguridad, que nace de su específica función que debe cumplir en la vida socio-económica.

Cabe aquí una referencia en cuanto a que, dadas las características de esa función, asume, como es ordinario en el tráfico, obligaciones de resultado. Si no se le exigiera la referida garantía, se convertiría injustificadamente a esa deuda en una simple obligación de medio, que no cabe en estas circunstancias.

También es pertinente observar que esa misma calidad de elaborador de elementos destinados al consumo de la población hace que su deber de seguridad se mantenga aún después de haber sido consumido su producto si éste daña o se demuestra defectuoso y no cumple la finalidad para la que fue fabricado.

No puede entenderse que sólo debe dar dicha garantía

⁴³ R. LÓPEZ CABANA y N. LLOVERAS, *La responsabilidad civil del industrial*, "El Derecho", 64, p. 559.

hasta que el producto sea entregado al adquirente, sino que es preciso que se extienda hasta que, luego de consumido o destinado a su finalidad propia, el producto demuestre su calidad.

De ahí que se haya dicho que la obligación de seguridad puede ser calificada de continua ⁴⁴.

Quizás el argumento del requisito de la buena fe en la formación y ejecución de los contratos constituya un fundamento demasiado general y, por ello, susceptible de ser considerado impreciso, pero resulta innegable que puede servir de base para la construcción relacionada con la obligación de seguridad impuesta al fabricante.

La obligación de reparar los daños causados por culpa del sujeto es un principio de carácter general, consagrado en nuestro Código Civil en el artículo 1109 en relación con la responsabilidad extracontractual y que, en el ámbito contractual, resulta de la aplicación de lo dispuesto en el artículo 512.

El funcionamiento del referido principio tiene lugar en todo el campo del fenómeno resarcitorio y provee un argumento más en favor de su unicidad, reiterada por la doctrina en múltiples oportunidades, entre ellas en las antes mencionadas Jornadas de Derecho Civil de Rosario de 1971.

En el supuesto que analizamos, es decir, en el caso de la adquisición directa del producto al fabricante, el tema se sitúa dentro del terreno contractual y es evidente que quien no entrega la cosa vendida con las características convenidas y las que expresa o implícitamente surjan de la naturaleza de aquélla, incurre en un incumplimiento derivado de su obrar culposos.

Los términos del artículo 512 del Código Civil no dejan duda al respecto, ya que es evidente que el elaborador incurre "en la omisión de aquellas diligencias que exigiere la naturaleza de la obligación".

Y aun aparece confirmada la procedencia de la reparación del daño por la calidad propia del fabricante, obligado

⁴⁴ J. A. KELLY, op. cit., p. 31.

por su profesión a conocer los defectos que pudieran afectar a la cosa vendida, lo cual cabe perfectamente en la referencia contenida en el mismo precepto legal en cuanto "a las circunstancias de las personas".

Cabe señalar que, entre nosotros, López Cabana y Lloveras, al estudiar el problema y con referencia específica a la magnitud del resarcimiento que corresponde al damnificado, confirman implícitamente la aplicación del principio que tratamos ⁴⁵.

Más aun, con una referencia a Pothier, aclaran que debe acordarse una indemnización comprensiva, al entender que debe incluir a todo daño "que afecta al contenido de la relación contractual, a todo lo que expresa o tácitamente forma parte de la trama obligacional del convenio, a todo lo que no está fuera de él" ⁴⁶.

Finalmente, la noción de la causa-fin del acto provee de un argumento de incuestionable valor, ya que cada una de las partes se ha obligado para obtener la ejecución de la prestación comprometida por su cocontratante y, al no hacer éste efectiva esa prestación, tiene derecho a ser resarcido de los perjuicios originados por el incumplimiento resultante del defecto del producto.

Es evidente que el consumidor que adquiere a un fabricante una mercadería para usarla o consumirla, si dicha cosa resulta viciosa o defectuosa y no apta para ese destino, no ha alcanzado la finalidad perseguida en el contrato y debe ser indemnizado de los perjuicios derivados de esa circunstancia.

Lógicamente esa reparación debe ajustarse a las normas legales que rigen el resarcimiento de los daños y cubrirlos integralmente, ya que no existe razón jurídica valedera para limitar su magnitud.

Esto demuestra que la aplicación de las normas que rigen la garantía por vicios redhibitorios puede servir como punto de partida y aun aportar soluciones útiles en algu-

⁴⁵ R. LÓPEZ CABANA y N. LLOVERAS, op. cit., "El Derecho", 64, p. 560.

⁴⁶ R. LÓPEZ CABANA y N. LLOVERAS, loc. cit.

nos casos especiales, pero es insuficiente en sí misma para resolver muchas de las cuestiones que se plantean en relación con los productos elaborados.

En rigor, cuando Kelly entiende que la aplicación de la teoría de la causa no es apta para solucionar las cuestiones de esta índole, lo dice dentro de la consideración del tema de los vicios redhibitorios, en la posición de algunos autores que fundan a esta garantía en la noción de la causa fin en los contratos ⁴⁷.

La noción de causa tiene un ámbito mucho más amplio y su aplicación resulta positiva para permitir obtener soluciones justas en el resarcimiento de los daños originados por los productos elaborados adquiridos a su fabricante, es decir, mediante un contrato de compra y venta o en los casos de locación de obra.

Como síntesis de las reflexiones relativas al supuesto de responsabilidad contractual, cabe, por consiguiente, afirmar que no resulta adecuada la aplicación del régimen de la garantía por defectos ocultos de la cosa adquirida, sino que ésta debe ser integrada en un cuadro general que comprenda las soluciones comentadas en relación con la buena fe, la vigencia de la obligación de seguridad —verdadera consecuencia de la obligación de resultado— y de una noción tan genérica y fundamental como la causa o finalidad del acto.

b) Responsabilidad extracontractual

En alguna manera es diferente la situación que se plantea cuando el consumidor del producto elaborado no está directamente vinculado con el fabricante sino que lo adquiere de otra persona, sin que ello afecte, como antes señalamos, la unicidad de la teoría general de la responsabilidad civil.

En efecto, en este supuesto el punto de partida radica en la ausencia de vinculación convencional entre el elabo-

⁴⁷ J. A. KELLY, op. cit., p. 34.

rador y el consumidor del producto, damnificado por algún defecto de éste.

En consecuencia, no se dan las consideraciones relativas a las normas aplicables en el caso de venta directa de la mercadería.

No obstante, la finalidad de agravar la responsabilidad para otorgar al damnificado una reparación más completa, ha hecho que autores destacados e inclusive nuestros Tribunales hayan procurado resolver las cuestiones sobre la base de las soluciones más favorables para quien sufrió los daños.

En tal sentido cabe recordar un fallo anteriormente mencionado que interpretó que, por una concatenación de relaciones contractuales, podía llegarse a una acción directa de la víctima frente al fabricante del producto⁴⁸.

Razonable es la intención de quienes se sitúan en esta posición, pero ofrece dificultad desarrollar ordenadamente una argumentación apta para sustentarla.

Por otra parte, creemos que las disposiciones legales referidas a la responsabilidad extracontractual son susceptibles de aplicación y permiten obtener soluciones equitativas, que ponderan debidamente la situación en que se encuentra el perjudicado.

La regla tradicional en este terreno es el artículo 1109 del Código Civil, vale decir, el precepto que dispone que toda persona que por su culpa o negligencia causa daño a otro está obligada a reparar ese perjuicio.

Conocida es la fuente que inspiró al codificador para establecer esta regla inatacable desde el punto de vista de la justicia: se trata de los artículos 1382 y 1383 del Código francés, que dicen que todo hecho que haya dañado a otro por culpa de su autor, obliga a éste a reparar el perjuicio ocasionado y que no se responde sólo por la realización de un hecho de esas características sino también por la negligencia o imprudencia del agente.

⁴⁸ "Rincón de Ávila S.C.A. c/Cooper. Argentina S.A.", "La Ley" 1986-C, p. 2.

La solución del artículo 1109, es, sin duda, inatacable, responde a los principios básicos de la teoría de la responsabilidad civil y no ha sido cuestionado.

Cuando algunos autores optan por apartarse de sus lineamientos, ello se debe a que, en ciertos casos, puede hacerse dificultosa y en ocasiones imposible la prueba de los recaudos exigidos por el precepto.

Así como en el ámbito contractual, el incumplimiento del obligado permite presumir su culpa y a él le toca demostrar que hubo alguna causal de exoneración que lo justifique, en el extracontractual el principio general determina que la culpa no se presume o, dicho en otros términos, que se hace necesaria la prueba de la negligencia o imprudencia invocadas por el damnificado.

La indemnización que debería acordarse a la víctima depende, en definitiva, de la mayor o menor dificultad para demostrar las circunstancias mencionadas.

En un análisis más directamente dedicado a los factores de atribución de las obligaciones resarcitorias, cabe estudiar la razonabilidad de esta objeción y las respuestas que pueden encontrarse a ellas, de modo que nos ceñimos al breve comentario expuesto.

Dados los problemas que venimos de señalar, parte importante de la doctrina entiende que, para lograr una mejor protección del consumidor, puede resolverse la cuestión sobre la base de lo establecido en el artículo 1113.

Aun cuando la solución propuesta en el Proyecto de Ley de Unificación de la Legislación Civil y Comercial, al considerar que debe efectuarse una modificación al art. 2176 del Código Civil, se refiere a un supuesto situado en el ámbito contractual, no cabe silenciar que se inclina por la aplicación del artículo 1113⁴⁹.

Mayor justificación tiene una solución de esta índole con referencia al plano extracontractual.

Sin embargo, debemos anotar que también esta aplicación trae aparejados algunos problemas.

⁴⁹ El texto del agregado proyectado está transcrito en nuestra nota 40.

No cabe, en efecto, silenciar que el mencionado precepto legal dispone que la indemnización debe estar a cargo del dueño o guardián de la cosa que ocasionó el perjuicio.

Pero, en muchas situaciones ocurre que el fabricante no es ni dueño ni guardián del producto en cuestión.

De ahí que estimemos necesario meditar profundamente el tema para, por encima de soluciones aparentemente eficaces, obtener una protección que sea verdaderamente efectiva y, al mismo tiempo, responda a las exigencias de la equidad.

Con el fin de esclarecer en la medida de nuestras posibilidades la opción por el sistema más justo, creemos oportuno comparar las posiciones asumidas por nuestra doctrina en uno y otro sentido y formular la apreciación que nos merecen las tesis expuestas por algunos de los más caracterizados estudiosos del problema.

Es innegable que, a primera vista, la teoría objetiva parece responder mejor a los requerimientos de una facilitación equitativa de los recaudos a satisfacer por el damnificado para lograr la reparación que le corresponde.

Precisamente, la consideración de los derechos de las víctimas constituye el argumento sustancial de esa tesis: exige al damnificado de las dificultades de prueba antes mencionadas y, por ende, lo coloca en una situación más ventajosa para plantear su reclamo.

Como contrapartida, cabe reiterar lo antes expresado respecto a los problemas derivados del contenido del artículo 1113, al mencionar expresamente al dueño o guardián de la cosa y también la posición manifestada por parte de la doctrina en cuanto a la necesidad de complementar un sistema objetivo con una limitación o reducción de los montos de las indemnizaciones⁵⁰.

⁵⁰ Proyecto de Unificación de la Legislación Civil y Comercial, art. 1113; F. VIDELA ESCALADA, ponencia publicada en VII Jornadas de Derecho Civil, "La Ley", Buenos Aires, 1979, p. 152; R. LÓPEZ CABANA, *La atribución objetiva de responsabilidad con limitación indemnizatoria en la unificación del Derecho Privado*, "La Ley", 10 de junio de 1988.

López Cabana y Lloveras enfrentan esta dificultad con una seria consideración del problema, que se concreta en una interpretación bien elaborada, que los conduce a ampliar el sentido de las expresiones del artículo 1113.

Entienden que normalmente el dueño o guardián es quien ordinariamente origina el riesgo, sobre cuya base se establece su responsabilidad, pero sostienen que, además, se presentan situaciones en las cuales debe extenderse esa calidad a quienes hayan fabricado los productos o bien los hayan puesto al alcance del consumidor⁵¹.

R. y G. Stiglitz, por su parte, recurren a otra interpretación, también valiosa⁵².

Esa comprensión del contenido del precepto se apoya en los términos de la parte inicial de la disposición legal mencionada. De ahí extraen como conclusión que, entre las personas "que se sirven de las cosas", se encuentra comprendido el elaborador del producto, ya que al colocarlo en el mercado, logra un resultado patrimonial favorable.

En esta concepción, se recurre al riesgo-provecho para justificar la obligación de resarcir los daños experimentados por el consumidor.

No cabe negar la razonabilidad de estas construcciones doctrinarias, que tienden a evitar que los damnificados no reciban la protección que se les debe acordar por dificultades formales.

Pero, tampoco debe olvidarse que, por ser la culpa el factor normal de responsabilidad y aplicarse en casos excepcionales la responsabilidad objetiva, ésta debe ser, en la opinión de otras corrientes de pensamiento, limitada en su monto o restringida en sus consecuencias.

Así lo prevé, como dijimos, el Proyecto de Unificación de la Legislación Civil y Comercial, el cual dice: "...En los casos de atribución objetiva del deber de reparar el daño,

⁵¹ R. LÓPEZ CABANA y N. LLOVERAS, op. cit., p. 572.

⁵² R. y G. STIGLITZ, *Efectos de los contratos y responsabilidad del fabricante*, "La Ley", p. 7.

la indemnización se limitará a un equivalente a dos mil argentinos oro por cada damnificado directo...⁵³.

De este modo, se concretaría en un precepto legal la postura sostenida por algunos representantes de la doctrina nacional, quienes han desarrollado diversos argumentos en apoyo de ese criterio.

Pero estimamos que no resulta indispensable la opción por un factor objetivo de atribución de responsabilidad en el caso de los productos elaborados, ya que, dentro de la corriente tradicional, pueden encontrarse soluciones adecuadas.

Frente al innegable avance de la tesis favorable a la responsabilidad objetiva, merece, por ello, recordarse que hay voces autorizadas que manifiestan su oposición al aumento de las situaciones en que la misma deberá ser aplicada.

Al respecto, es significativo un interesante trabajo del Doctor Marco Aurelio Risolía, cuyo título define claramente la posición del autor: "Un peligroso avance de la responsabilidad objetiva"⁵⁴.

Como síntesis, transcribimos uno de sus párrafos: "Asignar responsabilidad sin culpa parece ser el criterio objetivo de la hora. Borrar la directa y ostensible imputación personal es algo que parece satisfacer el anhelo de pacífica convivencia, aunque se relegue de ese modo el premio debido a la virtud y se cargue con el peso de la culpa al inocente"⁵⁵.

En la misma línea de pensamiento favorable a la aplicación de la responsabilidad, se encuentra Llambías.

Para él: "El lanzamiento a la circulación de un producto con un vicio de fábrica que verosímilmente anticipa la futura causación de un daño, luego efectivamente realizado, constituye un acto de culpa que compromete a su

⁵³ Proyecto... art. 1113.

⁵⁴ M. A. RISOLÍA, *Un peligroso avance de la responsabilidad objetiva*, "Revista de la Universidad de Buenos Aires", publicación dispuesta en homenaje al Profesor Rafael Bielsa, V. IV, p. 325.

⁵⁵ M. A. RISOLÍA, op. cit., p. 329.

autor con arreglo a la pauta del artículo 1109. Por tanto, el damnificado por el vicio de fabricación de un producto elaborado tiene una acción extracontractual contra el fabricante que se apoya en la culpa del demandado"⁵⁶.

Estas señeras expresiones afirman claramente el carácter subjetivo de la responsabilidad extracontractual.

En esta concepción del recordado jurista cabe apreciar cómo se obvian las dificultades de prueba, tantas veces invocadas en apoyo de la imputación basada en factores de tipo objetivo.

Es evidente que el daño sufrido por la víctima demuestra el defecto del producto utilizado y obliga, por consiguiente, a la reparación de tal perjuicio.

Se atiende adecuadamente, de este modo, al resarcimiento del damnificado sin alterar los principios generales del sistema de responsabilidad civil, tal como los aprobaron las Quintas Jornadas de Rosario que declararon que la culpabilidad constituía la regla general de la responsabilidad civil⁵⁷.

Sassot, por su parte, coincide con esta posición y la complementa con una especial consideración del derecho del fabricante a demostrar que no obró con culpa.

Para fundamentar esta facultad del elaborador ha dicho: "Creemos que si la responsabilidad se funda en la culpa, ha de admitirse al responsable la prueba, nada fácil por cierto, como bien lo señala Bustamante Alsina, de su ausencia de culpa"⁵⁸.

Como cabe apreciar, son importantes las voces que sustentan la misma doctrina que informa a las Resoluciones de las Octavas Jornadas de Derecho Civil de La Plata, que trataron específicamente el tema que analizamos y a las cuales antes hicimos referencia⁵⁹.

⁵⁶ J. J. LLAMBIAS, op. cit., p. 1079.

⁵⁷ *Recomendaciones*... p. 50, punto 8º.

⁵⁸ R. A. SASSOT, *La vacunación antiaftosa obligatoria y la responsabilidad civil de vendedores y fabricantes*, "El Derecho", 120, p. 160.

⁵⁹ *Recomendaciones*... p. 70, punto II: "Responsabilidad del fabricante frente al damnificado no contratante. La responsabilidad del elaborador es ex-

Nuestro modo de pensar se encuentra enrolado en el mismo criterio.

Sin embargo, creemos oportuno hacer notar que, mediante la opción por un sistema de base objetiva o por la ponderación amplia de la culpa del fabricante, las dos corrientes apuntan a la protección de los consumidores.

Esto pone en evidencia la intención, plenamente justificada, de extender la defensa de quienes resultan víctimas de las fallas de las cosas que se ven precisados a adquirir en plaza para satisfacer necesidades propias de la organización social contemporánea.

tracontractual y se funda en el artículo 1109 del Código Civil. La culpa del elaborador surge *in re ipsa* de la existencia del vicio".

I N D I C E

<i>La responsabilidad por acto lícito dañoso (con especial referencia al estado de necesidad). Por Ernesto Nieto Blanc, Luis Francisco Bouzat y José Julián Carneiro</i>	13
Advertencia	15
Capítulo I: <i>Responsabilidad por acto lícito dañoso.</i> Por Ernesto Nieto Blanc y Luis Francisco Bouzat	17
Capítulo II: <i>Valoración de la conducta necesitada como acto lícito dañoso.</i> Por Ernesto Nieto Blanc y Luis Francisco Bouzat	39
Capítulo III: <i>El estado de necesidad.</i> Por José Julián Carneiro	55
<i>Legitimación para accionar en los casos de daños causados a las personas.</i> Por Félix Alberto Trigo Represas	71
<i>Daños causados a las cosas. Legitimación activa.</i> Por Marcelo Urbano Salerno	121
<i>Introducción al estudio de la Responsabilidad Civil por los daños causados por productos elaborados.</i> Por María Luisa Casas de Chamorro Vanasco	139

CONTENIDO

139	Introducción al estudio de la Responsabilidad Civil por los daños causados por productos defectivos. Por María Luisa Ferrer de Castiglione y María...
121	Daños causados a las cosas. Legislación actual. Por Marcelo Ferrer...
71	Los daños. Por Ferrer Alberto Jorge...
23	Capítulo III: El estudio de responsabilidad por José Julián Ferrer...
30	Capítulo II: Responsabilidad por daños. Por Ferrer...
17	Capítulo I: Responsabilidad por actos ilícitos. Por Ferrer...
15	Advertencias...
13	Los daños y José Julián Ferrer...

Se terminó de imprimir
en el mes de diciembre de 1991, en
GERMANO ARTES GRÁFICAS, S. R. L.,
Pedro Goyena 376/80, Buenos Aires.