



INSTITUTO DE DERECHO CIVIL

Director: Académico Doctor José W. Tobías

# ESTUDIOS SOBRE OBLIGACIONES Y RESPONSABILIDAD CIVIL EN HOMENAJE AL ACADÉMICO FÉLIX A. TRIGO REPRESAS

Compagnucci de Caso - Gagliardo - Salerno - Borda -  
Sánchez Herrero - Nicolau - Andruet (h) - Pizarro - Calvo  
Costa - Márquez - Cossari - Rivera - Leiva Fernández -  
Orelle - Galdós - Hariri - Cornet - Tinti - Marzorati - Etala  
- Cassagne - Bianchi - Luqui - Andrada - Boretto - Richard  
- Crovi - Manóvil - Cappagli - Aparicio - Sambrizzi - Wilde  
- Wierzba - Alferillo - Kemelmajer de Carlucci - Silvestre -  
Gebhardt - Saux - Tobías





INSTITUTO DE DERECHO CIVIL

Director: Académico Doctor José W. Tobías

# ESTUDIOS SOBRE OBLIGACIONES Y RESPONSABILIDAD CIVIL EN HOMENAJE AL ACADÉMICO FÉLIX A. TRIGO REPRESAS

Compagnucci de Caso - Gagliardo - Salerno - Borda - Sánchez  
Herrero - Nicolau - Andruet (h) - Pizarro - Calvo Costa -  
Márquez - Cossari - Rivera - Leiva Fernández - Orelle - Galdós  
- Hariri - Cornet - Tinti - Marzorati - Etala - Cassagne - Bianchi  
- Luqui - Andrada - Boretto - Richard - Crovi - Manóvil -  
Cappagli - Aparicio - Sambrizzi - Wilde - Wierzba - Alferillo -  
Kemelmajer de Carlucci - Silvestre - Gebhardt - Saux - Tobías

THOMSON REUTERS

**LA LEY**

*Las ideas que se exponen en los ANALES son de exclusiva responsabilidad de los autores y no reflejan necesariamente la opinión de la Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Buenos Aires.*

Tobías, José Washington

Estudios sobre obligaciones y responsabilidad civil en homenaje al académico Félix A. Trigo Represas / José Washington Tobías. - 1a ed. - Ciudad Autónoma de Buenos Aires : La Ley, 2022.

Libro digital, PDF

Archivo Digital: descarga y online

ISBN 978-987-03-4384-4

1. Derecho Civil. I. Título.

CDD 346.002

REGISTRO NACIONAL DE LA PROPIEDAD INTELECTUAL: EN TRÁMITE

---

IMPRESO EN LA ARGENTINA  
La Ley Sociedad Anónima  
Tucumán 1471  
C.P. 1050 AAC Ciudad Autónoma de Buenos Aires  
Argentina  
Tel.: (005411) 4378-4841

PUBLICACIONES DE LA  
ACADEMIA NACIONAL DE DERECHO Y  
CIENCIAS SOCIALES DE BUENOS AIRES

- *La Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Buenos Aires. Su creación.*
- *CENTENARIO 1908 - 7 de octubre - 2008.*
- *Homenaje al académico doctor Segundo V. Linares Quintana.*
- *Historia de la Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Buenos Aires.*

SERIE I - ANUARIOS

*Anales* - Primera época, N° 1 (1915) - Segunda época, N° 1 a 58.

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 y 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.
- 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.
- 24.- *Vida y testimonio de Félix Frías*, por Ambrosio Romero Carranza y Juan Isidro Quesada.
- 25.- *Victorino de la Plaza (1840 - 1919). Un eje institucional*, por Jorge M. Mayer.
- 26.- *Los posibles antídotos de la crisis*, por Jorge M. Mayer.
- 27.- *La incidencia de la reforma constitucional en las distintas ramas del derecho, XII Reunión Conjunta de las Academias Nacionales de Derecho y Ciencias Sociales de Córdoba y Buenos Aires.*
- 28.- *La jurisdicción extraterritorial y la Corte Penal Internacional*, por Alberto Luis Zuppi.

29.- *Condición jurídico-política de la Ciudad de Buenos Aires, XIV Reunión Conjunta de las Academias Nacionales de Derecho y Ciencias Sociales de Córdoba y Buenos Aires.*

30.- *El derecho de daños en el derecho público y en el derecho privado, XIV Reunión Conjunta de las Academias Nacionales de Derecho y Ciencias Sociales de Córdoba y Buenos Aires.*

31.- *El derecho de la salud, XVI Reunión Conjunta de las Academias Nacionales de Derecho y Ciencias Sociales de Córdoba y Buenos Aires.*

32.- *Atribuciones de los Superiores Tribunales de Provincia, por Aída R. Kemelmajer de Carlucci.*

33.- *¿Se ha convertido la Corte Interamericana de Derechos Humanos en una Cuarta Instancia?, XVIII Reunión Conjunta de las Academias Nacionales de Derecho y Ciencias Sociales de Córdoba y Buenos Aires.*

34.- *Protección jurídica del consumidor, XVIII Reunión Conjunta de las Academias Nacionales de Derecho y Ciencias Sociales de Córdoba y Buenos Aires.*

35.- *La desconstitucionalización del Presupuesto Nacional. ¿Es conveniente la sustitución del Código Civil? XX Reunión Conjunta de las Academias Nacionales de Derecho y Ciencias Sociales de Córdoba y Buenos Aires.*

### SERIE III - COMUNICACIONES

*Comunicaciones - Nº 1.*

### SERIE IV - INSTITUTO DE DERECHO CIVIL

- 1.— *Estudios sobre Derecho Civil.*
- 2.— *Proyecto de Unificación de la Legislación Civil y Comercial de la Nación.*
- 3.— *La reforma constitucional de 1994 y su incidencia en el Derecho Civil.*
- 4.— *Estudios sobre derecho ambiental.*
- 5.— *Estudios sobre daño moral.*
- 6.— *Estudios sobre el Proyecto de Código Civil de 1999.*
- 7.— *Nuevos estudios sobre el Proyecto de Código Civil de 1998.*
- 8.— *Estudios sobre las posibles implicancias de la ley de convertibilidad 23.928.*
- 9.— *Estudios sobre la “pesificación” y la emergencia económica.*
- 10.— *Los vicios de la voluntad.*
- 11.— *Los vicios de la voluntad. Parte II.*
- 12.— *Capacidad civil de las personas.*
- 13.— *Estudios sobre Derecho Sucesorio Hereditario.*
- 14.— *Sociedad Conyugal.*
- 15.— *Teoría y práctica de los contratos.*
- 16.— *Código Civil y Comercial.*
- 17.— *Aporte a las XXVI Jornadas Nacionales de Derecho Civil.*
- 18.— *Estudios de los Derechos Personalísimos.*
- 19.— *Estudios sobre Contratos en Homenaje al académico Jorge Horacio Alterini.*
- 20.— *Las nuevas tecnologías y el derecho.*
- 21.— *Estudios sobre Obligaciones y Responsabilidad Civil en homenaje al académico Félix A. Trigo Represas.*

### INSTITUTO DE DERECHO CIVIL SECCIÓN DERECHO DE FAMILIA Y BIODERECHO

- 1.— *Estudios de Derecho Civil.*
- 2.— *Estudios de Derecho Civil. Año 2018.*
- 3.— *Estudios de Derecho Civil. Año 2020.*

## INSTITUTO DE DERECHO INTERNACIONAL Y DE LA NAVEGACIÓN

- *Quebrantamiento de la limitación de responsabilidad. El derecho marítimo alemán.*
- *Los convenios para la promoción y protección recíproca de inversiones.*
- *La protesta previa en el transporte de mercaderías por vía aérea.*
- *El Tribunal Internacional del Derecho del Mar.*
- *Derecho Internacional.*
- *La Corte Penal Internacional y su competencia (genocidio, crímenes de lesa humanidad, de guerra y de agresión).*
- *El derecho internacional privado en la Ley de la Navegación argentina.*

## INSTITUTO DE DERECHO INTERNACIONAL PÚBLICO

- *Cooperación en la Explotación de Petróleo y Gas en el Mar.*

## INSTITUTO DE DERECHO EMPRESARIAL

- *Sociedad de garantía recíproca.*
- *Sociedades anónimas deportivas.*
- *Apuntes sobre el Proyecto de Código Civil de la República Argentina (Comisión Decreto 685/95). Su influencia en los contratos.*
- *Evolución del derecho de los grupos de sociedades y Algunas reflexiones sobre el alcance de la protección de las inversiones en el marco de los tratados firmados por la Argentina.*
- *La Empresa a la búsqueda de un necesario equilibrio.*
- *Cuestiones de derecho empresarial.*
- *Contratos y sociedades en el Proyecto de Código Civil y Comercial.*
- *Contratos comerciales.*
- *Sociedades y asociaciones en el Código Civil y Comercial.*
- *Temas de Derecho Mercantil.*

## INSTITUTO DE DERECHO EMPRESARIAL SECCIÓN DERECHO DEL TRABAJO Y DE LA SEGURIDAD SOCIAL

- *Descentralización Productiva.*

## INSTITUTO DE DERECHO EMPRESARIAL SECCIÓN DERECHO DE LA NAVEGACIÓN

- *Las Reglas de Rotterdam.*
- *Impacto del Código Civil y Comercial en el Derecho de la Navegación y en el Derecho Aeronáutico.*

## INSTITUTO DE DERECHO PENAL

- *Estudios de Derecho Penal. Año 2016.*

## INSTITUTO DE DERECHO ADMINISTRATIVO

- *La impugnación judicial de los actos administrativos en el orden nacional.*
- *Estudios de Derecho Administrativo en Homenaje al Profesor Julio Rodolfo Comadira.*
- *El Derecho Administrativo y el nuevo Código Civil y Comercial de la Nación*

INSTITUTOS DE DERECHO CONSTITUCIONAL Y  
DE DERECHO ADMINISTRATIVO

— *Estudios sobre la Constitución Nacional de 1853 en su sesquicentenario.*

INSTITUTO DE DERECHO CONSTITUCIONAL

- *Estudios de Derecho Constitucional. Año 2009.*
- *Estudios de Derecho Constitucional. Año 2010.*
- *Estudios de Derecho Constitucional. Año 2011.*
- *Estudios de Derecho Constitucional. Año 2012.*
- *Estudios de Derecho Constitucional. Año 2013.*
- *Estudios de Derecho Constitucional. Año 2014.*
- *Estudios de Derecho Constitucional. Año 2015.*
- *Estudios de Derecho Constitucional. Año 2016.*
- *Estudios de Derecho Constitucional. Año 2017.*

INSTITUTO DE DERECHO PROCESAL

- *La justicia y la enseñanza del derecho. Aportes para su reforma y modernización.*
- *Proyecto de Procesos Colectivos.*
- *Proyecto Modelo de Ley de Amparo.*
- *Normativa modelo base de Habeas Corpus.*

INSTITUTO DE DERECHO DEL TRABAJO Y DE LA SEGURIDAD SOCIAL

- *Ensayos sobre el impacto del nuevo Código Civil y Comercial en los institutos laborales.*



**ACADEMIA NACIONAL DE DERECHO Y CIENCIAS  
SOCIALES DE BUENOS AIRES**

**Presidente**

*Académico Dr. Roberto E. Luqui*

**Vicepresidente**

*Académico Dr. Emilio P. Gnecco*

**Secretarios**

*Académico Dr. José W. Tobías  
Académico Dr. Eduardo A. Sambrizzi*

**Tesorero**

*Académico Dr. Alberto B. Bianchi*

## **COMISIÓN DE PUBLICACIONES**

### **Director Honorario**

Académico Dr. Jaime L. Anaya

### **Vocales**

Académico Dr. Juan Carlos Cassagne

Académico Dr. José W. Tobías

Académico Dr. Alberto B. Bianchi

Académico Dr. Marcelo Gebhardt

ACADÉMICOS DE NÚMERO  
*por orden de antigüedad*

	<i>Nombre del sitial</i>	<i>Fecha</i>
Dr. Alberto Rodríguez Varela	Luis María Drago	16 julio 1975
Dr. Horacio A. García Belsunce	Félix Gregorio Frías	9 septiembre 1982
Dr. Juan Carlos Cassagne	Antonio Bermejo	23 octubre 1986
Dr. Jaime Luis Anaya	Rodolfo Rivarola	10 agosto 1989
Dr. Jorge R. Vanossi	José A. Terry	11 agosto 1994
Dra. Aída R. Kemelmajer de Carlucci	Aristóbulo del Valle	24 septiembre 1996
Dr. Julio César Rivera	Dalmacio Vélez Sarsfield	25 noviembre 1999
Dr. Víctor Tau Anzoátegui	Lucio V. López	13 diciembre 2001
Dr. Héctor Alegria	Roque Sáenz Peña	9 octubre 2003
Dr. Enrique Manuel Falcón	Domingo F. Sarmiento	12 julio 2007
Dr. Roberto Enrique Luqui	José Manuel Estrada	27 septiembre 2007
Dr. Mariano Gagliardo	Juan A. Bibiloni	22 mayo 2008
Dr. José W. Tobías	José N. Matienzo	25 septiembre 2008
Dr. Emilio P. Gnecco	Mariano Moreno	8 octubre 2009
Dr. Rafael M. Manóvil	José María Moreno	8 octubre 2009
Dr. Eduardo Sambrizzi	José Figueroa Alcorta	14 junio 2012
Dr. Alfonso Santiago (h)	Estanislao Zeballos	14 junio 2012
Dr. Daniel Funes de Rioja	Esteban Echeverría	11 julio 2013
Dr. Siro M. A. De Martini	Carlos Calvo	26 junio 2014
Dr. Alberto B. Bianchi	Juan Bautista Alberdi	22 junio 2017
Dr. Alberto R. Dalla Via	Nicolás Avellaneda	22 junio 2017
Dr. Alberto J. Bueres	Roberto Repetto	7 diciembre 2017
Dr. Rodolfo L. Vigo	Bartolomé Mitre	7 diciembre 2017
Dr. Guillermo J. Yacobucci	Salvador María del Carril	12 julio 2018
Dr. Eduardo M. Quintana	Carlos Pellegrini	13 diciembre 2018
Dr. Rubén H. Compagnucci de Caso	Manuel Obarrio	13 diciembre 2018
Dr. Marcelo Gebhardt	Alfredo Colmo	13 diciembre 2018
Dr. Carlos A. Etala	Eduardo Acevedo	13 diciembre 2018

MIEMBROS CORRESPONDIENTES  
*por orden de antigüedad*

		<i>Fecha</i>
Dr. Rafael Entrena Cuesta	España	10 agosto 1989
Dr. Néstor Pedro Sagüés	Rosario	10 agosto 1989
Dr. Jesús González Pérez	España	24 mayo 1990
Dr. Carlos Fernández Sessarego	Perú	25 noviembre 1993
Dr. Adolfo A. N. Rouillon	Rosario	25 noviembre 1993
Dr. Ernesto F. Garzón Valdés	Alemania	11 diciembre 1997
Dr. Wolfgang Schöne	Alemania	23 julio 1998
Dr. Rudolf Dolzer	Alemania	22 abril 2004
Dr. Carlo Angelici	Italia	22 julio 2004
Dr. Tomás Ramón Fernández	España	12 agosto 2004
Dr. Federico Carpi	Italia	12 mayo 2005
Dr. Gaspar Ariño Ortiz	España	11 agosto 2005
Dr. Marcelo G. Kohen	Suiza	25 agosto 2005
Dra. Giovanna Visintini	Italia	25 agosto 2005
Dr. Asdrúbal Aguiar	Venezuela	27 abril 2006
Dr. Angel Rojo Fernández-Río	España	10 agosto 2006
Dr. Måns Jacobsson	Suecia	9 septiembre 2010
Dr. Santiago Muñoz Machado	España	9 junio 2011
Dr. Andrey Gennadievich Lisitsyn-Svetlanov	Rusia	13 octubre 2011
Dr. Francisco Miró Quesada Rada	Perú	10 abril 2014
Dr. Augusto Ferrero Costa	Perú	25 septiembre 2014
Dr. Domingo García Belaunde	Perú	25 septiembre 2014
Dr. Horacio Rosatti	Santa Fe	26 noviembre 2015
Dr. Ricardo Olivera García	Uruguay	26 noviembre 2015
Dr. Marcelo López Mesa	Buenos Aires	14 abril 2016
Dr. Diego Valadés	México	11 agosto 2016
Dr. Miguel Herrero de Miñón	España	8 junio 2017
Dr. Jorge H. Gentile	Córdoba	7 diciembre 2017
Dr. Libardo Rodríguez Rodríguez	Colombia	8 agosto 2019
Dr. Ricardo Rivero Ortega	España	12 agosto 2021

## ACADÉMICOS PRESIDENTES

Dr. Wenceslao Escalante	Presidente provisorio, decano de la Facultad de Derecho. Acta n° 1 del 7/10/1908.
Dr. Manuel Obarrio	1910/1916
Dr. José Nicolás Matienzo	1916/1936
Dr. Ernesto Bosch	1936/1937
Dr. Leopoldo Melo	1937/1951
Dr. Carlos Saavedra Lamas	1951/1958
Dr. Clodomiro Zavalía	1959/1959
Dr. Atilio Dell'Oro Maini	1959/1967
Dr. Agustín N. Matienzo	1967/1971
Dr. Eduardo B. Busso	1971/1974
Dr. Alberto G. Padilla	1974/1977
Dr. Marco Aurelio Risolía	1977/1980
Dr. Isidoro Ruiz Moreno	1980/1983
Dr. Segundo Linares Quintana	1983/1986
Dr. Marco Aurelio Risolía	1986/1989
Dr. Federico Videla Escalada	1989/1992
Dr. Enrique Ramos Mejía	1992/1995
Dr. José Domingo Ray	1995/1998
Dr. Roberto Martínez Ruiz	1998/2001
Dr. Horacio A. García Belsunce	2001/2004
Dr. Alberto Rodríguez Galán	2004/2007
Dr. Julio César Otaegui	2007/2009
Dr. Eduardo Aguirre Obarrio	2009/2010
Dr. Eduardo Aguirre Obarrio	2010/2011
Dr. Gregorio Badeni	2011/2013
Dr. Gregorio Badeni	2013/2016
Dr. Jorge R. Vanossi	2016/2019
Dr. Roberto E. Luqui	2019/2022

## ANTIGUOS ACADÉMICOS DE NÚMERO

Dr. Carlos Alberto Acevedo  
Dr. Carlos A. Adrogué  
Dr. Juan R. Aguirre Lanari  
Dr. Eduardo Aguirre Obarrio  
Dr. Jorge A. Aja Espil  
Dr. Jorge H. Alterini  
Dr. Juan Álvarez  
Dr. Octavio R. Amadeo  
Dra. Margarita Arguás  
Dr. Marco R. Avellaneda  
Dr. Gregorio Badeni  
Dr. Fernando N. Barrancos y Vedia  
Dr. Antonio Bermejo  
Dr. Juan A. Biliboni  
Dr. Germán J. Bidart Campos  
Dr. Eduardo L. Bidau  
Dr. Eduardo Bidau  
Dr. Carlos María Bidegain  
Dr. Rafael Bielsa  
Dr. Bernardino Bilbao  
Dr. Adolfo Bioy  
Dr. Guillermo A. Borda  
Dr. Ernesto Bosch  
Dr. Rodolfo Bullrich  
Dr. Carlos O. Bunge  
Dr. Eduardo B. Busso  
Dr. Jorge Bustamante Alsina  
Dr. Pablo Calatayud  
Dr. Francisco Canale  
Dr. Hugo Caminos  
Dr. José O. Casás  
Dr. Ramón S. Castillo  
Dr. Santos Cifuentes  
Dr. Alfredo Colmo  
Dr. Jorge E. Coll  
Dr. Julio César Cueto Rúa  
Dr. Tomás R. Cullen  
Dr. Mauricio P. Daract  
Dr. Calixto S. de la Torre  
Dr. Antonio Dellepiane  
Dr. Atilio Dell'Oro Maini  
Dr. Mariano de Vedia y Mitre  
Dr. Juan José Díaz Arana  
Dr. Manuel María Diez  
Dr. Luis M. Drago  
Dr. Mariano J. Drago  
Dr. Wenceslao Escalante  
Dr. Felipe A. Espil  
Dr. Rómulo Etcheverry Boneo

Dr. José Figueroa Alcorta  
Dr. Horacio P. Fargosi  
Dr. Salvador Fornieles  
Dr. Vicente C. Gallo  
Dr. Guillermo Garbarini Islas  
Dr. Juan Agustín García  
Dr. Juan M. Garro  
Dr. Juan A. González Calderón  
Dr. Dimas González Gowland  
Dr. Aquiles H. Guaglianone  
Dr. Elías P. S. Guastavino  
Dr. Carlos Güiraldes (h)  
Dr. Roberto Guyer  
Dr. Alberto Hueyo  
Dr. Carlos Ibaguren  
Dr. Eduardo Labougle  
Dr. Héctor Lafaille  
Dr. Héctor P. Lanfranco  
Dr. Hilario Largaña  
Dr. Tomás Le Bretón  
Dr. Ricardo Levene  
Dr. Juan Francisco Linares  
Dr. Segundo V. Linares Quintana  
Dr. Mario Justo López  
Dr. José María López Olaciregui  
Dr. Baldomero Llerena  
Dr. Osvaldo Magnasco  
Dr. Carlos C. Malagarriga  
Dr. Miguel S. Marienhoff  
Dr. Félix Martín y Herrera  
Dr. Roberto Martínez Ruiz  
Dr. Agustín N. Matienzo  
Dr. José N. Matienzo  
Dr. Jorge M. Mayer  
Dr. Carlos L. Melo  
Dr. Leopoldo Melo  
Dr. Manuel A. Montes de Oca  
Dr. Augusto Mario Morello  
Dr. Rodolfo Moreno (h)  
Dr. Carlos M. Muñiz  
Dr. José Luis Murature  
Dr. Rómulo S. Naón  
Dr. Benito A. Nazar Anchorena  
Dr. Luis Esteban Negri Pisano  
Dr. Manuel Obarrio  
Dr. Pedro Olaechea y Alcorta  
Dr. Francisco J. Oliver  
Dr. Julio H. G. Olivera  
Dr. Manuel V. Ordóñez

Dr. Alfredo Orgaz  
Dr. Adolfo Orma  
Dr. Julio César Otaegui  
Dr. Alberto G. Padilla  
Dr. Lino E. Palacio  
Dr. Jesús H. Paz  
Dr. José M. Paz Anchorena  
Dr. Federico Pinedo  
Dr. Norberto Piñero  
Dr. Ángel S. Pizarro  
Dr. Luis Podestá Costa  
Dr. Ernesto Quesada  
Dr. Juan P. Ramos  
Dr. Enrique Ramos Mejía  
Dr. Francisco Ramos Mejía  
Dr. José D. Ray  
Dr. Juan Carlos Rébora  
Dr. Roberto Repetto  
Dr. Manuel Río  
Dr. Marco Aurelio Risolía  
Dr. Horacio C. Rivarola  
Dr. Rodolfo Rivarola  
Dr. Alberto Rodríguez Galán  
Dr. Ambrosio Romero Carranza  
Dr. José M. Rosa  
Dr. José María Ruda  
Dr. Enrique Ruiz Guiñazú

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 Saravía  
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. Félix A. Trigo Represas  
Dr. Ernesto J. Ure  
Dr. Enrique Uriburu  
Dr. Antonio Vázquez Vialard  
Dr. Benjamín Victorica  
Dr. Federico N. Videla Escalada  
Dr. Ernesto Weigel Muñoz  
Dr. Raymundo Wilmart de Glymes  
Dr. Mauricio Yadarola  
Dr. Carlos J. Zavala Rodríguez  
Dr. Clodomiro Zavalía  
Dr. Estanislao S. Zeballos





# SUMARIO

---

Homenaje POR RUBÉN H. COMPAGNUCCI DE CASO .....	1
--	---

## OBLIGACIONES

Significación de la obligación jurídica POR MARIANO GAGLIARDO .....	5
En torno a las prestaciones divisibles e indivisibles según el Código Civil y Comercial de la Nación (ley 26.994) POR MARCELO URBANO SALERNO .....	25
El pago al tercero POR RUBÉN H. COMPAGNUCCI DE CASO .....	39
La prescripción de las obligaciones. Suspensión, interrupción y dispensa del término de la prescripción POR ALEJANDRO BORDA .....	67
La resolución por incumplimiento preventiva POR ANDRÉS SÁNCHEZ HERRERO .....	111

## TEORÍA GENERAL DE LA RESPONSABILIDAD

El “derecho flexible”, <i>droit souple</i> o <i>soft law</i> en el derecho argentino. Su influencia en la responsabilidad civil POR NOEMÍ L. NICOLAU .....	155
La objeción de conciencia institucional negada en la ley 27.610 de aborto. Un supuesto de leyes humillantes POR ARMANDO S. ANDRUET (H.).....	181

---

La reparación del daño contractual (el art, 1728 del Código Civil y Comercial)	
POR RAMÓN D. PIZARRO .....	213
La mora del deudor ante el incumplimiento temporal e imputable de la obligación	
POR CARLOS A. CALVO COSTA .....	233
El consentimiento del damnificado como eximente de responsabilidad (análisis del art. 1720 del Código Civil y Comercial)	
POR JOSÉ FERNANDO MÁRQUEZ .....	259
La prevención del daño y las inmisiones	
POR NELSON G. A COSSARI.....	275
La responsabilidad precontractual. Comparación entre los derechos argentino y francés	
POR JULIO CÉSAR RIVERA.....	289
La etapa postcontractual, en revisión	
POR LUIS F. P. LEIVA FERNÁNDEZ.....	319
Diligencia exigible para actos de constitución de Derechos Reales	
POR JOSÉ MARÍA ORELLE .....	343
El daño moral y las indemnizaciones sustitutivas y compensatorias por las consecuencias extrapatrimoniales. El precio del bienestar emocional	
POR JORGE M. GALDÓS.....	385
La recepción del daño moral en el Código Civil y Comercial	
POR JUAN CARLOS HARIRI.....	419
Los daños punitivos	
POR MANUEL CORNET; GUILLERMO P. B. TINTI.....	447
Los contratos de larga duración (un tema inconcluso)	
POR OSVALDO J. MARZORATI .....	471
El contrato de teletrabajo y su regulación	
POR CARLOS ALBERTO ETALA .....	489

**RESPONSABILIDADES ESPECIALES**

El factor de atribución en la responsabilidad estatal por la actividad ilícita o ilegítima POR JUAN CARLOS CASSAGNE .....	503
La responsabilidad del Estado por su actividad legislativa POR ALBERTO B. BIANCHI .....	531
Apostillas a la responsabilidad extracontractual del Estado (con especial referencia a su actividad lícita) POR ROBERTO ENRIQUE LUQUI .....	551
Responsabilidad del Estado. Puntos decididos y temas a resolver POR ALEJANDRO D. ANDRADA .....	575
Proyecciones jurisprudenciales del tratamiento de la responsabilidad civil de los administradores societarios como profesionales POR MAURICIO BORETTO .....	595
La responsabilidad de administradores y socios con responsabilidad limitada (como conversando con Felix A. Trigo Represas) POR EFRAÍN H. RICHARD .....	627
Los daños ocasionados por las personas jurídicas y sus integrantes POR LUIS DANIEL CROVI .....	683
La capacidad de las personas jurídicas privadas: crítica al llamado principio de especialidad y a su vinculación con el objeto POR RAFAEL M. MANÓVIL .....	727
¿Por qué el derecho de la navegación se aparta del derecho civil en materia de responsabilidad? POR ALBERTO C. CAPPAGLI .....	767
Responsabilidad por los vicios y defectos de la obra y por la ruina e impropiedad para el destino en obras inmuebles POR JUAN MANUEL APARICIO .....	849

Relevancia de la culpabilidad en el ámbito de la relación conyugal POR EDUARDO A. SAMBRIZZI .....	883
¿La infidelidad, causa o consecuencia de la crisis matrimonial? Responsabilidad civil POR ZULEMA D. WILDE .....	895
Responsabilidad civil de los profesionales POR SANDRA M. WIERZBA.....	925
Responsabilidad de los abogados POR PASCUAL E. ALFERILLO .....	941
Nuevamente sobre la responsabilidad por daños causados por las huelgas, esta vez, a la luz de la Opinión Consultiva de la Corte IDH, OC-27/21 de 05/05/2021 POR AÍDA KEMELMAJER DE CARLUCCI.....	975
Responsabilidad por daños generados por las vacunas para prevenir el COVID-19 POR NORMA O. SILVESTRE.....	991
Algunos aspectos de la responsabilidad civil en la quiebra POR MARCELO GEBHARDT .....	1021
Principios generales en el derecho privado y su proyección en el derecho ambiental POR EDGARDO I. SAUX.....	1051
Responsabilidad por actos involuntarios POR JOSÉ W. TOBÍAS .....	1093

# HOMENAJE

POR RUBÉN H. COMPAGNUCCI DE CASO

Los integrantes del Instituto de Derecho Civil de la Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Buenos Aires decidieron que esta publicación de numerosos trabajos e investigaciones jurídicas de relevantes juristas tuviera como objetivo y justo homenaje a la señera figura del Dr. Félix Alberto Trigo Represas.

El Dr. Trigo Represas fue miembro de número de la Academia Nacional de Derecho, designado el día 18 de junio de 1986, habiéndose concretado su incorporación el día 26 de noviembre de ese año, y ocupó su sitial hasta el día de su fallecimiento, el 04 de octubre del 2016.

Es para mí un gran honor, y lo hago con sentida emoción, el que se me haya permitido efectuar esta breve introducción y recordatorio de los antecedentes, obra y persona del homenajeado, pudiendo de ese modo resaltar la inconmensurable e inmensa repercusión de sus trabajos jurídicos y la magna figura de su persona.

El Dr. Trigo Represas había nacido en la ciudad de La Plata, hijo de una tradicional familia de aquella ciudad; se educó y estudió Derecho en la Universidad Nacional de La Plata, donde también obtuvo el título de Doctor en Ciencias Jurídicas y Sociales. Fue profesor de Derecho Civil (Obligaciones), habiendo acompañado en la cátedra durante muchos años al eminente jurista Dr. Acdeel Ernesto Salas, y luego, alrededor de los años 70, fue designado profesor titular de esa materia, cargo que obtuvo mediante concurso público.

También ejerció la docencia universitaria en la Facultad de Ciencias Económicas de dicha Universidad, y en la Facultad de Derecho de la Universidad Católica de La Plata.

Completando su destacada tarea universitaria, fue decano de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales de la Universidad Nacional de La Plata, cargo que desempeñó con profunda dedicación, dando muestras de su personalidad y hombría de bien. También desarrolló funciones

importantes y de relevancia en la Asesoría General de Gobierno y en la Fiscalía de Estado, ambos entes de la provincia de Buenos Aires, lugares donde mostró sus grandes condiciones de jurista, contribuyendo de ese modo al buen desempeño de esas dependencias.

Hizo un culto de la amistad y de las relaciones familiares. Su esposa Mabel y sus dos hijos, Silvina y Enrique, tuvieron el apoyo y cariño de su esposo y padre, que mantuvo una inescindible unidad y afecto. Todos aquellos que lo conocieron siempre señalaron el carácter afable y cordial del Dr. Trigo Represas, donde se hacía notoria su simplicidad en el trato y la humildad en la relación.

Ejerció paralelamente la docencia y la profesión de abogado, aunque los mejores momentos los dedicó al estudio y a la creación jurídica. Su obra escrita es más que abundante, volcada tanto en numerosos libros de su autoría como en múltiples artículos publicados en las revistas jurídicas más prestigiosas del país.

Si bien son muchos los trabajos escritos en la ágil y profunda pluma del Dr. Trigo Represas, en mi parecer se destaca entre todos ellos la obra que, en coautoría con el Dr. Néstor Pedro Cazeaux, realizaron en la década de los años sesenta, es decir, el “Derecho de las obligaciones”, cuya primera edición data del año 1969, desarrollada en cuatro volúmenes, que fuera publicada por Editora Platense. De allí en más y en diferentes momentos se sucedieron varias ediciones, y la última correspondió a la cuarta, publicada en el año 2010, actualizada y desarrollada en seis volúmenes. Este verdadero tratado del derecho de las obligaciones tuvo una extraordinaria difusión, ya que fue y es la referencia casi obligada de toda sentencia judicial que tuviera necesidad de ocuparse de esa temática, o el destino necesario de profesores de la materia y alumnos para abreviar en el conocimiento de esa trascendente porción del derecho civil.

Debo señalar que, a más de lo mencionado, el Dr. Trigo Represas fue autor de muchas otras obras jurídicas. Así, en el año 1963 apareció la primera edición del libro “Obligaciones de dinero y desvalorización monetaria”, que tuviera una segunda publicación en el año 1978. Allí profundiza el estudio y las pautas de entendimiento del problema económico central de este país, es decir, “la inflación”, que desde hace décadas disminuye el poder adquisitivo del dinero y, de ese modo, desvirtúa la vida económica y lleva a que sus habitantes sufran perjuicios irreparables.

De ese modo se explica el fenómeno y la manera de buscar y encontrar soluciones en el terreno judicial para mitigar y brindar un mínimo de equidad en las relaciones. Cuestión que el Dr. Trigo Represas reedita

en el libro “El austral y el desagio”, dedicado a las reformas monetarias del año 1985, donde se intentaba, una vez más y sin resultado positivo alguno, sanear las débiles situaciones económicas recurrentes.

Pero quizá uno de los sectores del derecho que más atrajo la atención de nuestro homenajeador y donde desarrolló sus mejores sapiencias fue en el terreno de la responsabilidad civil. Varias obras demuestran este aserto; por ejemplo, el libro sobre “Responsabilidad por accidentes de automotores”, en el que tuve el honor de colaborar y compartir, fue publicado en dos volúmenes y tuvo dos ediciones. También más adelante aparecieron “Responsabilidad de los profesionales”, “Responsabilidad del abogado”, “Reparación de los daños por la mala praxis médica”, “Pérdida de la chance” y el “Tratado de la responsabilidad civil” (2ª ed.), este último con la colaboración del Dr. Marcelo López Mesa; en esos cinco tomos, otra vez, Trigo Represas desarrolló, con la seriedad y profundidad habituales, los temas a ellos vinculados.

A lo dicho sumo su relevante y trascendente participación en la anotación y comentarios del Código Civil. El primer ejemplo de ello fue el aporte concretado en la segunda edición de la obra del Dr. Acdeel E. Salas; unos años después, como director de dos volúmenes sobre las obligaciones en la publicación de la Editorial Rubinzal-Culzoni; y por último, y más reciente en el tiempo, la que corresponde al Código Civil y Comercial vigente, a cargo de la Editorial Thomson Reuters (La Ley), que tuviera como director al Dr. Jorge Horacio Alterini.

Debo confesar que me hallo impedido de traer a cita los trabajos monográficos del Dr. Trigo Represas, ya que son tantos, numerosos y de variada materia que —en lo que a mí respecta— resulta materialmente imposible enumerarlos. Hago una excepción, y me permito agregar que hay dos de ellos que merecen subrayarse y traerse a colación: uno, el de “Nulidad y reivindicación de subadquirentes”, que mereciera el premio “Revista Notarial” (publicación oficial del Colegio de Escribanos de la Provincia de Buenos Aires), del año 1978; y otro, el de “Responsabilidad de los automotores”, del año 1980, que mereciera el cálido elogio del distinguido profesor español don Jaime Santos Briz.

Estas desordenadas ideas que vuelco son el resultado de una buena parte de mi vida, que tuve el orgullo y el honor de compartir con el maestro, el gran jurista, el dilecto amigo, como una especie de *témoin de sa vie*, que lo acompañó como simple colaborador, y es una síntesis incompleta de su tarea volcada en el libro, la monografía, el comentario o la nota. Todo cual fue elogiado por quienes pudieron tener alguna vinculación con dicha labor. A ello añado que resultan admirables la dedicación

y la prolijidad en el estudio y desarrollo de los temas tratados, la claridad de exposición, la búsqueda profunda para agotar la referencia en las notas y las citas precisas de autores nacionales y extranjeros, y —algo más que envidiable— en las notas con los fallos judiciales, donde se indica el tribunal, el lugar de publicación y las partes que tuvieran intervención.

Un querido amigo en común, lamentablemente fallecido, el Dr. Roberto M. López Cabana, en cada encuentro que nos reunía, me insistía en la admiración que le suscitaba el Dr. Trigo Represas, ante sus profundos y amplios conocimientos y el prolijo detalle de las referencias. Y memorando otros momentos gratos, recuerdo al eximio jurista francés M. François Chabas, con quien de año en año se daba la ocasión de comunicarnos y me requería noticias del Dr. Trigo Represas; quería saber cómo estaba *le grand professeur...*, a quien recordaba con el aprecio que él solía tener hacia sus colegas docentes de este país.

Quiero concluir esta introducción iterando afirmativas anteriores sobre la venerada persona del Dr. Trigo Represas, quien fuera un hombre unido por el amor a su familia, cabal, digno, probo, que mostró siempre un gesto de humildad propio de los hombres sabios, y —para quien esto escribe— un inolvidable amigo.

Rubén H. Compagnucci de Caso

Académico Subdirector

Instituto de Derecho Civil

Academia Nacional de Derecho y

Ciencias Sociales de Buenos Aires



# SIGNIFICACIÓN DE LA OBLIGACIÓN JURÍDICA

POR MARIANO GAGLIARDO

## I. PRELIMINAR

La Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Buenos Aires dedica este volumen, en el que se ha reunido un conjunto de estudios especialmente escritos, a la finalidad de rendir homenaje a la memoria del profesor Félix Alberto Trigo Represas, eminente jurista y catedrático que fuera académico de número de esta corporación.

La sabiduría, rectitud y prudencia caracterizaron ejemplarmente la trayectoria personal y jurídica de nuestro homenajeado. Además, y por sobre todo, era un hombre bueno, con una experiencia aleccionadora que le enseñó a templar su alma en el crisol de la comprensión y tolerancia hacia sus semejantes. Participó en múltiples jornadas, congresos científicos, libros de homenajes jurídicos e infinidad de trabajos y monografías jurídicas, en los que quedaban impresos sus vastos y preclaros conocimientos del derecho. Tuvo el honor de compartir años como colega académico en nuestra corporación, donde sus aportes e intervenciones verbales así como en las separatas escritas de nuestros clásicos *Anales* daban cuenta de su estilo profundo y mesurado, así como de su actualidad y versación jurídica. Nos queda el imborrable recuerdo emocionado de un Maestro que en su recta trayectoria nos dio lecciones de derecho y de hombría del bien.

## II. DEBER JURÍDICO

El deber jurídico debe destacarse, en su esencia, pues existe un precepto legal que requiere un determinado cumplimiento objetivo. Tam-

bién coexisten deberes morales y religiosos, fundados en otros valores, cada uno de los cuales impone ciertas conductas (1).

Toda relación jurídica obligatoria supone una previsión de futuro que conlleva un determinado comportamiento por el deudor (deber de prestación) y la satisfacción del legítimo interés del acreedor (expectativa de prestación). Como vínculo percedero, la obligación nace orientada hacia su extinción de manera normal a través del desenvolvimiento armónico de conductas personales que suponen la materialización del proyecto de cooperación considerado a la hora de su constitución. El acreedor no aspira a otra cosa que la realización de su interés, y el deudor, solo está obligado a observar aquel comportamiento que posibilite la verificación de semejante acontecer.

Es que, de acuerdo con lo antes expuesto, toda obligación civil, en principio, traduce un deber jurídico; ello así, pues el deber, como cauce de alcances legales, requiere en cualquier hipótesis una conformidad del obrar externo del sujeto a lo prescripto por un precepto jurídico (2).

Y, cualquiera fuere el criterio que se adopte, dista la obligación civil —y no simplemente moral—, como deber jurídico, de otros deberes que no son obligaciones: existen deberes de derecho privado que no son, *stricto sensu*, obligaciones (por caso, deberes de familia) (3).

La noción de deber jurídico nos ubica ante una situación caracterizada por la concepción de subordinación. Quien resultase afectado por el deber será constreñido a la observancia de un proceder referido al orden jurídico y, en cualquier caso, aludirá a una actuación exterior.

El deber jurídico —ha dicho Michele Giorgianni (4)— es siempre un deber de comportamiento, que puede ser positivo, deber de realizar un acto o una serie de actos, o bien negativo, esto es, deber de no actuar de un determinado modo. En cuanto al deber negativo, debe aquí advertirse —dice— que este no puede confundirse con la prohibición (legal) de realizar determinados actos (prohibición de enajenación), ni con el lí-

---

(1) RECASENS SICHES, Luis, “Introducción al estudio del derecho”, Ed. Porrúa, México, 2006, p. 130.

(2) Cfr. ZANNONI, Eduardo A., “Elementos de la obligación”, Ed. Astrea, Buenos Aires, 1996, p. 78.

(3) Cfr. BUSSO, Eduardo B., “Código Civil anotado”, Ed. Ediar, Buenos Aires, 1949, t. III, p. 12, aparts. 16/7.

(4) GIORGIANNI, Michele, “La obligación”, Ed. Biblioteca de Derecho Privado — Olejnik, Argentina, 2018, p. 20.

mite (legal) impuesto al titular del derecho por el contenido del derecho mismo: por caso, el usufructuario tiene el derecho de gozar de la cosa, pero debe respetar el destino económico. Concluye la idea el autor señalando que las distinciones deber y prohibición (legal) y deber y límite (legal) —que pueden, en algunas hipótesis particulares, llegar a ser medulares— no pueden (*in totum*) aquí ser señaladas, mas no carecen de importancia práctica.

Hernández Gil, notable autor español (5), considera que el deber jurídico general (u obligatoriedad) expresa la idea de la fuerza obligatoria de las normas jurídicas, su vigencia y realización en la comunidad social.

Considera este autor que las obligaciones son una clase o modalidad de deberes jurídicos, por lo que todas las obligaciones son deberes jurídicos, aunque no todos los deberes jurídicos sean obligaciones.

Messineo (6) señala que la obligación es una subespecie del concepto de deber jurídico.

Téngase en cuenta que la existencia de un deber jurídico exige que la respectiva disposición imponga al transgresor una pena, aspecto que no es frecuente en la gran generalidad de las obligaciones civiles, pues la transgresión de aquella no produce otro efecto que el permitir al acreedor realizar sobre el patrimonio del deudor el valor de la prestación que este no ha cumplimentado (7).

Ante los deberes que provienen de preceptos absolutos, compulsivos de la actividad del sujeto, en la medida en que le exigen la adopción de un determinado comportamiento, los que surgen de las normas finalistas son deberes libres, en virtud de que su destinatario tan solo adoptará una cierta conducta en la medida en que desee evitar una consecuencia perjudicial o conseguir un resultado favorable; y así, los preceptos civiles de los que nacen las obligaciones civiles no requieren del deudor un deber absoluto de cumplimiento, sino que le imponen el cumplimiento solo en la medida en que pretenda evitar la ejecución (8).

---

(5) HERNÁNDEZ GIL, "Derecho de obligaciones", Madrid, 1960, p. 58.

(6) MESSINEO, "Manual de derecho civil y comercial", Ed. Ejea, Buenos Aires, 1955, t. IV, p. 9.

(7) MONTES, A. C., "Formulación dogmática de la obligación", *Anuario de Derecho Civil*, Madrid, 1990, ps. 475 y ss.

(8) *Ibidem*.

Igualmente, para Carnelutti (9) aunque considera el débito del deudor como término correlativo del crédito de acreedor, el deudor no puede ser constreñido a prestar lo que debe al acreedor, y, en consecuencia, para poder considerar el derecho de este como un derecho a la prestación, o sea, en una actividad del deudor mismo, hace falta, por lógica necesidad, reducir la prestación a una simple tolerancia. El débito del deudor no es sino el deber de soportar que el acreedor satisfaga su interés tomando la cosa debida del patrimonio del deudor mismo, mientras que el derecho del acreedor no consiste en algo diferente del derecho de procurarse sobre el patrimonio del deudor la utilidad implicada en la cosa debida. Para este autor, la obligación no consiste más que en una tolerancia.

La construcción jurídica de Carnelutti desatiende en el régimen obligacional la ejecución forzosa de manera específica de lo adeudado y las circunstancias que permiten al acreedor obtener la satisfacción de su prerrogativa en la manera originariamente concebida; ello, mientras la prestación sea posible y por más que el deudor eluda la realización de la conducta comprometida cuando, por ser esta fungible, pueda suplirse mediante la intervención de otro sujeto que de manera cabal y a satisfacción del acreedor realice el programa de la prestación concebida.

Luego, el cumplimiento de la prestación adeudada no es algo que esté condicionado a la mera voluntad del obligado, lo que excluiría la existencia de un deber jurídico, sino que configura un supuesto a ejecutar por el deudor, y el acreedor tiene el derecho a reclamar.

De allí que no resulte factible ubicar la obligación fuera del ámbito dogmático del deber jurídico, sin perjuicio de destacar la vastedad de los deberes jurídicos y las dificultades dentro de tal esfera y las especies que lo configuran.

Como señala Ludovico Barassi (10), el acreedor, a diferencia del titular de un derecho real, carece de un contacto directo con la materia en cuestión, lo que se traduce en notables restricciones en la etapa de pretender implantar la autonomía de su voluntad. Ello significa que la juridicidad del “derecho a la prestación” tenga un inconveniente inexorable: la conducta positiva o negativa del obligado es incoercible y, si el derecho es coacción, en este punto los autores estarán perplejos ante la teoría clásica del derecho subjetivo como expresión de la voluntad de su titular.

---

(9) CARNELUTTI, “Diritto y proceso nella teoria delle obbligazioni”, Padua, 1927, ps. 8 y ss.

(10) “La teoría generale delle obbligazioni”, Milán, 1948, t. I, p. 21.

Soslayando la construcción jurídica que configura la estructura de la obligación sobre la base de dos elementos: el débito y la responsabilidad, lo concreto es que si el acto del cumplimiento de la relación obligatoria —caso natural y vía normal para la satisfacción del derecho del acreedor— está vinculado al patrimonio del deudor, resulta muy difícil de entender y consentir esa mutación de la persona del obligado a sus bienes al momento de ejecutar el derecho y la diversa configuración de aquel según se considere en su faz inerte o bien dinámica.

Se argumenta sobre el particular (11) que un derecho que, sin dejar de ser siempre el mismo, pasa de la persona del deudor a su patrimonio en cuanto punto de referencia objetivo, y oscila, sin incidencia en su naturaleza, entre los derechos personales y los derechos reales, no es, ciertamente, un ejemplo de claridad y una categoría que pueda resultar clara y diferenciada.

En otro enfoque, Gaudemet (12) considera que por más que la obligación supone un vínculo entre dos personas, acreedor y deudor, implica al mismo tiempo un derecho sobre los bienes del deudor, hasta el punto de que toda la historia de la obligación es la historia del progreso del segundo carácter (valor) sobre el primero (vínculo): se la considera cada vez más como un valor, como un compromiso de los bienes, y su carácter de vínculo entre dos personas, sin desaparecer, pierde cada vez más fuerza, desde la mirada tanto de su importancia cuanto de sus alcances. Entiende tal autor que el crédito y la deuda modernos son una relación entre dos patrimonios, al mismo tiempo y de manera más marcada que entre dos personas. Luego de estas consideraciones, es del caso reiterar un interrogante a una afirmación planteada: ¿es la obligación un deber jurídico?

Y es en este plano donde la doctrina comienza con disquisiciones, algunas conducentes y otras no tanto.

En su momento (13), se suscitaron distintos criterios sobre el particular, destacando que la posición que distingue la obligación de los deberes jurídicos merece observarse, pues el deudor carece de la posibilidad de optar o elegir entre cumplir o no, pues la infracción de un precepto específico hará pasible al incumplidor de todas las consecuencias que se adicionan a tal ilicitud. De allí la virtualidad de sostener —en

---

(11) MONTES, A. C., "Formulación dogmática...", ob. cit.

(12) "Théorie générale des obligations", París, 1965, ps. 12 y ss.

(13) COMPAGNUCCI DE CASO, R., "La relación jurídica: derechos subjetivos, deberes jurídicos y obligación", JA 2001-II-1980.

pauta que se comparte— que la obligación civil pertenece al género de los deberes jurídicos.

Se señaló la reserva acerca de la existencia de deberes jurídicos que no son obligaciones civiles, que, no obstante, imponen ciertos comportamientos: por caso, fidelidad, asistencia y alimentos mutuos de los cónyuges, donde el débito (léase: deuda) carece, en las dos primeras hipótesis, de patrimonialidad, y la conducta no recae sobre bienes “susceptibles de valor”.

Asimismo, se controvierte (14) si el respeto a los derechos reales conlleva una obligación, sin perjuicio de lo cual es uniforme el criterio en virtud del cual la violación de aquellos derechos genera indemnizaciones que configuran deudas civiles.

Por lo demás, en algunos supuestos, la infracción al deber jurídico genérico de no dañar, mediando un daño causado, obliga a su reparación, lo que es un caso disímil al contenido del *neminem laedere*.

Resumiendo, en el panorama que antecede se destaca que todo deber jurídico significa coacción, y, por ende, la obligación de responder patrimonialmente no es más que un efecto de la relación obligatoria preexistente o bien *ex contractu*. Porque “débito” no es solo prestar, sino el deber de prestar bajo la coerción del orden jurídico, y por ello conduce no solo a la voluntaria prestación del obligado, sino, en la hipótesis de inejecución, a la coactiva ejecución de la obligación y, cuando no fuere posible o resultase insuficiente, al resarcimiento.

Dicho en otros términos: deber sin coacción y sin responsabilidad, y vinculación sin existencia, trasladarían las elucubraciones fuera del mundo jurídico, lo que no parece serio.

### III. VÍNCULO JURÍDICO

El vínculo jurídico, noción usual de rápida invocación, tiene —o alude a— un contenido relevante, pues designa un ligamen que construye al deudor a un determinado comportamiento.

Desde un punto de vista descriptivo de la obligación, se atribuye importancia al tercero —vínculo jurídico— que designa una relación —*vinculum juris*— que, sobre la base de la existencia de la obligación, tiene relación con el deudor, restringiendo su libertad o actividad, en cuanto

---

(14) BUSSO, Eduardo B., “Código Civil anotado”, ob. cit., p. 12, apart. 24.

es obligado a una determinada conducta. Sin embargo, no es el elemento más caracterizado para nominar a la obligación, pues la limitación que sufre el deudor en su esfera de libertad no puede considerarse desigual a la limitación que soporta el destinatario de cualquier deber jurídico.

Y si bien el vínculo jurídico no puede configurar un deber fisonómico de la “obligación”, tiene significación respecto del vínculo que deriva de los otros deberes jurídicos.

Se destaca que los deberes jurídicos distintos de la obligación son creados por la norma, por lo cual la limitación a la libertad del obligado que proviene de cada uno de estos resulta corolario del *dictum* del legislador, quien procurará no vincular excesivamente al destinatario del deber, y esto también en relación con los preceptos que en un orden jurídico garantizan la libertad de los sujetos. Debe entenderse como excepcional la posibilidad de que, por voluntad privada, se imponga a un sujeto un límite a su ámbito de libertad que no sea el reflejo de una obligación.

Asimismo, es natural que el orden jurídico procure fijar los confines dentro de los que los particulares puedan limitar su ámbito de libertad mediante obligaciones, más allá de los límites derivados de la necesidad de que los deberes sean caracteres fisonómicos de la obligación (15).

Según lo que se viene señalando, cuando se constituye una relación obligatoria, surge un vínculo unitario en que deuda y crédito, derecho del acreedor y derecho del deudor, a raíz del *vinculum juris*, se ubican en una situación con múltiples artistas. Aplicación de lo dicho es que el deudor queda vinculado a realizar la prestación asumida, y este es el modo normal de obrar en el mundo de las obligaciones.

Es que no es infrecuente que se utilicen de manera indistinta las locuciones “relación jurídica” y “vínculo jurídico”, o bien que se confundan ambos institutos. Sin embargo, las figuras son disímiles, pues el vínculo jurídico solo se limita a las correlaciones entre crédito y deuda, “situaciones jurídicas coincidentes pero contrarias dentro de una única relación obligatoria” (16).

La índole singular del vínculo jurídico no es reparo para que en una sola relación obligatoria confluyan obligaciones sinalagmáticas —por caso, una compraventa—, originando una pluralidad de vínculos jurídi-

---

(15) GIORGIANNI, M., “La obligación”, Ed. Bosch, Barcelona, 1958, p. 140.

(16) DÍEZ-PICAZO, Luis, “El contenido de la relación obligatoria”, *Anuario de Derecho Civil*, 1964, p. 350.

cos con un nexo — caso del depósito, donde el depositario debe la guarda y la custodia, siendo el depositante acreedor de ambas prestaciones—, suscitándose en los dos supuestos una pluralidad de vínculos y una sola relación obligatoria. La pluralidad de sujetos también puede resultar por circunstancias sobrevinientes, convirtiéndose en una deuda mancomunada (fallecimiento del acreedor o deudor primitivo e incorporación de los herederos), etcétera.

La doctrina, a raíz del llamado vínculo jurídico, se ocupa solo de los confines que aluden a la seriedad o a la exorbitancia del vínculo del deudor: así, por caso, está prohibido hacer depender de la mera voluntad el cumplimiento de la obligación.

A propósito del llamado vínculo jurídico, cabe tener en consideración el disvalor del legislador respecto de relaciones excesivamente duraderas del deudor y de su tendencia a no agravar la posición de este (*favor debitoris*).

Se controvierte acerca de la exigencia del vínculo jurídico, y ello supone voluntad, lo que es propio cuando la fuente obligacional es contractual.

Cuando el vínculo deriva de otras fuentes, el derecho no las pondera, y si fuere delictual, la ley, en línea de principios, no las toma en consideración.

Si fueren de fuente delictual, habrá, sí, sanción. De allí que se propicie un concepto que involucre todas estas nociones, y él es la situación que abarca obligaciones que nacen de actos o de hechos que no signifiquen un acto ilícito (17).

Modernamente, la doctrina encamina sus estudios hacia una objetivación del vínculo obligatorio (18), en virtud del paso de la idea del crédito como potestad sobre la persona del deudor y sobre su actividad, hacia una noción más objetiva (19), donde lo objetivo del crédito no radica en que él se dirija al patrimonio, sino en que —dirigiéndose a la prestación— resulte en cierto modo secundaria la determinación de la persona, sustituyéndose al deudor.

---

(17) SALVAT — GALLI, “Derecho civil argentino. Tratado de las obligaciones en general”, 6ª ed., Ed. Tea, Buenos Aires, 1952, vol. I, ps. 17 y ss.

(18) *Ibíd.*, p. 17.

(19) Cfr. PIZARRO, Ramón D., “Objeto de la obligación. Su importancia con respecto a la esencia del instituto”, en *Libro Homenaje a Alberto Bueres*, Ed. Hammurabi, Buenos Aires, 2001, ps. 801 y ss.



Peirano Facio (20) entiende que el vínculo jurídico se concibe siempre como una atadura que no ataca la libertad o la autonomía del individuo; señala que no absorbe la personalidad, sino que se refiere siempre a actos aislados. Trae a colación que en el derecho moderno existe lo que se ha dado en llamar “límites del vínculo jurídico”, el que debe conservarse dentro de ciertas restricciones.

Y, si las traspasa, deja de ser jurídicamente válido. Dichas restricciones marcan un máximo y un mínimo; en cuanto al máximo, cabe decir que el vínculo jurídico no puede constituir una atadura que atente contra la libertad personal del deudor, y respecto de una limitación mínima, cabe argumentar que en oportunidades resulta demasiado débil: es un caso de invalidez del vínculo jurídico por insuficiencia. Es por ello que si la obligación queda librada a la voluntad de una sola de las partes, no tiene validez jurídica, debido a la insuficiencia del vínculo jurídico. Gaudemet (21) de manera más matizada, considera que por más que la obligación supone un lazo entre dos personas, acreedor y deudor, implica al mismo tiempo un derecho sobre los bienes del deudor, hasta el punto de que toda la historia de la obligación es la historia del progreso del segundo carácter (valor) sobre el primero (vínculo): se la considera cada vez más como un valor, como un compromiso de los bienes, y su carácter de vínculo entre dos personas, sin desaparecer, pierde cada vez más fuerza, desde el punto de vista tanto de su importancia cuanto de sus efectos. En su opinión, el crédito y la deuda modernos son una relación entre dos patrimonios, al mismo tiempo y de manera más significativa que entre dos personas.

Sin embargo, en la historia de la obligación, la vinculación del deudor al poder del acreedor ha cambiado de signo al marginarse paulatinamente la idea de sujeción o servidumbre corporal que significaba el instituto de la *obligatio*; lo que no cabe es considerar que la persona del deudor puede resultar negada, desconocida o bien desechada en una clase de relación que se caracteriza por significar su conexión jurídica respecto de una determinada presencia del acreedor.

De manera que, ante la existencia de una obligación, el poder —o facultad— que ostenta el acreedor no incide sobre la persona del deudor, sino sobre sus bienes. Y este patrimonio se conformará como una unidad, un objeto único; y si hubiere varios acreedores, todos tendrán como

---

(20) “Curso de obligaciones”, Ed. Fondo de Cultura Universitaria, Montevideo, 1972, ps. 16 y ss.

(21) “Théorie générale des obligations”, ob. cit., ps. 12 y ss.

objeto de sus respectivos derechos de crédito el patrimonio del deudor, y este resultará garantía común de todos ellos.

A raíz de lo que se viene exponiendo, es interesante lo que acota Ferrara (22) en cuanto a que el deber jurídico lleva consigo como contenido inmanente la coacción, y, por lo tanto, la responsabilidad no es más que la consecuencia de la relación obligatoria. El débito no es simplemente deber de prestar, sino el deber de prestar bajo la coacción del orden jurídico, y, por tanto, conocer no solo la voluntaria prestación del obligado, sino, en caso de incumplimiento, la coactiva ejecución de la obligación, y cuando esto no sea posible o suficiente, el resarcimiento. El derecho de agresión del acreedor sobre el patrimonio del obligado no es más que un efecto normal y esencial del derecho del crédito, sin el cual este sería un derecho ilusorio. Lo expuesto resulta lo adecuado.

Es que cuando en la vida jurídica aparece un débito, el deudor (obligado) sabe perfectamente sin explicitación alguna que la inobservancia del débito significará compulsión sobre su persona y sus bienes. Deber sin responsabilidad, conducta comprometida sin coacción y vinculación sin exigencia nos ubicarían fuera del mundo jurídico, caracterizado precisamente por la presencia y operatividad de la coerción, por lo que, como dice Ferrara, la responsabilidad no es más que la consecuencia de la relación obligatoria, o, mejor todavía, forma parte imprescindible del contenido fijo y mínimo de aquella. La deuda supone la responsabilidad tanto como la responsabilidad supone la deuda, y son partes complementarias de un todo, cuya presencia es precisa si se quiere que la relación jurídica no pierda su sustancia jurídica.

La teoría del débito y la responsabilidad, dice Espín Cánovas (23), aunque no se acepte íntegramente su aplicación al derecho moderno, ha servido para poner de relieve que el concepto de obligación encierra ese doble elemento antes referido.

Diremos con Díez-Picazo (24) que el distingo entre deuda y responsabilidad es meridiano y señala que ambas nociones son dos ingredientes institucionales del esquema obligacional, mas no constituyen dos relaciones o dos situaciones jurídicamente autónomas y distintas, por más que semejante diferencia suministre datos conceptuales de utilidad para construir el esquema obligacional.

---

(22) "Tratatto di diritto civile italiano", Roma, 1920, p. 304.

(23) "Manual de derecho civil español", Madrid, 1983, t. III, p. 21.

(24) "Fundamentos del derecho civil patrimonial", 6ª ed., Ed. Civitas, Madrid, ps. 341 y ss.

Karl Larenz (25) señaló que el hecho de que todo deudor responda, en principio, por cualquier deuda frente al acreedor con todo su patrimonio no es natural, sino que descansa en una larga evolución del derecho de obligaciones y del derecho de ejecución, ya que originariamente, tanto en el derecho romano como en el germánico, respondía el deudor con su propia persona, y ello en virtud de un contrato especial.

El derecho vigente no conoce sino la responsabilidad patrimonial; mas, de modo diferente a lo que ocurría en el derecho germánico, no precisa un acto especial de fundamentación, sino que está en principio unida a toda deuda, y ello en general como responsabilidad patrimonial ilimitada.

De acuerdo con la concepción actual, todo aquel que asume una obligación responde, en caso de incumplimiento, con todo lo que le pertenece.

Cabe distinguir conceptualmente la responsabilidad de la deuda, del deber de prestar, pero aquella sigue a esta como la sombra al cuerpo. El que asume una obligación no se hace cargo solo de un deber jurídico-moral, sino que corre el riesgo de perder una parte de su patrimonio.

De esta suerte, la responsabilidad que acompaña la deuda transmite a esta una especie de gravitación, cauces estos por los que discurre nuestro pensamiento.

No cabe duda de que en un plazo disquisitivo y conceptual las nociones de deuda y responsabilidad son claramente separables y distinguibles, diferenciación que permite conocer la exacta estructura de la obligación moderna.

Poco importa y en nada altera colocar primero la idea de deuda, como quiere la doctrina tradicional, o bien la noción de responsabilidad, como aspiran ciertas teorías modernas, pues lo fundamental es que uno y otro concepto coexisten, se integran en la obligación y no pueden transitar separadamente, so pena de desfigurar la institución central de nuestro trabajo.

Que al derecho a la prestación del acreedor corresponde el deber de prestación del deudor, y viceversa, ha de considerarse suficiente para estimar cerrado el esquema obligacional.

---

(25) "Derecho de las obligaciones", Ed. Revista de Derecho Privado, Madrid, 1958, ps. 33/4.

#### IV. OBLIGACIÓN

Las relaciones jurídicas son eminentemente sociales y se configuran entre —en principio— personas; los patrimonios tienen sus respectivos titulares y estos, en suma, son los sujetos de los derechos y las cargas.

En el obrar individual de las personas físicas, dentro del amplio espectro de las relaciones privadas, se destacan dos notas: una de ellas es la libertad jurídica, cuyo significativo valor tiene su consagración en la máxima: nadie puede restringir la capacidad jurídica del otro sin haberse constituido un derecho especial al efecto.

El precedente principio está contemplado en el postulado de reserva, enunciado en el art. 19, CN.

El otro dato aludido proviene de la noción jurídica de deber, cuyo antecedente inmediato es la vigencia de la libertad: el deber se traduce en una actividad negativa o positiva, en una conducta determinada.

Es que, en el mundo jurídico, la limitación a la capacidad de obrar de un sujeto constituye una obligación (26), cuya causa-fuente depen-

---

(26) La bibliografía sobre la disciplina anterior al Código unificado y posterior es numerosa, citando solo algunas obras: CAZEAUX — TRIGO REPRESAS, "Derecho de las obligaciones", 4ª ed., Ed. La Ley, Buenos Aires, 2010, t. I, ps. 1 y ss.; COLMO, Alfredo, "De las obligaciones en general", 2ª ed., Ed. Menéndez, Buenos Aires, 1928; BUSO, Eduardo B., "Código Civil anotado", ob. cit., t. III, ps. 8 y ss.; ALTERINI — AMEAL — LÓPEZ CABANA, "Derecho de las obligaciones", Ed. AbeledoPerrot, Buenos Aires, 1995; BORDA, Guillermo A., "Tratado de derecho civil. Obligaciones", 9ª ed. actualizada por Alejandro Borda, Ed. La Ley, Buenos Aires 2008, t. I, ps. 1 y ss.; LLAMBÍAS, J. J., "Tratado de derecho civil. Obligaciones", Buenos Aires, 1973, t. I, ps. 10 y ss.; PIZARRO, D. — VALLESPINOS, "Instituciones de derecho privado. Obligaciones", Ed. Hammurabi, Buenos Aires, 2009, vol. I, ps. 50 y ss.; GAGLIARDO, Mariano, "Tratado de obligaciones", Ed. Zavallá, Buenos Aires, 2015, vol. I; MOISSET DE ESPANÉS, "Curso de obligaciones", Ed. Zavallá, Buenos Aires, 2004, vol. I; TRIGO REPRESAS, Félix A. — COMPAGNUCCI DE CASO, Rubén H., "Código Civil comentado. Obligaciones", 2ª ed., Ed. Rubinzal-Culzoni, Buenos Aires, 2010, t. I, ps. 15 y ss.; BELLUSCIO — ZANONI, "Código Civil y leyes complementarias. Comentado, anotado y concordado", Ed. Astrea, Buenos Aires, 1979, t. 2, ps. 497 y ss.; RIVERA — MEDINA, "Código Civil y Comercial de la Nación comentado", Ed. La Ley, Buenos Aires, 2014, t. III, ps. 8 y ss.; ALTERINI, Jorge H. y otros, "Código Civil y Comercial comentado. Tratado exegético", Ed. La Ley, Buenos Aires, 2015, t. IV, ps. 3 y ss.; GARRIDO CORDOBERA y otros, "Código Civil y Comercial", Ed. Astrea, Buenos Aires, 2015, t. 2, ps. 1 y ss.; PIZARRO, R. D., "Reflexiones en torno al concepto de obligación y a su objeto en el nuevo Código Civil y Comercial", JA 13-2016-01; LAFAILLE, "Derecho civil. Tratado de las obligaciones", 2ª ed., Ed. La Ley, Buenos Aires, 2009, t. I, ps. 16 y ss.; MULLER, E. C., "La doctrina y la jurisprudencia en algunos aspectos del Código Civil y Comercial de la Nación", JA

derá de la respectiva disciplina y de los acontecimientos de que se trate; y así, en razón de aquella, el individuo (persona humana) o persona jurídica debe observar un cierto comportamiento, económico-social, frente a otro sujeto. Debe tenerse en cuenta la advertencia que desde antiguo formulara Colmo (27) en el sentido de que el estudio del derecho de las obligaciones supone la determinación previa del concepto de obligación. Mas, según acontece en todas las ciencias inductivas, como la del derecho y como todas las sociales, tal determinación debe ser hecha *a posteriori*, sobre la base de observaciones y análisis complejos, por lo mismo que es una generalización.

De manera que para las obligaciones en sentido jurídico, la energía que motiva la limitación de la libertad de acción es el derecho (28). La esfera de la libertad equivale a la licitud de todo comportamiento posible, no a la imposición de uno determinado. La libertad está allí en el derecho donde la ley conduce.

Y la noción jurídica de obligación, desde la clásica conceptualización de los juristas romanos hasta nuestros días —a no dudar, fruto de nuevas elaboraciones y replanteos—, ha evolucionado (29); mas, como fuere, el término “obligación” es utilizado para indicar una particular categoría de situaciones jurídicas.

En efecto, el termino “obligación” proviene de *obligatio*, *obligare*, que significa alrededor, y *ligare*, que supone ligar, nexo o vínculo. Así, en Roma, en los orígenes equivalía a una servidumbre *de facto* de una persona a otra en garantía de ejecución de una deuda propia o ajena. Superando el *nexum* de forma jurídica constitutiva de la servidumbre, se transporta a la noción de derecho y de relación de deber.

---

2018-IV-207; ENNECCERUS, Ludwig — LEHMANN, Heinrich, “Derecho de las obligaciones. Tratado de derecho civil”, 35ª ed. alemana, trad. de Blas Pérez González y José Alguer Bosch, Barcelona, 1947, t. II, vol. I, p. 9, nota 4; HERNÁNDEZ GIL, Antonio, “Derecho de obligaciones”, Ed. Leura, Madrid, 1983, ps. 65 y ss.; MONTES, Ángel C., “La estructura y los sujetos de la obligación”, Ed. Civitas, Madrid, 1990, ps. 149 y ss.; MARTY, Gabriel — RAYNAUD, Pierre, “Droit civil. Les obligations, les sources”, 2ª ed., Ed. Sirey, 1988, ps. 10 y ss.

(27) “De las obligaciones en general”, ob. cit., p. 17.

(28) BONET, Ramón, “Naturaleza jurídica de la obligación”, Ed. Revista de Derecho Privado, Madrid, 1967, p. 835.

(29) Cfr. MARTÍNEZ CARRIÓN, Ángel, “Moderna orientación de las relaciones obligacionales”, *Anales de la Academia Matritense del Notariado*, Madrid, t. XXXII, p. 520, esp. apart. V.III.

Nos recuerda nuestro homenajeado, el académico Trigo Represas (30), que la mayor parte de los autores emplean para definir la obligación la fórmula de las *Institutas* de Justiniano: “La obligación es un vínculo jurídico que nos constriñe a pagar algo a otro, según el derecho civil”, tal la concepción en español; y, en latín, puede verse en las *Institutas* —libro 39, título 13—, señalando que también es usual la definición de Paulo —*Digesto*, libro 3, p. 447—, al decir: “la esencia de la obligación no consiste en hacer de algo una cosa nuestra o servidumbre nuestra, sino en constreñir a otro a darnos, a hacernos o a prestarnos algo”.

Hacia nuestros días, se presentan dos concepciones antitéticas de la obligación; una puede explicarse del siguiente modo: sobre el deudor incide un deber consistente en observar un determinado comportamiento. El acreedor ostenta un poder jurídico o derecho subjetivo cifrado en exigir del deudor ese comportamiento. El deudor afecta su voluntad a lo que se ha obligado; es la suya una voluntad sometida, mientras la del acreedor es una voluntad dominante.

La concepción de la obligación que exige un factor esencial de aquella, la responsabilidad, entiende que la estructura de la obligación no gira en torno del deber de prestación, sino tan solo sobre el sometimiento del patrimonio del deudor al poder de agresión del acreedor.

Un análisis comparativo y crítico de ambas concepciones posibilita llevar a cabo la caracterización y contraposición, de la siguiente manera (31): la concepción de la obligación como deber es una tesis jurídica elaborada sobre un sustento ético, mientras que la otra expuesta se basa en el patrimonio y resultado.

Las posiciones antitéticas en que se colocan las dos concepciones se superan a través de otras fórmulas: una es la cifrada en sostener que el concepto de la obligación, unitariamente considerado, abarca tanto el deber de prestación (deuda) como el sometimiento del patrimonio del deudor al derecho del acreedor (responsabilidad); y otra es la que, alterando la unidad conceptual de la obligación, proclama la existencia autónoma de la deuda y de la responsabilidad, las cuales pueden, sí, yuxtaponerse, pero también presentarse independientemente. De más está decir que existe un interés práctico en el análisis y consideración del derecho de las obligaciones. Ello así, pues las relaciones pecuniarias entre los sujetos de derecho son relaciones de obligaciones. Basta un mero

---

(30) “Derecho de las obligaciones,” ob. cit., p. 3, nota 6.

(31) HERNÁNDEZ GIL, “Derecho de obligaciones,” ob. cit., p. 67, apart. 18.

análisis de nuestro derredor para apreciar que, diariamente, menores y mayores celebran contratos que son génesis de obligaciones.

Es que la persona humana o bien la persona jurídica desarrollan obligaciones múltiples que les posibilitan subsistir y el desempeño de su actividad (32).

La noción de obligación no es exclusiva del orden jurídico, sino que irradia a todos los institutos legales, aplicándose a comportamientos humanos. Lo dicho, claro está, no significa que siempre el obrar del hombre recaiga en la esfera jurídica; actúa, asimismo, en ámbitos con incidencia moral y social, generando obligaciones de dichas esencias, las que pueden proyectarse en lo jurídico.

Ello así, pues el orden jurídico no es autónomo y tiene una comunicabilidad con lo social y moral.

Giorgianni (33), que analizó *in extenso* la cuestión, define el instituto como aquella relación jurídica por medio de una determinada persona que está vinculada a un comportamiento patrimonial para satisfacer un interés de otra persona (acreedor) determinada, aunque este interés no sea patrimonial, y tiene derecho al cumplimiento por parte de la primera.

De esta noción sobresalen distintas notas: a) descuello la patrimonialidad de la prestación; b) en segundo lugar, es vital la presencia del derecho del acreedor, configurado por el cumplimiento del sujeto pasivo de la relación, a través de actos suficientes para la adquisición real y efectiva, por el acreedor, del bien en que la prestación debida consiste; y c) la distinción, si bien implícita, trata el carácter transitorio en el tiempo del nexo entre partes, que se traduce en un ciclo vital de la obligación que se inicia con el nacimiento de la relación y se extingue por virtud del acto satisfactorio del interés del acreedor, a raíz, entre otros factores, de la concurrencia de la actividad cooperadora del deudor.

Otras definiciones no menos relevantes (34) dicen que la obligación es una relación jurídica en virtud de la cual una persona —deudor— tiene el deber de cumplir una prestación con valor patrimonial a favor de otra —acreedor—, que tiene, a su vez, un interés tutelable, aunque no

---

(32) MAZEAUD — MAZEAUD — MAZEAUD — CHABAS, "Derecho civil. Obligaciones", trad. de L. Andorno, Ed. Zavalía, Buenos Aires, 1997, t. I, ps. 11 y ss.

(33) *Ibíd.*, ps. 22 y ss.

(34) WAYAR, Ernesto C., "Derecho civil. Obligaciones", Ed. LexisNexis, Buenos Aires, 2004, p. 17.

sea patrimonial, en obtener de aquella prestación, o mediante ejecución forzada, el específico bien que le es debido.

Se trata de una noción en la que confluyen aspectos subjetivos y objetivos del concepto, la no menos controvertida noción del ingrediente patrimonial y la locución del “deber” preciso en este supuesto, más discutible en otras hipótesis.

Es que, para estar actualizado en el concepto (35) de obligación, cabe tener en cuenta que ella aparece como una situación jurídica —*lato sensu*— considerada como un determinado modo o una determinada manera de estar las personas en la vida social, regulada por el derecho, diferenciándose las situaciones “unisubjetivas” —que se refieren a la persona en sí misma o con relación a los bienes— de las “plurisubjetivas” —que aluden a las situaciones en las que actúa más de una persona—, ubicándose en las últimas las relaciones jurídicas.

Parece atinada la observación de Giorgianni (36) en el sentido de que muchas definiciones de obligación comúnmente aceptadas suelen resultar insuficientes para suministrar una noción exacta, y propone como método ubicar en las disposiciones dictadas por el legislador las que posibiliten individualizar la obligación en la esfera o categoría del deber jurídico o en el poder jurídico, a raíz de la posición subordinada de una respecto a otra.

La obligación, en suma, en una perspectiva del deber jurídico patrimonial (léase: deuda), es una pasividad que disminuye el patrimonio, mientras que como derecho patrimonial lo acrece (37).

El Código Civil y Comercial suministra una definición legislativa (art. 724), cuando dice: “La obligación es una relación jurídica en virtud de la cual el acreedor tiene el derecho a exigir del deudor una prestación destinada a satisfacer un interés lícito y, ante el incumplimiento, a obtener forzosamente la satisfacción de dicho interés”.

A propósito del precepto descripto, Pizarro (38), en síntesis que referenciamos, se refiere a los rasgos de la figura:

---

(35) LAFAILLE y otros, “Derecho civil...”, ob. cit., apart. 8 bis, p. 15.

(36) “La obligación”, ob. cit., p. 23.

(37) BONET, Ramón, “Naturaleza jurídica”, ob. cit., p. 835.

(38) “Reflexiones...”, ob. cit., p. 1.



a) refleja los aspectos de la relación jurídica obligatoria: derecho subjetivo y deber jurídico; b) denota los elementos internos de la obligación (sujeto, objeto, vínculo) y causa; c) remarca la estructura institucional de la obligación: débito y responsabilidad; y d) contempla la relación entre la prestación debida por el deudor y el interés lícito del acreedor.

Se trata —la cita precedente— de una apropiada reflexión conceptual y descriptiva de la normativa obligacional y en orden a su formulación legal.

En otros apartados desarrollamos el esquema que antecede con acopio de otras consideraciones, mas sin abundar en los aspectos b) y d), en tanto una consideración de aquellos excedería nuestro propósito original. Remitimos pues a la extensa bibliografía detallada en la nota 26.

Con relación a las posiciones jurídicas de acreedor y deudor, pueden corresponder de manera exclusiva y excluyente a cada una de las dos personas del vínculo; es decir, a cada uno de los dos sujetos (un sujeto ocupa solo la posición de acreedor y el otro sujeto se encuentra en la posición de deudor). Mas esta situación jurídica no siempre es así, e inclusive no suele ser lo más frecuente (39), pues las situaciones de acreedor y deudor pueden resultar compartidas al mismo tiempo por los distintos sujetos de la relación obligatoria, ya que generalmente no se es solo acreedor o deudor, sino al mismo tiempo acreedor y deudor, algo que ocurre con las obligaciones recíprocas.

En lo antes dicho, cabe distinguir entre relación obligatoria y relación contractual. Sin embargo, en un contrato bilateral *in totum*, es lógico sostener la variedad de sujetos, toda vez que adquieren y soportan correspectivamente créditos y deudas, mas no cabe así considerarlo en las particulares relaciones obligatorias que provienen de aquel, porque en estas siempre existirá tan solo un único acreedor y un único deudor.

Delimitando aún más el tema, corresponde precisar que la relación intersubjetiva da cuenta de la vinculación entre dos sujetos que, al ser regulada por el derecho, se denomina relación jurídica. Y en la esfera de las relaciones jurídico-patrimoniales, se ubican los derechos personales o de obligación (40).

---

(39) HERNÁNDEZ GIL, "Derecho de obligaciones", ob. cit., p. 89.

(40) MOISSET DE ESPANÉS, "Curso de obligaciones", ob. cit., p. 14.

Debe señalarse que el art. 724 antes transcrito adopta un camino diverso al que propone Giorgianni (41), quien rehúsa dar una definición apriorística de la obligación y busca, sobre la base de las disposiciones dictadas por la ley, cuáles son los elementos que pueden servir para individualizar su concepto. Considera que, precisados los elementos e individualizado lo atingente a la noción involucrada, se habrá dado con el concepto de obligación, y será posible una definición de ella que describa su fisonomía del modo más completo y riguroso posible dentro de su brevedad. Entiende que el método que debe seguirse es el de buscar las disposiciones dictadas por el legislador, los elementos cuya presencia posibilite individualizar la obligación, en el ámbito de la categoría del deber jurídico o en la del poder jurídico; en la obligación se da la presencia de dos situaciones: una entra en la categoría del deber, y la otra, en la del poder.

Según Carnelutti (42), aunque considera el débito del deudor como término correlativo del crédito del acreedor, el deudor no puede ser constreñido a prestar lo que debe al acreedor, y, en consecuencia, para poder considerar el derecho de este como derecho a la prestación, o sea, en una actividad del deudor mismo, hace falta, por lógica necesidad, reducir la prestación a una simple tolerancia. El débito del deudor no es sino el deber de soportar que el acreedor satisfaga su interés tomando la cosa debida del patrimonio del deudor mismo, mientras que el derecho del acreedor no consiste en algo diferente del derecho de procurarse sobre el patrimonio la utilidad implicada. En suma, para este autor, el contenido de la obligación no consiste más que en una tolerancia. Mientras que Demogue (43), quien atribuye importancia al elemento objetivo de la prestación, considera más adecuado aludir a la obligación como la situación jurídica que tiene por fin una acción o una abstención de valor económico o moral, cuya realización deben asegurar determinadas personas. Para De Ruggiero (44), la obligación es la relación que se establece entre persona y persona con contenido patrimonial e implica en un sujeto el deber de hacer a otro una determinada prestación y, en este, la facultad de exigirla de aquel. Señala el autor que la noción de relación obligatoria que recepta la modernidad no difiere en esencia de la que elaboraran los jurisconsultos romanos.

---

(41) *Ibíd*em, ps. 22 y ss.

(42) "Diritto y proceso...", *ob. cit.*, ps. 8 y ss.

(43) "Traité des obligations en général", Ed. Librairie Arthur Rousseau, Paris, 1923, t. I, apart. 27.

(44) "Instituciones de derecho civil", trad. 4ª ed. italiana, Ed. Reus, Madrid, 1931, vol. II, cap. XVII, ps. 1 y ss.

En particular, tal legado se proyecta a Justiniano, que configuró la obligación como un vínculo jurídico que constriñe necesariamente a una persona a obrar ante otra de conformidad con el derecho establecido en la ciudad, siendo pues esencial el concepto del vínculo.

## V. FINAL

Corolario de lo que se viene señalando es que la obligación resulta un deber jurídico, mas no todos los deberes jurídicos —*stricto sensu*— son obligaciones; por caso, el deber general solo expresa la directa sujeción a las normas, mientras que, en la hipótesis de la obligación, tal sometimiento significa un deber de conducta hacia otros que integra el contenido de la obligación.

Las notas que caracterizan la obligación son: a) el deber jurídico, que asume el rasgo de deuda, y el poder jurídico que corresponde a aquel deber tiene la fisonomía de un crédito; ambos datos son inescindibles; b) el deber se presenta como un “deber de prestación”, limitado a una determinada restricción del obrar humano; c) en general, el “deber de prestación” abarca dos sujetos, mas ello no es excluyente de extenderse a más personas; d) es usual que “el deber de prestación” se exteriorice en una patrimonialidad; e) los vocablos “deber” y “obligación” se suelen utilizar como sinónimos; sin embargo, este último tiene un sentido técnico preciso, en el campo de los derechos personales, que posibilita diferenciar la “obligación” del resto de los deberes jurídicos, por la determinación de sus elementos esenciales (acreedor y deudor; prestación; vínculo jurídico y causa); f) existen especies particulares de prestaciones, y ello determina las distintas clases de obligaciones; y g) nuestro gran codificador, de manera intencional, no quiso precisar el concepto de obligación —véase la nota al art. 495 del Código de Vélez—, rehuyendo un criterio sistemático, contrariamente a la definición legislativa que adopta el actual art. 724.



# EN TORNO A LAS PRESTACIONES DIVISIBLES E INDIVISIBLES SEGÚN EL CÓDIGO CIVIL Y COMERCIAL DE LA NACIÓN (LEY 26.994)

POR MARCELO URBANO SALERNO

## I. FRIEDRICH CARL VON SAVIGNY. DALMACIO VÉLEZ SARSFIELD

Savigny (1779-1861), llamado por Rudolf von Ihering “la estrella más brillante que haya podido ostentar la jurisprudencia”, elaboró su obra sobre la base del *ius commune* vigente en Alemania antes de la codificación, lograda recién en el año 1900. Se lo considera como uno de los fundadores de la Escuela Histórica, y en su tiempo fue el mayor opositor al modelo del Código Napoleón de 1804. Durante tres décadas se desempeñó como catedrático en la Universidad de Berlín. Luego de terminar de escribir una parte general en su célebre tratado “Sistema del derecho romano actual”, se dedicó a preparar la parte especial a fin de exponer su teoría de las obligaciones en dos volúmenes, libro que dejó incompleto. Ese libro representó uno de sus mejores aportes a la ciencia jurídica del siglo XIX. Al desarrollar el tema del objeto de la obligación, al que le devolvió su verdadero sentido, en primer término se ocupó de las “prestaciones divisibles e indivisibles”, palabras que sirven de título a esta contribución en homenaje a la memoria del profesor Félix Alberto Trigo Represas (1928/2016) (1).

---

(1) En vida del profesor Trigo Represas (UNLP) le dediqué un estudio sobre “Culpa y sanción”, publicado en el libro en su honor: KEMELMAJER DE CARLUCCI, Aída (dir.), *Derecho de daños*, Ed. La Rocca, Buenos Aires, 1993, segunda parte, ps. 279/285. Antes de su fallecimiento no tuvo oportunidad de exponer su pensamiento sobre el tema abordado en esta comunicación, que intenta actualizarlo con las disposiciones vigentes a partir del año 2015. En razón del Decreto Nacional de Urgencia 297/2020, relativo a la pandemia, el autor se excusa de no haber podido consultar bibliotecas públicas que fueron clausuradas preventivamente.

Vélez Sarsfield (1800-1875) fue un estudioso del derecho romano, y notorio latinista. Tenía admiración por Heinecio, autor “de una obra elemental de la jurisprudencia romana”, como reconoció alguna vez (2). Esa manifiesta influencia recibida a edad temprana no le impidió estar *aggiornado* con su época. A fin de redactar el Proyecto de Código Civil que le encomendó el presidente Bartolomé Mitre, consultó numerosos tratados de autores extranjeros redactados en idioma francés, el *Code Napoléon* y los Códigos que dictaron varios países bajo la influencia de este cuerpo legal (3). El codificador tenía un profundo conocimiento de la doctrina de su época y por ello conocía las teorías del sabio jurista alemán, autor que también citaba con frecuencia Augusto Teixeira de Freitas (4). Prueba de ello son los tratados y obras que formaban su nutrida biblioteca, que ahora pertenece a la Universidad Nacional de Córdoba.

En Francia, el pensamiento de Savigny había sido divulgado por Jean-Louis Lermnier (1803-1857), autor de una “Introduction générale a l’histoire du droit” (1829). A su vez, Édouard Laboulaye (1811-1883), quien había sido discípulo de Savigny, enseñaba en el Collège de France la “Historia general y filosófica de las legislaciones comparadas”; el año 1869 fundó la Société de Législation Comparée, con sede en París, que continúa en actividad. El Libro II del Proyecto fue redactado en el año 1867, sin duda el que luce la mejor redacción en toda la obra, donde manifiesta la influencia de Savigny, ya que utilizó la traducción al francés del libro “Le droit des obligations”, editado en el año 1863, versión de G. Gérardin y P. Jozon.

Este tema había sido expuesto por Vélez Sarsfield hacía más de 30 años en un apéndice de su autoría que publicó en la edición argentina del libro escrito por el jurista guatemalteco José M. Álvarez (5). Son intere-

---

(2) HEINECCII, J. Gottlieb, “Recitationes in elementa iuris civilis”, Vratislaviae, 1765, concordado con nuestras leyes por Dalmacio Vélez; conf. DÍAZ BIALET, Agustín, “El derecho romano en la obra de Vélez Sarsfield”, Ed. Universidad de Córdoba, 1940, vol. I, ps. 64/65 y 86. CHÁNETON Abel, “Historia de Vélez Sarsfield”, Ed. Eudeba, Buenos Aires, 1969, ps. 352/353.

(3) SALERNO, Marcelo U., “Un retorno a las fuentes del Código Civil argentino: la doctrina francesa”, en LEVAGGI, Abelardo (coord.), *Fuentes ideológicas y normativas de la codificación latinoamericana*, Ed. Universidad del Museo Social Argentino, Buenos Aires, 1992, p. 240.

(4) MEIRA, Sílvio, “Teixeira de Freitas: o jurisconsulto do imperio”, Ed. Livraria José Olympio, Río de Janeiro, 1979, ps. 577/578.

(5) ÁLVAREZ, José María, “Instituciones de derecho real de España adicionadas por Dalmacio Vélez”, Ed. Imprenta del Estado, Buenos Aires, 1834. Esta versión del libro de Álvarez está tomada de la editada en Madrid el año 1829. El apéndice corre en las ps. 368/385.

santes las explicaciones brindadas por el codificador sobre el tema, ante el vacío presentado por dicho libro, vacío que completó basándose en el derecho castellano-indiano, de fuente romanista. Ello permite apreciar los desarrollos que efectuó posteriormente bajo el influjo de la doctrina contemporánea, respecto de “esta importante y difícil materia”, en sus propias palabras. “El Álvarez”, designación que le dieron a esa edición preparada por el codificador, tuvo gran circulación en las aulas porteñas de la Universidad de Buenos Aires en el período 1834 a 1864. Es innegable el valor como testimonio histórico que tiene el apéndice mencionado, razón por la cual sirve recordarlo como antecedente del derecho patrio (6).

En esa oportunidad sostuvo que las obligaciones son divisibles o indivisibles, según lo sean las cosas a que se refieran, basándose en una cita del “Digesto” de Justiniano. Las indivisibles serían por su naturaleza —como lo son las de dar cosas— o por derecho. Afirmó entonces que la división civil consiste en la separación aritmética que compone un “cuerpo”.

Vélez Sarsfield utilizó como fuente para redactar los artículos del antiguo Código de 1869, correspondientes a ambas categorías, la obra de Freitas titulada “Esbozo” (7). De ahí que superó su anterior criterio mediante una detallada normativa y se apartó de la legislación comparada de su tiempo, como apuntó Héctor Lafaille (8), en particular al suprimir la denominada “divisibilidad intelectual”. Enunció como regla fundamental que “las obligaciones aunque sean divisibles por naturaleza, deben ejecutarse entre deudor y acreedor como si fueran indivisibles” (9);

---

(6) LEVAGGI, Abelardo, “Historia del derecho de las obligaciones, contratos y cosas”, Ed. AbeledoPerrot, Buenos Aires, 1982, ps. 17/19.

(7) FREITAS, A. T., “Código Civil. Obra fundamental del Código Civil argentino”, Ed. A. García Santos y J. Roldán, Buenos Aires, 1909. Contra, COLMO, Alfredo, “Técnica legislativa del Código Civil argentino”, 2ª ed., Ed. AbeledoPerrot, Buenos Aires, 1961, ps. 184/186. Colmo sostuvo que el plan de Freitas del “Esbozo” “no solo no ha sido seguido, sino que casi siempre ha resultado desmejorado”. Esta afirmación, sin embargo, carece de suficiente respaldo cuando se comprueba la similitud en el texto entre numerosos artículos escritos por Vélez Sarsfield y los del “Esbozo”. Verifico esa similitud en los arts. 667, 669, 670 (primera frase), 672, 673, 675, 677, 678, 679 y 681 del Código de Vélez, y los respectivos arts. 969, 973, 974, 970, 975, 976, 981 (incs. 4º y 5º), 984 (incs. 2º y 3º) y 989 (incs. 1º, 3º y 4º) del “Esbozo”.

(8) LAFAILLE, Héctor, “Tratado de las obligaciones”, Ed. Ediar, Buenos Aires, 1950, t. II, nro. 1114, p. 208. El autor informa en acápites y notas sobre los antecedentes en el derecho comparado, disciplina dedicada a analizar la legislación de la época.

(9) SALERNO, Marcelo U., “El pensamiento jurídico de Vélez Sarsfield sobre las obligaciones en general”, en *Homenaje a Dalmacio Vélez Sarsfield*, Ed. Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Córdoba, Córdoba, 2000, t. II, p. 376.

es decir, el cumplimiento tiene que ser integral para que el pago opere en forma extintiva (art. 869, Cód. Civ. y Com.). Es inadmisibles un cumplimiento parcial o fraccionado si los sujetos activo y pasivo son únicos, y, en virtud de ello, el acreedor está facultado a exigir la prestación *in totum*, con sus accesorios. Al margen de este imperativo legal (arts. 807 y 869, Cód. Civ. y Com.), el caso puede complicarse si existe más de una persona en cada uno de los sujetos, cuestión analizada en estas páginas.

## II. DEFINICIÓN ESTRUCTURAL DE LA OBLIGACIÓN EN EL NUEVO CÓDIGO

Una labor exclusiva de la doctrina consiste en definir la obligación, previo análisis de todos sus elementos. Fueron los tratadistas quienes, en distintos períodos históricos, intentaron hacerlo en forma concreta, a fin de encuadrar todos los problemas jurídicos que se podrían plantear. Esos intentos dieron lugar a teorías puramente académicas, fundadas en consideraciones de orden iusfilosófico, para explicar los fenómenos derivados del endeudamiento y la responsabilidad patrimonial. Faltó unanimidad de criterios entre los autores y se suscitaban polémicas durante décadas, motivo por el cual este tema se redujo al ámbito de la enseñanza sobre la materia (10). La disparidad de opiniones hace necesario que *in limine* sea indispensable precisar la noción legal con la que se estructura en nuestro sistema la figura de la obligación.

El anterior Código argentino de 1869 optó por prescindir de dar una definición, criterio que aún siguen numerosos países (11), incluso en la actualidad. No obstante ello, una definición de carácter subjetivo, imbuída de romanismo, se hallaba implícita en ese régimen (12). Ello significó que cada comentarista enunciara su propia idea. En este punto,

---

(10) REZZÓNICO Luis M., "Estudio de las obligaciones", 9ª ed., Ed. Depalma, Buenos Aires, 1966, vol. I, ps. 19/22.

(11) LAFAILLE, Héctor, "Tratado de las obligaciones", ob. cit., t. I, nro. 9, ps. 15/16. A continuación se enumeran los países cuyos Códigos no enuncian una definición de la obligación: Bolivia (1976), Brasil (2002), Chile (1855), Colombia (1887), República Dominicana (1884), Ecuador (1857), El Salvador (1859), España (1889), Francia (2016), Guatemala (1963), Honduras (1906), Italia (1942), México DF (1928), Nicaragua (1904), Panamá (1917), Paraguay (1985), Perú (1984), Suiza (1911), Uruguay (1868) y Venezuela (1982); sobre la codificación civil en América, véase MORÉTEAU, Olivier — PARISE, Agustín, "Decodification in Louisiana and Latin America", *Tulane Law Review*, vol. 83, nro. 3, 2009, ps. 1103/1162.

(12) SALERNO, Marcelo U., "Obligaciones. Régimen jurídico", Ed. Universidad, Buenos Aires, 1995, p. 26; "La obligación en su devenir histórico", *Prudentia Iuris*, Ed. Universidad Católica Argentina, abril de 1985, t. XV, ps. 5/23.



Vélez Sarsfield invocó razones de técnica legislativa y se apartó de Savigny, dado que el jurista alemán describía al deudor como una persona sometida al poder del acreedor, tesis que estaba superada. En el siglo XXI es imposible sostener esa idea: evidentemente, no hay dependencia ni sometimiento del deudor respecto del acreedor; tampoco su libertad individual se encuentra restringida. La persona que se obliga a realizar una prestación contrae el débito ejerciendo libremente su voluntad. Claro está que, si no cumple, el acreedor dispone de las medidas legales para ejecutar su crédito sobre el patrimonio del deudor (art. 730, Cód. Civ. y Com.) (13), momento en el cual se habilita ejercer la coacción ante el incumplimiento. Es una distinción para diferenciar al derecho real del derecho personal, ya que en la primera categoría el titular del derecho tiene poder sobre una cosa (art. 1882, Cód. Civ. y Com.). Los autores nacionales procuraron salvar la omisión del Código anterior (14), como así lo hicieron varios proyectos de reforma (15).

A partir de la vigencia del nuevo Código Civil y Comercial de la Nación, se innovó en esta cuestión para cubrir el vacío del antiguo *corpus*. Ahora existe una definición legal que sistematiza el régimen de las obligaciones. Prevalció la opinión de Colmo, quien sostenía que era conveniente hacerlo a fin de cristalizar “en una norma fundamental la esencia de una institución, y a la cual habrán de subordinarse las demás normas parciales que contemplen los diversos aspectos de la misma” (16). Más allá de las polémicas, superando los debates y discusiones de cátedra, el actual art. 724, Cód. Civ. y Com., dispone: “La obligación es una relación jurídica en virtud de la cual el acreedor tiene el derecho a exigir del deudor una prestación destinada a satisfacer un interés lícito y, ante el incumplimiento, a obtener forzosamente la satisfacción de dicho in-

---

(13) SALERNO, Marcelo U. — SALERNO, Javier J., “El patrimonio del deudor y los derechos del acreedor”, Ed. Astrea, Buenos Aires, ps. 6/8.

(14) ALTERINI, Atilio A. — AMEAL, Oscar J. — LÓPEZ CABANA, Roberto M., “Derecho de obligaciones civiles y comerciales”, Ed. Abeledo Perrot, Buenos Aires, 1995, ps. 14/16. ZANNONI, Eduardo A., “Elementos de la obligación”, Ed. Astrea, Buenos Aires, 1995, p. 16.

(15) El Proyecto de Código Civil Unificado con el Código de Comercio de 1998, redactado por la Comisión designada por el dec. 685/1995, daba la siguiente definición: “Se denomina obligación a la relación jurídica en virtud de la cual una persona tiene el deber de cumplir una prestación a favor de otro”; a su vez, el Proyecto encomendado por el dec. 468/1992 decía: “Se denomina obligación al vínculo en virtud del cual una persona debe a otra una prestación que constituye su objeto, trátase de dar, hacer o no hacer”. Obsérvese cómo difieren ambos enunciados: el Proyecto de 1998 puntualiza la “relación”, mientras que en el Proyecto de 1992, en cambio, el “vínculo” fue priorizado.

(16) COLMO, Alfredo, “Técnica legislativa...”, ob. cit., p. 262.

terés” (17). Este texto introduce una variante significativa, puesto que pone de relieve el “derecho del acreedor”, acentuando su vigor frente al “deber del deudor”. Recuérdese que se aparta de la clásica definición contenida en las “Institutas”, obra del emperador Justiniano destinada a facilitar su estudio a los jóvenes, que decía: “La obligación es un vínculo jurídico que nos impone la necesidad de pagar algo a otro, según el derecho civil” (18). Todavía perdura en las aulas universitarias, porque la tradición latina nutre a nuestro derecho, y además posee un claro sentido pedagógico.

Los autores del Proyecto de Código Civil y Comercial propusieron incluir una definición distinta a la sugerida por otras iniciativas, que no les satisfizo. Así lo expresaron en los “Fundamentos del Anteproyecto de Código Civil y Comercial” (19) donde se lee que es preciso remarcar “la verdadera estructura institucional de la obligación”, a fin de que en la relación obligatoria estén presentes “el débito y la responsabilidad”. Pareciera que fue elaborada exclusivamente desde un punto de vista académico, sin referencias a la fuente que la inspiró ni a los autores que la sustentan, a fin de que los intérpretes puedan orientarse. Nada impide entender que subsiste la idea de un nexo o *nexum* entre el acreedor y el deudor.

Sobre las posibles fuentes consultadas al respecto, por lo general se atribuye influencia al Código Civil de la provincia canadiense de Quebec de 1994, el cual solo trae la enunciación del objeto debido (art. 1371), de manera que no aporta mayor información (además, es un *corpus* mixto de *civil law* y *common law*). En cambio, es oportuno citar al Código de Portugal de 1966, que formuló la siguiente definición: “La obligación es el vínculo jurídico por el cual una persona es constreñida a realizar una prestación”; dicho *corpus* se apartó del modelo francés y receptó la influencia del BGB alemán del año 1900. Evidentemente, el conocimiento de la legislación comparada permite apreciar cómo el término “vínculo” es el más utilizado para describir el lazo que une a ambos sujetos (activo y pasivo) de la obligación.

---

(17) SALERNO, Marcelo U., en LÓPEZ MESA, Marcelo — BARREIRA DELFINO, Eduardo, “Código Civil y Comercial de la Nación. Comentado. Anotado”, Ed. Hammurabi, Buenos Aires, 2020, t. 6-A, ps. 49/62. Los juristas franceses califican al Código Civil y Comercial de ecléctico, dado que no se puede identificar la clase de sistema al que pertenece; véase DAVID, René — JAUFFRET-SPINOSI, Camille — GORÉ, Marie, “Les grands systèmes de droit contemporains”, 12<sup>a</sup> ed., Ed. Dalloz, París, 2016, nro. 62, p. 62.

(18) “Institutas”, Libro III, Título XIII: “*Obligatio est iuris vinculum, quo necessitate adstringitur alicuius solvenda rei, secundum nostrae civitatis iura*”.

(19) “Proyecto de Código Civil y Comercial de la Nación”, Ed. Infojus, Buenos Aires, 2012, p. 606.

Resulta de interés conocer la definición escrita en nuestro idioma que integra el articulado del nuevo Código Civil de Puerto Rico (2020), la que dice así: es el “vínculo jurídico de carácter patrimonial en virtud del cual el deudor tiene el deber de ejecutar una prestación que consiste en dar, hacer o no hacer algo en provecho del acreedor, quien, a su vez, tiene un derecho de crédito para exigir el cumplimiento” (art. 1060). Si la palabra “provecho” hubiese sido reemplazada por “interés”, la escritura de ese texto hubiese sido aún mejor.

Después de haber dado la citada definición, el Código Civil y Comercial se ocupa de las diferentes clases de obligaciones en el cap. 3 del Título I (Libro Tercero). En la sección 6ª de dicho capítulo trata las categorías divisibles e indivisibles, descriptas en los arts. 805 y 807. El Código Civil y Comercial reprodujo *mutatis mutandis* el art. 667 del Cód. Civil abrogado (20), en cuya nota el codificador indicó consultar a Savigny. El profesor alemán había escrito: “la palabra división indica la fragmentación de una obligación en varias obligaciones aisladas e independientes”; valga aclarar que todas esas obligaciones tienen el mismo título de origen. En el art. 808, Cód. Civ. y Com., se encuentra explicada la *regula* de división, basada en la existencia de una pluralidad de acreedores y deudores en una simple mancomunidad. Ese principio establece que entonces la obligación “se debe fraccionar en tantos créditos o deudas iguales, como acreedores o deudores haya”; ello significa que “los acreedores tienen derecho a su cuota” o fracción aritmética del crédito. Es un principio establecido “de modo que cada una de sus partes tenga la misma calidad del todo”, agrega el art. 806, inc. a), Cód. Civ. y Com. Similar solución acerca del desdoblamiento de la relación jurídica ofrece el Código Civil del Uruguay (art. 1379), respecto al cual Peirano Facio ha escrito que en dicho supuesto “se han creado tantas obligaciones cuanto es el número de acreedores o deudores” (21). Es el aforismo romano que dice: *nomina sunt ipso jure divisa*.

---

(20) El Código Civil de Paraguay también reproduce ese texto en los arts. 495 y 499; MARTÍNEZ SIMÓN, Alberto J., “Esbozo de las obligaciones civiles”, edición del autor, Asunción, 2016, ps. 348/350. Véanse, entre otras obras, OTAOLA, María Cristina, en LÓPEZ MESA, Marcelo — BARREIRA DELFINO, Eduardo (dirs.), “Código Civil y Comercial de la Nación...”, ob. cit., t. 6-A, ps. 457/492. PIZARRO, Ramón D. — VALLESPINOS, Carlos G., “Tratado de obligaciones”, Ed. Rubinzal-Culzoni, Buenos Aires, 2020, t. I, ps. 835/858.

(21) PEIRANO FACIO, Jorge, “Obligaciones divisibles e indivisibles en el Código Civil”, *Revista del Centro de Estudiantes de Derecho*, Montevideo, 1955, t. XIX, nro. 24, p. 17. GALLI, Enrique V., en SALVAT, Raymundo M., “Tratado de derecho civil argentino. Obligaciones en general”, 6ª ed., Ed. TEA, Buenos Aires, 1953, t. II, 851 fs., p. 36, expresa: “los demás codeudores y coacreedores se reputan terceros”. Conf. Código Civil de Puerto Rico, art. 1111.

El caso en cuestión prevé la posibilidad de que cada uno de los deudores pague el total del objeto debido, no obstante que antes hubiese operado *ipso jure* el fraccionamiento de la deuda (art. 810, Cód. Civ. y Com.). Ese caso confiere al *solvens* el derecho a que los otros codeudores le reintegren la demasía, ya que puede ser un pago por tercero con efecto subrogatorio (arts. 881, 882 y 914, Cód. Civ. y Com.) o tratarse de un pago indebido [art. 1796, inc. b), Cód. Civ. y Com.].

Respecto de la metodología empleada por el Código Civil y Comercial, este se ciñe al esquema del Código de 1869, que dedicaba el Título XII a las obligaciones divisibles e indivisibles, y el Título XIII a las obligaciones con relación a las personas; este último comprendía dos especies: las simplemente mancomunadas y las obligaciones solidarias. En cuanto a las obligaciones con pluralidad de personas, el Código Civil y Comercial las engloba bajo el titulillo “Obligaciones de sujeto plural”. Sin embargo, al tratar las obligaciones simplemente mancomunadas, luego de formular su concepto, remite a la sección anterior (corresponde a la 6ª del capítulo respectivo) “según que su objeto sea divisible o indivisible” (art. 826, Cód. Civ. y Com.). Hubiese sido innovador reducir las cuatro categorías a tres: obligaciones divisibles, indivisibles y solidarias (22). Esa innovación sería congruente con el art. 823, Cód. Civ. y Com., norma que dispone aplicar subsidiariamente las disposiciones sobre solidaridad a las obligaciones indivisibles (23). Vale decir, el “cumplimiento total [de la prestación] puede exigirse a cualquiera de los deudores por cualquiera de los acreedores” (art. 827, Cód. Civ. y Com.).

### III. LA PRESTACIÓN

Uno de los tres elementos esenciales de la obligación es el objeto debido, el cual recibe el nombre de “prestación”. El sujeto pasivo está obligado a realizar una determinada conducta, fuese un *dare* (en el sentido de transferir la posesión o la tenencia de un bien), un *facere* o un *non facere*. En palabras de Savigny: “podemos considerar las situaciones opuestas de las personas que son partes de la obligación, como dos actividades distintas, en las que una consiste en la prestación, la otra en la coacción (acción) que puede emplear el acreedor” (24). La idea está

---

(22) Conf. Código Civil de Brasil, Parte Especial, Libro I, caps. V y VI. Código Civil de Perú, art. 1182.

(23) Conf. MESSINEO, Francesco, “Manual de derecho civil y comercial”, trad. de Santiago Sentís Melendo, Ed. EJE, Buenos Aires, 1971, t. IV, nro. 130, p. 420, afirma que “es admisible la repetición entre codeudores”.

(24) SAVIGNY, F., “Le droit des obligations”, París, 1873 2ª ed., tomo I, pág. 7.

expresada en términos de otra época, pero son suficientemente gráficos para representar la actividad a cumplir por el deudor y la que corresponde al *creditor* cuando hubiese incumplimiento. La naturaleza del objeto, que es el contenido del acto jurídico, resulta fundamental en la relación donde hay pluralidad de sujetos, tanto acreedores como deudores. Dice Alberto J. Bueres que cada obligación “tiene por objeto un plan, proyecto o programa de prestación” (25), que es muy vasto y de amplitud (26). Corresponde agregar que respecto a la prestación ínsita en la *obligatio*, esta tiene que ser idéntica a la que sea entregada en concepto de pago (art. 868, Cód. Civ. y Com.).

En el art. 725, Cód. Civ. y Com., se enuncian los requisitos exigidos para la validez de la prestación. Es la norma central del régimen, que la califica desde el punto de vista físico, según su naturaleza, estableciendo las prestaciones susceptibles de ser divisibles y las que no lo son. Suele confundirse este tema con el régimen de los bienes divisibles y los bienes indivisos (arts. 228, 481, 484 y 2330 a 2334, Cód. Civ. y Com.), cuestión atinente a los derechos reales. En efecto; los derechos personales y los derechos reales tienen puntos de contacto, pese a las diferencias que los separan, a punto de comprometer la estructura que los sostiene. El art. 228, Cód. Civ. y Com. (que copia en su párr. 1º al art. 2326 del Código de Vélez), dice así: “Son cosas divisibles las que pueden ser divididas sin ser destruidas, cada una de las cuales forma un todo homogéneo y análogo tanto a las otras partes como a la cosa misma”.

Según lo entendía Vélez Sarsfield, tampoco se admite la división intelectual, a pesar del transcurso del tiempo, que hubiese permitido adoptarla en la actualidad. Se mantiene, pues, el criterio tradicional del antiguo Código Civil, cuya influencia persiste en varias de las soluciones del nuevo ordenamiento del año 2015.

Basta cruzar a la otra orilla del Río de la Plata para conocer que el Código Civil uruguayo dispone: “La obligación es divisible o indivisible, según que su objeto sea o no susceptible de división, bien material, bien intelectual” (art. 1375). Este texto fue desmenuzado por Peirano Facio con su fino análisis crítico, para llegar a la conclusión de que “una cosa es divisible aunque materialmente no pueda cortarse en partes sin perder su propia individualidad, si es concebible que intelectualmente se

---

(25) BUERES, Alberto J., “Objeto del negocio jurídico”, Ed. Hammurabi, Buenos Aires, 1986, nro. 23, p. 151.

(26) LAFAILLE, Héctor, “Tratado de las obligaciones”, ob. cit., t. I, nro. 23, p. 30.

separe en partes” (27). Sin embargo, la última reforma francesa al Código Civil abrogó el art. 1217 y lo reemplazó por el nuevo art. 1320, que suprimió la mención de la división intelectual; así terminó en Francia la célebre doctrina de Dumoulin que inspiró a Pothier (28).

De cualquier manera, la libre voluntad de las partes torna factible convenir la división intelectual de un bien objeto de la prestación, porque en el derecho ello es posible siempre que no se intente destruir su esencia verdadera ni se contraríe el orden público (29). Un caso de indivisibilidad suscita la imputación legal del pago a cuenta de varios créditos efectuado por el deudor al mismo acreedor. Se trata de más de una obligación que une a los sujetos del vínculo o relación, y que tienen similar contenido. Ante el silencio guardado por el *solvens* y el *accipiens* cuando se hizo entrega a cuenta de una suma de dinero, sin imputarla a una prestación determinada, entonces *ministerio legis* la suma entregada se proratea entre todos los créditos de igual naturaleza que se extinguen parcialmente. Esa ha sido la opción del legislador para resolver mediante un cálculo aritmético el problema jurídico. El nuevo Código regula la imputación del pago en una sección especial (la 6ª), y en el art. 900, Cód. Civ. y Com., reproduce los arts. 773, 774 y 776 del Código de 1869; la solución mencionada se enuncia en el art. 902, Cód. Civ. y Com., inspirado literalmente en el art. 778 que redactó Vélez Sarsfield.

---

(27) PEIRANO FACIO, Jorge, “Obligaciones divisibles...”, ob. cit., p. 52. El Código Civil de Chile, art. 1524, dice: “La obligación es divisible o indivisible según tenga o no por objeto una cosa susceptible de división, sea física, sea intelectual o de cuota”. MES-SINEO, Francesco, “Manual de derecho civil y comercial”, ob. cit., t. II, nro. 10, p. 31, escribió: “la cuota expresa la división (puramente intelectual se entiende) del derecho (división jurídica), no estando dividido, ni siendo divisible el objeto de ese derecho”.

(28) POTHIER, “Œuvres”, anotadas por M. Bugnet, París, 1848, t. III, nro. 288, p. 147, menciona a las partes indivisas porque son cosas irreales, pero que subsisten *in jure et intellectu*. Robert-Joseph Pothier (1699-1772) fue profesor de Derecho Romano en la Universidad de Orleans, donde enseñó esa disciplina, instituida por S.S. Clemente V en el año 1309. REZZÓNICO Luis M., “Estudio de la obligaciones”, ob. cit., vol. I, ps. 593/597. ALTERINI, Atilio A. — AMEAL, Oscar J. — LÓPEZ CABANA, Roberto M., “Derecho de obligaciones...”, ob. cit., nros. 1248/1249, ps. 511/512.

(29) Véanse dos ejemplos: si la prestación consistiese en un reloj pulsera de determinada marca y calidad que deben entregar dos deudores, la obligación es indivisible. El reloj es un mecanismo que consta de varias piezas, dotado de un movimiento armónico; la división material de esa máquina provocaría su destrucción. Diverso es el caso de una torta de confitería adeudada por dos personas, ya que se la puede cortar en porciones iguales, salvo que se hubiese pactado su indivisibilidad. Además, ciertas cosas se integran con varias otras, como ocurre con una bolsa de trigo, un juego de naipes y un enjambre de abejas, ejemplos tomados de ALLENDE, Guillermo L., “Panorama de derechos reales”, Ed. La Ley, Buenos Aires, 1967, p. 178.

Para entrar a fondo en la materia, hay que considerar el hecho de la indivisibilidad de la prestación cuando existe pluralidad de acreedores y deudores. La indivisibilidad puede obedecer a la naturaleza de la prestación, determinada en forma racional; será subjetiva, si fue estipulada por la voluntad de las partes, o impuesta por la ley (30). En cada hipótesis el análisis merece rigor jurídico, porque a veces son casos híbridos que cuesta identificar con precisión. De todos modos, la obligación indivisible se convierte en divisible ante el incumplimiento de la prestación, si el acreedor o los coacreedores optan por demandar al deudor o a los co-deudores daños y perjuicios que se deben satisfacer en dinero (art. 1740, Cód. Civ. y Com.).

Algunas obligaciones contractuales presentan la modalidad de ser cumplidas en forma fraccionada, sin que ello obste a que sean indivisibles. Como ejemplo, pueden darse los supuestos en que el pago se haga efectivo en cuotas. Así ocurre en la compraventa en mensualidades que difieren la cancelación final de la totalidad del precio; así también acontece en los contratos de suministro (arts. 1176, 1778 y 1181, Cód. Civ. y Com.), de servicios continuados (art. 1279, Cód. Civ. y Com.), el precio de una unidad en el contrato de obra por unidad de medida (art. 1255) y de renta vitalicia (arts. 1602 y 1603, Cód. Civ. y Com.). Cada cuota pagadera en dinero es indivisible, ya sea por un mandato legal o por la voluntad de los contratantes (31).

Dependerá de las circunstancias de hecho cómo resolver los problemas que el legislador no pudo prever. ¿Cuál es la naturaleza de una prestación? En cada caso concreto será el juez quien dará la respuesta razonablemente fundada (art. 3º, Cód. Civ. y Com.).

#### IV. PARTICULARIDADES

Son numerosas las cuestiones que surgen al desarrollar un tema jurídico específico, inserto en el sistema con proyección a todo el ordenamiento. Excede los límites de esta contribución describir cada una de esas cuestiones libradas por el legislador al estudio de la doctrina que se precie de imparcialidad e independencia de criterio (v.gr., las obligaciones *in solidum* y las conexas). Por ello, solo se abordarán algunas particularidades ofrecidas por el objeto de la obligación, según sea divisible o indivisible. Existiría la posibilidad de descubrir alguna excepción a los

---

(30) Art. 806, inc. b), Cód. Civ. y Com. Conf. Código Civil de Puerto Rico, art. 1113.

(31) Sobre las cuotas alimentarias, véanse los arts. 432, 542, 548, 552, 658, 659, 669 y 676, Cód. Civ. y Com.

principios que se han recordado, porque el derecho es dúctil respecto a sus postulados, pues busca adaptarse a las características propias del caso.

A fin de considerar cómo actúan las prestaciones de contenido intangible en el régimen de las obligaciones, el lector es remitido a la ley 11.723, que regula la propiedad intelectual (llamada Ley Noble, en homenaje al diputado autor del proyecto). En dicha ley está prevista la obra en colaboración por parte de dos o más personas, en su art. 17: “cuando la propiedad no pueda dividirse sin alterar la naturaleza de la obra”. De esa manera surgió por efecto de la evolución del derecho el tema del *tertius genus* en la clasificación de los bienes: inmuebles, muebles e intelectuales. No obstante ello, el Código Civil y Comercial solo prevé las cosas inmuebles (art. 225) y las cosas muebles (art. 227); omitió introducir los bienes intelectuales en esa clasificación, poniendo en crisis al sistema, que deberá remediar el intérprete mediante analogía (art. 2º) (32).

Es una lógica inquietud determinar cómo se pueden resolver los problemas en supuestos donde se presentan porciones o fracciones indivisas de bienes. La clave se encuentra en el art. 1883, Cód. Civ. y Com., norma innovadora que enuncia: “El derecho real [poder jurídico] se ejerce sobre la totalidad o una parte material de la cosa que constituye su objeto, por el todo o por una parte indivisa”. Más adelante se verán algunos casos en que esta disposición es aplicable. Como anticipo, valga destacar el derecho real de usufructo, que trae dos soluciones en los arts. 2130 y 2132, Cód. Civ. y Com. El art. 2130 establece que el usufructo “puede ejercerse sobre la totalidad, sobre una parte material o por una parte indivisa”, y enumera cuatro hipótesis (33), sin referirse expresamente a los bienes intelectuales. A su vez, el art. 2132 trata sobre el usufructo a favor de varias personas; los usufructuarios son acreedores al uso y goce del bien que es su objeto, según el destino dado “por la convención, por la naturaleza de la cosa o por el uso al cual estaba afectado de hecho” (art. 2145) (34).

Algunas relaciones nacidas en ciertas figuras jurídicas manifiestan efectos característicos de la indivisibilidad y similares a la solidaridad. Esas relaciones existen cuando se presentan bienes indivisos y conjuntos

---

(32) MESSINEO, Francesco, “Manual de derecho civil y comercial”, ob. cit., t. III, ps. 376 y ss., los denomina “bienes inmateriales”.

(33) ALLENDE, Guillermo L., “Panorama de derechos reales”, ob. cit., p. 165, transcribe el art. 2838 del Cód. Civil de Vélez y comenta: “el primer párrafo del artículo es amplísimo y trasciende el concepto de cosa, como cuando se refiere a los bienes incorporeales”.

(34) La redacción del art. 2130, Cód. Civ. y Com., no es afortunada, y debería ser corregida por una ley de erratas; el Proyecto de 1998 no le sirvió de antecedente, pese a estar mejor redactado.



de bienes indivisos, sean permanentes o transitorios, forzosos o voluntarios. En el condominio y en la indivisión forzada, figuras atinentes a los derechos reales, se advierten las relaciones internas entre los titulares de las partes indivisas, correspondientes a los vínculos con terceros en calidad de gastos de conservación y goce de la cosa (35) (arts. 1991 y 1992, Cód. Civ. y Com.). Se mantiene la legitimación activa del condómino para ejercer la acción reivindicatoria respecto de un tercero que detenta el bien sin derecho y así reivindicar la totalidad del dominio en beneficio de todos los condóminos, aun quienes no ejercieron dicha acción (art. 2251, párr. 3º, Cód. Civ. y Com., disposición que mejora la redacción del art. 2772 del Código de Vélez). Cuando existe una indivisión de los bienes que integran la sociedad conyugal después de decretado el divorcio y la disolución del vínculo que une a los esposos, está contemplada la acción de los acreedores en el art. 486, Cód. Civ. y Com. Guaglianone opinaba sobre la indivisión poscomunitaria de esos bienes que era una masa con amplia autonomía, cuyo activo y pasivo compartían un destino común, independiente del patrimonio personal de cada cónyuge (36). Los terceros acreedores de los esposos tienen amplias garantías para percibir sus créditos, sin perjuicio de gozar de la facultad de solicitar la partición de la masa común.

Entre esos casos que emergen de la lectura lineal de las normas aplicables se encuentra la indivisibilidad del gravamen hipotecario. En el párr. 1º del art. 2191, Cód. Civ. y Com., se lee lo siguiente: “Los derechos reales de garantía son indivisibles. La indivisibilidad consiste en que cada uno de los bienes afectados a una deuda y cada parte de ellos, están afectados al pago de toda la deuda y de cada una de sus partes”. Existe analogía con el art. 3112 del Cód. Civil abrogado, al que Vélez Sarsfield le dedicó una extensa nota de indispensable consulta. En lengua latina se dice: “*Toto in totum et in qualibet parte*”. Se impuso la solución tradicional para evitar el deterioro de la garantía, la cual queda en pie no obstante la cancelación parcial de la deuda, a fin de preservar la seguridad del acreedor.

Dos normas innovadoras se encuentran en los arts. 1761 y 1762, Cód. Civ. y Com., relativos a la responsabilidad de las personas que integran grupos de accionar peligroso y del autor anónimo de un daño. En nues-

---

(35) MESSINEO, Francesco, “Manual de derecho civil y comercial”, ob. cit., t. III, ps. 529/531. SALVAT, Raymundo M., “Tratado de derecho civil argentino...”, ob. cit., t. II, nro. 856, p. 42, criticó el texto del art. 684 del Código de Vélez sobre el condominio, norma que ahora está eliminada porque enunciaba una regla a la que se le debía atribuir un carácter absoluto.

(36) GUAGLIANONE, Aquiles H., “Disolución y liquidación de la sociedad conyugal”, Ed. Ediar, Buenos Aires, 1965, ps. 203/207.

tro país, el tema fue introducido por Jorge Bustamante Alsina luego de una visita de estudio que hiciera a Francia en el año 1971, año en que dicho Estado sancionó una ley relativa a la responsabilidad de los integrantes de grupos de choque en disturbios que afectan a las personas y dañan bienes públicos y privados. Bustamante Alsina se refirió a la responsabilidad colectiva de las bandas y patotas autoras de desmanes, relacionándola con el riesgo creado. En su opinión, “el daño constituye el elemento del acto (ilícito) aunque concurren varios copartícipes con sus respectivas culpas” (37). Consideró que “no debe entenderse necesariamente responsabilidad plural de varios sujetos individualizados, por su participación conjunta o concurrente en la ejecución de un acto ilícito” (38). Abordó además la responsabilidad civil de los profesionales que actúan en los equipos médicos (39). Es cierto que siempre se dan supuestos de solidaridad en el resarcimiento de todas las personas que participan de la actividad dañina, pero simultáneamente la prestación dineraria deviene indivisible frente a cualquier damnificado.

Ante el texto del art. 821, Cód. Civ. y Com., el que lleva por titulillo “Indivisibilidad impropia”, corresponden algunas breves reflexiones. Es una disposición que resuelve el problema del boleto de compraventa (ahora recibió rango institucional en el art. 1170, Cód. Civ. y Com.), documento donde las partes intervinientes se obligan a otorgar una escritura traslativa de dominio, cuando existen varios vendedores y varios compradores. Se trata en realidad de la transmisión de dominio de partes indivisas, donde es indispensable que la escritura sea otorgada simultáneamente por todos los interesados en la operación. Kiper sostiene que es una obligación indivisible, impropia o imperfecta (40). Rocco opina que es una indivisible o irregular (41). En este caso, el boleto impone una actuación conjunta de todo el frente de acreedores y de deudores, según fuese el caso, y el pago o cumplimiento debe hacerse en forma conjunta. De ahí que si mediase incumplimiento de los obligados (fuesen acreedores o deudores del precio de la compraventa mediante boleto), la acción judicial debería ser interpuesta contra todos y cada uno de los incumplidores.

---

(37) BUSTAMANTE ALSINA, Jorge, “Responsabilidad civil y otros estudios”, Ed. AbeledoPerrot, Buenos Aires, 1984, p. 340.

(38) *Ibíd.*, ps. 342/343.

(39) *Ibíd.*, ps. 351, 379/386 y 468.

(40) KIPER, Claudio M., “Juicio de escrituración. Conflictos derivados del boleto de compraventa”, 3ª ed., Ed. Hammurabi, Buenos Aires, 2009, ps. 291 y ss.

(41) ROCCO, Emma A., “Boleto de compraventa”, Ed. Astrea, Buenos Aires, 1982, p. 106.

# EL PAGO AL TERCERO

POR RUBÉN H. COMPAGNUCCI DE CASO

## I. MEDIOS DE EXTINCIÓN DE LAS OBLIGACIONES. GENERALIDADES

En la gran mayoría de los supuestos, la relación de obligación se extingue por una vía y razón natural, ello es, mediante el “pago”. Es importante señalar que hay otros medios que acaban con la relación jurídica obligacional; algunos satisfacen el interés del acreedor y otros lo frustran (1).

Así, por ejemplo, entre los primeros se encuentran el pago, la novación, la compensación, la dación en pago y algunos más, y son ejemplos de los segundos: la prescripción liberatoria, la renuncia, la remisión, la imposibilidad de cumplimiento, etcétera (2).

---

(1) PIZARRO, Ramón D. — VALLESPINOS, Carlos G., “Instituciones de derecho privado. Obligaciones”, Ed. Hammurabi, Buenos Aires, 1993, t. III, p. 447, nro. 707. BUSSO, Eduardo, “Código civil anotado”, Ed. Ediar, Buenos Aires, 1949, t. III, p. 39. CAZEAUX, Pedro N. — TRIGO REPRESAS, Félix A., “Derecho de las obligaciones”, 4ª ed., Ed. La Ley, Buenos Aires, 2010, t. III, p. 6, nro. 1324. GRECO, Roberto E., “Extinción de las obligaciones”, Ed. AbeledoPerrot, Buenos Aires, 1987, ps. 19 y ss. SALVAT, Raymundo — GALLI, Enrique V., “Tratado de derecho civil argentino. Obligaciones en general”, 6ª ed., Ed. TEA, Buenos Aires, 1953, t. III, p. 177, nro. 104. COMPAGNUCCI DE CASO, R. H. — MORENO, V. — NEGRI, N. — FARINA, N., “Derecho de las obligaciones”, Ed. La Ley, Buenos Aires, 2018, ps. 509 y ss. BORDA, Guillermo A., “Tratado de derecho civil. Obligaciones”, 9ª ed., actualizada por el Dr. Alejandro Borda, Ed. La Ley, Buenos Aires, 2008, t. II, p. 507, nro. 655. La distinción entre medios frustrantes y satisfactorios se encuentra en: MESSINEO, Francesco, “Manual de derecho civil y comercial”, trad. de S. Sentis Melendo, Ed. Ejea, Buenos Aires, 1971, t. IV, p. 355, nro. 121.

(2) El nuevo Código Civil y Comercial de la Nación no determina cuáles son los medios extintivos de las obligaciones, sino que en el Libro III, cap. IV, se ocupa del pago, y en el cap. V, de los demás medios de extinción, sin enumerarlos ni efectuar clasificación alguna. TRIGO REPRESAS, Félix A. — COMPAGNUCCI DE CASO, Rubén H., “Comentario a los arts. 865 y ss.”, en ALTERINI, Jorge H. (dir.) — ALTERINI, Ignacio E.

En el Código Civil (hoy derogado), el art. 724, al definir las formas de extinción, enumeraba ocho medios: pago, novación, compensación, transacción, confusión, renuncia, remisión de la deuda e imposibilidad del pago. En la nota al citado artículo, el codificador sumaba otras causales de conclusión de la relación, tales: el cumplimiento de la condición resolutoria, el vencimiento del plazo final, la resolución del contrato, la anulación de los actos jurídicos y la prescripción (3).

Había y hay otros medios que no aparecían en la enunciación del art. 724 ni en su nota explicativa, y ellos son: la dación en pago, el concurso de causa lucrativa, el acuerdo preventivo en los concursos, la muerte del deudor para casos muy especiales, el mutuo disenso o distracto, la rescisión de algunos contratos, etcétera (4).

En este caso, el medio que merece la atención es el pago, y especialmente el referido a los sujetos que toman intervención. Interesa especialmente la legitimación pasiva, es decir, la determinación de las personas

---

(coord.), *Código Civil y Comercial comentado*, 3ª ed., Ed. La Ley, Buenos Aires, 2019, t. IV, p. 411. OSSOLA, Federico, “Derecho de las obligaciones”, Ed. La Ley, Buenos Aires, 2018, Colección Derecho Civil y Comercial, dirigida por los Dres. Julio C. Rivera y Graciela Medina, ps. 943 y ss. VIALE LESCANO, Domingo J., “Curso de derecho civil. Obligaciones”, Ed. Mediterránea, Córdoba, 2019, t. I, p. 541.

(3) La nota al art. 724 no sumaba mucha claridad para incorporar otros medios de extinción que no aparecían en la enumeración del artículo del Código Civil. En la referida nota se mencionan cuatro medios: el cumplimiento de la condición resolutoria, el vencimiento del plazo resolutorio, la anulación de los actos y la prescripción. Sobre ello la doctrina realizó algunas observaciones dignas de ser consideradas, como que la anulación o nulidad de los actos no es una forma de extinción de la relación, sino una causa que le impide tener virtualidad, y en cuanto a la prescripción —solo para parte de la doctrina—, que la obligación subsiste como “natural”. SALVAT, R. — GALLI, E. V., “Tratado...”, ob. cit., t. II, p. 175, nro. 1043.b). LLAMBÍAS, Jorge J., “Tratado de derecho civil. Obligaciones”, Ed. AbeledoPerrot, Buenos Aires, 1975, t. II-B, p. 90, nro. 1380. BUSSO, Eduardo, “Código Civil comentado”, Ed. Ediar, Buenos Aires, 1955, t. V, p. 236. BOFFI BOGGERO, Luis M., “Tratado de las obligaciones”, Ed. Astrea, Buenos Aires, 1977, t. IV, p. 7, nro. 1269. TRIGO REPRESAS, Félix A. — COMPAGNUCCI DE CASO, R. H., “Código Civil comentado. Obligaciones”, Ed. Rubinzal-Culzoni, Santa Fe, 2005, t. II, p. 206.

(4) De los casos que se citan en lo principal, aparece de cierta curiosidad e interés el “concurso de causa lucrativa”, que estaba previsto en el art. 3754 del Cód. Civil, y ahora aparece en el art. 2507, *in fine*, y además tiene antecedentes romanos. Este supuesto produce la extinción de la obligación del heredero que, como deudor, debe adquirir una cosa ajena al causante, cuando el legatario hubiere obtenido dicho bien a título gratuito, antes del testamento. La confluencia de ambos títulos, a favor del legatario, extingue el deber del heredero. AZPIRLI, Jorge O., “Derecho sucesorio”, Colección Incidencias del Código Civil y Comercial, Ed. Hammurabi, Buenos Aires, 2015, p. 355.

que pueden recibir el contenido de la prestación y de ese modo concluir con la relación de obligación (5).

## II. PAGO. CONCEPTO Y NATURALEZA

El pago es la forma más eficaz y el elemento paradigmático del cumplimiento de las obligaciones. El art. 724 del Cód. Civil disponía: “El pago es el cumplimiento de la obligación que hace al objeto de la obligación...”, y el art. 865 del vigente Código Civil y Comercial indica: “Pago es el cumplimiento de la prestación que constituye el objeto de la obligación”. Son evidentes la similitud de ambas normas y la identidad conceptual que las une; de allí que es posible sostener que el pago ofrece dos aspectos muy precisos. por un lado, el de concluir con la relación jurídica obligacional; y, por el otro, cumplir con el deber impuesto al deudor y a la vez satisfacer el interés del acreedor (6).

En cuanto a su naturaleza jurídica, se han brindado diferentes opiniones, con tres ideas centrales y algunas notas tangenciales sobre ellas.

---

(5) PASCUAL ESTEVIILL, Luis, “El pago”, Ed. Bosch, Barcelona, 1986, ps. 21 y ss. GALLI, Enrique V., “Naturaleza y prueba del pago”, *Anales de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales de La Plata*, 1941, p. 268. LLAMBÍAS, Jorge J., “Tratado de derecho civil...”, ob. cit., t. II-B, p. 108, nro. 1394. COMPAGNUCCI DE CASO, Rubén H., “Sobre la naturaleza jurídica del pago”, JA 1986-II-744. NEPPI, Vittorio, “Naturaleza jurídica del pago”, LA LEY 33-484. ORGAZ, Alfredo, “El pago y el acto jurídico”, en *Estudios de derecho civil*, Ed. TEA, Buenos Aires, 1948, p. 93. SALAS, Acdeel E., “La naturaleza jurídica del pago”, JA 1950-1-28, secc. Doctrina. CATALA, Nicole, “La nature juridique du paiement”, Ed. LGDJ, París, 1961. CARNELUTTI, Francesco, “Prova testimoniale del pagamento”, *Rivista de Diritto Commerciale*, Roma, 1922, 2ª parte, p. 337.

(6) *Ibidem*. CAZEAUX, P. N. — TRIGO REPRESAS, F. A., “Derecho de las obligaciones”, ob. cit., p. 11, nro. 1342. GAGLIARDO, Mariano, “Tratado de obligaciones”, Ed. Zavallá, Buenos Aires, 2015, t. II, ps. 40 y ss. BELTRÁN DE HEREDIA, José, “El cumplimiento de las obligaciones”, Ed. RDP, Madrid, 1956, p. 19. LARENZ, Karl, “Derecho de obligaciones”, trad. de J. Santos Briz, Ed. RDP, Madrid, 1958, t. I, p. 408. ALTERINI, Atilio A. — AMEAL, Oscar — LÓPEZ CABANA, Roberto M., “Derecho de las obligaciones, civiles y comerciales”, 9ª ed., Ed. AbeledoPerrot, Buenos Aires, p. 17, nro. 1272. DE GÁSPERI, Luis — MORELLO, Augusto M., “Tratado de derecho civil. Obligaciones”, Ed. TEA, Buenos Aires, 1964, t. III, p. 14, nro. 1164. CROME, Carlo, “Teorie fondamentali delle obbligazioni del diritto francese”, trad. de A. Ascoli y R. Cambo, Ed. Società Editrice Libreria, Milano, 1908, p. 315, nro. 24, autor que identifica *pagamento* con *adempimento*.

De ese modo, se juzga que el pago es: a) un acto jurídico, b) un hecho jurídico, y c) un acto debido no negocial (7).

La mayoría de los autores y la jurisprudencia consideran que el pago es un “acto jurídico”, y lo ubican dentro de esa figura por su coincidencia con los elementos previstos en el art. 944 del Cód. Civil y lo que hoy indica el art. 259 del nuevo Cód. Civ. y Com. Y ello porque se trata de un acto “voluntario”, “lícito” y que tiene como fin inmediato “producir efectos jurídicos”, para el caso concreto, la extinción de las obligaciones. Ello implica y trae como consecuencia que el *solvens* debe obrar y tener la capacidad suficiente para su realización (8).

Entre quienes apoyan la idea del acto jurídico, se pueden distinguir aquellos que afirman que se trata de un “acto jurídico unilateral”, ya que es suficiente la voluntad de un sujeto para su realización (conf. art. 946 del Cód. Civil), y dan como ejemplo paradigmático el pago mediante la consignación judicial o extrajudicial (conf. arts. 756 a 763 del Cód. Civil y arts. 904 a 913 del Cód. Civ. y Com.) (9).

---

(7) SALVAT, R. — GALLI, E. V., “Tratado...”, ob. cit., p. 182, nro. 1046. BUSSO, E., “Código Civil comentado”, ob. cit., t. V, p. 201. MACHADO, José O., “Exposición y comentario del Código Civil argentino”, Ed. Lajouane, Buenos Aires, t. III, p. 505. BORDA, G. A. — BORDA, A., “Tratado de derecho civil. Obligaciones”, ob. cit., t. I, p. 509, nro. 658. SANTOS BRIZ, Jaime, “Derecho civil. Teoría y práctica”, Ed. RDP, Madrid, 1973, t. III: “Derecho de obligaciones”, p. 148. RIPERT, Georges — BOULANGER Jean, “Tratado de derecho civil, según el *Tratado de Planiol*”, trad. de Delia García Daireaux, con la supervisión del Dr. J. J. Llambías, Ed. La Ley, Buenos Aires, 1965, t. V, p. 377, nro. 1511. BIANCA, Massimo, “Diritto civile. L’obbligazione”, Ed. Giuffrè, Milano, 1993, t. IV, p. 261, nro. 132.

(8) REZZÓNICO, Luis M., “Estudio de las obligaciones”, 9ª ed., Ed. Depalma, Buenos Aires, 1981, vol. I, p. 730. ORGAZ, A., “El pago y el acto jurídico”, ob. cit., ps. 93 y ss. NEPPI, V., “Naturaleza jurídica del pago”, ob. cit., p. 484. LÓPEZ CABANA, Roberto M., “Comentario a los arts. 724 y ss.”, en BELLUSCIO, Augusto C. (dir.) — ZANNONI, E. (coord.), *Código Civil y leyes complementarias. Comentado*, Ed. Depalma, Buenos Aires, t. III, p. 409. BUSTAMANTE ALSINA, Jorge, “Repetición del pago de lo indebido”, Ed. AbeledoPerrot, Buenos Aires, 1981, ps. 38 y ss. CNCiv., LA LEY 1982-B-272. Íd., Sala C, LA LEY 82-472. Íd., Sala E, LA LEY 1976-D-372.

(9) *Acto jurídico unilateral*: LLAMBÍAS, J. J., “Tratado de derecho civil...”, ob. cit., t. II-B, p. 707. BORDA, G. A. — BORDA, A., “Tratado de derecho civil. Obligaciones”, ob. cit., t. I, p. 509, nro. 658. WAYAR, Ernesto, “El pago por consignación”, Ed. Depalma, Buenos Aires, 1983, ps. 33 y ss. ALTERINI, A. A. — AMEAL, O. — LÓPEZ CABANA, R. M., “Derecho de las obligaciones civiles y comerciales”, ob. cit., p. 98, nro. 184. *Acto jurídico bilateral*: DE GÁSPERI, L. — MORELLO, A. M., “Tratado de derecho civil...”, ob. cit., t. III, p. 26, nro. 1168. BUSSO, E., “Código Civil comentado”, ob. cit., t. V, p. 295.

Otra corriente de opinión, sostenida por relevantes juristas, entre los que se cuenta quien mercedamente recibe este homenaje —es decir, el Dr. Félix A. Trigo Represas—, afirma que el pago es simplemente un “hecho jurídico”. Y ello porque no exige que el *solvens* sea capaz, ni voluntariedad en su conducta (*animus solvendi*), ni que ella se dirija a un fin determinado (*animus praestandi*), siendo lo primordial la adecuación a los requisitos objetivos del cumplimiento (10).

Una última tesis entiende que el pago es un “acto debido”. Como previa aclaración, es importante señalar que, para alguna doctrina, hay que distinguir entre los actos negociales y los simples actos jurídicos que no tienen dicho carácter. Los primeros son aquellos que las partes realizan con plena libertad y tienen como fin inmediato la producción de efectos jurídicos; en cambio, en los simples actos jurídicos la conducta está impuesta por una relación jurídica anterior; el destino es simplemente práctico. En el caso del “acto debido”, donde se incluye como ejemplo el pago, el deudor carece del derecho o posibilidad de elegir entre cumplir o no, pues necesariamente debe pagar (11).

Es importante aclarar que —para algunos autores— solamente cuando el pago se concreta para constituir el derecho real de dominio resulta un acto jurídico negocial, pues la finalidad impuesta altera totalmente la situación del *solvens* (12).

---

(10) TRIGO REPRESAS, F. A., en CAZEAUX, P. N. — TRIGO REPRESAS, F. A., “Derecho de las obligaciones”, ob. cit., t. III, p. 21, nro. 1350. SALAS, Acdeel E., “La naturaleza jurídica del pago”, Ed. Iuris, Rosario, 1950, t. I, secc. Doctrina, p. 25. CATALA, Nicole, “La nature juridique du paiement”, ob. cit., ps. 219 y ss.

(11) CARNELUTTI, Francesco, “Prova testimoniale del pagamento”, ob. cit., p. 337. GALLI, Enrique V., “Naturaleza y prueba del pago”, ob. cit., t. XII, 2ª parte, p. 255. Del mismo autor, su anotación a SALVAT, R., “Tratado...”, ob. cit., t. II, p. 189, nro. 1047.1). COMPAGNUCCI DE CASO, Rubén H., “Sobre la naturaleza jurídica del pago”, ob. cit., p. 149. ZANNONI, Eduardo, “Elementos de la obligación”, Ed. Astrea, Buenos Aires, 1996, p. 176. DÍEZ-PICAZO, Luis, “Fundamentos del derecho civil patrimonial”, 3ª ed., Ed. Civitas, Madrid, 1996, t. II, p. 473, desarrolla *in extenso* las ideas del pago como “acto debido” o bien como “negocio jurídico”, sin inclinarse por alguna de dichas tesis.

(12) GIORGIANNI, Michele, voz “Pagamento”, en *Nuovo Digesto Italiano*, Ed. UTET, Torino, 1939, t. IX, p. 414. El distinguido jurista italiano se enrola entre quienes consideran al pago como un “hecho jurídico”, pero entiende que, cuando el cumplimiento (*adempimento*) se realiza para constituir un derecho real de dominio, se está en presencia de un verdadero “acto o negocio jurídico”.

### III. SUJETOS DEL PAGO

Es importante establecer quiénes son los sujetos que integran el cumplimiento, por lo que la doctrina en general distingue entre la denominada “legitimación activa” y la “legitimación pasiva”, siendo ello de suprema utilidad a fin de determinar quiénes están autorizados legalmente a pagar y aquellos a los que la ley admite y pueden llegar a recibir el contenido de la prestación (13).

Por influencia del derecho romano, a todo aquel que puede efectuar un pago se lo denomina *solvens*, y al que recibe dicho cumplimiento, *accipiens*, sin que interese la cualidad investida por los sujetos de actuación.

### IV. LEGITIMACIÓN ACTIVA

Como señalé anteriormente, el *solvens* es el sujeto que realiza el pago, que en la mayoría de los supuestos prácticos es el “deudor”. Sin pretender ingresar en detalles de contenido, estos sujetos pueden ser singulares o plurales, y en este último caso se anotan las obligaciones: a) de objeto divisible (arts. 805 a 812) o indivisible (arts. 813 a 824); b) mancomunadas (arts. 825 a 832) y solidarias (arts. 833 a 849), concurrentes (arts. 850 a 855); y c) las disyuntas o disyuntivas (arts. 853 a 855). Cada una de ellas tiene diferentes efectos y complejidades que no corresponde analizar aquí, ya que exceden el objetivo de este estudio.

Al respecto, el art. 879 del Cód. Civ. y Com. dispone lo siguiente: “*Legitimación activa*. El deudor tiene el derecho de pagar. Si hay varios deudores el derecho de pagar de cada uno de ellos se rige por las disposiciones correspondientes a la categoría de su obligación”. De este modo

---

(13) CAZEAUX, P. N. — TRIGO REPRESAS, F. A., “Derecho de las obligaciones”, ob. cit., t. III, p. 24, nro. 1351. VIALE LEZCANO, D. J., “Curso de derecho civil. Obligaciones”, ob. cit., t. I, p. 555. OSSOLA, F. A., “Derecho de las obligaciones”, ob. cit., p. 582, nro. 292. WIERZBA, Sandra, “Manual de obligaciones civiles y comerciales (según el nuevo Código Civil y Comercial de la Nación)”, Ed. AbeledoPerrot, Buenos Aires, 2015, p. 118. TERRÉ, François — SIMLER, Phillipe — LEQUETTE, Yves — CHÉNEDÉ, François, “Droit civil. Les obligations”, Ed. Dalloz, Paris, 2018, p. 1493, nro. 1415. HERNÁNDEZ GIL, Antonio, “Derecho de obligaciones”, nueva edición, Ed. Ceura, Madrid, 1983, p. 286, nro. 97. MALINVAUD, Phillipe, “Droit des obligations”, 5ª ed., Ed. Litec, Paris, 1990, ps. 368 y ss.



se regulan los casos de la legitimación activa de los deudores, se trate de supuestos de situaciones singulares o plurales (14).

A la par de estos, también aparecen con similar legitimación los “terceros”, es decir, todas aquellas personas que no son parte en la relación jurídica. De ello se ocupa el art. 881 del Cód. Civ. y Com., al ordenar: “Ejecución de la prestación por un tercero. La prestación también puede ser ejecutada por un tercero, excepto que se hayan tenido en cuenta las condiciones especiales del deudor o hubiese oposición conjunta del acreedor y del deudor. Tercero interesado es la persona a quien el incumplimiento del deudor puede causar un menoscabo patrimonial, y puede pagar contra la oposición individual o conjunta del acreedor y del deudor”.

Como es dable observar, esta amplia posibilidad del pago por el tercero queda limitada o impedida cuando se trata de un tercero no interesado, que pretende hacerlo contra la voluntad del acreedor y deudor conjunta, o bien se está en presencia de una obligación *intuitu personae* (15).

## V. LEGITIMACIÓN PASIVA

La otra cara de la moneda deriva hacia la legitimación pasiva, es decir, la determinación de quiénes son los destinatarios del pago. Como principal sujeto que tiene derecho a obtener el contenido de la prestación se muestra al acreedor, y luego van a aparecer otros que pueden ser quienes también pueden recibir el cumplimiento, y de ese modo extinguir la relación obligatoria.

---

(14) TRIGO REPRESAS, F. A. — COMPAGNUCCI DE CASO, R. H., “Comentario a los arts. 879 y 880”, ob. cit., t. IV, ps. 442 y ss. BIANCA, Massimo C., “Diritto civile. L’obbligazioni”, ob. cit., t. IV, nro. 132. BORDA, G. A. — BORDA, A., “Tratado de derecho civil. Obligaciones”, ob. cit., t. I, p. 561, nro. 743. LLAMBÍAS, J. J., “Tratado de derecho civil...”, ob. cit., t. II-B, nro. 1532.

(15) DEL OLMO GARCÍA, Pedro, “Pago de tercero y subrogación”, Ed. Civitas, Madrid, 1998, ps. 23 y ss. PALMERO, Juan C., “El pago del tercero”, Ed. Depalma, Buenos Aires, 1973, p. 96. VENEZIAN, Antonio, “Il pagamento di debito altrui”, *Foro Italiano*, Roma, 1901, p. 1481. LLAMBÍAS, J. J., “Tratado de derecho civil...”, ob. cit., t. II-B, p. 121, nro. 1407. BAYO RECUERO, N., “El pago del tercero”, ob. cit., ps. 162 y ss. CAS-TÁN TOBEÑAS, José, “Derecho civil, común y foral”, 12ª ed. actualizada, Ed. Reus, Madrid, 1978, t. III, p. 354. HERNÁNDEZ GIL, Antonio, “Derecho de obligaciones”, ob. cit., p. 287, nro. 98. MALINVAUD, Phillipe, “Droit des obligations”, ob. cit., p. 369. CABRILLAC, Rémy, “Droit des obligations”, 5ª ed., Ed. Dalloz, Paris, 2002, p. 283.

## VI. PAGO AL ACREEDOR

El art. 731, inc. 1º, del Cód. Civil anterior establecía que el pago debe hacerse "... a la persona a cuyo favor estuviese constituida la obligación...". Por su parte, el actual art. 883 del Cód. Civ. y Com., que se refiere a la "legitimación para recibir pagos" en cinco incisos, hace diversas menciones, aunque aclara en el inc. a) que ello ocurre cuando se realiza "... a favor del acreedor, a su cesionario o subrogante...".

Es decir, el primer grado que la ley otorga es el del acreedor o quien haga las veces de él, apareciendo como ejemplos la representación o los casos previstos en el artículo de cesión o subrogación en el crédito (16).

Para el derecho romano, pagar al acreedor tenía equivalencia con el denominado "cumplimiento apropiado", principio expresado como "... *Solutum pecuniam intelligimus utique naturaliter, si numerata sit creditoris...*". Y se replicaba en las Partidas (Ley 3, Partida V) como sigue: "... El pagamento de las deudas debe ser fecho a aquellos que las han de recibir..." (17).

En el derecho español, el art. 1162 del Cód. Civil determina que el pago debe ser hecho a la persona en cuyo favor estuviese constituida la obligación, o a otra autorizada para recibirla en su nombre. Por su parte, el Code Civil francés se ocupaba de ello en el art. 1239, antes de la reforma de 2016, y disponía: "... Le paiement doit être faite au créancier, ou à quelqu'un ayant pouvoir de lui, ou qui soit autorisé par justice ou par la loi à recevoir pour lui...". Es lo que acaece en el derecho italiano, ya que el *Codice Civile*, en el art. 1188, dispone: "Il pagamento deve essere fatto al creditore o al suo rappresentante, ovvero alla persona indicata dal creditore o autorizzata dalla legge o dal giudice a riceverlo...". Y de ese modo se

---

(16) SALVAT, R. — GALLI, E. V., "Tratado...", ob. cit., t. II, p. 222, nro. 1906. BUSSO, E., "Código Civil anotado", ob. cit., t. V, p. 387. OSSOLA, F., "Derecho de las obligaciones", ob. cit., p. 590, nro. 296. COMPAGNUCCI DE CASO, R. H. — FARINA, N. — NEGRI, N. — MORENO, V., "Derecho de obligaciones", ob. cit., p. 526, nro. 346. WIERZBA, S., "Manual de obligaciones civiles y comerciales", ob. cit., p. 120. CAZEAUX, P. N. — TRIGO REPRESAS, F. A., "Derecho de las obligaciones", ob. cit., t. III, p. 71, nro. 1386. BOFFI BOGGERO, L. M., "Tratado de las obligaciones", ob. cit., t. IV, p. 53, nro. 1299. RODRÍGUEZ ARIAS BUSTAMANTE, Lino, "Derecho de obligaciones", Ed. RDP, Madrid, 1965, p. 429, nro. 208.

(17) PASCUAL ESTEVILL, L., "El pago", ob. cit., ps. 156 y ss. PETIT, Eugène, "Tratado elemental de derecho romano", trad. de la 9ª ed. francesa de José Ferrández González, Ed. Callejas, Madrid, 1924, p. 491, nro. 498. BONFANTE, Pietro, "Instituciones de derecho romano", trad. de Luis Bacci y Andrés Larrosa, Ed. Reus, Madrid, 1965, p. 424, nro. 132.

repite el principio en los mayores ordenamientos jurídicos que siguen la corriente europea continental en materia de derecho privado (18).

A partir de todo ello, más lo ya mencionado del derecho nacional, se puede llegar a considerar que el acreedor es el primero de los sujetos señalados para la recepción del cumplimiento natural y normal de la obligación.

En los casos en que haya pluralidad de acreedores, hay que diferenciar el tipo de obligación de que se trata; es por ello que el inc. a) del art. 883 del Cód. Civ. y Com. aclara que, ante la existencia de varios, el derecho al cobro de cada uno se va a determinar por las disposiciones que correspondan a cada clase de obligaciones. Así, si por ejemplo se trata de una obligación mancomunada de objeto divisible, le corresponderá a cada uno una cuota (arts. 808, 825 y 826); en cambio, ante la solidaridad (arts. 827 a 849) o el objeto indivisible (arts. 813 a 824), el pago puede concretarse en su totalidad en cualesquiera de ellos (19).

## VII. CASOS EN QUE NO INTERVIENE EL ACREEDOR ORIGINARIO

Si bien el art. 883, en el citado inc. a), hace referencia al acreedor, al “cesionario” y al “subrogante”, es dable consignar que omite mencionar a otros que también hacen las veces de aquel, como son un representante o los sucesores universales. Estos aparecían previstos en el art. 731 del viejo Cód. Civil, pero la novel legislación ha prescindido de su enumeración. De todos modos, es posible entender que ello no arrastra ninguna dificultad y es solamente una omisión que puede ser suplida por los prin-

---

(18) O'CALLAHAN MUÑOZ, Xavier, “Compendio de derecho civil”, 7ª ed., Ed. Universidad Ramón Alerces, Madrid 2012, t. II: “Derecho de obligaciones”, p. 127. RODRÍGUEZ ARIAS BUSTAMANTE, Lino, “Derecho de obligaciones”, ob. cit., p. 429, nro. 208. DÍEZ-PICAZO, L., “Fundamentos del derecho civil patrimonial”, ob. cit., t. II, p. 489, dice bien al afirmar: “El destinatario natural del cumplimiento de la obligación es el acreedor capaz. Si él es el titular del crédito y tiene derecho a exigirlo, él es quien ha de recibir la prestación que lo satisfaga”. TERRÉ, F. — SIMLER, P. — LEQUETTE, Y. — CHÉNEDÉ, F., “Droit civil. Les obligations”, ob. cit., p. 1496, nro. 1417. CABRILLAC, R., “Droit des obligations”, ob. cit., p. 284, nro. 434. ZATTI, Paolo — COLUSSI, Vittorio, “Lineamenti di diritto privato”, 8ª ed., Ed. Cedam, Padova, 2001, p. 313.

(19) LLAMBÍAS, J. J., “Tratado de derecho civil..”, ob. cit., t. II-B, p. 153, nro. 1435. CAZEAUX, P. N. — TRIGO REPRESAS, F. A., “Derecho de las obligaciones”, ob. cit., t. III, p. 71, nro. 1386. SALVAT, R. — GALLI, E. V., “Tratado..”, ob. cit., t. II, p. 222, nro. 1096.a). BORDA, G. A. — BORDA, A., “Tratado de derecho civil. Obligaciones”, ob. cit., t. I, p. 519, nro. 673. BUSSO, E., “Código Civil anotado”, ob. cit., t. V, p. 388.

cipios que regulan la transmisión de derechos o la representación de las personas (20).

Algunos autores consideran que cuando la prestación se hace efectiva a un representante, legal o voluntario, al cesionario o al subrogante, a pesar de quedar identificados como “acreedores”, se trataría de un pago al tercero. Así, Piero Schlesinger, en una obra clásica sobre el tema, entiende: “... Cuando el art. 1188 del *Codice Civile*, le impone al deudor la obligación de ejecutar la prestación en manos de determinados sujetos —legitimados para recibir—, en sustitución del acreedor. Esta obligación se justifica en cuanto —base de la función para que el tercero es nombrado, o de la voluntad del titular del derecho—, la adquisición por parte del *accipiens* es considerada por el legislador equivalente a la adquisición por parte del mismo acreedor” (21).

### VIII. PAGO AL REPRESENTANTE

En cuanto a la representación, que hoy tiene una buena y clara regulación en los arts. 358 a 351 del Cód. Civ. y Com., hay que diferenciar entre la representación legal y la voluntaria, y en este último caso la que corresponde a los poderes generales y a los especiales (conf. arts. 358, 362 y 375). A todo ello se puede agregar la denominada “representación judicial”, que es aquella que deciden los magistrados en los procesos de su competencia (22).

Como muy bien señalaba el Dr. Trigo Represas, “... el pago al representante es una variante del pago al propio acreedor, ya que a este se habrán

(20) NEGRI, Nicolás, “Comentario al art. 883”, en RIVERA, J. C. — MEDINA, G. (dirs.), *Código Civil y Comercial comentado*, ob. cit., t. III, p. 290. TRIGO REPRESAS, F. A. — COMPAGNUCCI DE CASO, R. H., “Comentario al art. 883”, ob. cit., t. IV, p. 456. ALBALADEJO, Manuel, “Derecho civil. Derecho de obligaciones”, Ed. Bosch, Barcelona, 1977, t. II, vol. I, p. 140. MESSINEO, Francesco, “Manual de derecho civil y comercial”, ob. cit., t. IV, p. 363. WIERZBA, S., “Manual de obligaciones civiles y comerciales”, ob. cit., p. 120. GAGLIARDO, M., “Tratado de obligaciones”, ob. cit., t. II, p. 125.

(21) SCHLESINGER, Piero, “El pago al tercero”, trad. de Antonio De la Esperanza Martínez Radio, Ed. RDP, Madrid, 1971, p. 49.

(22) DÍEZ-PICAZO, Luis, “La representación en el derecho privado”, Ed. Civitas, Madrid, 1948, ps. 56 y ss. ROCA SASTRE, Ramón — PUIG BRUTAU, José, “La representación”, en *Estudios de derecho privado*, Ed. RDP, Madrid, 1956, p. 113. COMPAGNUCCI DE CASO, Rubén H., “El negocio jurídico”, Ed. Astrea, Buenos Aires, 1992, ps. 389 y ss. TOBIÁS, José W., “Tratado de derecho civil. Parte general”, Ed. La Ley, Buenos Aires, 2019, t. III, ps. 990 y ss. DE RUGGIERO, Roberto, “Instituciones de derecho civil”, trad. de J. Santa Cruz Teijeiro y R. Serrano Suñer, Ed. Reus, Madrid, 1931, t. I, p. 274.

de imputar los actos de aquel...”, conforme lo preceptuaba el art. 1946 (hoy art. 359 del Cód. Civ. y Com.), vinculado al contrato de mandato, al disponer que los actos jurídicos ejecutados por el mandatario, en los límites de sus poderes y a nombre del mandante, son considerados como hechos realizados por este personalmente. Es decir, en sus efectos prácticos se identifica lo concretado por uno y por el otro (23).

En los casos de representación convencional, prevista en el art. 358 del Cód. Civ. y Com., juntamente con la representación orgánica, se puede dar en forma general o bien con facultades expresas o especiales (art. 375). Los poderes generales solo habilitan para actuar por otro y en “actos de administración simple”, lo cual implica que la facultad de recibir pagos debe derivar de esa clase de actos o negocios jurídicos; en cambio, cuando se trata del cumplimiento de actos que exceden la administración ordinaria o de casos especiales, es imprescindible contar con un apoderamiento especial, que el nuevo Código Civil y Comercial denomina “facultades expresas” (24).

En algunos supuestos y hechos de la vida corriente resulta viable aplicar la idea de la representación con origen en la manifestación tácita de la voluntad, lo que antes de la reforma del 2015 aparecía como “mandato tácito” (art. 1873), es decir, aquel que emerge de hechos concluyentes que llevan a considerar que se produce una verdadera autorización y representación para que alguien actúe en nombre e interés ajeno.

Esta situación se reitera en el nuevo Código, que lo ubica en el art. 367 como un supuesto de “representación aparente”. Antes y ahora los ejemplos que se han brindado son: a) persona que administra o dirige un establecimiento abierto al público; b) los dependientes de dichos establecimientos que se hallan facultados para cumplir con los actos encomendados, en los que se cuenta percibir; c) aquellas personas encargadas de entregar mercaderías fuera del establecimiento, que pueden recibir dinero o valores entregando el recibo correspondiente (25).

---

(23) TRIGO REPRESAS, F. A., en CAZEAUX, P. N. — TRIGO REPRESAS, F. A., “Derecho de las obligaciones”, ob. cit., t. III, p. 85, nro. 1395.

(24) BETTI, Emilio, “Teoría general del negocio jurídico”, trad. de Martín Pérez, Ed. RDP, Madrid, 1959, p. 419. COVIELLO, Nicola, “Doctrina general del derecho civil”, trad. de Felipe de J. Tena, Ed. Uteha, México, 1938, p. 431. DÍEZ-PICAZO, L., “La representación en el derecho privado”, ob. cit., p. 172, nro. 115. En la p. 74, el profesor español citado aclara muy bien que “... la idea de poder especial implica una especie de determinación de los actos permitidos y de los bienes que pueden afectar”.

(25) Estos casos que trae el art. 366 del Cód. Civ. y Com. habían sido adelantados por la doctrina y la jurisprudencia anteriores. LLAMBÍAS, J. J., “Tratado de derecho

En cuanto a la representación legal, es la que corresponde a lo previsto en las relaciones de familia, por ejemplo, la de los padres por sus hijos menores y de tutores por sus pupilos (arts. 24, 26, 100, 101, 105, 106 y 107 y ss.) y la del curador por los incapaces absolutos (arts. 32, 138 y 139, todos del Cód. Civ. y Com.). En esta materia, la nueva ley privada ha efectuado una importante cantidad de innovaciones y contemplado situaciones jurídicas especiales, cuyo análisis y explicación excede en mucho el objetivo de este comentario. A modo de síntesis, es posible decir que la potestad de percibir se brinda a favor de los representantes con importantes limitaciones y siempre bajo el control judicial (26).

A todo ello se suma la “representación judicial”, que es la que pueden otorgar los jueces ante determinadas circunstancias. Así, por ejemplo, el funcionario u oficial de justicia, cuando realiza una intimación de pago de una suma de dinero, se encuentra facultado para recibir, al igual que los administradores judiciales si su función se adecua a ello. Ellos actúan como la mano ejecutora de las órdenes dadas por el magistrado y tienen la consiguiente obligación de rendir cuentas (27).

---

civil...”, ob. cit., t. II-B, p. 155, nro. 1674. BUSSO, E., “Código Civil anotado”, ob. cit., t. V, p. 391. DE GÁSPERI, L. — MORELLO, A. M., “Tratado de derecho civil...”, ob. cit., t. III, p. 407, nro. 1184. BORDA, G. A. — BORDA A., “Tratado de derecho civil. Obligaciones”, ob. cit., t. I, p. 520, nro. 674. COMPAGNUCCI DE CASO, R. H., “Manual de obligaciones”, Ed. Astrea, Buenos Aires, 1997, p. 478. VIALE LESCANO, J. D., “Curso de derecho civil. Obligaciones”, ob. cit., t. I, p. 562. Para el análisis del artículo citado: TOBIÁS, J. W., “Tratado...”, ob. cit., t. III, p. 1004. ÁLVAREZ JULIÁ, L. — SOBRINO REIG, E., “Comentario al art. 366”, en RIVERA, J. C. — MEDINA, G. (dirs.), *Código Civil y Comercial comentado*, ob. cit., t. I, ps. 816 y ss.

(26) LLAMBÍAS, J. J., “Tratado de derecho civil. Parte general”, 5ª ed., Ed. Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1973, t. II, p. 352, nro. 1485. ORGAZ, Alfredo, “Personas individuales”, 2ª ed., Ed. Lerner, Buenos Aires, 1961, p. 200. SANTORO PASSARELLI, Francesco, “Doctrinas generales del derecho civil”, trad. de Luna Serrano, Ed. RDP, Madrid, 1964, p. 340. SANTI, Mariana, “Comentario a los arts. 24 y 26”, en BUERES, A. J. (dir.) — COMPAGNUCCI DE CASO, R. H. (coord.), *Código Civil y Comercial, y normas complementarias*, Ed. Hammurabi, Buenos Aires, 2016, t. I-A, ps. 277 y 291.

(27) LLAMBÍAS, J. J., “Tratado de derecho civil...”, ob. cit., t. II-B, p. 74, nro. 1873. BUSSO, E., “Código Civil anotado”, ob. cit., t. V, p. 398. CAZEAUX, P. N. — TRIGO REPRESAS, F. A., “Derecho de las obligaciones”, ob. cit., t. III, p. 87, nro. 1396. SALVAT, R. — GALLI, E. V., “Tratado...”, ob. cit., t. II, p. 232, nro. 1116. BOFFI BOGGERO, L. M., “Tratado de las obligaciones”, ob. cit., t. IV, p. 59, nro. 1301. ALTERINI, A. A. — AMEAL, O. — LÓPEZ CABANA, R. M., “Derecho de obligaciones civiles y comerciales”, ob. cit., p. 198. MACHADO, J. O., “Exposición y comentario del Código Civil argentino”, Ed. Lajouane, Buenos Aires, 1898, t. II, p. 518.

### IX. PAGO AL SUCESOR UNIVERSAL Y AL SUCESOR A TÍTULO PARTICULAR

La sucesión en el crédito significa una adquisición derivada de un derecho anterior que condiciona al nuevo. Se produce cuando el derecho —en el caso, el crédito— procede de una relación de otros que deriva a favor del nuevo titular. Ello acaece cuando alguien pierde y transmite la totalidad del derecho y otro lo recibe, o bien transfiere un derecho de contenido inferior. En el caso de la adquisición derivativa, opuesta a la originaria, se puede subclasificar como traslativa o constitutiva, y además en a “título universal” o a “título particular”. Esta última es la que interesa al tema en tratamiento (28).

En las transferencias a título universal, tal como lo reglaba el art. 3263 del Cód. Civil anterior y de acuerdo con lo previsto en el art. 400 del Cód. Civ. y Com., se traspaasa todo o una parte alícuota del patrimonio de una persona a otra. Como bien lo explica Zannoni, en la sucesión universal las relaciones jurídicas singulares aparecen subsumidas o integradas en el conjunto de titularidades transmisibles del causante mediante su consideración *ut universitas*, es decir, como una universalidad (29).

Por ello, aquellos que suceden al acreedor a título universal (y también a título particular) adquieren esos derechos, ocupan el lugar del acreedor, y de allí en más pueden invocar el título de *accipiens*. Esa clase de transmisión es típica del derecho sucesorio, aunque allí no se agotan

---

(28) CIFUENTES, Santos, “Negocio jurídico”, Ed. Astrea, Buenos Aires, 1986, p. 32, nro. 13. PUGLIATTI, Salvatore, “I fatti giuridice”, Ed. Giuffrè, Milano, 1996, p. 28, autor que titula el tema como “Modificazione soggetiva del rapporto”. CARIOTA FERRARA, Luigi, “El negocio jurídico”, trad. de Manuel Albaladejo García, Ed. Aguilar, Madrid, 1956, p. 34. COMPAGNUCCI DE CASO, Rubén H., “El negocio jurídico”, ob. cit., p. 28. PUIG PEÑA, Federico, “Tratado de derecho civil español”, Ed. RDP, Madrid, 1957, t. I, vol. II, p. 380. BARBERO, Doménico, “Sistema de derecho privado”, trad. de Santiago Sentís Melendo, Ed. Ejea, Buenos Aires, 1967, t. I, p. 388. VON TUHR, Andreas, “Derecho civil. Teoría general del derecho civil alemán”, trad. de Tito Rava, Ed. Depalma, Buenos Aires, 1948, t. II, vol. I, p.39, nro. 44.

(29) ZANNONI, Eduardo, “Derecho civil. Derecho de las sucesiones”, 3ª ed., Ed. Astrea, Buenos Aires, 1983, t. I, p. 49, nro. 31. ORGAZ, Alfredo, “Hechos y actos o negocios jurídicos”, Ed. Zavallía, Buenos Aires, 1963, p. 57, nro. 22. BREBBIA, Roberto H., “Hechos y actos jurídicos”, Ed. Astrea, Buenos Aires, 1981, t. I, p. 35, nro. 29. DE DIEGO, Clemente, “Instituciones de derecho civil”, actualizada por Alfonso De Cossio y Antonio Gullón Ballesteros, Ed. Artes Gráficas Julio San Martín, Madrid, 1959, t. I, p. 340. ALBALADEJO, Manuel, “Derecho civil. Introducción y parte general”, 5ª ed., Ed. Bosch, Barcelona, 1978, t. I, vol. II, p. 23.

los ejemplos, y por lo tanto la normativa que rige va a determinar el funcionamiento y las reglas que corresponde aplicar (30).

En cambio, en las transmisiones a título particular o singular, la transferencia es de un bien o de un derecho individual que se traslada de una persona a otra, donde solamente interesa el contenido de la relación. Para el caso que nos ocupa, es posible indicar que son supuestos que algunos autores consideran como de “transmisión modificativa”, pues se trata de un cambio en el derecho subjetivo que mantiene intacta su esencia. Es por ello que la ley menciona como legitimado sucesor particular al “cesionario” (31).

Todo va a surgir de la figura jurídica de la “cesión de créditos”, que se define como: “Un contrato por el cual el acreedor anterior transmite la parte activa de la obligación a un nuevo acreedor”, o bien: “Un negocio jurídico celebrado por el acreedor cedente con otra persona, cesionario, con la finalidad de producir la transmisión de la titularidad del crédito entre uno y otro. Es una transmisión del crédito que se realiza por actos entre vivos y que cumple una función económica de circulación de los créditos dentro del tráfico jurídico”. Y, por último, la concepción del profesor Pantaleón Prieto, en lo más elevado de la doctrina española actual, quien afirma: “Por virtud de un acuerdo de voluntades entre el antiguo y el nuevo acreedor (cedente y cesionario) la titularidad del derecho de

---

(30) BORDA, Guillermo A., “Tratado de derecho civil argentino. Sucesiones”, Ed. AbeledoPerrot, Buenos Aires, 1980, t. I, p. 14, nro. 7. RÉBORA, Juan C., “Derecho de las sucesiones”, 2ª ed., Ed. Bibliográfica Argentina, Buenos Aires, 1953, t. I, ps. 56 y ss. ESPÍN, Diego, “Manual de derecho civil. Sucesiones”, Ed. RDP, Madrid, 1957, t. V, ps. 3 y ss. COMPAGNUCCI DE CASO, Rubén H., “Cesión de créditos”, Ed. La Ley, Buenos Aires, 2002, ps. 4 y ss. LLAMBÍAS, Jorge J. — MÉNDEZ COSTA, Josefa, “Código civil anotado”, Ed. AbeledoPerrot, Buenos Aires, 1988, t. V-A, p. 12. MAZEAUD, Henri, León y Jean, “Lecciones de derecho civil”, trad. de L. Alcalá Zamora, Ed. Ejea, Buenos Aires, 1965, parte IV, t. II, p. 29.

(31) BARBERO, Doménico, “Sistema de derecho privado”, ob. cit., t. I, p. 339. ORGAZ, Alfredo, “Hechos y actos o negocios jurídicos”, ob. cit., p. 78, nro. 41. SALVAT, Raymundo — ROMERO DEL PRADO, Víctor, “Tratado de derecho civil argentino. Parte general”, 2ª ed., Ed. TEA, Buenos Aires, 1954, t. II, p. 90, nro. 837. CASTÁN TOBEÑAS, José, “Derecho civil español, común y foral. Introducción y parte general”, 12ª ed. actualizada por José Luis de Los Mozos, Ed. Reus, t. I, vol. II, p. 696. SPOTA, Alberto G., “Instituciones de derecho civil. Contratos”, Ed. Depalma, Buenos Aires, 1973, t. IV, p. 259, nro. 869. COVIELLO, Nicola, “Doctrina general del derecho civil”, ob. cit., p. 342, nro. 102.



crédito se transmite del primero al segundo quien se subroga en la posición jurídica del primitivo acreedor” (32).

El cesionario está legitimado para el cobro y aparece en la previsión del art. 882, inc. a), juntamente con el acreedor y el “subrogante”. En el nuevo Código Civil y Comercial ha desaparecido el contrato de “cesión de créditos”, que el Código Civil regulaba en los arts. 1434 a 1484 (Título IV, Secc. III, Libro II), y ha sido reemplazado por la “cesión de derechos” prevista en los arts. 1614 a 1631. En relación con la cuestión aquí tratada, el art. 1616 prevé con amplitud mayúscula que “todo derecho puede ser cedido...”, lo cual implica que casi todos los derechos tienen esta cualidad, reafirmando el dicho del anterior art. 1441 y lo ingresado a través de la fuente, que fueron los autores franceses Charles Aubry y Charles Rau (33).

A más del cesionario, el art. 882, en el citado inc. a), también agrega al acreedor subrogante, es decir, un nuevo titular del crédito, que arriba a ese carácter en razón de haber pagado al anterior (acreedor o deudor) y colocarse en su lugar, en virtud de la ley o de la convención de las partes. Este tipo de sucesión de derechos a título particular se encontraba dispuesto en los arts. 767 a 772 del Cód. Civil y ahora se ubica en lo previsto en los arts. 914 a 920 del Cód. Civ. y Com. (34).

---

(32) PANTALEÓN PRIETO, Fernando, “Cesión de créditos”, *Anuario de Derecho Civil*, t. XLI, fasc. IV, 1998, p. 1034. GAVIDIA SÁNCHEZ, Julio V., “La cesión de créditos”, Ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 1998, ps. 24 y ss. NAVARRO PÉREZ, José Luis, “La cesión de créditos en el derecho civil español”, Ed. Comares, Granada, 1988, ps. 28 y ss.

(33) AUBRY, Charles — RAU, Charles, “Cours de droit civil français”, 3<sup>a</sup> ed., Ed. Coss, Paris, 1863-1868, t. III, p. 515, nro. 434. TERRÉ, F. — SIMLER, P. — LEQUETTE, Y. — CHÉNEDÉ, F., “Droit civil. Les obligations”, ob. cit., p. 1695, nro. 1626.

(34) TRIGO REPRESAS, Félix A., “El pago con subrogación y sus efectos”, *Revista Ius*, Ed. Platense, La Plata, nro. 6, p. 235. BREBBIA, Roberto H., “Pago con subrogación”, en *Instituciones de derecho civil*, Ed. Iuris, Rosario, 1997, t. I, p. 299. GARRIGA, Román, “Pago con subrogación”, JA 1950-IV-643. DEL OLMO GARCÍA, Pedro, “Pago del tercero y subrogación”, Ed. Civitas, Madrid, 1998, p. 151. TRIGO REPRESAS, F. A. — COM-PAGNUCCI DE CASO, R. H., “Comentario a los arts. 914 a 920”, ob. cit., t. IV, ps. 597 y ss. CAÑIZARES LASO, Ana, “El pago con subrogación”, Ed. Civitas, Madrid, 1996, p. 45. PIZARRO, Ramón D. — VALLESPINOS, Carlos G., “Instituciones de derecho civil. Obligaciones”, ob. cit., t. III, p. 385. HERNÁNDEZ MORENO, Antonio, “El pago por tercero”, Ed. Bosch, Barcelona, 1983, ps. 4 y ss.

## X. OTROS SUPUESTOS DE PAGO AL TERCERO

A más del pago al acreedor en sus diferentes variantes y circunstancias, el cumplimiento también puede dirigirse hacia otros terceros. Como regla y principio hay que saber que el pago a un tercero no es válido, pero hay una variedad de casos donde quien no ha sido parte de la relación obligacional recibe el cumplimiento y ello surte efecto extintivo a favor del deudor.

El art. 883 del Cód. Civ. y Com. hace referencia a algunos de estos supuestos, es decir, a quiénes es posible hacer efectivo el cumplimiento; de esa manera, en el inc. c) se refiere al “tercero indicado para hacer el pago”; en el inc. d), al poseedor de un título al portador o al endosatario de uno transferido mediante el endoso; y en el inc. e), al llamado “acreedor aparente” (35).

El texto del art. 731 del viejo Cód. Civil se refería como legitimarios: al acreedor, sus sucesores, cesionarios, representantes, al poseedor en el caso de los títulos de créditos al portador, y en los a la orden, al endosatario; y como notoriamente terceros, sin perjuicio de lo ya aclarado anteriormente, al “indicado de pago” (inc. 7º), y en el artículo siguiente (art. 732), al llamado “poseedor del crédito”, que hoy tiene como denominación la de “acreedor aparente” (36).

Corresponde realizar un somero estudio sobre dos supuestos que aparecen en ambas normas con escurridiza denominación pero con cierta identidad conceptual, como son: el indicado de pago y el acreedor aparente.

---

(35) CAZEAUX, P. N. — TRIGO REPRESAS, F. A., “Derecho de las obligaciones”, ob. cit., t. III, p. 92, nro. 1402. SALVAT, R. — GALLI, E. V., “Tratado...”, ob. cit., t. II, p. 243, nro. 1137. ALTERINI, A. A. — AMEAL, O. — LÓPEZ CABANA, R. M., “Derecho de obligaciones, civiles y comerciales”, ob. cit., p. 111, nro. 220. WIERZBA, S., “Manual de obligaciones, civiles y comerciales”, ob. cit., ps. 120 y ss. VIALE LEZCANO, D. J., “Curso de derecho civil. Obligaciones”, ob. cit., t. I, p. 560. OSSOLA, F., “Derecho de las obligaciones”, ob. cit., p. 591, nro. 297. BORDA, G. A. — BORDA, A., “Tratado de derecho civil. Obligaciones”, ob. cit., t. I, p. 521, nro. 677.

(36) GAGLIARDO, M., “Tratado de las obligaciones”, ob. cit., t. II, p. 125. BOFFI BOGGERO, L. M., “Tratado de las obligaciones”, ob. cit., t. IV, p. 171, nro. 1306. TRIGO REPRESAS, F. A. — COMPAGNUCCI DE CASO, R. H., “Código Civil comentado”, ob. cit., t. II, p. 226. BUSSO, E., “Código Civil anotado”, ob. cit., t. V, p. 422. CNCom., sala C, LA LEY 1993-C-91. CNCiv., sala E, LA LEY 135-701. CCiv. y Com. La Plata, sala III, DJBA 59-213.

## XI. TERCERO INDICADO DE PAGO

La figura del “indicado de pago”, que se encuentra en el art. 883 del Cód. Civ. y Com., resulta una novedad en nuestra legislación, pero tiene una añeja tradición en el derecho italiano. Me atrevo a decir que su concepción y naturaleza pertenece en plena propiedad a la elevada y fina doctrina de ese país, que la ha estudiado en profundidad y con marcada sutileza, digna de admiración (37).

Esta “indicación de pago” se concreta mediante una manifestación unilateral del acreedor que va dirigida al deudor a fin de hacerle saber que este último puede liberarse entregando el contenido de la prestación a un tercero. Es una especie de invitación que facilita el cumplimiento a ambas partes: al acreedor, a quien, por diferentes razones extrañas y ajenas a la relación originaria, le interesa que el pago se dirija hacia otro, y al deudor, que puede ver simplificado su deber. Todo ello pertenece a la esfera exterior, ya que la causa o razón resta afuera de toda consideración y sin efectos de ningún orden sobre la figura de la “indicación” (38).

Con mejor síntesis y precisión conceptual, Betti afirma: “... En la indicación de pago no puede advertirse sino un encargo, conferido por (A) el indicante, a (B) el indicado, y únicamente de modo eventual una asunción de pago de este último frente a (C) el indicatario; lo que supone exactamente una sustitución en el cumplimiento de la obligación” (39).

---

(37) SCHLESINGER, P., “El pago al tercero”, ob. cit., p. 60, nro. 10. RESCIGNO, Pietro, “Delegazione (diritto civile)”, Ed. Giuffrè, Milano, 1986, p. 930 (separata de la *Enciclopedia del Diritto*, 1962, vol. XI). BETTI, Emilio, “Teoría general de las obligaciones”, trad. y notas de José Luis De los Mozos, Ed. RDP, Madrid, 1969, t. II, p. 296. BARASSI, Ludovico, “Teoria generale delle obbligazione”, Ed. Giuffrè, Milano, 1948, t. III, p. 878. Debo aclarar que si bien el art. 731, inc. 7º, se refiere al “tercero indicado para poder hacerse el pago”, refiriendo a la figura del *adiectus solutionis causa*, no se trata ciertamente de una verdadera “indicación de pago” en su propio sentido técnico jurídico.

(38) ZATTI, Paolo — COLUSSI, Vittorio, “Lineamenti di diritto privato”, 8ª ed., Ed. Cedam, Padova, 2001, p. 314. TORRENTE, Andrea — SCHLESINGER, Piero, “Manuale de diritto privato”, Ed. Giuffrè, Milano, 1999, p. 413, nro. 256. BIANCA, Massimo, “Diritto civile. L’obbligazione”, ob. cit., t. IV, p. 299, nro. 154. En la doctrina nacional, el Dr. Trigo Represas se ocupó de la figura de la indicación de pago, llamándola “asignación”, que según su enseñanza surge como excepción a la regla *in delegazione semper inest novatio*, a fin de que el deudor pueda designar a un tercero para efectuar el pago. TRIGO REPRESAS, F. A., en CAZEAUX, P. N. — TRIGO REPRESAS, F. A., “Derecho de las obligaciones”, ob. cit., t. III, p. 277, nro. 1592.

(39) BETTI, E., “Teoría general de las obligaciones”, ob. cit., t. II, p. 296.

Es posible agregar que el “indicado para el pago” carece de un derecho propio que le atribuya facultades especiales y le permita ejercer acción contra el deudor para reclamar el cumplimiento. Es por ello que el deudor puede elegir entre pagar al acreedor, a su representante o al indicado, pero no es posible imponerle otros deberes más allá de los que surgen de la propia relación de obligación que lo vincula al acreedor (40).

De allí, se entiende que el deudor que fuera demandado por el “indicado” puede oponerle como excepción la “falta de legitimación sustantiva” para ejercer judicialmente el reclamo correspondiente. Diferente sería la solución si en el contrato originario se acordase que la concreción de la prestación debe ser hecha a un tercero “indicado”. De todos modos, esto último nos llevaría a entremezclarla con otras figuras, a las que trato de explicar más adelante (41).

## **XII. DIFERENCIAS ENTRE EL INDICADO DE PAGO, LA DELEGACIÓN Y LA FIGURA DEL ADIECTUS SOLUTIONIS CAUSA**

Ante la incorporación del indicado de pago a la legislación privada, es importante tratar de deslindar los campos con otros institutos similares, para dar no solo los rasgos naturales de cada uno, sino poder clasificar los efectos consiguientes. Comienzo con el distingo entre el indicado de pago y la delegación, y luego entre el referido indicado y la tradicional figura del *adiectus solutionis causa* o *adiectus solutionis gratia*.

---

(40) Enseña SCHLESINGER, P., “El pago al tercero”, ob. cit., p. 69, nota 29, que en la doctrina alemana se discute y controvierte si la autorización para el cobro (indicación de pago) difiere de la cesión fiduciaria, o es lo mismo. ENNECCERUS, Ludwig — LEHMAN, Heinrich, “Derecho de las obligaciones”, 2ª ed., trad. de Blas Pérez González y José Alguer, al cuidado de José Puig Brutau, del *Tratado de derecho civil* de L. Ennecerus, T. Kipp y M. Wolf, Ed. Bosch, Barcelona, 1954, t. II, vol. I, ps. 309/310, nro. 61, al “indicado de pago” lo denominan “autorizado”, que surge de una “asignación o delegación”. MEDICUS, Dieter, “Tratado de las relaciones obligacionales”, trad. de Ángel Martínez Sarrión, Ed. Bosch, Barcelona, 1995, t. I, p. 335, da como forma especial de transmisión del crédito a la “comisión de cobranza”, que tiene un cierto parentesco con la indicación de pago.

(41) RESCIGNO, Pietro, “Delegazione...”, ob. cit., p. 930. Este autor hace una aclaración digna de tenerse en cuenta en cuanto a las denominaciones utilizadas en la doctrina italiana para titular al “indicado” o “delegado de pago”; dice: “*Al debitore taluni scrittore riservano il nome di ‘delegatario,’ invece del tentativo de una terminología corrispondente a quella usata per la delegazione pasiva, gli attribuiscono la qualifica di ‘delegato,’ riservando al nouvo creditore la denominazione di delegatario...*”

## XII.1. Indicado de pago y delegación

La delegación es una figura jurídica que no aparece en la actual y vigente legislación nacional. Tiene un remoto antecedente en el Código Civil, en el capítulo de la novación (arts. 801 a 817); surge en el derecho romano, con importante recepción en el *Codice Civile* italiano de 1942 (arts. 1268 a 1271).

Según Bonfante, en Roma, cuando se le permitía al deudor pagar al acreedor del acreedor con el consentimiento del primitivo *accipiens*, se constituía una *delegatio*; por otra parte, si ambas obligaciones se encontraban subordinadas, el deudor podía prescindir del consentimiento del primitivo acreedor (42).

Asimismo, en el Código Civil anterior, hoy no vigente, se la menciona en el art. 814, al decir: “La delegación por la cual un deudor da a otro que se obliga hacia el acreedor, no produce novación, si el acreedor no ha declarado expresamente la voluntad de exonerar al deudor primitivo”. Es este un supuesto de “delegación de deuda” o transferencia de deuda que muy poca relación tiene con el tema en tratamiento. Sobre el ejemplo citado del art. 814 del Cód. Civil, hace algún tiempo observaba el Dr. Trigo Represas: “La delegación no ha sido tratada como institución independiente, sino se la ha considerado como una forma de novación, mandato o cesión, aunque principalmente su asimilación lo ha sido con alguna de estas figuras jurídicas. Pero a partir de las investigaciones de Salpius la doctrina moderna ha tendido a defender la autonomía de la delegación frente a la novación. La delegación se presenta como una configuración institucional propia, pudiendo en ciertos casos actuar como un antecedente de la novación, mientras que en otros no aparecerá en absoluto esta última...” (43).

En el actual derecho italiano, la delegación adquiere una jerarquía y una independencia que la muestran como un instituto con autonomía y de mayúscula relevancia. Se la cualifica como un encargo que se confiere de un sujeto (delegante) a otro (delegado) para que pague o se obligue a pagar a un tercero (delegatario) (art. 1263 del *Codice*: “Delegazione cumulativa”), o bien cuando el acreedor designa a otro para que pueda exigir el pago o recibirlo. En la doctrina se distingue entre la “delega-

---

(42) BONFANTE, Piero, “Instituciones de derecho romano”, ob. cit., p. 298, nro. 93. PETIT, Eugène, “Tratado elemental de derecho romano”, ob. cit., p. 484, nro. 489.

(43) TRIGO REPRESAS, F. A., en CAZEAUX, P. N. — TRIGO REPRESAS, F. A., “Derecho de las obligaciones”, ob. cit., t. III, p. 273, nro. 1591. GRECO, Roberto, “Enajenación de cosa hipotecada”, Ed. AbeledoPerrot, Buenos Aires, 1967, p. 164.

ción pasiva” y la “delegación activa”; en la primera, el delegante (deudor) manda al delegado a pagar al delegatario (acreedor), y se distingue entre la *promitendi* y la *solvendi* (44).

En la delegación activa —no legislada en el *Codice*—, el delegante acreedor ordena al deudor que le pague a un tercero (delegado), siendo esta, según Trabucchi, una especie de relación de provisión (45).

El debate se concentra en la necesaria coordinación entre los arts. 1188 y 1269; el primero dispone que el deudor debe pagar a la persona “autorizada por el acreedor” (indicado de pago), y el segundo se refiere a la posibilidad de que el deudor rechace el tener que cumplir la prestación con el delegado (o delegatario, en la expresión italiana) designado por el acreedor originario.

Para resolver esa aparente contradicción se han buscado diferentes explicaciones. Por ejemplo, Schlesinger entiende que lo previsto en el art. 1188 no le puede imponer al deudor deberes autónomos que no surgen de la relación de obligación, sino que debe determinarse en qué casos la prestación cumplida por el *solvens* tiene eficacia liberatoria. Y ello porque el pago solo aparece eficaz cuando es hecho al acreedor o a quien lo representa (46).

Por su parte, Betti efectúa un distinguo tajante entre la delegación activa y la indicación de pago. Dice que esta última figura tiene importancia únicamente “... en la fase de ejecución de una obligación, y ello supone consecuencias que iluminan la naturaleza de esta institución y de sus diferencias con la delegación y otras instituciones. Mientras la estructura del negocio delegatorio permite identificar un *iussum* del delegante al delegado y una consiguiente asunción de deuda por este último frente al delegatario, y se puede determinar un nuevo deudor a la relación obli-

---

(44) DE RUGGIERO, Roberto, “Instituciones de derecho civil”, ob. cit., t. II, vol. I, p. 189. BIGLIAZZI GERI, Luigi — BRECCIA, Umberto — BUSNELLI, Francesco — NATOLI, Ugo, “Diritto civile. Delle obbligazione”, Ed. UTET, Torino, 2000 (reimp.), t. III, p. 201. BIANCA, Massimo, “Diritto civile. L’obbligazione”, ob. cit., t. IV, p. 302, nro. 155. RESCIGNO, Pietro, “Delegazione...”, ob. cit., p. 931. BARBERO, Doménico, “Sistema de derecho privado”, ob. cit., t. III, p. 273, nro. 708, lo enuncia como un tema “complejo e irritante”.

(45) TRABUCCHI, Alberto, “Instituciones de derecho civil”, trad. de Luis Martínez Calcerrada, Ed. RDP, Madrid, 1967, t. II, p. 97, nro. 253. TORRENTE, A. — SCHLESINGER, P., “Manuale de diritto privato”, ob. cit., p. 406, nro. 252. ZATTI, P. — COLUSI, Vittorio, “Lineamenti di diritto privato”, ob. cit., p. 147. COMPAGNUCCI DE CASO, Rubén H., “Transmisión de las obligaciones”, Ed. Lex, La Plata, 1981, p. 204.

(46) SCHLESINGER, P., “El pago al tercero”, ob. cit., ps. 62/63.

gacional, en la indicación de pago no puede advertirse sino un encargo conferido por el indicante al indicado, y únicamente de modo eventual una asunción de pago de este último frente al indicatario (acreedor), lo que supone una sustitución en el cumplimiento de la obligación...” (47).

## XII.2. Indicado de pago y *adiectus solutionis causa*

Al llamado *adiectus solutionis causa* o *adiectus solutionis gratia* se lo halla en el derecho romano clásico como una solución al impedimento a la restringida representación voluntaria. Fue una forma que tenían las partes de una obligación de poder designar a una tercera persona para que fuera el sujeto legitimado para recibir el contenido de la prestación. Quedaba asimilado al propio acreedor originario, y el cumplimiento daba satisfacción al derecho de crédito y la consiguiente liberación del deudor (48).

El Código Civil se ocupaba de consagrar este instituto en el art. 731, inc. 7º, al disponer: “El pago debe hacerse (...) 7) Al tercero indicado para poder hacerse el pago aunque lo resista el acreedor y aunque a este se le hubiere pagado una parte de la deuda”. De esta manera se consagraba la figura del *adiectus*, que surgía del acuerdo del acreedor y del deudor, quienes permitían que un tercero detentara un derecho pleno para poder percibir el contenido de la prestación (49).

Sobre su naturaleza no hubo ni hay opinión uniforme y pacífica. Ha sido considerado como un “mandatario”, ya que las partes de la relación lo designan para actuar y cobrar por otro y en interés ajeno, e incluso se lo llega a ubicar como una especie de “mandatario con representación

---

(47) BETTI, E., “Teoría general de las obligaciones”, ob. cit., t. II, ps. 286/297.

(48) PETIT, Eugène, “Tratado elemental de derecho romano”, ob. cit., p. 491, nro. 498. POTHIER, Robert J., “Tratado de las obligaciones”, Ed. Omeba, Buenos Aires, 1961, p. 333, nro. 561. BUSSO, E., “Código Civil anotado”, ob. cit., t. V, p. 404. BOFFI BOGGERO, L. M., “Tratado de las obligaciones”, ob. cit., t. IV, p. 62, nro. 1394. LAFALLE, Héctor, “Tratado de las obligaciones”, 2ª ed. actualizada por los Dres. Alberto J. Bueres y Jorge Mayo, Ed. La Ley — Ediar, Buenos Aires, 2009, t. I, p. 566, nro. 353.

(49) LLAMBÍAS, J. J., “Tratado de derecho civil...”, ob. cit., t. II-B, p. 158, nro. 1440. BORDA, G. A. — BORDA, A., “Tratado de derecho civil. Obligaciones”, ob. cit., t. I, p. 521, nro. 677. SALVAT, R. — GALLI, E. V., “Tratado...”, ob. cit., t. II, p. 233, nro. 1118. COMPAGNUCCI DE CASO, R. H., “Manual de obligaciones”, ob. cit., p. 489, nro. 393. ALTERINI, A. A. — AMEAL, O. — LÓPEZ CABANA, R. M., “Derecho de obligaciones civiles y comerciales”, ob. cit., p. 109, nro. 214. El art. 731, inc. 7º, Cód. Civil, pareciera identificar la figura del “indicado” con la del *adiectus solutionis causa*; a mi juicio, existen diferencias estructurales que impiden dicha asimilación, ya que son institutos con origen y efectos diferentes.

irrevocable”, ya que ninguna de las partes se encuentra facultada para, unilateralmente, revocar su designación. En los últimos tiempos es mayoritaria la idea que considera al *adiectus* como aquel que ostenta “... un título propio de carácter abstracto”, ya que en su nombramiento no es necesario indicar la causa o las razones que llevaron a ello; sumo que ante el reclamo al deudor no es posible oponer defensas apoyadas en bases causales ajenas a la relación que emerge de la obligación originaria (50).

Como cuestión común, es posible afirmar que ambos, *adiectus* e indicado de pago, son sujetos a quien el deudor puede pagar y liberarse, pero entre ambas figuras existen diferencias que deben ser destacadas. Es importante señalar que el *adiectus solutionis causa* tiene una mayor envergadura que la de otras personas legitimadas para recibir, ya que su designación integra la relación obligacional, porque ambos, deudor y acreedor, han procedido a investirlo de un derecho amplio para demandar y percibir el crédito. Ese título propio, personal y abstracto lo distingue de otros supuestos donde aparecen terceros (51).

Por otra parte, el “indicado de pago” emerge como un simple autorizado por el acreedor, donde no concurre la voluntad del deudor, y sirve y resulta de utilidad para y por diferentes circunstancias, para facilitar el cumplimiento. El indicado no tiene más facultades que la de recibir, ya que —a mi juicio— no le está permitido demandar en juicio ni alegar derechos propios para exigir la entrega del contenido de la prestación. Es más, esa autorización que hace el titular del crédito puede dejarse sin efecto en cualquier tiempo, sin perjuicio de alguna consecuencia indemnizatoria de daños, ya que —es dable afirmar— “quien autoriza, puede desautorizar” (52).

---

(50) BUSSO, E., “Código Civil anotado”, ob. cit., t. V, p. 404. CAZEAUX, P. N. — TRIGO REPRESAS, F. A., “Derecho de las obligaciones”, ob. cit., t. III, p. 88, nro. 1398. WIERZBA, S., “Manual de obligaciones civiles y comerciales”, ob. cit., p. 121. SALVAT, R. — GALLI, E. V., “Tratado...”, ob. cit., t. II, p. 235, nro. 1119.a). BOFFI BOGGERO, L. M., “Tratado de las obligaciones”, ob. cit., t. IV, p. 62, nro. 1304. DE GÁSPERI, L. — MORELLO, A. M., “Tratado de derecho civil...”, ob. cit., t. IV, p. 62, nro. 1304. MARTY, Gabriel — RAYNAUD, Pierre — JESTAZ, Philippe, “Droit civil. Les obligations”, 2ª ed., Ed. Sirey, Paris, 1989, t. II, p. 180, nro. 199. CNCom., Sala A, 166-303. SCBA, DJBA 93-145.

(51) BETTI, E., “Teoría general de las obligaciones”, ob. cit., t. II, p. 296. SCHLESINGER, P., “El pago al tercero”, ob. cit., ps. 62 y ss. BARASSI, L., “Teoria generale delle obbligazione”, ob. cit., t. III, p. 110, nro. 255.

(52) BORDA, G. A. — BORDA, A., “Tratado de derecho civil. Obligaciones”, ob. cit., t. I, p. 521, nro. 677. OSSOLA, F., “Derecho de las obligaciones”, ob. cit., p. 591, nro. 297. PIZARRO, R. D. — VALLESPINOS, C. G., “Instituciones de derecho civil. Obligaciones”, ob. cit., t. II, p. 111. VIALE LEZCANO, D. J., “Curso de derecho civil. Obligaciones”, ob. cit., t. I, p. 562, señala bien: “... en realidad el tercero indicado no se convierte



Estas ideas son enseñadas por Pascual Estevill en la doctrina española, quien dice: "... La autorización voluntaria no representativa para recibir el pago por cuenta y orden del acreedor, no en su nombre que es propio de la representación, puede resultar de una designación hecha por este, que puede surgir de un contrato de depósito, u otros supuestos para recibir el pago...", y agrega: "... y no hay inconveniente alguno para que en otros contratos se proceda a la designación, pero no podrá reclamar el derecho de crédito, pero sin embargo, está legitimado para recibir la prestación..." (53).

### XIII. ACREEDOR APARENTE

Uno de los temas más interesantes del derecho civil se encuentra en la teoría de la apariencia, que viene al caso bajo examen con toda su plenitud y efectos, y además recuerda los personajes inolvidables de la obra de Pirandello "Cosi è se vi pare", traducida como "Así es, si os parece". La apariencia es aquello que da a entender lo que no es, o bien ingresa en la ficción que contradice la realidad, o —en fin— se simula en la mentira o disimula en la figura errónea (54).

En la vida del derecho tiene valor pleno lo que el diccionario explica cuando define a la apariencia: "El aspecto de una persona o cosa...", o "... cosa que parece ser y no es...". El tercero ajeno es quien se puede enga-

---

en acreedor. El hecho de tener título para cobrar no lo inviste de tal calidad..." TRIGO REPRESAS, F. A. — COMPAGNUCCI DE CASO, R. H., "Comentario al art. 883", ob. cit., t. IV, p. 460. GAGLIARDO, M., "Tratado de obligaciones", ob. cit., p. 126. BIANCA, M., "Diritto civile. L'obbligazione", ob. cit., t. IV, p. 289, nro. 149. ZATTI, P. — COLUSSI, V., "Lineamenti di diritto privato", ob. cit., p. 314.

(53) PASCUAL ESTEVILL, L., "El pago", ob. cit., p. 159. HERNÁNDEZ GIL, Antonio, "Derecho de obligaciones", ob. cit., p. 299, nro. 102, aclara que "el meramente autorizado actuará en nombre propio, pero por cuenta e interés del acreedor...". Más adelante señala las diferencias con el *adiectus solutionis causa* (p. 300). DíEZ-PICAZO, L., "Fundamentos del derecho civil patrimonial", ob. cit., t. II, p. 493, nro. 26, afirma: "Las relaciones subyacentes que pueden existir y justifiquen el fenómeno de la indicación de pago son irrelevantes en relación con el deudor. Además cualquier modificación sobrevenida de tales relaciones, que sea desconocida para el deudor, es también irrelevante en relación con el pago al indicatario".

(54) BUSTOS PUECHE, José E., "La doctrina de la apariencia jurídica", Ed. Dykinson, Madrid, 1999, ps. 17 y ss. TOBIÁS, José W., "Apariencia jurídica", LA LEY 1994-D-316. FALZEA, Angelo, voz "Apparenza", en *Enciclopedia del Diritto*, Roma, 1958, t. II, p. 690. GIORGIANNI, Michele, "Creditore apparente", en *Novissimo Digesto Italiano*, Ed. UTET, Torino, 1957, t. IV, p. 1156. COMPAGNUCCI DE CASO, Rubén H., "Pago al tercero y apariencia jurídica", LA LEY 2004-F-834.

ñar porque observa como real lo que no es tal, o bien está convencido de dicha situación. Y aparecen los ejemplos legales en los casos de pago al poseedor del crédito (art. 732 del Cód. Civil y art. del Cód. Civ. y Com.), al representante aparente, al heredero aparente, etcétera (55).

Ahora bien, en el caso que nos ocupa, se produce el fenómeno en que el deudor, actuando de buena fe, le paga a un tercero que no es el verdadero acreedor, pero la apariencia que inviste lleva a que la ley admita su liberación y tenga por cumplida la obligación (56).

En el Código Civil anterior la cuestión era resuelta por el art. 732, que lo llamaba pago “al poseedor del crédito”. Así, disponía el artículo: “El pago hecho al que está en posesión del crédito es válido aunque el poseedor sea después vencido en juicio sobre la propiedad de la deuda”. Esta norma había sido inspirada, entre otras fuentes, en el *Code Civil* francés, que en el art. 1240 indicaba —antes de la reforma del año 2016— lo siguiente: “*Le paiement fait de bonne foi à celui qui est en possession de la créance est valable, encore que le possesseur en soit par la suite évincé*”. En ambos supuestos, lo de “poseedor” no debe entenderse con el alcance dispuesto en el art. 2351 del Cód. Civil ni en el art. 1909 del actual Cód. Civ. y Com., sino como una situación jurídica de apariencia (57).

---

(55) CÓRDOBA, Marcos, “Efectos jurídicos de la buena fe en la apariencia. El heredero aparente”, en CÓRDOBA, Marcos (dir.) — GARRIDO CORDOBERA, Lidia — KRUGER, Viviana (coords.), *Tratado de la buena fe en el derecho*, Ed. La Ley, Buenos Aires, 2004, t. I, p. 94. FERRER, Francisco A. M., “Comentario a los arts. 2312 y ss.,” en ALTERINI, Jorge H. (dir.) — ALTERINI, Ignacio E. (coord.), *Código Civil y Comercial comentado*, ob. cit., t. XI, p. 226. CAMPANELLA, Elena M., “Heredero aparente”, en *Estudios sobre el derecho sucesorio hereditario*, Ed. Instituto de Derecho Civil, Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Buenos Aires, Serie IV, nro. 13, Buenos Aires, 2008, ps. 1 y ss.

(56) BORDA, G. A. — BORDA, A., “Tratado de derecho civil. Obligaciones”, ob. cit., t. I, p. 523, nro. 681. ALTERINI, A. A. — AMEAL, O. — LÓPEZ CABANA, R. M., “Derecho de las obligaciones civiles y comerciales”, ob. cit., p. 104, nro. 217. LLAMBÍAS, J. J., “Tratado de derecho civil...”, ob. cit., t. II-B, p. 106, nro. 1446. CAZEAUX, P. N. — TRIGO REPRESAS, F. A., “Derecho de las obligaciones”, ob. cit., t. III, p. 123, nro. 1407. BOFFI BOGGERO, L. M., “Tratado de las obligaciones”, ob. cit., t. IV, p. 67, nro. 246. HERNÁNDEZ GIL, A., “Derecho de obligaciones”, ob. cit., p. 306, nro. 105. PUIG BRUTAU, José, “Fundamentos del derecho civil”, 2ª ed., Ed. Bosch, Barcelona, t. I, vol. II: “Derecho general de las obligaciones”, ps. 281 y 283. CASTÁN TOBEÑAS, José, “Derecho civil español, común y foral”, 12ª ed. revisada y puesta al día por don Gabriel García Cantero, Ed. Reus, Madrid, 1978, t. III, p. 356.

(57) HERNÁNDEZ GIL, A., “Derecho de obligaciones”, p. 306, nro. 105. Dice que si bien la expresión “posesión del crédito” no es correcta, no deja por ello de tener cierta explicación. Aclara que la doctrina “más ponderada” considera que la posesión solo se aplica a las cosas y a los derechos, y en estos últimos a los reales. A su vez, afir-

De allí que el actual art. 883, inc. e), ordena: “El pago debe hacerse (...): e) al acreedor aparente si quien realiza el pago actúa de buena fe y de las circunstancias resulta verosímil el derecho invocado, el pago es válido, aunque después sea vencido en juicio sobre el derecho que invoca”.

De todas las normas citadas y referidas se puede deducir que para que se produzcan los efectos de dar eficacia plena al pago es necesario que: a) una persona, que no es el verdadero acreedor, se muestre como legitimado para recibir en razón de reunir todos los elementos aparentes que lo muestran como tal; y b) el *solvens* que cumple con el contenido de la prestación tenga, en virtud de las circunstancias y su buena fe, la fundada creencia de que le está pagando al verdadero acreedor, y ello lo lleve a liberarse del ligamen obligacional (58).

Para lo primero es necesario que alguien se presente y comporte durante un tiempo razonable como un verdadero acreedor, de manera pública, sin haberse controvertido su situación, y en definitiva se brinde la mentada “apariencia” que convenza de tratarse y estar en presencia del legitimado *accipiens*. Es que, como enseña Tobías, la apariencia influye en la creencia de quien ha confiado en el examen de los hechos. Esta evolución, según el distinguido autor, “... está impuesta por el desarrollo del tráfico jurídico y el moderno mundo de los negocios que lleva a tener que

---

ma que otros autores amplían el ámbito de la posesión a todos los derechos y no solo a los reales, donde ingresarían los correspondientes a las obligaciones. Pero según su criterio —de alta valoración, por su jerarquía intelectual— esta extensión resulta exagerada, ya que viene a desconocer la línea divisoria entre los derechos reales y los personales. Como elemento y dato curioso, en el derecho francés, luego de la reforma del año 2016, el anterior art. 1240 —que se refería a la *possession de la créance*— quedó modificado en el actual art. 1342-3, que directamente lo ubica como acreedor aparente, siguiendo un principio jurisprudencial instalado, que afirma: “*Le paiement fait de bonne foi à un créancier apparent est valable...*”. CHANTEPIE, Gael — LATINA, Mathias, “La réforme du droit des obligations”, Ed. Dalloz, Paris, 2016, p. 804, nro. 944.

(58) LLAMBÍAS, J. J., “Tratado de derecho civil...”, ob. cit., t. II-B, p. 783, nro. 1452. BOFFI BOGGERO, L. M., “Tratado de las obligaciones”, ob. cit., t. IV, p. 67. SALVAT, R. — GALLI, E. V., “Tratado...”, ob. cit., t. II, p. 237, nro. 1125. ALTERINI, A. A. — AMEAL, O. — LÓPEZ CABANA, R. M., “Derecho de las obligaciones, civiles y comerciales”, ob. cit., p. 110, nro. 217. COMPAGNUCCI DE CASO, R. H. — FARINA, N. — NEGRI, N. — MORENO, V., “Derecho de las obligaciones”, ob. cit., p. 528. BORDA, G. A. — BORDA, A., “Tratado de derecho civil. Obligaciones”, ob. cit., t. I, p. 523, nro. 681. CAZEAUX, P. N. — TRIGO REPRESAS, F. A., “Derecho de las obligaciones”, ob. cit., t. III, p. 96, nro. 1407. WIERZBA, S., “Manual de obligaciones, civiles y comerciales”, ob. cit., p. 121. RODRÍGUEZ ARIAS BUSTAMANTE, Lino, “Derecho de obligaciones”, ob. cit., ps. 430/431. MARTY, G. — RAYNAUD, P. — JESTAZ, P., “Droit civil. Les obligations”, ob. cit., t. I, p. 181, nro. 199.

mirar y proteger a terceros y de alguna manera desequilibrar la protección de los titulares de los derechos...” (59).

Y en lo segundo es muy importante la situación y actitud que asuma el *solvens*, a quien se le exige un comportamiento de corrección donde las circunstancias lo convenzan de su legitimación. Al respecto, Díez-Picazo se pregunta cuál es el criterio de “buena fe” aplicable, ya que es preciso determinar si se trata de una simple buena fe subjetiva o psicológica, y basta la simple convicción de realizar un acto regular y corriente, o bien si esa buena fe es de carácter objetivo, que tenga fundamento en bases éticas, y para concluir agrega el egregio jurista: “... que no solo ha de ser *fides*, sino que se exige que sea *bona*” (60).

Lo anterior debe ser completado con el error de hecho en que incurre al pagar a quien no es su acreedor y, sin embargo, le permite excusarlo ante su conducta proba. Esa errónea creencia debe encontrarse en la órbita del yerro de hecho y que no sea causada por un comportamiento culposo, es decir, basado en la imprudencia, la negligencia, la desidia, el desinterés o la ausencia de idoneidad, lo que el Código Civil calificaba como error excusable, que si bien no aparece en la nueva normativa (arts. 265 a 270 del Cód. Civ. y Com.), resulta un requisito ineludible y vigente (61).

---

(59) TOBÍAS, J. W., “Apariencia jurídica”, LA LEY 1994-D-316. BUSTOS PUECHE, J. E., “La doctrina de la apariencia jurídica”, ob. cit., p. 22, considera que se trata de una teoría ideada y aplicada generalmente a favor de un tercero ajeno a una relación irreal, pero que es la que ofrece signos de verosimilitud y en la que aquel tercero confía. En ese sentido, es importante la opinión de Falzea en la doctrina italiana, cuando afirma: “... A la apariencia que hace aparecer real una situación jurídica no real, no puede recurrirse sino cuando se tenga una situación capaz de desplegar una fuerza que denote realidad...”. FALZEA, A., voz “Apparenza”, ob. cit., t. III, p. 687. BUSTOS PUECHE J. E., “La doctrina de la apariencia jurídica”, ob. cit., p. 159, considera que no es certero que el acreedor aparente se encuentre “legitimado” para recibir el pago, sino que esa cualidad se asienta en una “ficción conceptual”, ya que —según su firme expresión— “No es posible la construcción de una ‘legitimación’ sobre la base de lo ilegal”.

(60) DÍEZ-PICAZO, L., “Fundamentos del derecho civil patrimonial”, ob. cit., t. II, p. 495. DE LOS MOZOS, José Luis, “El principio de la buena fe en el derecho español”, Ed. Bosch, Barcelona, 1965, p. 45. COMPAGNUCCI DE CASO, Rubén H., “El principio de la buena fe en las relaciones jurídicas de derecho privado”, t. I, p. 167; GASTALDI, José M., “La buena fe en el derecho de los contratos. Su consagración en el Código Civil de Vélez Sarsfield”, t. I, p. 299, ambos en CÓRDOBA, Marcos (dir.) — GARRIDO CORDOBERA, Lidia — KRUGER, Viviana (coords.), *Tratado de la buena fe...*, ob. cit.

(61) LLAMBÍAS, J. J., “Tratado de derecho civil...”, ob. cit., t. II-B, p. 170, nro. 1447. TRIGO REPRESAS, F. A., “Error de hecho y error de derecho”, en *Derecho privado. Homaje al Dr. Alberto J. Bueres*, Ed. Hammurabi, Buenos Aires, 2001, ps. 609 y ss. BREBBIA, R. H., “Hechos y actos jurídicos”, ob. cit., t. II, p. 161. COMPAGNUCCI DE CASO,

El Dr. Trigo Represas, con la precisión que caracterizó su obra y con lujoso detalle, muestra una variedad de casos donde se presenta el fenómeno del acreedor aparente. Así, señala al heredero aparente; el cónyuge que luego de disuelta la sociedad conyugal cobra un crédito que correspondía a ambos cónyuges; el legatario de crédito, que lo percibe y luego se sabe que se declaró la nulidad de la manda o se revocó el testamento; el cedente del crédito que le cobra al deudor cedido antes de notificar la transferencia; y, por último, el caso del asegurado de un inmueble incendiado que cobra la indemnización de la aseguradora con prioridad al acreedor hipotecario (62).

---

R. H., "Error de derecho", *Revista Ius*, La Plata, 1986, nro. 38, ps. 39 y ss. PIETROBON, Vittorio, "El error en la doctrina del negocio jurídico", trad. de Alonso Pérez, Ed. RDP, Madrid, 1971, ps. 482 y ss.; MORALES MORENO, M. A., "El error en los contratos", Ed. Ceura, Madrid, 1988, ps. 88 y ss.

(62) TRIGO REPRESAS, F. A., en CAZEAUX, P. N. — TRIGO REPRESAS, F. A., "Derecho de las obligaciones", ob. cit., t. III, p. 98, nro. 1409.



# LA PRESCRIPCIÓN DE LAS OBLIGACIONES. SUSPENSIÓN, INTERRUPCIÓN Y DISPENSA DEL TÉRMINO DE LA PRESCRIPCIÓN

POR ALEJANDRO BORDA

## I. CUESTIONES PRELIMINARES

### I.1. Un homenaje imprescindible

Félix A. Trigo Represas, el querido y entrañable Alberto, fue una persona excepcional.

Su aporte al mundo jurídico fue enorme. La claridad de sus enseñanzas y la vastedad y profundidad de su obra merecen un reconocimiento perenne de todo el universo jurídico.

Pero no me quiero detener en ello, que todos los abogados conocemos bien. Por lo demás, su obra sigue vigente y ha de seguir siéndolo por muchos años más.

Sí quiero evocar ahora a Alberto en su dimensión espiritual.

Como ya dije, fue una persona excepcional, de una humildad absoluta sin imposturas, de trato afable con todos los que nos acercábamos, con la inmensa virtud de la escucha y la charla cordial, con una sonrisa a flor de piel. Como dirían los jóvenes: “no se la creía”, y tenía razones sobradas para “creérsela”, pero él tenía la simpleza y la sencillez de los grandes verdaderos.

Y lo que digo no son meras palabras. Es la experiencia que tuve.

Recuerdo que un día lo llamé porque quería hablar sobre un tema profesional con él. Su respuesta fue rápida: “el viernes tengo que ir a Buenos Aires y te visito en tu estudio”. Alberto no se quedaba esperando, sino

que él se movía primero. Tampoco olvidaré las Jornadas celebradas en Necochea en el año 2008, por los 40 años de la ley 17.771 y que homenajearon a mi padre. Cuando lo invité, no solo aceptó ir inmediatamente, sino que me pidió que me despreocupara de su viaje, que él viajaría con su mujer (la inseparable y encantadora Mabel Nora Actis Caporale) y se las arreglaría por su cuenta.

Estos dos episodios solos permiten atisbar la enorme valía personal de Alberto. Por ello, este homenaje es de una justicia absoluta y me honra íntimamente estar entre los invitados para rendirlo.

Vayamos ahora a la cuestión jurídica.

## **1.2. Idea general de la prescripción: sus dos clases**

La ley protege los derechos individuales, pero no ampara la desidia, la negligencia, el abandono. Los derechos no pueden mantener su vigencia indefinidamente en el tiempo, no obstante el desinterés del titular, porque ello conspira contra el orden y la seguridad. Transcurridos ciertos plazos legales, mediando petición de parte interesada, la ley declara *prescriptos* los derechos no ejercidos.

Hay dos clases de prescripción: a) la *adquisitiva*, llamada con mayor propiedad *usucapión*, consiste en la adquisición de un derecho por haberlo poseído durante el término fijado por la ley. Así, la propiedad de un inmueble se adquiere por su posesión durante diez años de buena fe y con justo título, o por su posesión durante veinte años si no hay justo título o buena fe, es decir, para los poseedores de mala fe (arts. 1898 y 1899, Cód. Civ. y Com.); b) la *liberatoria*, o prescripción propiamente dicha, que consiste en la pérdida de un derecho por el abandono. Hemos de dedicarnos a esta última, aunque centraremos el estudio en la suspensión, interrupción y dispensa del plazo de la prescripción.

Para terminar este párrafo, es pertinente señalar que lo que se diga es aplicable también a la usucapión, en ausencia de disposiciones específicas, pues así lo dispone el art. 2532 del Cód. Civ. y Com.

## **1.3. Concepto y cuestiones generales**

La prescripción (liberatoria) es la extinción de un derecho o, mejor aún, la extinción de las *acciones* derivadas de un derecho, por el abandono de su titular durante el término fijado por la ley.



Enseña nuestro homenajeado, en su célebre obra escrita junto con el maestro Pedro N. Cazeaux, que “la prescripción liberatoria es un medio de extinción de derechos por la inacción o no ejercicio de su titular durante el plazo legal; debiendo aclararse que por este modo se puede extinguir en principio todo tipo de derechos. Pero, cuando se trata en particular de los derechos creditorios, más que de extinción propiamente dicha, corresponde hablar de modificación sustancial del derecho; ya que en verdad solo se pierde para el acreedor la acción judicial correspondiente, quedando el derecho subsistente aunque relegado a la mínima eficiencia de la obligación natural” (1).

La prescripción requiere, por lo tanto, estos dos elementos: a) la inacción del titular; b) el transcurso del tiempo, que se computa en días corridos (art. 6º, Cód. Civ. y Com.).

Desde luego, la prescripción es de *interpretación restrictiva*; por lo tanto, en la duda debe estarse por la subsistencia del derecho y por el plazo de prescripción más dilatado.

A su vez, la prescripción puede ser articulada por vía de acción o excepción (art. 2551, Cód. Civ. y Com.), pero siempre es una defensa de carácter sustancial, pues se funda en las normas del Código Civil y Comercial.

En cuanto a la legitimación, la prescripción opera a favor y en contra de todas las personas, excepto disposición legal en contrario (art. 2534, párr. 1º, Cód. Civ. y Com.). Por lo tanto, a menos que exista un supuesto de excepción legal (tal sería el caso de las acciones civiles derivadas de delitos de lesa humanidad, que son imprescriptibles, art. 2560, Cód. Civ. y Com., según ley 27.586), toda persona, jurídica o humana, de derecho público o privado, está sujeta a la prescripción de sus derechos y puede oponerla.

Incluso, el derecho a oponer la prescripción no se limita al deudor; también pueden oponerla el acreedor del deudor y cualquier otro tercero interesado, aun en el caso de que el deudor no la invoque o la renuncie (art. 2534, párr. 2º, Cód. Civ. y Com.). Es que la negligencia o liberalidad del deudor no puede perjudicar al tercero interesado (por ejemplo, el fia-

---

(1) CAZEUX, Pedro N. — TRIGO REPRESAS, Félix A., “Derecho de las obligaciones”, 4ª ed., Ed. La Ley, Buenos Aires, t. III, nro. 1785. El Código Civil y Comercial no regula la obligación natural; empero, el silencio no significa necesariamente que haya dejado de existir. Es una cuestión debatida en nuestra doctrina. Con Carlos Fossaceca (h) nos hemos inclinado por entender que sigue estando vigente (BORDA, Alejandro, “Derecho civil y comercial. Obligaciones”, 2ª ed., Ed. La Ley, Buenos Aires).

dor del deudor) o a su acreedor (como ocurriría en el caso de que se ejecutara una obligación del deudor que estuviese prescripta, lo cual haría disminuir la denominada “garantía común” de los acreedores, regulada en el art. 743 del Cód. Civ. y Com.).

Finalmente, debe tenerse presente que “la prescripción puede ser invocada en todos los casos, con excepción de los supuestos previstos por la ley” (art. 2536, Cód. Civ. y Com.). La regla es, entonces, que todas las acciones son prescriptibles. Sin embargo, muchas acciones son imprescriptibles, tal como ocurre con las acciones de estado de familia (art. 712, Cód. Civ. y Com.) o las acciones reales (art. 2247, Cód. Civ. y Com.), o las ya referidas acciones civiles derivadas de delitos de lesa humanidad (art. 2560, Cód. Civ. y Com., según ley 27.586).

Fijadas estas nociones generales, pasemos ahora al desarrollo del tema propuesto.

## II. SUSPENSIÓN DEL TÉRMINO DE LA PRESCRIPCIÓN

### II.1. Concepto y efectos

La prescripción se *suspende* cuando en virtud de una causa legal el término deja de correr; pero, cesada la causa de suspensión, el término se reanuda, computándose el tiempo anterior. Como se ha dicho, mientras dura la causal de suspensión, la prescripción duerme (2); o, con otras palabras, “la suspensión de la prescripción detiene el cómputo del tiempo por el lapso que dura pero aprovecha el período transcurrido hasta que ella comenzó” (art. 2539, Cód. Civ. y Com.). He aquí, por ejemplo, una prescripción de cinco años; han corrido dos cuando acreedor y deudor contraen matrimonio (3); tiempo más tarde, los cónyuges se divorcian, y el plazo se reanuda, contándose los dos años anteriores, de tal modo que, transcurridos otros tres, la prescripción queda operada.

Si bien se ha resuelto que no se puede suspender el plazo de la prescripción si este no se ha iniciado (4), resulta claro —a nuestro juicio—

---

(2) CAZEAX — TRIGO REPRESAS, “Derecho de las obligaciones”, ob. cit., t. III, nro. 1806.

(3) El curso de la prescripción se suspende entre cónyuges durante el matrimonio [art. 2543, inc. a), Cód. Civ. y Com.].

(4) CS, 05/05/2009, “AFIP c. Carrera, Damián Bruno”, LL AR/JUR/28357/2009, dictamen de la procuradora fiscal que la Corte hace suyo.

que si al momento de inicio del término de prescripción se encuentra presente una causa de suspensión, el plazo no comienza a contarse hasta que ella no desaparezca (5).

Cierto es que la prescripción no puede ser declarada de oficio (art. 2552, Cód. Civ. y Com.); sin embargo, se discute si es posible decretar de oficio la suspensión del plazo de la prescripción en la medida en que ello resulte de las constancias y pruebas producidas en el expediente. Nuestro homenajeado ha sostenido la postura afirmativa (6), postura que parece encontrar hoy en día sustento normativo. En efecto, si se tiene en cuenta que el Código Civil y Comercial se ha inspirado en el Proyecto de 1998 —lo que resulta incuestionable—, es relevante señalar que la norma antes citada (art. 2552, Cód. Civ. y Com.) únicamente prohíbe al juez declarar de oficio la prescripción, mientras que el mencionado Proyecto le impedía —además— hacer valer causales de interrupción o de suspensión no invocadas por el interesado (art. 2492). El silencio guardado por el Código vigente revela una pauta interpretativa consistente.

Es importante destacar que las únicas causales de suspensión son aquellas dispuestas por la ley (7); por lo tanto, las partes no pueden crear causales de suspensión (8).

## II.2. Causas legales

La suspensión de la prescripción tiene lugar: a) entre cónyuges, durante el matrimonio [art. 2543, inc. a), Cód. Civ. y Com.]; b) entre convivientes, durante la unión convivencial [art. 2543, inc. b), Cód. Civ. y Com.]; c) entre las personas incapaces y con capacidad restringida y sus padres, tutores, curadores o apoyos, durante la responsabilidad parental, la tutela, la curatela o la medida de apoyo [art. 2543, inc. c), Cód. Civ. y Com.]; d) entre las personas jurídicas y sus administradores o integrantes de

---

(5) Conf. ALFERILLO, Pascual A., en GARRIDO CORDOBERA, Lidia — BORDA, Alejandro — ALFERILLO, Pascual A. (dirs.), “Código Civil y Comercial”, Ed. Astrea, Buenos Aires, 2015, t. 3, p. 684; BENAVENTE, María I., en BUERES, Alberto J. (dir.), “Código Civil y Comercial de la Nación y nomas complementarias”, Ed. Hammurabi, Buenos Aires, 2017, t. 6, p. 50.

(6) CAZEAUX — TRIGO REPRESAS, “Derecho de las obligaciones”, ob. cit., t. III, nro. 1808; en la misma línea, BENAVENTE, en BUERES (dir.), “Código Civil y Comercial de la Nación...”, ob. cit., t. 6, p. 53.

(7) Conf. MOISSET DE ESPANÉS, Luis, “Prescripción”, Ed. Advocatus, Córdoba, 2004, p. 270.

(8) Conf. LÓPEZ HERRERA, Edgardo, “Tratado de la prescripción liberatoria”, Ed. AbeledoPerrot, Buenos Aires, 2009, p. 167.

sus órganos de fiscalización, mientras continúan en el ejercicio del cargo [art. 2543, inc. d), Cód. Civ. y Com.]; e) a favor y en contra del heredero con responsabilidad limitada, respecto de los reclamos que tienen por causa la defensa de derechos sobre bienes del acervo hereditario [art. 2543, inc. e), Cód. Civ. y Com.]; f) cuando el deudor ha sido interpelado por el acreedor en forma fehaciente (art. 2541, Cód. Civ. y Com.); y g) cuando se ha formulado un pedido de mediación (art. 2452, Cód. Civ. y Com.).

Nos ocuparemos de todos estos casos en los párrafos que siguen.

### II.3. Suspensión entre cónyuges

“El curso de la prescripción se suspende (...) entre cónyuges, durante el matrimonio” [art. 2543, inc. a), Cód. Civ. y Com.]. El matrimonio existe desde su celebración hasta que se produzca alguna de las causales de disolución previstas en el art. 435 del Código vigente (muerte de uno de los cónyuges, sentencia firme de ausencia con presunción de fallecimiento y divorcio declarado judicialmente y firme) (9).

La suspensión de las acciones patrimoniales está plenamente justificada, pues se desea evitar inadmisibles pleitos entre cónyuges que deberían iniciarse para evitar que prescriban sus derechos, lo cual importaría un agravio claro a la paz y armonía conyugal, que son cuestiones de interés social (10). Sin embargo, debe remarcarse que el hecho de que el plazo de prescripción esté suspendido no significa que el cónyuge esté obligado a no demandar al otro mientras dure el matrimonio. Con otras palabras, nada impide que se promuevan acciones judiciales entre cónyuges ni existe norma alguna que las vede (11), pero no están obligados a iniciarlas.

---

(9) Es pertinente aclarar que si el régimen de comunidad se extingue por separación judicial de bienes [art. 475, inc. d), Cód. Civ. y Com.], el matrimonio no se ha disuelto y, por tanto, se mantiene la causal de suspensión del plazo de prescripción (conf. CAZEAUX — TRIGO REPRESAS, “Derecho de las obligaciones”, ob. cit., t. III, nro. 1811). Y conviene recordar que la separación de hecho de los cónyuges sin voluntad de unirse solo es una causal de separación judicial de bienes [art. 477, inc. c), Cód. Civ. y Com.], por lo que también subsiste la causal de suspensión del plazo de prescripción [en esta línea de pensamiento: BENAVENTE, en BUERES (dir.), “Código Civil y Comercial de la Nación...”, ob. cit., t. 6, p. 59].

(10) CAZEAUX — TRIGO REPRESAS, “Derecho de las obligaciones”, ob. cit.; ALFERILLO, Pascual, “La suspensión de la prescripción en el Código Civil y Comercial”, *Revista de Derecho Privado y Comunitario*, 2015-1, Ed. Rubinzal-Culzoni, Santa Fe, p. 59.

(11) BELLUSCIO, Augusto C., “Acciones judiciales entre cónyuges”, LA LEY 2007-C-382.

¿Qué sucede si el matrimonio es nulo? Deberá determinarse si hay o no buena fe de los cónyuges. Para los cónyuges de buena fe, sean los dos o uno de ellos, el matrimonio produce todos sus efectos hasta que quede firme la sentencia de nulidad (arts. 428 y 429, Cód. Civ. y Com.); por lo tanto, el curso de la prescripción se suspende para el cónyuge que sea de buena fe. Para los cónyuges de mala fe, el matrimonio no produce efecto alguno (arts. 429 y 430, Cód. Civ. y Com.); por lo tanto, el curso de la prescripción no se suspende para ellos (12). ¿Y si están separados de hecho? La cuestión es dudosa; sin embargo, nos inclinamos por entender que, como no hay divorcio, el plazo sigue suspendido. Además, siendo posible todavía la reconciliación, obligar a accionar para evitar la prescripción aventaría las últimas posibilidades de recomponer la relación (13).

Si bien la norma no lo aclara, la suspensión no alcanza a las acciones derivadas de las relaciones de familia. Veamos. Si se trata de un reclamo de alimentos entre cónyuges no divorciados, como los alimentos están fundados en una razón de necesidad (art. 433, párr. final, Cód. Civ. y Com.), se estima que si no se reclaman es porque no se los necesita, y por ello el curso de la prescripción comienza a correr desde el vencimiento de cada período (14). Si pensamos en las acciones de nulidad del matrimonio, ellas tienen plazos de caducidad que corren durante el matrimonio (art. 425, Cód. Civ. y Com.), y decretada la caducidad se extingue el derecho (art. 2566, Cód. Civ. y Com.), por lo que resulta irrelevante la cuestión atinente a la prescripción. Finalmente, la acción de divorcio es imprescriptible.

El propósito de evitar toda contienda entre cónyuges indujo a Vélez Sarsfield a establecer la suspensión de la prescripción aun en las relaciones con terceros, si de dicha relación se podía derivar un conflicto entre aquellos. El art. 3970 de su Código Civil (ref. por ley 26.618) disponía que “la prescripción es igualmente suspendida durante el matrimonio, cuando la acción de uno de los cónyuges (15) hubiere de recaer contra el otro, sea por un recurso de garantía, o sea porque la expusiere a plei-

---

(12) En este mismo sentido: SANTARELLI, Fulvio G., en ALTERINI, Jorge H. (dir.), “Código Civil y Comercial comentado. Tratado exegético”, Ed. La Ley, Buenos Aires, 2015, t. XI, p. 830.

(13) Conf. LÓPEZ HERRERA, “Tratado de la prescripción liberatoria”, ob. cit., p. 178; PESTALARDO, Alberto S., “Prescripción liberatoria y caducidad de los derechos”, Ed. El Derecho, Buenos Aires, p. 73.

(14) En este sentido: LÓPEZ HERRERA, “Tratado de la prescripción liberatoria”, ob. cit., p. 181.

(15) En el texto original de Vélez se hacía referencia a “la mujer” y no “al cónyuge”; lo que era reflejo del régimen patrimonial del matrimonio por él diseñado, pero la

tos o a satisfacer daños e intereses”. La norma, que amparaba a ambos cónyuges, apuntaba a suspender el plazo de la prescripción de la acción que se tiene contra un tercero. Ejemplo: el marido enajena fraudulenta o simuladamente un inmueble de carácter ganancial a un tercero; si la mujer inicia acción por fraude o simulación, puede comprometer la responsabilidad de su marido y en definitiva la paz familiar. De ahí que la prescripción se suspenda. El Código Civil y Comercial, sin embargo, no ha previsto una disposición similar. Acá se abren dos posibilidades: la primera, que, al no existir otras causales de suspensión que las previstas por la ley (véase parág. II.1), la referida causal ha quedado suprimida; la segunda, que resulta superfluo regularla porque, en verdad, ella está subsumida en la causal que prevé la suspensión entre cónyuges mientras dura el matrimonio, pues no es posible poner al cónyuge en la disyuntiva de tener que demandar al tercero para conservar el derecho o dejar prescribir la acción para no perjudicar a su cónyuge (16), solución esta última que resulta claramente razonable. Sin perjuicio de lo expuesto, debe tenerse presente que, si se trata de una obligación solidaria o indivisible, la suspensión del curso de la prescripción afecta a todos los interesados, como se verá más adelante (parág. II.12).

#### **II.4. Suspensión entre convivientes durante la unión convivencial**

“El curso de la prescripción se suspende (...) entre convivientes, durante la unión convivencial” [art. 2543, inc. b), Cód. Civ. y Com.] (17). La suspensión es una consecuencia del reconocimiento legal de las llamadas uniones convivenciales (arts. 509 y ss., Cód. Civ. y Com.), que eran ignoradas en el sistema del Código de Vélez, y el fundamento de la norma es el mismo que hemos visto cuando tratamos la suspensión entre cónyuges (18).

Es importante destacar que la ley solo reconoce carácter de unión convivencial a la unión de dos personas mayores de edad que conviven y comparten un proyecto de vida común, basada en relaciones afectivas, de carácter singular, pública, notoria, estable y permanente, y siempre

---

misma solución se aplicaba al marido antes de la sanción de la ley 26.618 por razones constitucionales, protectoras de la igualdad de las personas.

(16) Conf. LÓPEZ HERRERA, “Tratado de la prescripción liberatoria”, ob. cit., p. 182; PESTALARDO, “Prescripción liberatoria...”, ob. cit., p. 75.

(17) En el mismo sentido, el Código Civil alemán dispone que la prescripción se suspende para parejas de hecho, mientras dure la relación [art. 207, inc. 2º].

(18) Conf. ALFERILLO, “La suspensión de la prescripción...”, ob. cit., p. 61.

que entre ellos no exista vínculo de parentesco en línea recta, ni colateral hasta el segundo grado, ni por afinidad en línea recta, ni haya impedimento de ligamen y no esté registrada otra convivencia de manera simultánea (arts. 509 y 510, Cód. Civ. y Com.).

La norma no aclara desde cuándo se suspende el curso de la prescripción, lo que abre un abanico de tres posibilidades respecto del momento inicial que podría ser invocado: cuando empezó la convivencia, cuando se la registró, o a partir de los dos años de comenzada la convivencia [arts. 509, 511 y 510, inc. e), Cód. Civ. y Com., respectivamente]. Nos inclinamos por la última opción, por cuanto esa circunstancia revela una relación estable (19); empero, cabe aclarar que alcanzados los dos años de convivencia, los efectos de la suspensión del plazo de prescripción se retrotraen al momento del inicio de la convivencia (20). La convivencia cesa por la muerte de uno de los convivientes, por sentencia firme de ausencia con presunción de fallecimiento de uno de los convivientes, por matrimonio o nueva unión convivencial de uno de los convivientes, por el matrimonio de los convivientes, por mutuo acuerdo de ellos, por voluntad unilateral notificada fehacientemente al otro conviviente y por el cese de la convivencia (art. 523, Cód. Civ. y Com.).

Desde luego, si la unión convivencial cesa por el matrimonio de los convivientes, la suspensión del plazo de prescripción cesa, pero sin solución de continuidad vuelve a nacer, justamente por el matrimonio celebrado (21).

## **II.5. Suspensión entre la persona incapaz o con capacidad restringida y su representante legal o su apoyo**

“El curso de la prescripción se suspende (...) entre las personas incapaces o con capacidad restringida y sus padres, tutores, curadores o apoyos, durante la responsabilidad parental, la tutela, la curatela o la medida de apoyo” [art. 2543, inc. c), Cód. Civ. y Com.]. En otras palabras, el plazo de la prescripción de las acciones recíprocas que ellos tengan no corre durante el término de la responsabilidad parental, la tutela, la cu-

---

(19) En esta misma posición: ALFERILLO, en GARRIDO CORDOBERA — BORDA — ALFERILLO (dirs.), “Código Civil y Comercial”, ob. cit., t. 3, p. 690; SANTARELLI, en ALTERINI (dir.), “Código Civil y Comercial...”, ob. cit., t. XI, p. 826.

(20) Conf. PESTALARDO, “Prescripción liberatoria...”, ob. cit., p. 76.

(21) Conf. COMPAGNUCCI DE CASO, Rubén H., “Derecho de las obligaciones”, Ed. La Ley, Buenos Aires, 2018, p. 637.

ratela o la medida de apoyo, sin importar que el comienzo de dicho plazo sea anterior o posterior a la respectiva designación.

Esta razonable disposición se propone, por una parte, no obligar a los representantes legales o a los apoyos a demandar a sus representados o asistidos, colocándolos en una situación de violencia moral que, probablemente, redunde en perjuicio de la persona incapaz o con capacidad restringida; y, por la otra, no colocar a estos últimos en el riesgo de que su representante o apoyo deje transcurrir deliberadamente los términos legales de la prescripción de los derechos que tengan contra ellos (22), más allá de los mayores costos que acarrearía la necesaria designación de un tutor o curador especial para velar por los intereses de la persona incapaz o con capacidad restringida. Como se puede advertir, la solución legal permite evitar un potencial conflicto de intereses (23), resguardando los derechos de las partes.

La suspensión se mantiene durante todo el tiempo que dure la responsabilidad parental (hasta la mayoría de edad o emancipación del hijo, art. 638, Cód. Civ. y Com.), o la tutela o curatela o la medida de apoyo. Pero entendemos que la privación de la responsabilidad parental o la suspensión de su ejercicio (arts. 700 y 702, Cód. Civ. y Com.) no hacen cesar la suspensión de la prescripción, pues se trata de sanciones a los padres que no pueden tener repercusión sobre el beneficio de la suspensión (24).

Para concluir, debe señalarse que cuando la ley habla de curadores se incluye no solo a los de las personas incapaces, sino también a los de los penados y los ausentes.

## **II.6. Suspensión entre las personas jurídicas y sus administradores y fiscalizadores**

“El curso de la prescripción se suspende (...) entre las personas jurídicas y sus administradores o integrantes de sus órganos de fiscalización, mientras continúan en el ejercicio del cargo” [art. 2543, inc. d),

---

(22) Conf. BORDA, Guillermo A., “Tratado de derecho Civil. Obligaciones”, 10ª ed. actualizada por Alejandro Borda, Ed. La Ley, Buenos Aires, t. II, nro. 1031; PESTALARDO, “Prescripción liberatoria...”, ob. cit., p. 77.

(23) Conf. ALFERILLO, “La suspensión de la prescripción...”, ob. cit., p. 62.

(24) Conf. ALFERILLO, en GARRIDO CORDOBERA — BORDA — ALFERILLO (dirs.), “Código Civil y Comercial”, ob. cit., t. 3, p. 691; en contra, Benavente, para quien cesa la suspensión en estos casos [BENAVENTE, en BUERES (dir.), “Código Civil y Comercial de la Nación...”, ob. cit., t. 6, p. 60].



Cód. Civ. y Com.]. La norma —que no había sido prevista en el Código Civil de Vélez— se refiere tanto a la acción de responsabilidad dirigida contra los administradores e integrantes de los órganos de fiscalización por los daños que sufra la persona jurídica, como a la acción que aquellos puedan promover a esta última; por lo tanto, no queda suspendido el plazo de prescripción de las acciones personales de los socios o miembros de la persona jurídica o de terceros contra los administradores o la sociedad (25).

La solución legal se funda en que son justamente los administradores y los integrantes de los órganos de fiscalización quienes cuentan con los elementos necesarios para fundar la demanda. Por lo demás, sería necesario designar representantes especiales de la persona jurídica para intervenir en el proceso. Por eso se torna conveniente que se disponga la suspensión del curso de la prescripción, la cual comenzará en el momento en que los administradores o los integrantes del órgano de fiscalización hayan sido designados, y terminará cuando cesen en sus funciones. De esta manera se reduce claramente el riesgo de conflicto de intereses entre los administradores e integrantes de los órganos de fiscalización y la persona jurídica (26).

## **II.7. Suspensión en favor del heredero con responsabilidad limitada**

“El curso de la prescripción se suspende (...) a favor y en contra del heredero con responsabilidad limitada, respecto de los reclamos que tienen por causa la defensa de derechos sobre bienes del acervo hereditario” [art. 2543, inc. e), Cód. Civ. y Com.]. En lo posible, es prudente evitar litigios entre los herederos y la sucesión en la cual tienen parte. Es importante señalar que la norma se refiere a “derechos”, sin especificación alguna, y ello implica que abarca derechos personales y reales. En esto, el texto vigente se aparta del Código Civil de Vélez, el cual solo admitía la suspensión de la prescripción de los “créditos” (art. 3972).

Como se puede advertir, se suspende el curso de la prescripción de los derechos del heredero con responsabilidad limitada contra la sucesión, y tal suspensión cesa si el heredero realiza actos que lo obligan a responder con sus bienes propios. El art. 2321 del Cód. Civ. y Com. identifica tales actos: no hacer inventario de los bienes de la sucesión, ocul-

---

(25) Conf. BENAVENTE, en BUERES (dir.), “Código Civil y Comercial de la Nación...”, ob. cit., t. 6, p. 60; PESTALARDO, “Prescripción liberatoria...”, ob. cit., p. 79.

(26) ALFERILLO, “La suspensión de la prescripción...”, ob. cit., p. 64.

tarlos fraudulentamente, enajenarlos (excepto que el acto sea conveniente y el precio obtenido ingrese a la masa) o exagerar dolosamente el pasivo de la sucesión. Por lo tanto, en estos casos, al no estar suspendido el plazo de prescripción, el heredero deberá reclamar los derechos que pudiera tener contra la sucesión, si los quiere conservar. Con claridad, nuestro homenajeadó afirmaba que la indivisión hereditaria no obsta por sí al ejercicio de las acciones, ni es por ende suspensiva del curso de la prescripción (27).

Y también se suspende el curso de la prescripción de los derechos de la sucesión contra el heredero, de modo que este no puede invocar a su favor la prescripción que se hubiese cumplido en perjuicio de la sucesión. Esta última solución tiene en mira castigar la mala fe del heredero.

El art. 3974 del Cód. Civil de Vélez disponía que “el heredero beneficiario no puede invocar a su favor la prescripción que se hubiese cumplido en perjuicio de la sucesión que administra”. El fundamento resulta claro: tal prescripción sería la consecuencia de la mala fe o la torpeza del propio heredero administrador, y este, en verdad, estaba obligado a realizar los actos conservatorios del patrimonio de la sucesión que resultasen imprescindibles. Pero es importante advertir que el texto vigente no hace referencia al heredero administrador; por lo tanto, plantea una suspensión del plazo de prescripción, más allá de quién administre o de que no exista administrador (28), hasta tanto se produzca la partición de los bienes, lo cual permite evitar la proliferación de pleitos que se verían obligados a iniciar si la prescripción siguiera corriendo, difiriendo la solución justamente al momento de la partición.

El punto de inicio de la suspensión es el día de la muerte del causante, fecha en que queda abierta la sucesión (art. 2277, Cód. Civ. y Com.), sin importar cuándo fue aceptada por el heredero, desde que su aceptación (o, eventualmente, su renuncia) tiene efectos retroactivos al día de la apertura de la sucesión (art. 2291, Cód. Civ. y Com.).

## II.8. Suspensión por interpelación fehaciente al deudor

“El curso de la prescripción se suspende, por una sola vez, por la interpelación fehaciente hecha por el titular del derecho contra el deudor o poseedor. Esta suspensión solo tiene efecto durante seis meses o el plazo

---

(27) CAZEAUX — TRIGO REPRESAS, “Derecho de las obligaciones”, ob. cit., t. III, nro. 1813.

(28) No está de más señalar que no existe obligación legal de designar administrador, sino que ello es una facultad de los herederos (art. 2346, Cód. Civ. y Com.).

menor que corresponda a la prescripción de la acción” (art. 2541, Cód. Civ. y Com.).

Ocurre muchas veces que el deudor suele prolongar durante largo tiempo las conversaciones con el acreedor, con promesas de pago o nuevas propuestas, hasta lograr que opere la prescripción. Ya sobre la fecha, al acreedor le resulta difícil reunir todos los antecedentes necesarios para entablar el pleito, encargarle el asunto a un abogado y presentar la demanda en término. El problema ha quedado contemplado en la norma que se comenta. Para impedir que opere la prescripción basta que el acreedor reclame el pago al deudor en forma fehaciente —de modo tal que este último haya podido conocer el requerimiento—, aunque no se requieren fórmulas solemnes ni que en la comunicación se exprese que se reclama a los efectos de suspender el plazo de la prescripción (29). Es claro que, como regla, quien debe intimar es el acreedor. Por ello, antes de la vigencia del Código Civil y Comercial (cuando regía el análogo art. 3986 del Cód. Civil, según ley 17.711), en un juicio ejecutivo por el cobro de un cheque se resolvió que si la intimación al deudor no fue hecha por el actor, sino por quien dijo ser apoderado de una tercera persona, quien aparece formalmente ajena a la relación cambiaria que motivó el libramiento y la transmisión del título, no se suspende el plazo de prescripción (30).

Sin embargo, hay casos en los que resulta procedente la intimación formulada por un tercero, a pesar de la letra expresa del referido art. 2541. Ejemplos de ellos los podemos encontrar en el tercero que intima en ejercicio de la acción subrogatoria o cuando actúa como gestor de negocios; en el primer caso, porque el tercero ejerce el derecho patrimonial de su deudor —acreedor del intimado—; en el segundo, porque actúa conforme a la conveniencia y a la intención —real o presunta— del dueño del negocio, también acreedor del intimado [arts. 739 y 1782, inc. b), Cód. Civ. y Com.].

No basta que el reclamo se haga verbalmente (31) y luego se pretenda probarlo por testigos, pues si ello fuera posible, sería fácil urdir la prueba de que se hizo la intimación cuando en realidad ello no ocurrió. Por ello es que la norma exige que se intime de forma fehaciente al deudor; esto es, de una manera tal que permita precisar el contenido de la diligencia

---

(29) Conf. PESTALARDO, “Prescripción liberatoria...”, ob. cit., p. 65.

(30) CNCom., Sala D, 17/11/2011, “Recuperadora de Créditos SRL c. Bierwerth, Gustavo Roberto y otro s/ ejecutivo”, LL AR/JUR/87497/2011.

(31) Conf. CAZEAUX — TRIGO REPRESAS, “Derecho de las obligaciones”, ob. cit., t. III, nro. 1822.

y la fecha en que se hizo, lo que se logra por intermedio de un acta notarial levantada por un escribano, o por telegrama colacionado, o por carta documento. Es cierto que la norma dice textualmente “interpelación fehaciente”, y no “intimación fehaciente”, pero “interpelar” significa constituir en mora a la contraparte, mora que, como regla, se produce por el mero vencimiento del plazo (art. 886, Cód. Civ. y Com.). Por lo dicho, lo que se requiere es la intimación o requerimiento fehaciente (32).

El plazo de prescripción se suspende por seis meses o por el plazo menor que corresponda a la prescripción de la acción (art. 2541, parte final, Cód. Civ. y Com.). Cumplido el plazo que corresponda, volverá a correr el término de la prescripción. Con otras palabras, si el plazo de prescripción fuera de seis meses o más, el efecto de la suspensión por la interpelación fehaciente es de seis meses; pero si el plazo de prescripción fuera menor a seis meses, la suspensión será igual a dicho plazo. Esto último impide que se pretenda obtener una ampliación indebida del plazo de prescripción en aquellas acciones que tienen un plazo inferior (33).

Cierto es que en la actualidad no hay plazos de prescripción inferiores a seis meses, lo que obstaría a la aplicación de la norma; sin embargo, nada impide que en el futuro se los pueda prever a partir de un cambio legislativo.

Esta vía de suspensión de la prescripción, como lo establece la norma que estamos analizando, solo puede usarse una vez. La solución es lógica; de lo contrario, los derechos serían imprescriptibles, pues se podría intimar sobre el vencimiento del plazo y lograr una nueva suspensión (34).

## II.9. Suspensión por pedido de mediación

“El curso de la prescripción se suspende desde la expedición por medio fehaciente de la comunicación de la fecha de la audiencia de mediación o desde su celebración, lo que ocurra primero. El plazo de prescripción se reanuda a partir de los veinte días contados desde el momento

---

(32) Conf. SANTARELLI, en ALTERINI (dir.), “Código Civil y Comercial...”, ob. cit., t. XI, p. 827; BENAVENTE, en BUERES (dir.), “Código Civil y Comercial de la Nación...”, ob. cit., t. 6, p. 54.

(33) Conf. BENAVENTE, en BUERES (dir.), “Código Civil y Comercial de la Nación...”, ob. cit., t. 6, p. 55.

(34) Conf. LÓPEZ HERRERA, “Tratado de la prescripción liberatoria”, ob. cit., p. 207; ALFERILLO, en GARRIDO CORDOBERA — BORDA — ALFERILLO (dirs.), “Código Civil y Comercial”, ob. cit., t. 3, p. 687; COMPAGNUCCI DE CASO, “Derecho de las obligaciones”, ob. cit., p. 636.

en que el acta de cierre del procedimiento de mediación se encuentre a disposición de las partes” (art. 2542, Cód. Civ. y Com.).

Conviene señalar ante todo que la ley 26.589, aplicable en el ámbito de la justicia nacional y federal, estableció el procedimiento de mediación como trámite previo y obligatorio a la promoción de toda acción judicial, salvo para determinados procesos fijados taxativamente por el art. 5º de la propia ley.

La citada ley prevé tres tipos de mediación: a) *por acuerdo de partes*, cuando las partes eligen al mediador por convenio escrito; b) *por sorteo*, cuando el reclamante formalice el requerimiento ante la mesa de entradas del fuero ante el cual correspondería promover la demanda y con los requisitos que establezca la autoridad judicial; y c) *por propuesta del requirente al requerido*, a los efectos de que este seleccione un mediador de un listado cuyo contenido y demás recaudos deberán ser establecidos por vía reglamentaria (art. 16).

Ahora bien, de acuerdo con lo que dispone el Código Civil y Comercial, la mediación suspende el plazo de prescripción (35) desde la expedición por medio fehaciente de la comunicación de la fecha de la audiencia de mediación o desde su celebración, lo que ocurra primero. La ley 26.589 prevé idéntica solución para los supuestos de mediación por acuerdo de partes y de mediación a propuesta del requirente. En cambio, cuando se trata de una mediación por sorteo, la ley dispone que la suspensión comienza en la fecha de adjudicación del mediador por la autoridad judicial. Esta disposición especial —insistimos, prevista en una ley federal aunque ignorada en el Código Civil y Comercial— debe aplicarse en el ámbito nacional y federal.

¿Contra quiénes se suspende el curso de la prescripción? De acuerdo con lo que dispone la ley 26.589, en las mediaciones por acuerdo de partes y por sorteo, la suspensión opera contra todas las partes; en la mediación propuesta por el requirente al requerido, la suspensión opera únicamente contra aquel a quien se dirige la notificación (art. 18).

El Código Civil y Comercial, al igual que el art. 18 de la ley 26.589, dispone que, en todos los casos, el plazo de prescripción se reanudará a partir de los veinte días contados desde el momento en que el acta de cie-

---

(35) Bien se ha apuntado que, aunque la norma solo habla de mediación, únicamente cabe suspender el curso de la prescripción en los casos en que la mediación sea obligatoria, pues el acreedor no puede iniciar la acción hasta tanto cumpla con el procedimiento prejudicial (PESTALARDO, “Prescripción liberatoria...”, ob. cit., p. 68).

re del procedimiento de mediación prejudicial obligatoria se encuentre a disposición de las partes (36).

Se trata de una causal atípica de suspensión de la prescripción, que se funda en la imposibilidad fáctica de accionar si no se inicia la mediación obligatoria, en aquellas jurisdicciones que la exigen. Las normativas locales deberán adecuarse al respecto, pues el Código Civil y Comercial es la ley nacional de fondo (37): v.gr., no podrán fijar que la mediación sea una causal de interrupción o establecer un momento diferente de reinicio del plazo de prescripción.

¿Qué ocurre cuando se trata de obligaciones de sujeto plural, en las que alguno de los obligados está exento de ser requerido en el proceso de mediación?

Si fueran obligaciones divisibles simplemente mancomunadas debe aplicarse el alcance subjetivo consagrado en el art. 2540 del Cód. Civ. y Com. Por lo tanto, el plazo de prescripción no se suspende contra el requerido que está eximido de intervenir en el proceso de mediación.

La cuestión se complica cuando se trata de obligaciones solidarias. En este caso, y durante la vigencia del Código Civil de Vélez, se habían planteado dos opciones: a) que resulta improcedente extender el efecto suspensivo de la mediación previa al deudor que está eximido de intervenir en ese proceso; b) que se trata de un trámite extrajudicial que alcanza, en cuanto sus efectos, aun a quienes se hallan exentos de su procedimiento y resulten partícipes de una controversia común, toda vez que la mediación obligatoria constituye un recaudo de admisibilidad cuya inobservancia impide dar curso a la pretensión hasta tanto no haya sido llevada a cabo (38). Pero a partir de la sanción del Código Civil

---

(36) La norma vigente permite superar inconvenientes que se habían planteado antes de su sanción. En un caso, por ejemplo, se decidió que la notificación al requerido de la mediación importaba una intimación extrajudicial (en los términos del art. 3986 del Cód. Civil de Vélez), por lo que el plazo de la prescripción se suspendía por un año, sin importar el tiempo que transcurra hasta el cierre de la mediación (CN-Civ., Sala I, 30/11/2012, "Asociación Civil Lineamiento Universal Superior c. Gosman, Eleonora s/ daños y perjuicios", RCyS 2013-VII-152; LL AR/JUR/68392/2012).

(37) Conf. ALFERILLO, "La suspensión de la prescripción...", ob. cit., p. 56.

(38) Ambas posturas quedaron reflejadas en el fallo de la CNCiv., Sala A, 03/11/2009, "Oyarzabal, Juan José c. Pasquet, Fabián Horacio y otros", DJ 2010-1451, en el que la mayoría optó por la primera. En línea con la segunda postura: CNCiv., Sala I, 22/04/2010, "Juárez, Susana María c. Doña Santa SA y otros", LL AR/JUR/18067/2010, proceso en el que uno de los demandados fue el gobierno de la Ciudad de Buenos Aires.

y Comercial la cuestión parece clara: la suspensión de la prescripción se extiende a favor y en contra de los interesados en las obligaciones solidarias o indivisibles (art. 2540, Cód. Civ. y Com.); por lo tanto, abarca también el reclamo contra el requerido que está eximido de intervenir en el proceso de mediación.

Por último, quedan las obligaciones concurrentes. En este caso, el plazo de prescripción no se suspende para el requerido que está eximido de intervenir en el proceso de mediación, pues la suspensión del curso de la prescripción no produce efectos expansivos respecto de los otros obligados concurrentes [art. 851, inc. e), Cód. Civ. y Com.]. No compartimos la solución legal, la que obliga al acreedor a iniciar demanda contra uno y mediación contra otro, impidiendo de hecho que se pueda lograr una solución satisfactoria en este último proceso. Claramente mejor hubiera sido suprimir el inciso citado y dejar el vigente art. 852, que establece que las normas relativas a las obligaciones solidarias son subsidiariamente aplicables a los obligados concurrentes.

## **II.10. Supresión de la suspensión por querrela de la víctima de un hecho ilícito**

El Código Civil de Vélez, luego de la reforma de la ley 17.711, disponía que “si la víctima de un acto ilícito hubiere deducido querrela criminal contra los responsables del hecho, su ejercicio suspende el término de prescripción de la acción civil, aunque en sede penal no hubiere pedido el resarcimiento de los daños. Cesa la suspensión por terminación del proceso penal o desistimiento de la querrela” (art. 3982 bis).

La norma generó dudas en la jurisprudencia.

Por un lado, existieron fallos que aceptaron que la mera denuncia penal era causal de suspensión de la prescripción; otros exigieron que la víctima asumiera el papel de querellante tal como lo establecía la norma (39); otros entendieron que bastaba con constituirse en particular damnificado, pues ello revela una actitud cierta de las víctimas de defender sus derechos activamente (40).

Por otro lado, tampoco resultó claro si la suspensión que causaba la querrela alcanzaba solo a los querrelados o a todas las personas que

---

(39) CNCiv., Sala G, 03/04/2014, “F., J. C. y otro c. C., P. H. y otros s/ daños y perjuicios”, RCyS 2014-IX-233; LL AR/JUR/11033/2014.

(40) CNCiv., Sala C, 20/12/2019, “L., M. c. G., O. M. s/ daños y perjuicios”, RCyS 2020-VI-278; LL AR/JUR/108193/2019.

fueran investigadas aunque no hubieran sido imputadas penalmente. Incluso, la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil debió dictar un fallo plenario, en el que se estableció que “no corresponde extender los efectos de la suspensión de los plazos de prescripción de la acción civil que establece el art. 3982 bis del Cód. Civil a todos los demandados a los que se les atribuye responsabilidad civil, aun a los que no fueron querellados o no son susceptibles de serlo” (41).

Se podía advertir que existía un cierto contrasentido entre mantener el plazo reducido para reclamar el resarcimiento de los daños (que era de dos años) y suspender, *sine die*, el curso de la prescripción cuando se querrela o se participa en el proceso criminal. Estas cuestiones, más el hecho de que la acción penal no impide iniciar la acción civil, las que pueden ser ejercidas independientemente (art. 1774, Cód. Civ. y Com.), han llevado a la supresión de esta causal de suspensión de la prescripción en el Código Civil y Comercial. En los Fundamentos del Anteproyecto del finalmente sancionado cuerpo de derecho común se dijo que la eliminación de esta causal de suspensión se funda en la independencia de la persecución punitiva estatal respecto de la pretensión privada indemnizatoria, lo que, sumado a la existencia de vías para ejercer esta última, revela que no se justifica la paralización del curso del plazo de prescripción.

De todos modos, es necesario señalar que la solución legal no es pacífica en el derecho comparado. Basta señalar que para el Código Civil brasileño la acción criminal suspende la prescripción (art. 200), y que para el Código Civil alemán la notificación de la querrela suspende la prescripción [art. 204, inc. 1º].

## II.11. Acumulación de las causales de suspensión

Como las causales de suspensión del curso de la prescripción obedecen a razones diferentes, causales que pueden darse de manera simultánea pero también sucesiva, ninguna razón existe para impedir su acumulación (42). Así, por ejemplo, si el acreedor interpela fehacientemente, se suspenderá por ello el curso de la prescripción por el plazo de seis meses (art. 2541, Cód. Civ. y Com.), y luego volverá a suspenderse

---

(41) CNCiv., en pleno, 18/02/2004, “Maciel, Marcos c. Barry, Federico y otros”, LA LEY 2004-C-512; LL AR/JUR/8/2004.

(42) Conf. SANTARELLI, en ALTERINI (dir.), “Código Civil y Comercial...”, ob. cit., t. XI, p. 833.



cuando promueva el pedido de mediación y por el tiempo que se prevé en el art. 2542 del Código vigente.

## II.12. Quién puede invocar la suspensión y contra quiénes

“La suspensión de la prescripción no se extiende a favor ni en contra de los interesados, excepto que se trate de obligaciones solidarias o indivisibles” (art. 2540, Cód. Civ. y Com.). Por lo tanto, cuando estamos ante una obligación simplemente mancomunada divisible, la suspensión favorece o perjudica exclusivamente a las personas que se encuentran afectadas por la causal respectiva, no extendiéndose a los demás interesados en la prescripción (43).

Pero si se trata de una obligación solidaria o simplemente mancomunada indivisible, la suspensión se extiende a todos los interesados, es decir que tiene efectos expansivos a todos los acreedores y deudores de la relación jurídica (44). La solución se justifica por las siguientes razones.

Si se trata de una obligación indivisible, las características propias de la indivisibilidad —esto es, que la prestación no puede ser cumplida sino por entero (art. 813, Cód. Civ. y Com.)— hacen que la suspensión de la prescripción beneficie y afecte a los demás coacreedores y codeudores.

Y si se trata de una obligación solidaria, debe tenerse en cuenta la evolución que ha tenido la suspensión del curso de la prescripción. En el Código Civil de Vélez, la suspensión del curso de la prescripción constituía un beneficio, que debía ser interpretado con carácter restrictivo y que por ello solamente podía favorecer al propio beneficiario; respondía exclusivamente a situaciones de hecho en que puede estar determinada persona (similar fenómeno ocurre en los casos previstos en el art. 2543 del Código vigente). Pero desde la sanción de la ley 17.711 y con mayor énfasis en el Código Civil y Comercial se han añadido otras causales de suspensión que exigen una conducta activa del acreedor (los supuestos

---

(43) Desde luego, el sucesor puede aprovechar la suspensión que favorece al causante [conf. BENAVENTE, en BUERES (dir.), “Código Civil y Comercial de la Nación...”, ob. cit., t. 6, p. 52].

(44) La solución del Código Civil y Comercial es novedosa, pues siempre se estableció que la suspensión solamente podía ser invocada por las personas o contra las personas en perjuicio o en beneficio de las cuales está establecida, pero no respecto de otros (arts. 3981, Cód. Civil de Vélez; 3981, Proyecto de 1993), salvo que se trate de obligaciones o cosas indivisibles (arts. 3908, Proyecto de 1987; 2482, Proyecto de 1998). Como se ve, si bien no hay antecedentes que regulen de manera especial a las obligaciones solidarias, consideramos un acierto la legislación vigente.

de suspensión por interpelación fehaciente o por pedido de mediación) para mantener vivo el derecho, similares a las que se exigen (como se verá más adelante) para interrumpir el plazo de la prescripción. Y conviene adelantar ahora que la interrupción de la prescripción, si bien no se extiende a favor ni en contra de los interesados en las obligaciones simplemente mancomunadas divisibles, sí se extiende en los casos de obligaciones solidarias o simplemente mancomunadas indivisibles (art. 2549, Cód. Civ. y Com.).

Por último, con respecto a la hipótesis de obligaciones concurrentes, el art. 851, inc. e), Cód. Civ. y Com., indica que la suspensión no propaga sus efectos con respecto a los otros codeudores. Tal solución —aunque discutible, pues lo razonable pareciera ser que los efectos se expandan a los obligados concurrentes en beneficio del acreedor— obedece a que los miembros del polo pasivo responden por distintas causas (45). Ya hemos criticado esta disposición más arriba (parág. II.9).

En otro orden de cosas, y terminando esta parte del trabajo, cabe señalar que la prueba de que el plazo de prescripción está suspendido queda a cargo de quien lo invoque (46).

### III. INTERRUPCIÓN DEL TÉRMINO DE LA PRESCRIPCIÓN

#### III.1. Concepto

La interrupción de la prescripción es el instituto que, ante la configuración de alguna de las causales previstas por la ley, aniquila el tiempo de prescripción transcurrido, el que comienza a correr nuevamente en ese mismo momento (47).

Mientras la suspensión significa una paralización temporaria del curso de la prescripción que, concluido el motivo de la suspensión, vuelve a reanudarse aprovechando el plazo que había transcurrido anteriormente, la interrupción de la prescripción tiene efectos más radicales: borra totalmente el término anteriormente transcurrido y la pres-

---

(45) Conf. PESTALARDO, "Prescripción liberatoria...", ob. cit., p. 63.

(46) Conf. CAZEAUX — TRIGO REPRESAS, "Derecho de las obligaciones", ob. cit., t. III, nro. 1828; SANTARELLI, en ALTERINI (dir.), "Código Civil y Comercial...", ob. cit., t. XI, p. 826.

(47) Conf. LÓPEZ HERRERA, "Tratado de la prescripción liberatoria", ob. cit., p. 221.

cripción vuelve a correr por todo el término de ley, a partir de la cesación de la causa interruptiva (48). El efecto de la interrupción es, por tanto, tener por no sucedido el lapso que la precede e iniciar un nuevo plazo (art. 2544, Cód. Civ. y Com.).

La prueba del hecho interruptivo queda en cabeza de quien lo alega (49), por lo que el juez no puede invocarlo de oficio. Asimismo, debe tenerse en cuenta que la prescripción es de interpretación restrictiva, lo cual genera una doble consecuencia: en la duda deberá estarse a la existencia del derecho; y si se hesitate sobre si ha existido o no un hecho interruptivo, habrá que considerarse que no se ha producido (50).

## IV. CAUSALES

### IV.1. Enumeración

La prescripción se interrumpe: a) por reconocimiento del derecho del acreedor realizado por el deudor (art. 2545, Cód. Civ. y Com.); b) por petición judicial del acreedor (art. 2546, Cód. Civ. y Com.); c) por solicitud de arbitraje (art. 2548, Cód. Civ. y Com.); y d) por ejercicio del derecho de retención mientras ello ocurra [art. 2592, inc. e), Cód. Civ. y Com.].

### IV.2. Reconocimiento

“El curso de la prescripción se interrumpe por el reconocimiento que el deudor o poseedor efectúa del derecho de aquel contra quien prescribe” (art. 2545, Cód. Civ. y Com.). El reconocimiento es un acto unilateral, que no necesita de la aceptación del acreedor —lo que lo distingue claramente de la renuncia—, es irrevocable —pues el deudor pierde la posibilidad de dejarlo sin efecto—, y es un acto por el cual el deudor admite estar obligado al cumplimiento de una prestación (art. 733, Cód. Civ. y Com.). Lo que importa es que se reconozca la existencia de la deuda; si ello ocurre, basta, y nada afecta al reconocimiento realizado si se discute la entidad de la deuda o su forma de pago, por ejemplo.

---

(48) Conf. BORDA, “Tratado de derecho civil. Obligaciones”, ob. cit., t. II, nro. 1045.

(49) Conf. SANTARELLI, en ALTERINI (dir.), “Código Civil y Comercial...”, ob. cit., t. XI, p. 834; BENAVENTE, en BUERES (dir.), “Código Civil y Comercial de la Nación...” ob. cit., t. 6, p. 63.

(50) Conf. CAZEAUX — TRIGO REPRESAS, “Derecho de las obligaciones”, ob. cit., t. III, nro. 1835.

Es importante destacar que el reconocimiento dado en un proceso, que luego ha caducado o el actor ha desistido, no desaparece; mantiene sus efectos. El plazo de prescripción vuelve a correr desde el propio reconocimiento. Es que el reconocimiento, por sí mismo, interrumpe la prescripción, y los avatares que puedan producirse en el proceso con posterioridad no borran sus efectos interruptivos.

El reconocimiento puede ser expreso o tácito (art. 733, Cód. Civ. y Com.). Para considerar que existe un reconocimiento tácito, es necesario que la manifestación no sea vaga ni imprecisa, sino que, por el contrario, dé certeza de tal reconocimiento (51). Ejemplos de reconocimiento tácito son el cumplimiento parcial de la obligación o de sus intereses, o el pedido de una prórroga —vencido el plazo pactado— para efectuar el pago, o el ofrecimiento de pago, o la propuesta de una forma de pago, o la promesa de pago cuando mejore de fortuna, o la constitución de una garantía a favor del acreedor, o el convenio por el que se prorrogó el cumplimiento del contrato, o el acogimiento a una moratoria, o el asiento en los libros contables del deudor. En cambio, no lo es una oferta de transacción, pues en ello no necesariamente existe un reconocimiento de deuda, sino que pueden existir intereses diferentes, tales como el de evitar un pleito.

Para que sea válido, el reconocimiento debe ser hecho por una persona capaz de disponer del derecho al que se refiere el reconocimiento, sea por sí, sea a través de un representante con poderes suficientes para tal acto, y produce sus efectos de manera instantánea (52).

¿Es eficaz el reconocimiento hecho luego de vencido el plazo de la prescripción? Según una opinión muy generalizada, el reconocimiento —como hecho interruptivo de la prescripción— no puede tener lugar sino antes del vencimiento del plazo legal, pues no se concibe que pueda interrumpirse una prescripción ya cumplida (53), sin perjuicio —se agrega— de que dicho reconocimiento podría eventualmente tener el significado de una renuncia a la prescripción ya ganada, si las circunstancias del caso demuestran que se trata de una renuncia.

Nos parece que esta opinión paga un tributo excesivo a la lógica formal, como sostiene Borda. Estrictamente, parecería un contrasentido hablar de interrupción de una prescripción ya cumplida; pero hay que considerar

---

(51) Conf. PESTALARDO, “Prescripción liberatoria...”, *ob. cit.*, p. 111.

(52) Conf. COMPAGNUCCI DE CASO, “Derecho de las obligaciones”, *ob. cit.*, p. 643.

(53) Es la opinión de nuestro homenajeado (CAZEAUX — TRIGO REPRESAS, “Derecho de las obligaciones”, *ob. cit.*, t. III, nro. 1852).

que la prescripción no opera de pleno derecho por el solo vencimiento de los plazos (54). En verdad, el cumplimiento de estos tiene solamente el efecto de poner al deudor en condiciones de accionar o de oponerse a la demanda. Pero mientras no lo hace, no hay prescripción definitivamente ganada. Y si el deudor, lejos de oponer oportunamente la prescripción, reconoce, por el contrario, la deuda, es obvio que se confiesa deudor, con lo que basta para interrumpir el curso de la prescripción (55).

Es verdad que el reconocimiento involucra siempre una renuncia a hacer valer la prescripción, de donde el interés de esta cuestión resulta bastante relativo. Lo que no quiere significar que no lo haya: la renuncia puede retractarse antes de la aceptación del beneficiario (art. 947, Cód. Civ. y Com.), lo que no ocurre con el reconocimiento.

Desde luego, si existe una pluralidad de deudores, el reconocimiento de la deuda hecho por uno de ellos no puede perjudicar a los demás codeudores (incluso, solidarios) ya liberados (conf. art. 2535, 2ª parte, Cód. Civ. y Com.). Lo dicho merece explicarse. La norma citada hace referencia a la renuncia a la prescripción ganada, y ella resulta aplicable al reconocimiento de deuda formulado vencido el plazo de prescripción, cualquiera sea el tipo de obligación (simple, solidaria, concurrente), y sea la prestación divisible o indivisible. Pero, si el plazo no ha vencido y se reconoce la deuda, tal reconocimiento afectará exclusivamente a quien hace el reconocimiento, a menos que se trate de una deuda solidaria o la prestación sea indivisible (art. 2549, Cód. Civ. y Com.). Desarrollamos este tema más adelante (parág. V.2).

Finalmente, resulta dudosa la manera de probar el reconocimiento. En efecto, no existe una norma precisa al respecto, ni tampoco hay reglas vinculadas a la prueba de los actos jurídicos en general (56) en el Código Civil y Comercial. Parecería necesario, entonces, recurrir a los arts. 1019 y 1020 del referido Código, y requerirse que se pruebe el reconocimiento por medios aptos para llegar a una razonable convicción según las reglas

---

(54) Lo expuesto en el texto pone en evidencia la diferencia sustancial entre prescripción y caducidad de los derechos, pues, en esta última, el cumplimiento del plazo extingue el derecho no ejercido (art. 2566, Cód. Civ. y Com.).

(55) BORDA, "Tratado de derecho civil. Obligaciones", ob. cit., t. II, nro. 1059. Parece estar en esta línea: LÓPEZ HERRERA, "Tratado de la prescripción liberatoria", ob. cit., p. 305.

(56) Más allá del nombre que lleva la Sección 3ª, cap. V, Título IV, Libro Primero ("Forma y prueba del acto jurídico"), lo cierto es que no prevé normas vinculadas a la prueba del acto jurídico, sino solo a la firma como prueba de autoría de la declaración de la voluntad expresada en un texto.

de la sana crítica, lo cual impide —en general— una acreditación de tal hecho solamente por testigos.

### IV.3. Petición judicial

Dispone el art. 2546 del Cód. Civ. y Com. que “el curso de la prescripción se interrumpe por toda petición del titular del derecho ante autoridad judicial que traduce la intención de no abandonarlo, contra el poseedor, su representante en la posesión, o el deudor, aunque sea defectuosa, realizada por persona incapaz, ante tribunal incompetente, o en el plazo de gracia previsto en el ordenamiento procesal aplicable”.

La aplicación de este precepto plantea diversos problemas, que estudiaremos a continuación:

a) *Concepto de petición judicial*. El Código Civil de Vélez disponía que la prescripción se interrumpía por demanda (art. 3986). Pero, ¿qué se entiende por *demanda*? Ante todo, la doctrina y la jurisprudencia entendieron que debía tratarse de una demanda *judicial*; con otras palabras, un reclamo privado —trátese de requerimientos, notificaciones, protestas, etc.— era insuficiente.

A su vez, se aceptó que el alcance de la palabra “demanda” no se agotaba únicamente en la acción formalmente entablada, sino que abarcaba también a todo acto procesal, a toda *petición judicial* en los términos del vigente art. 2546, que demuestre en forma auténtica que el acreedor no ha abandonado su derecho y que tiene el propósito de hacerlo valer o de no dejarlo perder. La Corte Suprema ya había resuelto que por “demanda” debe entenderse toda presentación judicial que traduzca la intención de mantener vivo el derecho de que se trate (57).

Basta, pues, para interrumpir la prescripción, entre otras presentaciones:

(i) El pedido de verificación de créditos hecho en el concurso (art. 32, párr. 2º, ley 24.522).

(ii) El pedido de quiebra formulado por el acreedor (art. 77, inc. 2º, ley 24.522).

(iii) El pedido de medidas cautelares, pues con ellas se procura asegurar el derecho que luego se reclamará. Desde luego, el pedido de me-

---

(57) CS, 07/11/1989, “García c. Provincia de Formosa”, Fallos 312:2134.

didada cautelar tendrá efectos interruptivos del plazo de prescripción, si la correspondiente demanda se inicia dentro del plazo de caducidad que los Códigos Procesales fijan. De todos modos, no debe olvidarse que la referida demanda resulta innecesaria cuando la medida es de las llamadas autosatisfactivas.

(iv) Las medidas preparatorias de la demanda, las medidas de prueba anticipada y las diligencias preliminares, pues con ellas se pretende averiguar y determinar ciertas cuestiones que permitan —luego— interponer la demanda, identificando al demandado y dando fundamentos a la pretensión. Claro está que en tales escritos debe quedar precisado con nitidez cuál es el derecho que se quiere hacer valer (58).

(v) La preparación de la vía ejecutiva (art. 525, Cód. Proc. Civ. y Com.), pues es necesaria para iniciar el juicio ejecutivo, y sin que importe que este juicio termine —finalmente— con el rechazo de la demanda, pues siempre queda abierta la vía ordinaria (59), y ha quedado clara su intención de no abandonar su derecho.

(vi) La acción de hábeas data (ley 25.326). (vii) La oposición de la compensación judicial, porque se está reclamando el cumplimiento de la obligación que se invoca para compensar.

(viii) El pedido de iniciación del proceso sucesorio del deudor hecho por su acreedor, porque resulta necesario para reclamar luego su crédito.

(ix) La reconvencción, porque es una verdadera demanda.

En cambio, y si bien existen criterios contrapuestos respecto de la incidencia del beneficio de litigar sin gastos sobre el reclamo principal —aunque se advierte una tendencia favorable a admitir su carácter interruptivo (60)—, entendemos que ese incidente no interrumpe el plazo de prescripción (61), pues no existe obstáculo para promover la demanda, que se la puede iniciar sin más; e, incluso, el objeto del beneficio es liberarse de afrontar los gastos causídicos, objeto que difiere del reclamo principal.

---

(58) Conf. MOISSET DE ESPANÉS, “Prescripción”, ob. cit., p. 343.

(59) Conf. MOISSET DE ESPANÉS, “Prescripción”, ob. cit., p. 209.

(60) Así, CNCiv., en pleno, 08/10/1998, “Arboyan, Vartuvar c. Transporte Patricios SRL y otro”, JA 1998-IV-62.

(61) En este sentido, TSJ Córdoba, Sala Civ. y Com., 19/03/2013, “Lafarina, Carlos José c. Provincia de Córdoba s/ ordinario - daños y perjuicios - otras formas de responsabilidad extracontractual - recurso de apelación - recurso de casación”, DJ 37-2013-11, con nota de Benjamín MOISÁ.

Otro caso que puede generar dudas es el de la presentación mediante la cual se opone a una demanda de prescripción producida. Podría argumentarse que al oponerse se está reclamando la existencia del derecho, pero, en verdad, decir que un derecho no está prescripto no es igual que reclamarlo, por lo que tal presentación resulta insuficiente a los efectos de provocar la interrupción de la prescripción.

¿Las *gestiones administrativas* interrumpen la prescripción? La jurisprudencia se caracteriza en este punto por su falta de firmeza. En el Proyecto que luego se tradujo en el vigente Código Civil y Comercial se había dispuesto (art. 2548, Cód. Civ. y Com.) que el curso de la prescripción se interrumpía por reclamo administrativo, cuando este era exigido por la ley como requisito previo para deducir la acción judicial; y se aclaraba que el efecto interruptivo se tenía por no sucedido si no se interponía una demanda judicial dentro de los plazos previstos en las leyes locales o, en su defecto, por seis meses contados desde que se tenía expedita la vía judicial. Lamentablemente, esta solución fue eliminada del texto del Código vigente.

A pesar de la supresión de la norma proyectada, entendemos que es necesario distinguir entre simples gestiones y un reclamo administrativo, y, a su vez, diferenciar si es obligatorio presentar el reclamo para agotar la vía administrativa de manera previa o no.

Una simple gestión administrativa no configura un reclamo ni denota una petición judicial (62); por lo tanto, no interrumpe el curso de la prescripción. En cambio, el reclamo administrativo previo, cuando es exigido por la ley como recaudo imprescindible para iniciar la demanda, presenta efectos interruptivos (63), y el plazo vuelve a contarse a partir de la resolución administrativa (64); ello es así, pues si bien tal reclamo no es propiamente una petición judicial, existe una imposibilidad jurídica de promover la demanda si no se ha agotado la vía administrativa previa. Incluso, bien se ha dicho, aun cuando estas actuaciones administrativas fuesen nulas, el curso de la prescripción se interrumpe porque

---

(62) A menos que la ley le dé tales efectos, como ocurre con el reclamo hecho ante la autoridad administrativa por el trabajador a raíz del incumplimiento de las leyes laborales (art. 257, LCT).

(63) Conf. CAZEAUX — TRIGO REPRESAS, “Derecho de las obligaciones”, ob. cit., t. III, nro. 1838 ter; LÓPEZ HERRERA, “Tratado de la prescripción liberatoria”, ob. cit., p. 249.

(64) Conf. MÁRQUEZ, José F. — CALDERÓN, Maximiliano R., “Prescripción y caducidad en el Código Civil y Comercial”, LA LEY 2015-C-543, nro. V.3.e).



ha quedado exteriorizada debidamente la voluntad concreta de no dejar prescribir el derecho (65).

¿Y si el reclamo administrativo no es exigido por la ley? Resulta claro que no puede tener efectos interruptivos del curso de la prescripción, pero entendemos que importa un requerimiento fehaciente en los términos del art. 2541 del Cód. Civ. y Com. que provoca la suspensión (66) del curso de la prescripción por el plazo de seis meses o el menor que corresponda.

Debe agregarse que la prescripción de las acciones derivadas de las relaciones laborales se interrumpe por la reclamación ante la autoridad administrativa del trabajo, mientras dura el trámite, pero en ningún caso por más de seis meses (art. 257, ley 20.744). Es cierto que la Cámara Nacional del Trabajo, en pleno (67), fijó como doctrina obligatoria que la citación para el trámite conciliatorio ante el SECCLO no surte los efectos de la interpelación prevista en el art. 3986, párr. 2º, del Cód. Civil de Vélez, norma que es análoga al vigente art. 2541. Sin embargo, la Corte Federal dispuso más tarde que tal citación ante el SECCLO importa, en verdad, una reclamación ante la autoridad administrativa que interrumpe el plazo prescriptivo (68).

b) *Eficacia de la petición judicial viciada.* La petición judicial produce efecto interruptivo del curso de la prescripción aunque sea hecha ante un tribunal incompetente (69) y aunque sea defectuosa —es decir, que tenga defectos formales o procesales (70)— y aunque sea hecha por

---

(65) MOISSET DE ESPANÉS, “Prescripción”, ob. cit., p. 203.

(66) Rectificamos así lo que habíamos afirmado en otra oportunidad (BORDA, Alejandro, “La interrupción del plazo de la prescripción”, *Revista de Derecho Privado y Comunitario*, 2015-1, Ed. Rubinzal-Culzoni, nro. 4.1.4), en el sentido de que tal acto constituía un acto interruptivo del curso de la prescripción, pues, argumentábamos, aunque no esté previsto expresamente en el nuevo régimen legal, importa una clara manifestación de querer mantener vivo el derecho.

(67) CNTrab., en pleno, 06/06/2006, “Martínez, Alberto c. YPF SA”, LL 35003504.

(68) CS, 02/12/2008, “Sallen c. Banco Itaú”, LL AR/JUR/27168/2008.

(69) Sin importar que la incompetencia sea en razón de la materia, o de las personas contendientes, o por el territorio. En todos los casos, la petición judicial interrumpe el plazo de prescripción (MOISSET DE ESPANÉS, “Prescripción”, ob. cit., p. 218).

(70) Tales como omitir acompañar la documentación pertinente, o errar en el verdadero nombre del demandado, o iniciar una demanda durante la feria judicial y no obtener la habilitación. En cambio, no tiene efectos interruptivos de la prescripción la petición judicial no firmada o carente del poder que acredite la personería invocada.

una persona incapaz (71) (art. 2546, Cód. Civ. y Com.). Es lógico que así sea, porque la interrupción no se deriva de la eficacia legal del proceso, sino de la voluntad judicialmente manifestada de hacer valer los derechos (72).

En líneas generales, cabe afirmar que si la demanda se inicia ante un tribunal incompetente, o tiene defectos formales o procesales, el plazo de prescripción vuelve a contarse a partir del momento en que quede firme la resolución que declara la incompetencia (73) o la nulidad por el defecto (74).

¿Es válida la demanda interpuesta al solo efecto de interrumpir la prescripción? Se ha resuelto —mientras regía el Código Civil de Vélez, pero perfectamente aplicable al Código vigente— que la interposición de una demanda al solo efecto de interrumpir la prescripción es inadmisibles, pues constituye una práctica sin fundamento normativo sustancial o ritual, en tanto el art. 3986 del derogado Código, al otorgar efectos interruptivos a la demanda aun cuando fuera defectuosa, no se refiere a una pretensión autónoma que cña su objeto a provocar dicha interrupción, a sabiendas de su defectuosidad (75). No compartimos este criterio. A nuestro juicio, la demanda interpuesta al solo efecto de interrumpir la prescripción provoca efectos interruptivos siempre que mencione la cosa demandada con exactitud y contenga una petición en términos claros y concretos, recaudos que exigen los Códigos Procesales (v.gr., art. 330, inc. 3º, Cód. Proc. Civ. y Com.) (76). Además, si bien se puede ampliar la

---

(71) La generalidad del término “incapaz” que la norma usa permite aplicarlo a todos los incapaces de hecho o de ejercicio, sin limitación alguna, y también a las personas capaces con capacidad restringida. En esta línea, bajo la legislación derogada, MOISSET DE ESPANÉS, “Prescripción”, ob. cit., p. 228. En la misma línea y con la nueva legislación, PESTALARDO, “Prescripción liberatoria...”, ob. cit., p. 109.

(72) Conf. BORDA, “Tratado de derecho civil. Obligaciones”, ob. cit., t. II, nro. 1052; COMPAGNUCCI DE CASO, “Derecho de las obligaciones”, ob. cit., p. 644.

(73) Conf. MOISSET DE ESPANÉS, “Prescripción”, ob. cit., p. 220.

(74) Conf. MOISSET DE ESPANÉS, “Prescripción”, ob. cit., p. 227.

(75) CNTrab., Sala VIII, 31/03/2010, “Rubesa c. Met Life Seguros”, DJ 48-2010-14.

(76) Conf. LÓPEZ HERRERA, “Tratado de la prescripción liberatoria”, ob. cit., p. 237. En esta línea, se ha decidido que la demanda interpuesta al solo fin de interrumpir la prescripción agota su efecto al ser introducida, aunque no cumpla los requisitos de forma y de fondo (art. 2546, Cód. Civ. y Com.) (CNCom., Sala de Feria, 03/07/2020, “Czerwogno, Susana Edith c. Paraná SA Seguros y otros s/ ordinario”, LL AR/JUR/26991/2020). También se ha resuelto que la presentación judicial efectuada al solo efecto de interrumpir la prescripción de la acción puede no constituir una demanda en sentido estricto, ya que el art. 3986 del Cód. Civil le reconocía efectos interruptivos aunque “fuere defectuosa”. En tal caso, al posibilitar al pretendiente de-

demanda con posterioridad, no se puede modificar el derecho invocado y reclamado.

Bien se ha resuelto, en un caso en el que se inició la demanda al solo efecto de interrumpir la prescripción, que la intimación formulada por el juez de primera instancia para que el demandante cumpla estrictamente con el art. 330 del Cód. Proc. en el término de cinco días, bajo apercibimiento de tenerlo por desistido de la acción incoada, no encuentra asidero legal, siendo esa demanda una manifestación de voluntad idónea de no abdicación del derecho, suficiente para interrumpir la prescripción (77).

c) *Eficacia de la petición judicial no notificada.* La sola petición judicial, aunque no esté notificada, interrumpe el curso de la prescripción porque basta con aquella actuación para indicar el propósito del acreedor de no abandonar sus derechos (78). Cabe añadir que el art. 2546 del Cód. Civ. y Com. no impone —ni siquiera tácitamente— la exigencia de notificar. Sin embargo, no deberá olvidarse que si no se impulsa el procedimiento puede provocarse la caducidad de instancia, y ello traerá como consecuencia la extinción del efecto interruptivo de la prescripción provocado por la petición judicial, como se verá más abajo en este mismo parágrafo, apartado e).

d) *Quién debe realizar la petición judicial y contra quién se la debe dirigir.* La petición judicial debe ser realizada por el titular del derecho, conforme lo establece el propio art. 2546 del Código vigente. Sin embargo, no se ven obstáculos para que un tercero la pueda hacer, en la medida en que lo haga en su propio provecho, como ocurre con el acreedor que promueve la acción revocatoria o la acción subrogatoria.

Alguna duda se suscita frente a la demanda interpuesta por quien ha actuado como gestor de negocios de otra persona. En tal caso, la demanda tendrá efectos interruptivos solo si el demandante acredita personería con posterioridad pero dentro de los plazos legales, pues si ello

---

mostrar su interés en mantener vivo su derecho, mientras completa o perfecciona la demanda, solo tiene por finalidad preservar uno de los elementos sustanciales que coadyuvan a su procedencia (CNCiv., Sala G, 27/08/2020, “E. A. de R. de T. SA c. C. R. D. H. 03/06/2017 - R. 36 y C. V., F. V., P. B. A. s/ interrupción de prescripción”, LL AR/JUR/35054/2020).

(77) CNCiv., Sala C, 13/05/2020, “Omint ART SA c. Responsable Accidente del 20/03/2018 en Av. Perito Moreno y Einstein s/ interrupción de prescripción”, LL AR/JUR/17013/2020.

(78) Conf. BORDA, “Tratado de derecho civil. Obligaciones”, ob. cit., t. II, nro. 1053; LÓPEZ HERRERA, “Tratado de la prescripción liberatoria”, ob. cit., p. 257.

no ocurre aquella actuación es nula (art. 48, Cód. Proc. Civ. y Com., y normas análogas de los Códigos de Procedimientos provinciales) (79).

A su vez, la petición judicial debe dirigirse contra el deudor (art. 2546, Cód. Civ. y Com.); la entablada contra un tercero, sea o no por error, no interrumpe la prescripción. Sin embargo, se admite que pueda existir cierta indeterminación del sujeto demandado. Así, por ejemplo, tiene efectos interruptivos la demanda iniciada contra quien resulte ser propietario de determinado vehículo con el que se ha causado un daño (80).

e) *Extinción del efecto interruptivo de la petición judicial.* Establece el Código vigente que la interrupción del curso de la prescripción, causada por la petición judicial realizada, se tendrá por no sucedida si quien la hizo desiste del proceso o se decreta la caducidad de la instancia o si deviene firme la resolución que pone fin a la cuestión con autoridad de cosa juzgada formal (art. 2547, Cód. Civ. y Com.).

Desistida la petición judicial, entonces, desaparece la interrupción. Sin embargo, este principio no es absoluto. Si es evidente que la acción se desiste por inconvenientes procesales insalvables y con el propósito de reiniciar de inmediato y correctamente la acción, la interrupción subsiste (81). Así ocurre si el actor se allana a la excepción de incompetencia de jurisdicción para reiniciar de inmediato la demanda ante un juez competente, o si se allana a una excepción de defecto legal para promover de inmediato una nueva demanda, o si desiste de un juicio ejecutivo para iniciar el ordinario, o si manifiesta al momento del desistimiento que de-

---

(79) Conf. BENAVENTE, en BUERES (dir.), “Código Civil y Comercial de la Nación...”, ob. cit., t. 6, p. 66. Aparentemente en contra de esta posición, citando jurisprudencia que exige que quien realiza la petición judicial debe contar con facultades suficientes al momento de hacerla, más allá de que no la hubiese acreditado, SANTA-RELLI, en ALTERINI (dir.), “Código Civil y Comercial...”, ob. cit., t. XI, p. 842. En algún momento, entendimos que esta posición era la que se ajustaba al ordenamiento legal (BORDA, “La interrupción del plazo de prescripción”, ob. cit., p. 33), pero una nueva reflexión, incluso retomando ideas allí expuestas, nos persuaden acerca de que, además de ser una solución disvaliosa —como dijimos en esa ocasión—, ella carece de fundamento legal. Es que, si fuera necesario contar con la ratificación del titular del derecho antes del vencimiento del plazo de prescripción, ¿de qué sirve la gestión?

(80) Conf. CAZEAUX — TRIGO REPRESAS, “Derecho de las obligaciones”, ob. cit., t. III, nro. 1846.

(81) Conf. CAZEAUX — TRIGO REPRESAS, “Derecho de las obligaciones”, ob. cit., t. III, nro. 1840; BORDA, “Tratado de derecho civil. Obligaciones”, ob. cit., t. II, nro. 1055.

siste por haber advertido la incompetencia del tribunal y que se iniciará de inmediato una nueva demanda ante el tribunal competente (82).

La caducidad de la instancia también extingue los efectos de la interrupción del plazo de prescripción provocada por la petición judicial, interrupción que queda como no sucedida. La solución es lógica, pues el instituto de la caducidad de instancia se funda en la presunción de que el que ha promovido la acción la ha abandonado, y la ley pone fin al proceso que no avanza por la pasividad de los litigantes.

Finalmente, el rechazo o acogimiento de la demanda por sentencia definitiva que queda firme con autoridad de cosa juzgada formal extingue los efectos de la interrupción del plazo de prescripción provocados por esa demanda (conf. art. 2547, Cód. Civ. y Com.), comenzando a correr desde ese momento un nuevo plazo de prescripción (83). Es el caso, por ejemplo, de la demanda rechazada cuando se hace lugar a la excepción de incumplimiento contractual.

Se ha justificado que la norma citada haga referencia solo a la cosa juzgada formal, pues se afirma que si la sentencia definitiva queda firme con autoridad de cosa juzgada material, ningún interés subsiste que justifique la consideración de la prescripción (84), pues habrá que estar a lo decidido, decisión que resulta inmovible, pues no puede revisarse en el futuro, sea en el mismo proceso, sea en otro (85). Desde luego, en este último caso, si la sentencia fuera condenatoria, una vez que queda firme comenzará a correr el plazo de prescripción correspondiente a la cosa juzgada (*actio iudicati*), que es el ordinario de cinco años previsto en el art. 2560 del Cód. Civ. y Com. Y se dice también que si la sentencia adquiere autoridad de cosa juzgada formal, habrá que distinguir según ella sea absolutoria o condenatoria. En el primer caso, comenzará a correr el plazo de prescripción correspondiente al derecho reclamado; en cambio, en el segundo caso, el plazo de prescripción que comenzará a correr es el indicado precedentemente de la *actio iudicati* (86).

---

(82) Conf. LÓPEZ HERRERA, “Tratado de la prescripción liberatoria”, ob. cit., p. 267.

(83) Conf. BENAVENTE, en BUERES (dir.), “Código Civil y Comercial de la Nación...”, ob. cit., t. 6, p. 68.

(84) ALFERILLO, en GARRIDO CORDOBERA — BORDA — ALFERILLO (dirs.), “Código Civil y Comercial”, ob. cit., t. 3, p. 696.

(85) PARELLADA, Carlos A., en LORENZETTI, Ricardo L. (dir.), “Código Civil y Comercial”, Ed. Rubinzal-Culzoni, 2016, t. XI, p. 309.

(86) Conf. SANTARELLI, en ALTERINI (dir.), “Código Civil y Comercial...”, ob. cit., t. XI, p. 840.

Por lo tanto, hay que distinguir cuatro hipótesis diferentes: a) cuando se rechaza la demanda con autoridad de cosa juzgada material; en este caso, no hay crédito exigible (porque el reclamo ha sido desestimado), por lo que nada importa el plazo de prescripción; b) cuando se acoge la demanda con autoridad de cosa juzgada material, comienza a correr un nuevo plazo de prescripción, que es diferente al original, pues ahora es el plazo que corresponde a la *actio iudicata*; c) cuando se rechaza la demanda con autoridad de cosa juzgada formal, comienza a correr un nuevo plazo de prescripción, igual al que corresponde al derecho reclamado, para iniciar la demanda que corresponda; d) cuando se acoge la demanda con autoridad de cosa juzgada formal, comienza un nuevo plazo de prescripción diferente al original, pues ahora es el de la *actio iudicata*.

f) *Demanda presentada al día siguiente del vencimiento del plazo de prescripción*. Conforme a los ordenamientos procesales que rigen en las diferentes jurisdicciones del país, los escritos pueden presentarse en el plazo de gracia que ellos establecen, que corre durante las primeras horas del primer día hábil siguiente al del vencimiento del término (en la mayoría de los casos, el plazo de gracia se extingue al vencer las dos primeras horas hábiles). ¿Esta disposición convalida también la interrupción de la prescripción por una demanda presentada al día siguiente del vencimiento y dentro del plazo de gracia?

La cuestión dio lugar a doctrina y jurisprudencia vacilantes.

Para algunos autores (87), esa demanda era extemporánea, básicamente porque los plazos de prescripción son plazos de la legislación de fondo, que no deben confundirse con los plazos procesales. Otros (88) la consideraban interruptiva, entre otras razones porque el plazo de gracia rige para todo tipo de plazo.

Algunos tribunales se inclinaron por afirmar que interrumpe el curso de la prescripción la demanda presentada dentro del referido plazo de gracia; otros, en cambio, consideraron que se producía la interrupción solo en el caso de que el día del vencimiento del término fuera inhábil para iniciar la demanda, pues siendo así existió imposibilidad de hecho para ejercer la acción en tiempo propio; y, finalmente, otros resolvieron

---

(87) PIZARRO, Ramón D. — VALLESPINOS, Carlos G., "Instituciones de derecho privado. Obligaciones", Ed. Hammurabi, 1999, t. 3, p. 724; BORDA, "Tratado de derecho civil. Obligaciones", ob. cit., t. II, nro. 1054-1.

(88) LÓPEZ HERRERA, "Tratado de la prescripción liberatoria", ob. cit., p. 263; MOISSET DE ESPANÉS, Luis, "Prescripción. Interrupción por demanda. Plazo de gracia", nro. III, [www.acaderc.org.ar](http://www.acaderc.org.ar).

que ni aun en el supuesto de que el día del vencimiento fuera inhábil para demandar puede admitirse el efecto interruptivo de una demanda interpuesta después de vencido el término, pues los plazos de prescripción son plazos de la legislación de fondo, que no deben confundirse con los plazos procesales.

El art. 2546 del Código vigente, siguiendo lo decidido por la Cámara Nacional en lo Civil en un fallo plenario (89), resolvió definitivamente la cuestión: la presentación de la petición judicial en el plazo de gracia previsto en el ordenamiento procesal aplicable interrumpe el curso de la prescripción. Es la buena solución, por dos motivos: primero, porque los plazos se cuentan por día completo y los tribunales no funcionan hasta las doce de la noche; y, segundo, porque en caso de duda habrá de estarse a la supervivencia del derecho y no a su pérdida.

#### IV.4. Solicitud de arbitraje

“El curso de la prescripción se interrumpe por la solicitud de arbitraje” (art. 2548, 1ª parte, Cód. Civ. y Com.). Aunque la ley habla solo de arbitraje, deben considerarse comprendidos en la disposición tanto cuando interviene árbitros propiamente dichos (arts. 736 y ss., Cód. Proc. Civ. y Com.) como cuando lo hacen arbitradores o amigables componedores (arts. 766 y ss., Cód. citado) (90). No está de más recordar que “hay contrato de arbitraje cuando las partes deciden someter a la decisión de uno o más árbitros todas o algunas de las controversias que hayan surgido o puedan surgir entre ellas respecto de una determinada relación jurídica, contractual o no contractual, de derecho privado en la que no se encuentre comprometido el orden público” (art. 1649, Cód. Civ. y Com.).

El Código Civil de Vélez hacía referencia al compromiso hecho en *escritura pública*, a fin de que sea procedente el juicio de árbitros (art. 3988). El Código Civil y Comercial se ha apartado de esta directiva (91) y no exige forma alguna para pedir el arbitraje, por lo que bien puede for-

---

(89) CNCiv., en pleno, 29/09/1976, “Bernardino Rivadavia Soc. Coop. de Seguros Ltda. c. Tossounian, Carlos”, JA 1977-I-548; LL AR/JUR/435/1976.

(90) Conf. CAZEAUX — TRIGO REPRESAS, “Derecho de las obligaciones”, ob. cit., t. III, nro. 1853; BORDA, “Tratado de derecho civil. Obligaciones”, ob. cit., t. II, nro. 1063; LÓPEZ HERRERA, “Tratado de la prescripción liberatoria”, ob. cit., p. 290; PIZARRO — VALLESPINOS, “Instituciones de derecho privado. Obligaciones”, ob. cit., t. 3, p. 730.

(91) Lo que la doctrina venía sosteniendo durante la vigencia del Código Civil derogado: CAZEAUX — TRIGO REPRESAS, “Derecho de las obligaciones”, ob. cit., t. III, nro. 1853; BORDA, “Tratado de derecho civil. Obligaciones”, ob. cit., t. II, nro. 1063.

mularse por instrumento privado. Si el procedimiento arbitral ha sido previsto por la ley, el pedido de arbitraje deberá ajustarse a las pautas legales. Y si fue convenido contractualmente, habrá que diferenciar si fue pactado en el mismo contrato (la llamada cláusula compromisoria) o en un acto posterior. En el primer caso, será necesario impulsar el procedimiento previsto para interrumpir el curso de la prescripción; en el segundo, el mero acuerdo lo interrumpe.

Como regla, la solicitud de arbitraje debe hacerse antes de que haya vencido el plazo de prescripción, pues si es tardío, el deudor podrá alegar la prescripción como excepción. Pero decimos “como regla”, porque si el arbitraje fuere acordado por las partes con posterioridad al vencimiento del plazo prescriptivo, tal acuerdo impide al deudor pretender invocar la prescripción ocurrida.

Desde luego, el mero pedido de arbitraje, sin contar con un compromiso arbitral previo, es insuficiente para que tenga efectos interruptivos de la prescripción (92). En definitiva, para que la solicitud de arbitraje tenga efectos interruptivos de la prescripción se necesita: (i) que exista una disposición legal que fije el procedimiento arbitral, o (ii) que exista un compromiso arbitral previo acordado por las partes, o (iii) que las partes convengan el compromiso arbitral con posterioridad a la exigibilidad del derecho.

Por último, lo que hemos dicho más arriba [parág. IV.3, apart. e)] respecto de los efectos del desistimiento del proceso y de la caducidad de instancia es aplicable al proceso arbitral, que no es más que otro tipo de proceso.

#### **IV.5. Derecho de retención**

El art. 2592 del Cód. Civ. y Com. establece que “la facultad de retención: (...) e) mientras subsiste, interrumpe el curso de la prescripción extintiva del crédito al que accede”. Es que si el acreedor ejerce el derecho de retención es porque mantiene viva su pretensión de exigir la satisfacción de su derecho, o, con palabras de los Fundamentos del Anteproyecto que dio origen al Código vigente, “la prescripción se interrumpe continuamente por el ejercicio del derecho de retención pues, tolerado por el deudor, implica un reconocimiento de la deuda”.

---

(92) Conf. SANTARELLI, en ALTERINI (dir.), “Código Civil y Comercial...”, ob. cit., t. XI, p. 844; BENAVENTE, en BUERES (dir.), “Código Civil y Comercial de la Nación...” ob. cit., t. 6, p. 70.



## V. EFECTOS

### V.1. Desde cuándo comienza a correr nuevamente la prescripción

Hemos dicho ya que, interrumpida la prescripción, queda borrado el tiempo transcurrido anteriormente y la prescripción empieza a correr de nuevo (art. 2544, Cód. Civ. y Com.). Pero cabe preguntarse en qué momento comienza a computarse el nuevo plazo.

a) Si se trata de la interrupción producida por un reconocimiento, la prescripción empieza a correr inmediatamente después de dicho acto (93), y el nuevo plazo de prescripción es igual al que fue interrumpido.

b) Si se trata de una petición judicial, el curso de la nueva prescripción empieza a correr desde el momento en que quede firme la sentencia que se dicte y haga lugar a la pretensión. Si la demanda ha sido rechazada por incompetencia de jurisdicción o por defectos formales o por incapacidad del actor, la nueva prescripción empieza a correr desde que queda firme la sentencia que rechaza la demanda. Si la demanda ha sido rechazada con autoridad de cosa juzgada formal o material, remitimos a lo dicho antes [parág. IV.3, apart. e)]. No está de más señalar que si se decreta la caducidad de instancia o se desiste del proceso iniciado (94), la interrupción por la petición judicial se tiene por no sucedida y la prescripción comenzada anteriormente proseguirá su curso, si no se hubiese completado en ese ínterin (95). Con todo, resulta razonable no privar de efectos interruptivos a la demanda que se desiste por haberla presentado ante un juez incompetente, si es inequívoca la intención de volverla a iniciar ante quien corresponda (96).

Respecto de la caducidad, cabe preguntarse —más allá de lo que dispone el art. 2547 del Cód. Civ. y Com.— si la petición judicial puede

---

(93) Conf. CAZEAUX — TRIGO REPRESAS, “Derecho de las obligaciones”, ob. cit., t. III, nro. 1854; PESTALARDO, “Prescripción liberatoria...”, ob. cit., p. 110.

(94) Teniendo en cuenta la clásica distinción entre desistimiento del derecho y desistimiento de la acción, acá solo interesa este último. Es que, si se desiste del derecho, es el derecho mismo el que deja de existir, y ya no puede volver a ser reclamado (conf. LÓPEZ HERRERA, “Tratado de la prescripción liberatoria”, ob. cit., p. 274).

(95) Conf. CAZEAUX — TRIGO REPRESAS, “Derecho de las obligaciones”, ob. cit., t. III, nro. 1854.

(96) Conf. LÓPEZ HERRERA, “Tratado de la prescripción liberatoria”, ob. cit., p. 267; PESTALARDO, “Prescripción liberatoria...”, ob. cit., p. 108.

valer como suspensión por interpelación fehaciente (art. 2541, Cód. Civ. y Com.). La cuestión es dudosa, pero nuestra respuesta es afirmativa: es que el art. 2547 solo tiene por no sucedida la interrupción de la prescripción por la caducidad, pero no impide que pueda tener otros efectos.

Hemos dicho que si se trata de una petición judicial, el curso de la nueva prescripción empieza a correr desde el momento en que quede firme la sentencia que haga lugar a la pretensión (art. 2547, párr. 1º, Cód. Civ. y Com.) (97). Pero es importante señalar —como lo hemos dicho antes, parág. IV.3, apart. e)— que este nuevo plazo de prescripción es el ordinario que la ley prevé (art. 2560, Cód. Civ. y Com.), sin importar el plazo que tenía el derecho original, porque lo que ahora se reclama no es ese derecho, sino el cumplimiento de la sentencia obtenida (*actio iudicati*) (98).

c) Si se trata de una solicitud de arbitraje, rige la misma solución que en el caso anterior en cuanto sea aplicable (art. 2548, 2ª parte, Cód. Civ. y Com.). Con otras palabras, la prescripción empieza a correr nuevamente a partir del laudo arbitral firme, y será el plazo genérico del art. 2560 del Cód. Civ. y Com. ¿Qué ocurre si se decreta la nulidad del laudo arbitral? El efecto interruptivo de la solicitud arbitral no desaparece, comenzando a correr un nuevo plazo de prescripción a partir de la notificación de la sentencia nulificadora del laudo.

d) Finalmente, si se trata de la interrupción producida por el ejercicio del derecho de retención, la prescripción empieza a correr desde el momento en que el retentor se desprendió de la cosa, y el nuevo plazo de prescripción es igual al que fue interrumpido.

## V.2. Quién puede interrumpir y contra quiénes

“La interrupción de la prescripción no se extiende a favor ni en contra de los interesados (99), excepto que se trate de obligaciones solidarias o indivisibles” (art. 2549, Cód. Civ. y Com.). Por lo tanto, cuando estamos ante una obligación simplemente mancomunada divisible, la interrupción favorece o perjudica exclusivamente a las personas que se encuen-

---

(97) Norma que parece encontrar su fuente en los arts. 2896 del Código de Quebec y 1998 del Cód. Civil peruano.

(98) Conf. PESTALARDO, “Prescripción liberatoria...”, ob. cit., p. 87.

(99) Mejor hubiera sido que la norma se refiriera a los “cointeresados”, en lugar de a los “interesados”, pues, al hablarse de la extensión a favor de otras personas, es claro que no se habla de quienes están inmersos en la causal de interrupción, sino de quienes conforman la obligación plural.

tran en la causal respectiva, no propagándose hacia los demás interesados en la prescripción. Ello no obsta a que pueda favorecer o perjudicar a los sucesores universales y particulares de las partes (100) y que pueda ser invocada por el acreedor de cualquiera de ellas en ejercicio de la acción subrogatoria.

Pero si se trata de una obligación solidaria o simplemente mancomunada indivisible, la interrupción afecta a todos los interesados. La solución se justifica por las siguientes razones. Si se trata de una obligación indivisible, las características propias de la indivisibilidad —esto es, que la prestación no puede ser cumplida sino por entero (art. 813, Cód. Civ. y Com.)— hacen que la interrupción de la prescripción beneficie y afecte a los demás coacreedores y codeudores.

Si se trata de una obligación solidaria, como puede ser reclamada por cualquiera de los acreedores solidarios contra cualquiera de los deudores solidarios (arts. 833 y 844, Cód. Civ. y Com.), es claro que la interrupción afecta a todos ellos. Pero, como hemos dicho antes (parág. IV.2), el reconocimiento de la deuda hecho por uno de los deudores solidarios no puede perjudicar a los demás codeudores solidarios ya liberados (conf. art. 2535, 2ª parte, Cód. Civ. y Com.). Ciertamente es que la norma citada hace referencia a la renuncia a la prescripción ganada, pero ella resulta aplicable al reconocimiento de deuda formulado vencido el plazo de prescripción.

En cambio, no se propagan los efectos de la interrupción en las obligaciones concurrentes [art. 851, inc. e), Cód. Civ. y Com.]. Tal razón obedece a que los deudores deben cumplir la prestación debida por causas diversas, aunque se trate de un fundamento sumamente discutible, como hemos señalado más arriba (parág. II.9).

Finalmente, no está de más recordar que el art. 3997 del Cód. Civil de Vélez disponía que la demanda interpuesta contra el deudor principal o el reconocimiento de su obligación interrumpe la prescripción contra el fiador, pero que la demanda interpuesta contra el fiador o su reconocimiento de deuda no interrumpen la prescripción de la obligación principal. Ahora bien, aunque no existe una norma similar en el régimen vigente, la solución no puede variar, desde que el Código Civil y Comercial

---

(100) Esta solución está claramente recogida para el caso de los sucesores universales en el art. 1024 del Cód. Civ. y Com.; y, aunque nada dice de los sucesores particulares (lo que sí estaba previsto en su antecedente, el art. 977 del Proyecto de Código Civil de 1998), la solución no puede ser otra, desde que quien adquiere un derecho goza de todos los que tenía el enajenante respecto de él.

consagra el principio de accesoriedad (arts. 856 y 857), por el cual la extinción, nulidad o ineficacia del crédito principal extingue los derechos y obligaciones accesorias, excepto disposición legal o convencional en contrario.

## VI. DISPENSA DEL TÉRMINO DE LA PRESCRIPCIÓN

### VI.1. Dispensa de la prescripción corrida: imposibilidad de obrar

Ingresemos ahora al último tema propuesto.

Dispone el art. 2550, párr. 1º, del Cód. Civ. y Com. que “el juez puede dispensar de la prescripción ya cumplida al titular de la acción, si dificultades de hecho o maniobras dolosas le obstaculizan temporalmente el ejercicio de la acción, y el titular hace valer sus derechos dentro de los seis meses siguientes a la cesación de los obstáculos”.

Se trata de un supuesto, en la práctica, muy importante, de perdón (101) de la prescripción cumplida. Veamos cuáles son los problemas que esta institución suscita.

#### VI.1.a. Naturaleza de la dispensa

Ante todo, es preciso hacer notar que no estamos en presencia de una suspensión de la prescripción: a) porque la suspensión opera *ipso jure* por una causa legal, rígida, cuya existencia el juez se limita a comprobar; en tanto que la dispensa es concedida por el juez en virtud de una imposibilidad cuya gravedad aprecia soberanamente; b) porque la imposibilidad de obrar no detiene el curso de la prescripción, que, por hipótesis, está ya cumplida, sino que prolonga la vida de la acción más allá del término de prescripción.

#### VI.1.b. Casos en que procede la dispensa

Según una doctrina muy generalizada, la imposibilidad de hecho debe consistir en un obstáculo grave, de carácter *general o colectivo*, asimilable a la fuerza mayor; pero la jurisprudencia, procediendo con laudable flexibilidad, ha decidido en numerosas oportunidades que tam-

---

(101) CAZEAUX — TRIGO REPRESAS, “Derecho de las obligaciones”, ob. cit., t. III, nro. 1829.

bién la imposibilidad *individual* es causa de dispensa (102). Esta última interpretación encuentra un sustento fundamental en dos casos previstos por el propio art. 2550: el de los incapaces sin representante (103) y el de la víctima de maniobras dolosas, siempre que tales maniobras se probaran debidamente.

Debe quedar claro, entonces, que el curso de la prescripción sigue corriendo contra la persona incapaz, si esta tiene representante. La cuestión se complica cuando el conflicto es entre el incapaz y el representante. A mi juicio, estamos ante un supuesto de suspensión de la prescripción [art. 2543, inc. c), Cód. Civ. y Com.; art. 3973, Cód. Civil de Vélez]. Pero la jurisprudencia ha seguido criterios diversos.

Bajo la vigencia del Código Civil de Vélez, en una acción de daños generados por la omisión de reconocimiento de la filiación extramatrimonial se resolvió que el plazo de prescripción comienza a computarse a partir de la mayoría de edad del reclamante, por aplicación de la dispensa prevista en el art. 3980 de dicho cuerpo legal, toda vez que no corre la prescripción contra los menores cuando su representante legal es el deudor de la obligación de la cual son acreedores (104).

En otro caso, una ejecución de alimentos contra el padre, se resolvió que resulta inaplicable la dispensa a la prescripción que transcurrió mientras la ejecutante fue menor de edad, toda vez que contaba con la representación legal de su madre, quien tuvo su representación y de hecho la ejerció al demandar por alimentos y suscribir el acuerdo que bien pudo ejecutar en tiempo propio y no hizo (105).

---

(102) En esta línea de pensamiento: CAZEAUX — TRIGO REPRESAS, “Derecho de las obligaciones”, ob. cit., t. III, nro. 1831; BORDA, “Tratado de derecho civil. Obligaciones”, ob. cit., t. II, nro. 1042; BENAVENTE, en BUERES (dir.), “Código Civil y Comercial de la Nación...”, ob. cit., t. 6, p. 73.

(103) En un caso se resolvió que si se cumple la prescripción en perjuicio de una persona calificada como incapaz carente de representación, el juez está autorizado para liberarlo de las consecuencias de aquella si hace valer sus derechos en el término de tres meses (plazo vigente al tiempo de la sentencia, conforme al Código de Vélez) contados desde que cesó la incapacidad o desde que se lo dotó de representante legal, pues una solución contraria soslayaría la garantía de recibir salvaguardas adecuadas y la de acceso a la justicia, que prevén los arts. 12 y 13 de la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad (CNCiv., Sala G, 24/02/2012, “Gallo Souto, José y otros c. Instituto Municipal de Obra Social IMOS y otro s/ daños y perjuicios”, LL AR/JUR/73879/2012).

(104) CApel. Concordia, Sala Civ. y Com., 07/06/2013, “G., B. R. c. Y., B. E. o E. B. s/ ordinario (civil) (expte. 7896)”, LL AR/JUR/21756/2013.

(105) ST Jujuy, 10/03/2011, “A. C. P. c. A. M. R.”, LL AR/JUR/12279/2011.

No comparto este último fallo, como lo he dicho en otra oportunidad, al comentar esa sentencia (106). Ante todo, no se puede olvidar que el padre sigue ejerciendo la denominada responsabilidad parental, con importantes derechos (como el de una adecuada y fluida comunicación con el hijo) y obligaciones. Entre estas obligaciones está el deber alimentario, que se reclamó en el caso resuelto. Se ve, entonces, que existe un conflicto entre padre e hijo que queda gobernado por la suspensión del plazo de prescripción. Pero hay dos motivos más que refuerzan la posición. El primero, que la cuestión es cuanto menos dudosa y que la prescripción es un instituto que debe ser interpretado restrictivamente. La segunda, que no puede obviarse el conflicto moral en que queda inmerso el menor: si pretende cobrar los alimentos que nunca percibió del obligado original, tiene que iniciar una acción de responsabilidad civil contra su madre por no haber ejecutado el convenio homologado. Véase bien: tendría que demandar a esa madre que, seguramente, lo asistió y lo cuidó en exclusividad durante todos esos años.

Se ha declarado que *autorizan* la dispensa de prescripción: (i) las revoluciones, guerras, cuarentenas, pestes, terremotos, inundaciones, la clausura intempestiva de los tribunales (todos supuestos de imposibilidades colectivas); como así también (ii) la pérdida de un expediente —siempre que se hubiese activado su búsqueda o procurado su reconstrucción— (107), la imposibilidad de acreditar la calidad de heredero en tanto no se cuente con el testimonio de la declaratoria de herederos dictada en el proceso sucesorio, la internación del actor en un hospicio con diagnóstico de alienación mental, un agudo ataque de hipertensión que pone en riesgo la vida del acreedor, o el estado de coma en que pueda estar este último (todos supuestos de imposibilidades individuales).

Es necesario hacer notar también que el texto habla de dificultades *de hecho*. ¿Esto quiere decir que los obstáculos *de derecho* son inhábiles para conceder la dispensa de la prescripción? Esta sería una conclusión

---

(106) BORDA, Alejandro, “La prescripción de los alimentos. El reclamo del hijo cuando alcanza la mayoría de edad”, LL AR/DOC/3208/2011.

(107) Un curioso caso fue resuelto por los tribunales correntinos. En una ejecución de honorarios, se resolvió dispensar la prescripción acaecida para solicitar la regulación correspondiente, pues el expediente se había extraviado, y cuando apareció se omitió notificar al abogado de su hallazgo, lo que le impidió ejercer su derecho a solicitar la regulación de sus emolumentos. Adviértase que el letrado no activó la reconstrucción del expediente, pero el tribunal tuvo en cuenta que en el Código Procesal local no estaba prevista la posibilidad de solicitar la reconstrucción (CCiv. y Com. Corrientes, Sala IV, 09/11/2012, “Osnaghi, Alberto Hugo c. Francisco Edmundo Osnaghi s/ ordinario”, LL AR/JUR/64605/2012).

falsa, fundada en una aplicación abusiva del adagio *quod dicit de uno, negat de altero* (108). Si una imposibilidad de hecho basta para permitir la dispensa de la prescripción, con cuánta mayor razón debe autorizarla la imposibilidad jurídica, que es un obstáculo aún más invencible (109). Ejemplo de una imposibilidad de derecho es el caso de reclamar el pago de una indemnización por la muerte de una persona, que requiere primero la acreditación del vínculo familiar, pudiendo ocurrir que resulte necesario primero emplazarse en el estado de hijo.

En cuanto a las maniobras dolosas, es razonable admitir que ellas pueden ser llevadas a cabo no solo por el deudor, sino también por un tercero (110), pues debe recordarse que el autor del dolo puede ser un tercero (art. 274, Cód. Civ. y Com.) (111). Lo que importa, en definitiva, es que se obstaculice al acreedor el ejercicio del derecho.

Asimismo, la norma hace referencia a la dispensa de la prescripción ya cumplida; ello significa que el impedimento debe existir al tiempo del vencimiento del plazo de prescripción. Y ello es razonable, pues si el titular del derecho hubiera podido accionar al vencimiento de dicho plazo, no habría existido un obstáculo para promover el reclamo, que justifique la dispensa (112).

La carga de la prueba de los hechos que autorizan la dispensa y de la fecha en que cesó la imposibilidad corren por cuenta del acreedor. Debe tenerse en cuenta que la dispensa es de interpretación restrictiva, porque, en principio, debe respetarse la inalterabilidad de la prescripción cumplida.

---

(108) Sin dar mayor explicación, es la opinión de Compagnucci de Caso (COMPAGNUCCI DE CASO, "Derecho de las obligaciones", ob. cit., p. 651).

(109) Conf. CAZEAUX — TRIGO REPRESAS, "Derecho de las obligaciones", ob. cit., t. III, nro. 1831; BORDA, "Tratado de derecho civil. Obligaciones", ob. cit., t. II, nro. 1042; LÓPEZ HERRERA, "Tratado de la prescripción liberatoria", ob. cit., p. 317; SANTARELLI, en ALTERINI (dir.), "Código Civil y Comercial...", ob. cit., t. XI, p. 847.

(110) Conf. ALFERILLO, en GARRIDO CORDOBERA — BORDA — ALFERILLO (dirs.), "Código Civil y Comercial", ob. cit., t. 3, p. 700.

(111) Conf. SANTARELLI, en ALTERINI (dir.), "Código Civil y Comercial...", ob. cit., t. XI, p. 848.

(112) Conf. CAZEAUX — TRIGO REPRESAS, "Derecho de las obligaciones", ob. cit., t. III, nro. 1832; BORDA, "Tratado de derecho civil. Obligaciones", ob. cit., t. II, nro. 1043.

### ***VI.1.c. Momento en que debe hacerse valer la acción***

La demanda debe iniciarse dentro del plazo de seis meses siguientes a la cesación de los obstáculos, sean dificultades de hecho, sean manio-bras dolosas (art. 2550, párr. 1º, Cód. Civ. y Com.).

Si se trata de personas incapaces sin representante —para las cuales el plazo de la prescripción ha seguido corriendo, pero no tenían posibilidad de reclamar su derecho, y por eso la ley prevé la posibilidad de dispensa—, el plazo es el mismo, pero se lo computa desde la cesación de la incapacidad o la aceptación del cargo por el representante (art. 2550, párr. 2º, Cód. Civ. y Com.).

La norma añade un supuesto más: las sucesiones que permanecen vacantes (es decir, sin que existan herederos) sin tener curador designado. En tal caso, procede la dispensa, pues no hay quien pueda reclamar, y es por ello que se exige que el curador que se designe haga valer los derechos dentro de los seis meses de haber aceptado el cargo (art. 2550, párr. 3º, Cód. Civ. y Com.).

El plazo de seis meses es un plazo de caducidad. Por lo tanto, si no se pide la dispensa en ese plazo, se pierde la posibilidad de pedirla en el futuro (113).

Ahora bien, no es necesario invocar la dispensa al momento de demandar. En efecto, la dispensa se alega ante la prescripción opuesta por el deudor. Con otras palabras, habrá que esperar a que el deudor oponga la defensa de prescripción para que el acreedor pida la dispensa, considerando el momento en que interpuso la demanda y alegando los hechos que la justifiquen (114).

### ***VI.1.d. ¿Facultad del juez?***

Para concluir este trabajo, conviene preguntarnos si la dispensa es una facultad del juez, que puede otorgarla discrecionalmente. El art. 2550 que venimos glosando establece que el juez “puede” dispensar

---

(113) Conf. BENAVENTE, en BUERES (dir.), “Código Civil y Comercial de la Nación...”, ob. cit., t. 6, p. 68.

(114) Conf. LÓPEZ HERRERA, “Tratado de la prescripción liberatoria”, ob. cit., p. 330. En contra, considerando que, al hacer valer el derecho y solicitar la dispensa, deben alegarse y probarse las dificultades que obstaculizaron el ejercicio oportuno de la acción: ALFERILLO, en GARRIDO CORDOBERA — BORDA — ALFERILLO (dirs.), “Código Civil y Comercial”, ob. cit., t. 3, p. 700; BENAVENTE, en BUERES (dir.), “Código Civil y Comercial de la Nación...”, ob. cit., t. 6, p. 74.



la prescripción ya cumplida. Pero es claro que no se trata de una facultad discrecional, sino que, por el contrario, es un derecho del acreedor (115), quien deberá probar los extremos establecidos en la propia norma. En otras palabras, cuando el juez considera que existen dificultades o maniobras dolosas que obstaculizan el ejercicio de la acción, debe otorgar la dispensa de la prescripción solicitada por el acreedor (116).

---

(115) Conf. CAZEAUX — TRIGO REPRESAS, “Derecho de las obligaciones”, ob. cit., t. III, nro. 1834.

(116) Conf. ALFERILLO, en GARRIDO CORDOBERA — BORDA — ALFERILLO (dirs.), “Código Civil y Comercial”, ob. cit., t. 3, p. 700; BENAVENTE, en BUERES (dir.), “Código Civil y Comercial de la Nación...”, ob. cit., t. 6, p. 72.



# LA RESOLUCIÓN POR INCUMPLIMIENTO PREVENTIVA

POR ANDRÉS SÁNCHEZ HERRERO

## I. CONSIDERACIONES GENERALES

¿Se puede resolver un contrato si, aunque todavía no se lo ha incumplido, todo indica que se lo incumplirá? No me refiero al caso en el cual el cumplimiento ya es imposible, sino a cuando, si bien este todavía es factible, es evidente o muy probable que un contratante incumplirá. En este caso, ¿puede el otro ejercer la facultad resolutoria sin tener que esperar a que se produzca el incumplimiento?

Pareciera que no. Para resolver un contrato por incumplimiento se precisa, naturalmente, el incumplimiento. Este es el requisito básico, común a cualquier tipo de resolución (1). Y es lo que falta en el caso que estamos examinando. El incumplimiento es previsible, es probable..., pero todavía no ha ocurrido. Luego, pareciera que no se puede ejercer la facultad resolutoria.

Pero la regla admite excepciones: casos en los cuales, aun sin el incumplimiento, se puede resolver el contrato. Por incumplimiento, quiero decir. Los examinaremos en este capítulo.

*En parte*, el tema es abordado en el art. 1084, inc. e), del Cód. Civ. y Com. Dispone lo siguiente:

*“Configuración del incumplimiento.* A los fines de la resolución, el incumplimiento debe ser esencial en atención a la finalidad del contrato. Se considera que es esencial cuando:

---

(1) V. SÁNCHEZ HERRERO, Andrés, “Resolución de los contratos por incumplimiento”, Ed. La Ley, Buenos Aires, 2018, ps. 29-70.

[...]

e) el incumplimiento ha sido anunciado por una manifestación seria y definitiva del deudor al acreedor”.

Se regula, así, el caso más claro de la categoría que estamos analizando. Pero no es el único: bien puede ocurrir que, por cualquier otra circunstancia, sea evidente que el deudor no cumplirá sus obligaciones.

Habida cuenta de cómo está regulado el tema en nuestro derecho, bifurcaré su análisis. Primero abordaremos el caso que está regulado —el anuncio de incumplimiento— y luego los demás en que es previsible que no se cumplirá el contrato. Pero antes consideremos algunas cuestiones comunes a toda la categoría.

## II. TERMINOLOGÍA

Se han utilizado distintas expresiones para hacer referencia a este modo extintivo: “resolución por incumplimiento anticipada”, “resolución anticipada”, “facultad resolutoria preventiva”, “incumplimiento previsible”, “incumplimiento anticipado” y “repudio anticipado”, entre otras.

Si bien todas apuntan al mismo fenómeno, las diferencias se explican, en parte, por la faceta en la cual se enfocan:

- el hecho que justifica el ejercicio de la facultad extintiva (por ejemplo, “incumplimiento previsible” o “repudio anticipado”);
- el derecho extintivo del acreedor nacido de esa causa justificante (por ejemplo, “facultad resolutoria preventiva”), o
- el modo extintivo derivado del ejercicio de esa facultad (por ejemplo, “resolución anticipada”).

Por mi parte, utilizaré una u otra de estas expresiones, en función de a qué aspecto de este fenómeno me esté refiriendo en cada caso. Tan solo he descartado aquellas que, en los usos generales del lenguaje o en el técnico de nuestra disciplina, tienen un significado que no concuerda, o no del todo, con el que esta figura tiene en nuestro derecho.

Por esta razón, por ejemplo, no hablaré de “repudio” o de “repudio anticipado”, ya que esta facultad extintiva se puede ejercer también en otros casos, en los que el deudor no repudia el contrato. Tengo presente que los autores que utilizan esta expresión suelen hacerlo en un sentido

amplio, pero he preferido no forzar innecesariamente su significado usual. De acuerdo con el *Diccionario de la Lengua Española*, “repudiar”, en su primera acepción, significa “[r]echazar algo, no aceptarlo”, y a continuación se agregan estos ejemplos: “Repudiar la ley, la paz, un consejo”. Por ejemplo, habría que forzar mucho el sentido para encajar aquí el caso del deudor que, sin cuestionar la validez del contrato, invocar su extinción o alegar alguna justificación, le avisa al acreedor que probablemente no estará en condiciones de cumplir. Sin embargo, este supuesto habilita sin duda la resolución anticipada. Y ni hablar de los casos en que, sin que haya un anuncio del deudor, es evidente que no cumplirá, que a mi entender dan pie al ejercicio de la facultad resolutoria, pero que, por mucho que forcemos las cosas, en modo alguno pueden encuadrarse como repudio.

### III. FUNDAMENTO

Varias razones fundamentan el reconocimiento de la facultad resolutoria preventiva cuando esta se ejerce a partir de un anuncio de incumplimiento del deudor:

1) Ante la manifestación del deudor, el acreedor, sin culpa alguna, queda sumido en una incertidumbre, y hay que permitirle que le ponga fin.

2) El remedio resolutorio es tanto más eficaz cuanto antes se lo aplica (2). El acreedor que se libera del vínculo queda en condiciones de adoptar las medidas de adaptación que considere más apropiadas (por ejemplo, sustituir el contrato o clausurar o postergar el proyecto).

3) No tiene ningún sentido esperar a que se produzca el daño, habida cuenta de lo manifestado por el deudor (3). La resolución anticipada evita o reduce el despilfarro.

4) Si el sentido del derecho resolutorio es defender al contratante no incumplidor ante los perjuicios derivados del incumplimiento del otro, no hay razón para excluir de esta tutela al caso que estamos considerando, dado que —a juzgar por los términos del propio deudor— se tiene

---

(2) V. APARICIO, Juan M., “Contratos”, Ed. Hammurabi, Buenos Aires, 2012, t. 3: “Parte general”, p. 509.

(3) V. SCBA, 14/08/1979, “Giardino, Carlos S. c. Pentomat, SA”, ED 86-538/540.

la certeza de que no cumplirá su obligación, o al menos esto es lo más probable (4).

Por cierto, si bien el acreedor es el beneficiario principal del reconocimiento de esta facultad extintiva (y el titular del interés por el cual se la reconoce), su aplicación también puede llegar a favorecer al propio deudor. Por ejemplo, por la reducción o supresión del daño resarcible.

Con las adaptaciones correspondientes, estas razones justifican que también se reconozca la facultad resolutoria cuando, aun sin mediar un anuncio del deudor, todo indica que no cumplirá. Supongamos, por ejemplo, que no realiza los actos preparatorios que la ejecución del contrato requiere. Ante un cuadro así, la incertidumbre del acreedor no es menor que cuando el deudor ha anunciado su incumplimiento, tampoco el daño adicional que sufriría por el retraso en el ejercicio de la facultad resolutoria, etcétera.

Hay tantas razones para justificar la resolución anticipada en un caso como en el otro. Sin embargo, nuestro legislador solo ha previsto el anuncio del incumplimiento. Veremos cómo impacta este panorama normativo. Por lo pronto, obliga a bifurcar el análisis, separando el tratamiento del caso que tiene recepción legal de los demás que integran esta categoría.

## IV. ANTECEDENTES

### IV.1. Panorama general

El instituto se origina en el *common law*, donde se lo conoce como *anticipatory breach of contract*. El *leading case* que suele citarse es “Hochster v. De la Tour”, resuelto por los tribunales ingleses en 1853 (5). Refiero sus datos más relevantes:

- En abril de 1852, De la Tour contrató a Hochster para que le prestase sus servicios como guía turístico durante los tres meses que viajaría por Europa. Fecha de inicio del viaje: 01 de junio de ese año.

---

(4) V. RAMELLA, Anteo E., “La resolución por incumplimiento”, Ed. Astrea, Buenos Aires, 1975, p. 73; FARINA, Juan M., “Rescisión y resolución de los contratos (civiles y comerciales)”, Ed. Orbir, Buenos Aires, 1965, p. 80.

(5) (1853) 2 E&B 678.

- El 11 de mayo, De la Tour le comunicó a Hochster que no precisaría sus servicios.

- Hochster lo demandó, reclamándole el resarcimiento de los daños. Interpuso la demanda el 22 de mayo (es decir, diez días antes de la fecha en que el contrato habría debido comenzar a ejecutarse).

- De la Tour se defendió argumentando que Hochster todavía tenía la obligación de estar listo y dispuesto para actuar hasta el día en que debía presentarse, y que, por tanto, no podía iniciar ninguna acción antes.

- El tribunal hizo lugar a la demanda. Sostuvo que, si se repudia un contrato antes de la fecha de su ejecución, el resarcimiento de los daños puede reclamarse de inmediato. En otros términos, que Hochster no necesitaba esperar hasta esa fecha para accionar.

En su voto, el presidente del tribunal argumentó que es mucho más racional y beneficioso para ambas partes que, después de la renuncia al acuerdo por el demandado, el demandante quede liberado de su ejecución y conserve su derecho a demandar el resarcimiento del daño sufrido por el incumplimiento. De este modo, en lugar de permanecer inactivo y gastar dinero en preparativos inútiles, tiene libertad para buscar otro contratante de sus servicios y así mitigar el daño resarcible.

Trajo a colación tres precedentes:

- “Short v. Stone”, en el que se decidió que, si un hombre se compromete a casarse con una mujer y antes de la fecha convenida se casa con otra, es instantáneamente responsable por el incumplimiento de la promesa (6).

- “Ford v. Tiley”, en el que se resolvió que, si alguien celebra como locador un contrato de locación que comenzará a ejecutarse en el futuro, y antes de la fecha inicial celebra y ejecuta otro contrato de locación sobre el mismo bien por el mismo período, puede ser demandado inmediatamente por la ruptura del contrato (7).

- “Bowdell v. Parsons”, en el que se dispuso que, si alguien vende bienes específicos y se obliga a entregarlos en el futuro, y antes de la fecha estipulada para el cumplimiento vende y entrega esos mismos bienes a un tercero, es inmediatamente responsable ante el primer vendedor (8).

---

(6) V. 8 Q. B. 358.

(7) V. 6 B. & C. 325.

(8) V. 10 East, 359.

Lo novedoso de “Hochster v. De la Tour” no es que se haya admitido la acción anticipada, sino que se lo haya hecho sobre la base de la mera declaración del demandado incumplidor (9). Hasta entonces, esto solo se admitía cuando el contratante se había colocado deliberadamente en la situación de no poder cumplir y esto ya era evidente antes de la fecha de inicio de ejecución del contrato, tal como ocurrió en los precedentes citados por el presidente del tribunal (10). A partir de “Hochster”, se equiparó la declaración anticipada de incumplimiento (*explicit repudiation*) a la situación de hecho en la cual el deudor había degradado voluntariamente su aptitud para cumplir (*self-disablement*) (11).

La regla fue aplicada en adelante por la jurisprudencia, y con el tiempo alcanzó recepción legislativa. En lo que hace al derecho estadounidense, en el Uniform Commercial Code (12), el Restatement (First) of Contracts (13) y el Restatement (Second) of Contracts (14) (15).

En suma, en el *common law*, el incumplimiento del contrato (*breach of contract*) se puede producir al tiempo en que el acuerdo debe cumplirse o incluso antes. En este último caso, se configura un incumplimiento anticipado (*anticipatory breach*), que puede resultar de una declaración del incumplidor o de su comportamiento concluyente. Una vez ocurrido, el contratante no incumplidor puede echar mano de los mismos medios de protección con que contaría ante un incumplimiento típico (16).

Si bien la resolución anticipada no integra la tradición del derecho continental, a partir del siglo XX es recibida en algunos cuerpos normativos. Por ejemplo, el Código Civil alemán (17).

---

(9) V. FERNÁNDEZ, Leonardo F., “Incumplimiento anticipado del contrato. Su relevancia en el contexto de la pandemia”, LL AR/DOC/2279/2020, § II.4.a).

(10) Ídem.

(11) Ídem.

(12) §§ 2-609 y ss. Si bien este cuerpo normativo se origina en la doctrina y la jurisprudencia, tiene carácter oficial, dado que ha sido hecho ley por los Estados.

(13) §§ 118 y ss.

(14) §§ 250 y ss.

(15) Los *restatements* son una compilación sistematizada de reglas jurisprudenciales. No son leyes; tienen carácter extraoficial. Gozan, con todo, de una enorme reputación en el mundo jurídico, tanto entre los jueces como entre los abogados. El primer Restatement of Contracts es de 1932. Fue revisado y modificado en 1981.

(16) V. FERNÁNDEZ, Leonardo F., “Incumplimiento anticipado del contrato...”, ob. cit., § II.4.a).

(17) Arts. 321 y 323.4.



También en varios de los proyectos de armonización europeos, como es el caso de los Principios Unidroit sobre los Contratos Comerciales Internacionales (18) y los Principios de Derecho Contractual Europeo, elaborados por la Comisión presidida por Ole Lando (19).

En el plano internacional, la resolución anticipada también está admitida en la Convención de las Naciones Unidas sobre los Contratos de Compraventa Internacional de Mercadería, aprobada en nuestro país mediante la ley 22.765. Su art. 72 dispone lo siguiente:

“1. Si antes de la fecha de cumplimiento fuere patente que una de las partes incurrirá en incumplimiento esencial del contrato, la otra parte podrá declararlo resuelto.

“2. Si hubiere tiempo para ello, la parte que tuviere la intención de declarar resuelto el contrato deberá comunicarlo con antelación razonable a la otra parte para que esta pueda dar seguridades suficientes de que cumplirá sus obligaciones.

“3. Los requisitos del párrafo precedente no se aplicarán si la otra parte hubiere declarado que no cumplirá sus obligaciones”.

## IV.2. Argentina

En el plano legal, la resolución preventiva recién apareció con el Código Civil y Comercial, que la recibe en su art. 1084, inc. e). No obstante, ya durante el viejo régimen, la doctrina y, en algunos casos, la jurisprudencia admitieron que era viable (20) (21).

---

(18) “*Incumplimiento anticipado*. Si antes de la fecha de cumplimiento de una de las partes fuere patente que una de las partes incurrirá en un incumplimiento esencial, la otra parte puede resolver el contrato” (art. 7.3.3 de la versión de 2016).

(19) “*Incumplimiento previsible*. Cuando con carácter previo al vencimiento resulta evidente que una parte incumplirá su obligación de manera esencial, la otra parte tiene derecho a resolver el contrato” (art. 9:304).

(20) V. CNCom., Sala A, 30/06/2010, “Argencip SA c. Fondo Compensador para Jubilados y Pensionados Telefónicos”, AP 70064466; CNCom., Sala D, 02/07/2010, “CSN SA c. Unisys Sudamericana SA”, AP 70065076; SCBA, “Giardino”, cit., p. 539; FARINA, Juan M., “Rescisión y resolución...”, ob. cit., p. 78; RAMELLA, Anteo E., “La resolución por incumplimiento”, ob. cit., p. 70; PIZARRO, Ramón D. — VALLESPINOS, Carlos G., “Instituciones de derecho privado. Obligaciones”, Ed. Hammurabi, Buenos Aires, 1999, t. II, p. 493; APARICIO, Juan M., “Contratos”, ob. cit., t. 3, p. 509; MORELLO, Augusto M., “Ineficacia y frustración del contrato”, 2ª ed., Ed. AbeledoPerrot, Buenos Aires, 2006 (1ª ed., 1974), p. 222.

(21) Recordemos que, en su versión originaria, el Código Civil no admitía la facultad resolutoria típica. Mucho menos su ejercicio anticipado, lógicamente. De to-

Téngase en cuenta, además, que nuestro país ha aprobado por ley 22.765 la Convención de las Naciones Unidas sobre los Contratos de Compraventa Internacional de Mercadería, cuyo art. 72 —citado en el párrafo precedente— acoge la resolución anticipada del contrato.

## V. PRESUPUESTOS

### V.1. Introducción

A los presupuestos de la resolución por incumplimiento típica —el contrato que se quiere resolver debe ser válido y no debe haberse extinguido— se le agregan estos tres (22):

- la obligación cuyo incumplimiento futuro se invoca para resolver no debe ser aún exigible;
- todavía debe ser posible cumplirla cuando llegue su hora, y
- el deudor no debe haber incurrido en un incumplimiento (de otra obligación) que habilite la resolución.

### V.2. Obligación aún no exigible

La resolución preventiva se refiere a un incumplimiento futuro, que, precisamente porque es previsible que ocurrirá, habilita el ejercicio de esta facultad resolutoria atípica. Por lo tanto, la obligación cuyo incumplimiento se prevé no debe ser aún exigible al tiempo en que se pretende resolver de este modo el contrato. El caso típico es el de la obligación a plazo. Así lo suelen precisar los cuerpos normativos que regulan la cues-

---

dos modos, solía considerarse que en el art. 1413 —referido a la compraventa— admitía una aplicación específica de esta figura: “Si el vendedor se hallare imposibilitado para entregar la cosa, el comprador puede exigir que inmediatamente se le devuelva el precio que hubiese dado, sin estar obligado a esperar que cese la imposibilidad del vendedor”. En realidad, la norma se refiere a un supuesto de imposibilidad de pago. Coincide con nuestra figura en que el problema queda en evidencia antes de la fecha del cumplimiento. Pero no son idénticas: como veremos, uno de los requisitos de la resolución anticipada es que todavía sea posible el cumplimiento de la obligación. De lo contrario, habrá imposibilidad de pago, por lo que deberán aplicarse las reglas propias de este instituto.

(22) Respecto de los presupuestos genéricos, v. SÁNCHEZ HERRERO, Andrés, “Resolución de los contratos por incumplimiento”, ob. cit., ps. 23-29.

tión (23). Por ejemplo, la Convención de las Naciones Unidas sobre los Contratos de Compraventa Internacional de Mercadería (24). Si bien el art. 1084 del Cód. Civ. y Com. no lo precisa, lo presupone: ¿qué sentido tendría habilitar la resolución por el anuncio del incumplimiento si ya se hubiese incumplido, lo que de por sí sería suficiente para resolver?

De aquí se desprende que la mora no es un requisito de la resolución anticipada. Es más: es preciso que el otro contratante no esté en mora. La resolución anticipada y la mora son incompatibles: si hay mora, hay incumplimiento, y si hay incumplimiento, ya no puede haber resolución anticipada, sino resolución típica, en su caso.

Lógicamente, lo que sí se requiere es que, si la resolución anticipada se basa en un incumplimiento futuro por retraso, sea evidente —bien sea a través de un anuncio o de otro modo— que el deudor incurrirá en mora.

### V.3. Obligación cuyo cumplimiento futuro todavía es posible

La resolución preventiva solo tiene sentido si el cumplimiento del contrato todavía es posible. Es más: solo en este caso es viable (25). En su defecto, se aplican las reglas propias de la imposibilidad de pago, que pueden o no derivar en la resolución del contrato. Aun en este último caso, la disciplina aplicable es muy distinta a la de la resolución por incumplimiento (26).

Hay que distinguir, entonces, dos supuestos:

#### 1) Imposibilidad de cumplimiento:

Se aplican las reglas de la imposibilidad de pago. Disciplina que dependerá, fundamentalmente, de si la imposibilidad es o no imputable al deudor.

---

(23) V. Principios Unidroit sobre los Contratos Comerciales Internacionales 2016 (art. 7.3.3); The Principles of European Contract Law 2002 (partes I, II y III) (art. 9:304).

(24) “Si antes de la fecha de cumplimiento fuere patente que una de las partes incurrirá en incumplimiento esencial del contrato, la otra parte podrá declararlo resuelto” (art. 72.1).

(25) V. FERNÁNDEZ, Leonardo F., “Incumplimiento anticipado del contrato...”, ob. cit., § II.1.

(26) V. SÁNCHEZ HERRERO, Andrés, “Resolución de los contratos por incumplimiento”, ob. cit., cap. 33.

Es lo que ocurre, por ejemplo, si, por no haberse realizado los actos preparatorios, ya no es posible cumplir en el tiempo convenido.

2) Probabilidad de incumplimiento:

Si hay probabilidad, pero no imposibilidad, no son aplicables las reglas sobre la imposibilidad de pago, pero sí es viable la resolución anticipada, en la medida en que concurran los demás requisitos de esta figura.

Destaco, en particular, que aquí pueden encajar supuestos de hecho que, de verificarse al tiempo en que el cumplimiento ya es exigible, implicarían imposibilidad de pago. La razón: como el cumplimiento todavía no es exigible, el deudor podría revertir el cuadro. Por lo tanto, hay que distinguir dos supuestos:

a) Si la imposibilidad es irreversible, se aplican las reglas de la imposibilidad de pago.

b) Si la imposibilidad es reversible, no. En su caso, si es muy evidente que el deudor no revertirá el cuadro, el acreedor podría echar mano de la resolución anticipada.

#### **V.4. Deudor que no ha incurrido en un incumplimiento que habilite la resolución típica**

A riesgo de señalar una obviedad, destaco que, si el deudor ya hubiese incurrido en un incumplimiento grave o esencial (en el caso de la facultad resolutoria legal) o subsumible en las previsiones de un pacto comisorio expreso, con esto ya sería suficiente para resolver el contrato. No se trataría de una resolución preventiva, sino de una resolución por incumplimiento típica, por así decirlo [lógicamente, me refiero al incumplimiento de una obligación distinta de aquella que se invoca para resolver por anticipado. Respecto de esta última, es imposible que haya sido incumplida, habida cuenta de que aún no es exigible (que es el primero de los presupuestos que estamos examinando)].

Distinto es el caso cuando se ha producido un incumplimiento, pero, por la razón que sea, no basta para justificar el ejercicio de la facultad resolutoria común. Unido a otros factores, puede dar pie a la resolución preventiva, en la medida en que concurran sus requisitos propios (27).

---

(27) V. § VIII.

## VI. REQUISITOS GENÉRICOS

### VI.1. Introducción

Son aplicables, en principio, los requisitos previstos para la facultad resolutoria típica, con las adaptaciones correspondientes. La más importante es que no se requiere el incumplimiento, cuyo lugar es reemplazado por el requisito propio de la resolución anticipada: la evidencia de que probablemente la obligación será incumplida.

Lo dicho vale para toda resolución anticipada. Pero esta figura tiene dos especies, según que se base en el anuncio del deudor o en otra evidencia. Estas especies tienen requisitos propios, o al menos presentan peculiaridades en cuanto a la aplicación de los requisitos genéricos, de modo que, tras examinar estos últimos, agregaré un análisis de los propios de cada una.

### VI.2. Evidencia sobreviniente de que se incurrirá en un incumplimiento esencial

#### VI.2.a. La evidencia de que se incumplirá

##### VI.2.a.i. Consideraciones generales. Criterio aplicable

Para resolver el contrato con anticipación, debe ser evidente que una de las partes lo incumplirá. Algo claro, patente, que no ofrezca dudas. Así lo requieren, en general, los cuerpos normativos que admiten la resolución preventiva (28).

La clave está en el grado de probabilidad o certidumbre de que el incumplimiento ocurrirá. El incumplimiento futuro es evidente si se mueve entre un piso y un techo:

1) El piso: la resolución preventiva se descarta si no es altamente probable que se vaya a incumplir, por más que esto sea posible.

---

(28) Por ejemplo, los Principios Unidroit sobre los Contratos Comerciales Internacionales 2016 [art. 7.3.3: “Si antes de la fecha de cumplimiento de una de las partes *fuere patente* que una de las partes incurrirá en un incumplimiento esencial, la otra parte puede resolver el contrato” (énfasis agregado)]; The Principles of European Contract Law 2002 (partes I, II y III) [art. 9:304: “Cuando con carácter previo al vencimiento *resulta evidente* que una parte incumplirá su obligación de manera esencial, la otra parte tiene derecho a resolver el contrato” (énfasis agregado)].

2) El techo: tampoco cabe la resolución preventiva cuando será imposible cumplir.

Ya me he referido al techo, así que hablemos del piso. La resolución preventiva supone necesariamente un análisis prospectivo, ya que se basa en la probabilidad de que algo (el incumplimiento) ocurrirá. La probabilidad admite grados, que van desde la imposibilidad hasta la necesidad de que algo ocurra. Del 0% al 100%. La resolución será viable solo si ese análisis del escenario futuro revela cierto grado de probabilidad o verosimilitud de que el contrato se incumplirá.

Por cierto: el riesgo cero no existe. Aun en los contratos más sólidos, y con todo el viento a favor, siempre existe la posibilidad, así sea ínfima, del incumplimiento. El punto pasa por cuál es el nivel de riesgo que habilita para resolver el contrato. Por supuesto, no se trata de tasar numéricamente la cuestión, sino de fijar un criterio, cuya aplicación a cada caso dependerá de las circunstancias. Es el siguiente: para que la resolución anticipada sea viable, debe ser altamente probable que la otra parte incumplirá. Muy evidente. De lo contrario, no se justifica una solución tan drástica. Por ejemplo, no basta una mera sospecha de incumplimiento, por más que pueda tener algún asidero (29). Se requiere un grado mayor de certidumbre.

Por cierto, el art. 1084, inc. e), no precisa esta exigencia. Lo que no es raro, ya que solo ha regulado un supuesto puntual de resolución anticipada: la que se basa en el anuncio del incumplimiento por el deudor al acreedor. De todos modos, requiere que el deudor haya realizado “una manifestación seria y definitiva” en este sentido, que viene a ser una aplicación específica al caso regulado del requisito que aquí estamos examinando en general.

La cuestión sí está explicitada en la Convención de las Naciones Unidas sobre los Contratos de Compraventa Internacional de Mercadería, aprobada en nuestro país mediante la ley 22.765 (30).

---

(29) V. Unidroit Principles of International Commercial Contracts 2016 (comentarios al art. 7.3.3).

(30) “Si antes de la fecha de cumplimiento fuere patente que una de las partes incurrirá en incumplimiento esencial del contrato, la otra parte podrá declararlo resuelto” (art. 72.1).

*VI.2.a.ii. Fundamento de la prospección: ¿la resolución solo puede basarse en el anuncio del deudor?*

La evidencia del incumplimiento debe tener alguna base: un hecho o un conjunto de hechos en los que se apoya, a partir de los cuales cabe inferir la evidencia de que uno de los contratantes incumplirá el contrato. Ahora bien: ¿en qué hechos? En términos generales, hay dos posturas o abordajes al respecto:

1) Tesis restrictiva:

La resolución solo puede basarse en una manifestación del deudor (31). Puede ser expresa o tácita, declarativa o no, pero debe tratarse de una manifestación de su voluntad.

2) Tesis amplia:

La resolución puede basarse en cualquier hecho que ponga en evidencia que no se cumplirá. Ciertamente, puede tratarse de una declaración del deudor o de algún otro acto u omisión suyo (por ejemplo, si no realiza los actos preparatorios que la ejecución del contrato requiere). Pero también puede ser otro tipo de hecho. Por ejemplo, una crisis económica, política o sanitaria; una guerra, etcétera.

En suma, no hay duda de que la resolución preventiva puede basarse en la actuación del deudor (sea o no declarativa); la discusión se plantea respecto de los demás casos. Analizaré el tema más adelante (32).

*VI.2.a.iii. La evidencia debe ser sobreviniente*

Para que la resolución preventiva proceda, no solo debe ser muy probable que el contrato se incumplirá: es preciso, además, que esto no haya sido evidente al tiempo en que se lo celebró (33), que se haya alterado el nivel de riesgo. De lo contrario, se tratará de un riesgo asumido por el contratante que luego pretende resolver, lo que lo inhabilita para hacerlo.

Bien entendido: lo que se requiere es un cambio en el estado de cosas, a partir del cual se infiere que es muy probable que el deudor incumplirá. El caso típico —no el único— es el de la declaración del deudor posterior a la celebración del contrato. Sin este cambio, la resolución no es viable.

---

(31) V. FERNÁNDEZ, Leonardo F., “Incumplimiento anticipado del contrato...”, ob. cit., § II.5.

(32) V. § VIII.

(33) V. FERNÁNDEZ, Leonardo F., “Incumplimiento anticipado del contrato...”, ob. cit., § II.1.

De lo dicho se infiere el encuadre del caso en el cual la evidencia del incumplimiento futuro ya era patente al tiempo en que se celebró el contrato, pero que recién fue advertida por el acreedor con posterioridad. De concurrir los requisitos correspondientes, puede que haya nulidad por dolo o error. Pero la resolución preventiva no es viable.

### *VI.2.b. El incumplimiento futuro*

#### *VI.2.b.i. El incumplimiento debe ser esencial*

Para que la resolución anticipada sea viable, es preciso que el incumplimiento previsto sea esencial (34). El art. 1084, inc. e), no lo precisa, pero no puede ser de otro modo: si un incumplimiento determinado no justifica la resolución del contrato, mucho menos puede hacerlo la probabilidad de que ocurra. Y la regla general es que la facultad resolutoria solo se puede ejercer ante un incumplimiento grave (35).

Esta exigencia suele estar prevista en los cuerpos normativos que regulan la resolución anticipada (36). Por ejemplo, en la Convención de las Naciones Unidas sobre los Contratos de Compraventa Internacional de Mercadería (37).

Es innegable que nuestro derecho interno se presta para una interpretación distinta. Recordemos lo que establece el art. 1084 del Cód. Civ. y Com.:

*“Configuración del incumplimiento.* A los fines de la resolución, el incumplimiento debe ser esencial en atención a la finalidad del contrato. Se considera que es esencial cuando:

”a) el cumplimiento estricto de la prestación es fundamental dentro del contexto del contrato;

---

(34) *Ibíd.*, § III.1.

(35) V. SÁNCHEZ HERRERO, Andrés, “Resolución de los contratos por incumplimiento”, *ob. cit.*, ps. 205-210.

(36) V. The Principles of European Contract Law 2002 (partes I, II y III) (art. 9:304, que requiere que sea evidente que la obligación se incumplirá de manera esencial); Principios Unidroit sobre los Contratos Comerciales Internacionales 2016 (art. 7.3.3, en el que se hace referencia al incumplimiento esencial).

(37) “Si antes de la fecha de cumplimiento fuere patente que una de las partes incurrirá en incumplimiento esencial del contrato, la otra parte podrá declararlo resuelto” (art. 72.1).



"b) el cumplimiento tempestivo de la prestación es condición del mantenimiento del interés del acreedor;

"c) el incumplimiento priva a la parte perjudicada de lo que sustancialmente tiene derecho a esperar;

"d) el incumplimiento es intencional;

"e) el incumplimiento ha sido anunciado por una manifestación seria y definitiva del deudor al acreedor".

He transcritto el artículo completo porque así queda en evidencia que, al menos a primera vista, el legislador ha enumerado cinco supuestos en los que el incumplimiento es esencial. Cinco supuestos independientes, quiero decir. Y en el inciso que nos interesa no hace ninguna referencia a la gravedad del incumplimiento. Más aún: la requiere en otros dos incisos [el a) y el c)], lo que refuerza la idea de que la gravedad no sería un requisito de la resolución anticipada.

La técnica de este artículo es defectuosa; literalmente interpretado, lo que prescribe es insensato. Pero es posible encaminarlo. Recuerdo lo básico:

- Más que cinco supuestos, el artículo contiene dos criterios generales para determinar si un incumplimiento es o no esencial [contenidos en los incs. a) y c)], y, además, tres supuestos específicos en los que la resolución es viable [plazo esencial —inc. b)—, incumplimiento doloso —inc. d)— y anuncio de incumplimiento —inc. e)—].

- Los criterios generales son combinables. Lo que nos queda es que, para habilitar la resolución del contrato, el incumplimiento debe ser grave, y su gravedad se estima conforme a un parámetro mixto, aunque más acentuado en la dimensión objetiva.

- Este criterio es aplicable a todo tipo de incumplimiento, incluidos los tres enumerados en los restantes incisos del artículo.

En lo que aquí nos interesa, esto implica que no basta que el deudor anuncie el incumplimiento: para que esto habilite la resolución anticipada del contrato, es preciso que el incumplimiento anunciado sea grave (38). De lo contrario, el acreedor solo podrá echar mano de otros medios de tutela de su derecho.

---

(38) V. FERNÁNDEZ, Leonardo F., "Incumplimiento anticipado del contrato...", ob. cit., § III.1.

De no adoptarse esta interpretación correctiva, habría que admitir que el anuncio de un incumplimiento menor bastaría para resolver anticipadamente. De por sí, esto choca con el principio de la buena fe y la prohibición del abuso del derecho (39). Es más: se daría el absurdo de que el mismo incumplimiento que, una vez producido, no habilitaría el ejercicio de la facultad resolutoria, sí permitiría la resolución anticipada por el mero hecho de ser anunciado. Por último, traigo a colación la Convención de las Naciones Unidas sobre los Contratos de Compraventa Internacional de Mercadería, que solo admite la resolución si lo que se anuncia es un incumplimiento esencial. No hay razón alguna para dar un tratamiento desigual al tema en nuestro derecho interno, en perjuicio del deudor.

#### *VI.2.b.ii. El incumplimiento futuro, ¿debe ser imputable?*

Para resolver anticipadamente, ¿se requiere que el incumplimiento futuro sea imputable? En particular, ¿se requiere la culpa? Las reglas aplicables a la resolución por incumplimiento típica inciden de manera decisiva sobre cómo opera este requisito en la resolución anticipada, de modo que conviene repasarlas:

1) si la obligación es de resultado, basta el hecho objetivo del incumplimiento: la culpa del deudor es irrelevante;

2) si la obligación es de medios, solo se puede resolver si hay culpa del deudor.

En el fondo, en los dos casos basta el incumplimiento, pero en el primero esto ocurre con la mera no consecución del resultado, mientras que en el segundo esto solo puede ocurrir si el deudor actuó con culpa.

En el marco de la resolución anticipada, las reglas son análogas. No idénticas, dado que, en el contexto de los contratos, la culpa solo es predicable respecto de un incumplimiento obligacional. Como en este caso todavía no se ha producido el incumplimiento —de lo contrario, estaría habilitada la resolución típica—, mal puede haber culpa. Pero sí cabe requerir algo análogo: el incumplimiento anunciado o previsible debe presentar los rasgos de imputabilidad propios de la obligación a la que se refiere. Por lo tanto:

---

(39) Ídem.

1) Si el incumplimiento se refiere a una obligación de resultado, basta con que se anuncie o sea evidente que no se alcanzará ese resultado. No se requiere la culpa.

2) Si el incumplimiento se refiere a una obligación de medios, es preciso que se anuncie o sea evidente que el deudor la incumplirá culposamente.

En definitiva, en los dos casos se requiere lo mismo: que se anuncie o sea evidente que no se cumplirá la obligación. Lo que ocurre es que, si se trata de una obligación de medios, esto —el incumplimiento— solo puede ocurrir si es evidente —ya sea por un anuncio o de otro modo— que el deudor actuará con culpa.

### VI.3. Otros requisitos

Salvo por las adaptaciones que demanda el hecho de que se resuelve por un incumplimiento futuro, se aplican las reglas generales de la resolución por incumplimiento típica. En lo que tiene que ver con los requisitos, el cambio más importante es que el incumplimiento actual es reemplazado por la evidencia del incumplimiento futuro. Los demás requisitos, en principio, se aplican sin mayores cambios.

### VI.4. Prueba

En línea con lo que es la regla para la resolución por incumplimiento general, la prueba de los requisitos en que se funda la resolución preventiva corre por cuenta del resolvente (40).

### VI.5. La opción resolutoria

#### *VI.5.a. ¿Facultad o carga? El deber de mitigar el daño y sus implicancias*

Naturalmente, el contrato solo queda resuelto si el acreedor ejerce la facultad resolutoria. Es su potestad. Puede decantarse por otro medio de tutela (por ejemplo, suspender el cumplimiento preventivamente) o no hacer nada. Es su elección (41). Por supuesto, no está obligado a resolver.

---

(40) V. FERNÁNDEZ, Leonardo F., “Incumplimiento anticipado del contrato...”, ob. cit., § II.1.

(41) *Ibíd.*, § II.9.

Y el no ejercicio de esta facultad no le genera ninguna consecuencia jurídica negativa.

Esta es, al menos, la regla general. Pero ¿qué sucede si con la resolución se puede evitar o mitigar el daño, pero el acreedor no resuelve? ¿Tiene derecho al resarcimiento del daño que habría podido evitar resolviendo anticipadamente? Se plantea cierta tensión entre

- el carácter potestativo de la facultad resolutoria, y
- el deber de prevenir el daño (en este caso, de mitigarlo), consagrado en el art. 1710 del Cód. Civ. y Com.

Teniendo en cuenta esto último, un sector de la doctrina considera que el acreedor no tiene derecho al resarcimiento del daño que habría podido evitar resolviendo anticipadamente el contrato (42).

Por mi parte, entiendo que, en principio, el acreedor no está obligado a resolver. Tampoco es una carga. Por lo tanto, no puede afectarse su derecho a un resarcimiento integral. Tiene derecho a que se le indemnice todo daño que haya sufrido, incluso aquel que habría podido evitar resolviendo antes. Esto es así incluso cuando el deudor le haya anunciado el incumplimiento. Al fin y al cabo, él también podría haber evitado el daño: le habría bastado con cumplir. Hay que tener en cuenta, además, el riesgo que toda resolución implica, en el sentido de que puede —y suele— ser cuestionada por la contraparte. Riesgo que se agudiza, al menos en términos abstractos, en el caso de la facultad resolutoria preventiva: si el tema suele prestarse para la polémica incluso ante un incumplimiento ya ocurrido, cuanto más cuando la resolución se basa en uno que *probablemente* ocurrirá.

De todos modos, no cabe descartar en términos absolutos que en algún caso excepcional el no ejercicio de la facultad resolutoria afecte negativamente al acreedor, haciéndole perder el derecho al resarcimiento del daño que una resolución anticipada habría podido evitar. Pero tiene que ser un caso muy especial, del que resulte con toda evidencia que el acreedor actuó irresponsablemente al no ejercer la facultad resolutoria. Podría ser el caso, por ejemplo, si el deudor le anticipa, sin invocar ninguna excusa o justificación, que, contra su voluntad, no estará en condiciones de cumplir el contrato y que se lo avisa con tiempo para que pueda adoptar las medidas correspondientes. Si, a pesar de este aviso,

---

(42) Ídem.

y teniendo “servida” la resolución, el acreedor no resuelve, podría privársele del resarcimiento del daño causalmente atribuible a su omisión.

#### *VI.5.b. Procedimiento resolutorio*

El procedimiento resolutorio difiere en función de si la resolución anticipada se basa o no en un anuncio de incumplimiento del deudor, de modo que analizaré estos dos supuestos por separado (43).

### **VII. ANUNCIO DEL INCUMPLIMIENTO**

#### **VII.1. Normativa aplicable**

El tema es regulado específicamente en el art. 1084, inc. e), del Cód. Civ. y Com.:

*“Configuración del incumplimiento.* A los fines de la resolución, el incumplimiento debe ser esencial en atención a la finalidad del contrato. Se considera que es esencial cuando:

[...]

e) el incumplimiento ha sido anunciado por una manifestación seria y definitiva del deudor al acreedor”.

#### **VII.2. Requisitos específicos**

##### *VII.2.a. Aclaración previa: sobre la interpretación de esta categoría y sus implicancias*

No hay duda de que, de acuerdo con el art. 1084, inc. e), la resolución preventiva procede si “el incumplimiento ha sido anunciado por una manifestación seria y definitiva del deudor al acreedor”. Ahora bien, ¿en qué consiste este anuncio? ¿Qué comprende? Antes de responder estos interrogantes, pondré el tema en perspectiva. Como veremos, el criterio con el que se concibe la resolución anticipada en general incide, y mucho, sobre el modo en que se interpreta este inciso.

---

(43) V. §§ VII.3 y VIII.3.

El punto es el siguiente: ¿solo se puede resolver el contrato si el deudor anuncia el incumplimiento, o también cabe hacerlo en cualquier otro supuesto en el que sea evidente que no cumplirá? Se han sostenido las dos posturas. Por mi parte, adhiero a la amplia (44). Me refiero al tema porque incide, y mucho, sobre el que ahora estamos abordando, en este sentido:

1) Si se adopta la tesis restringida, todo caso que no encuadra como anuncio de incumplimiento mediante una manifestación seria y definitiva del deudor al acreedor queda excluido del ámbito de la resolución anticipada, por muy evidente que sea que se incumplirá el contrato. Para resolverlo, habrá que esperar hasta que se produzca el incumplimiento.

2) Si se adopta la tesis amplia, por más que el caso no constituya el anuncio referido, se podrá resolver anticipadamente el contrato, siempre que sea evidente que se lo incumplirá.

Esto explica, a mi entender, que quienes sostienen la tesis restringida asuman una postura amplia a la hora de interpretar en qué consiste el anuncio de incumplimiento: de lo contrario, deberían desguarecer al acreedor. No es de extrañar que esto mismo ocurra en los sistemas que inequívocamente han limitado la resolución anticipada al caso en el cual el deudor repudia el contrato (por ejemplo, en el *common law*).

Por el contrario, quienes asumimos una postura amplia en cuanto al ámbito de aplicación de la resolución anticipada no tenemos ningún problema ante el caso en el que, si bien es evidente que no se va a cumplir, no se trata de un incumplimiento anunciado por el deudor: el acreedor queda igualmente cubierto: tiene derecho a resolver.

Pareciera, entonces, que, si se adopta esta última postura, no tiene ninguna relevancia si un supuesto encaja o no como un anuncio de incumplimiento, en la medida en que sea evidente que no se va a cumplir. Y es así, efectivamente, en lo que hace a si es o no viable la facultad resolutoria, pero no, en cambio, en cuanto a cómo se la ejerce y qué posibilidades tiene el deudor de evitarla. Si esta facultad se ejercita ante un anuncio de incumplimiento, el acreedor puede resolver directamente el contrato: le basta con comunicar al deudor su voluntad (45). Pero en los demás casos no cabe la resolución directa: debe comunicar previamente

---

(44) V. § VIII.1.

(45) V. § VII.3.

al deudor su intención de resolver el contrato, dándole la oportunidad de evitarla (46).

### VII.2.b. Delimitación del supuesto de hecho

#### VII.2.b.i. El anuncio del incumplimiento: noción

De acuerdo con el art. 1084, inc. e), la resolución anticipada procede si “el incumplimiento ha sido anunciado por una manifestación seria y definitiva del deudor al acreedor”. ¿En qué consiste este anuncio?

Según el *Diccionario de la Lengua Española*, “anunciar”, en su primera acepción, significa “[d]ar noticia o aviso de algo; publicar, proclamar, hacer saber” (47).

Se requiere, entonces, una manifestación de voluntad concluyente, cierta, inequívoca (48). Por lo pronto, porque se exige que sea un “anuncio”, y a esto se suma la exigencia de que se lo exteriorice mediante una “manifestación seria y definitiva”. Calificativos, estos últimos, que no aparecen en la fuente la norma —el art. 1049 del Proyecto de Código Civil de 1998—, lo que refuerza la idea de que estamos ante un estándar legal muy exigente en cuanto a la claridad y contundencia del anuncio del deudor (49).

Esto supone un elemento intencional. No basta con que del comportamiento del deudor pueda inferirse que probablemente no cumplirá: es preciso que mediante ese comportamiento el deudor quiera *anunciarle* al deudor que no lo hará. Lo que no quita que ese comportamiento también pueda habilitar la resolución anticipada, pero en este caso el contrato solo podrá resolverse de acuerdo con las pautas aplicables al

---

(46) V. § VIII.2.

(47) REAL ACADEMIA ESPAÑOLA, “Diccionario de la Lengua Española”, 23ª ed. (primera acepción).

(48) V. SCBA, “Giardino”, cit., p. 539; RAMELLA, Anteo E., “La resolución por incumplimiento”, ob. cit., p. 70; APARICIO, Juan M., “Contratos”, ob. cit., t. 3, p. 509; FARINA, Juan M., “Rescisión y resolución...”, ob. cit., p. 78.

(49) “*Configuración del incumplimiento*. A los fines de la resolución del contrato se considera que una parte incurre en incumplimiento: [...] b) Si manifiesta a la otra parte que no cumplirá”.

caso en el cual es evidente que el deudor, si bien no lo ha anunciado, incumplirá (50).

No es preciso que el deudor reconozca que el contrato es válido y va a incumplirlo injustificadamente. Por supuesto que este caso vale como anuncio del incumplimiento. Pero no es necesario llegar a tanto. Basta con que de su manifestación de voluntad resulte o pueda inferirse que no cumplirá el contrato —que no realizará la conducta objeto de la prestación—, más allá de cómo encuadre jurídicamente este hecho. En la medida en que el contrato sea válido y su incumplimiento injustificado, toda manifestación de voluntad del deudor por la cual comunique o de la cual pueda inferirse que no va a cumplirlo habilita el ejercicio de la facultad resolutoria anticipada. Por ejemplo, si:

- niega su validez (51);
- lo extingue ilegítimamente (v.gr., a través de una rescisión o incluso una resolución por incumplimiento);
- suspende ilegítimamente su cumplimiento;
- anuncia que no estará en condiciones de cumplirlo, por la razón que sea, o
- “interpreta” el contrato de un modo tal que, en definitiva, implica incumplirlo (siempre y cuando además sostenga que solo está dispuesto a “cumplirlo” según lo que resulta de su interpretación).

Analizaré algunos de estos supuestos más adelante.

Lógicamente, la facultad resolutoria se descarta si, en verdad, el otro contratante no está obligado a cumplir (52).

La manifestación de la voluntad de no cumplir puede ser expresa o tácita (53). Así resulta de los arts. 262 a 264 del Cód. Civ. y Com. Pero debe ser clara; en especial, en el segundo caso. Y bien entendido: debe ser una manifestación de voluntad por la cual el deudor le anuncia al

---

(50) V. §§ VIII (respecto de esta categoría, en general) y VIII.3 (procedimiento resolutorio aplicable en este caso).

(51) V. RAMELLA, Anteo E., “La resolución por incumplimiento”, ob. cit., p. 70; FARINA, Juan M., “Rescisión y resolución...”, ob. cit., p. 78, nota 1.

(52) V. § VII.2.b.ii.

(53) Ídem.



acreedor —esto es, le da noticia, le avisa, le hace saber— que incumplirá, que no realizará (o no lo hará en término) la prestación.

De acuerdo con el art. 262, la manifestación de voluntad puede provenir de una declaración del deudor o de cualquier otro comportamiento suyo (54).

En definitiva, volvemos al requisito genérico ya examinado: debe ser evidente que no se va a cumplir. Lo peculiar del caso es que, para encuadrar en la norma citada, este cuadro debe inferirse a partir de la manifestación de la voluntad del deudor.

### *VII.2.b.ii. Las excusas del deudor*

Volvamos sobre este tema. Con frecuencia, el deudor no se niega, lisa y llanamente, a cumplir, sino que invoca alguna excusa o justificación. Por ejemplo, cuestiona la validez del contrato; lo extingue (v.gr., a través de una rescisión o incluso una resolución por incumplimiento), o suspende su cumplimiento invocando el art. 1031 o el 1032 del Cód. Civ. y Com. Ante esto, ¿está facultado el acreedor para resolver el contrato? Se aplica la regla ya referida: en la medida en que el contrato sea válido y su incumplimiento injustificado, toda manifestación de voluntad del deudor por la cual comunique o de la cual pueda inferirse que no va a cumplirlo habilita el ejercicio de la facultad resolutoria anticipada (55). Por lo tanto, hay que distinguir dos supuestos:

1) Si el otro contratante no está obligado a cumplir o su incumplimiento está justificado, el acreedor no tiene derecho a resolver el contrato. Por ejemplo, si:

- el contrato es efectivamente inválido;
- la extinción ha sido legítima;
- la suspensión de cumplimiento está justificada.

En estos casos, si el acreedor igual resuelve anticipadamente el contrato, la resolución será ilegítima, con lo que sea que esto implique (56).

---

(54) V. FERNÁNDEZ, Leonardo F, “Incumplimiento anticipado del contrato...”, ob. cit., § II.5.

(55) Ídem.

(56) V. SÁNCHEZ HERRERO, Andrés, “Resolución de los contratos por incumplimiento”, ob. cit., ps. 401-426.

2) Si, en cambio, la excusa o justificación invocada por el deudor no es válida, el acreedor tiene derecho a resolver el contrato por anticipado.

Naturalmente, si las partes no se ponen de acuerdo, habrá que revisar la resolución en sede judicial (57).

### *VII.2.b.iii. Análisis de algunos supuestos en particular*

#### *- Inaptitud para cumplir*

¿Qué ocurre si el deudor le informa al acreedor que no podrá cumplir? ¿Y si pone en duda su aptitud para hacerlo? ¿No está anunciando su incumplimiento?

Para abordar el tema, partamos de esta base: la ley no supedita la facultad resolutoria del acreedor a que el deudor tenga la intención de incumplir. Basta con que anuncie, de manera seria y definitiva, que no cumplirá. Por lo tanto, si, más allá de cuál sea la causa, el deudor así lo anuncia, el acreedor tiene derecho a resolver el contrato (58). Y esto aun cuando el deudor invoque que quisiera cumplir, pero no podrá hacerlo.

¿Qué hay del caso en el cual el deudor manifiesta sus dudas de poder cumplir, pero no lo da como algo seguro? Se aplica el criterio general: si, en virtud de esta manifestación, es evidente que el deudor no cumplirá, el acreedor tiene derecho a resolver el contrato por anticipado; en su defecto, no. En este último caso, tal vez tenga derecho a suspender preventivamente el cumplimiento, dado que el umbral de probabilidad que se requiere respecto de este otro medio de tutela es más bajo que en el caso de la resolución preventiva.

#### *- Conducta incompatible con la futura ejecución del contrato. Los actos preparatorios*

En muchos casos, el cumplimiento de un contrato requiere cierta conducta previa de los contratantes. El caso típico es el de los actos preparatorios. Si el deudor no hace lo que debería hacer previamente para poder cumplir o hace lo que no debería hacer, ¿puede el acreedor resolver anticipadamente el contrato? Analizo el tema en otro parágrafo, al que remito (59). En síntesis, hay que distinguir varios supuestos:

---

(57) *Ibíd*em, ps. 387-426.

(58) V. FERNÁNDEZ, Leonardo F., "Incumplimiento anticipado del contrato...", *ob. cit.*, § II.6.

(59) V. § VIII.2.

1) Actos preparatorios cuyo incumplimiento habilita el ejercicio de la facultad resolutoria típica:

Por ejemplo, cuando se trata de un acto preparatorio que es objeto de una obligación y su incumplimiento es esencial. Lo que cabe es resolver por incumplimiento, no por incumplimiento anticipado.

2) Actos preparatorios cuyo incumplimiento no habilita el ejercicio de la facultad resolutoria típica:

¿Hay derecho a resolver anticipadamente el contrato? Sí, en la medida en que, por el incumplimiento de estos actos preparatorios (por sí o en conjunto con otros factores), sea evidente que el deudor incumplirá su obligación. Pero hay que tener en cuenta esta distinción:

- Si la omisión de los actos preparatorios hace imposible el cumplimiento de la obligación, habrá imposibilidad de pago, por lo que se aplica la disciplina propia de esta figura.

- Si esta omisión, sin hacer imposible el cumplimiento de la obligación, permite suponer que es altamente probable que no se cumplirá la obligación, el acreedor tiene derecho a resolver anticipadamente el contrato.

En este último caso, la omisión de los actos preparatorios, *por sí sola*, no es un anuncio de incumplimiento. Por lo tanto, el acreedor tiene la carga de advertirle al deudor su intención de resolver el contrato, de modo que este tenga la oportunidad de salvarlo (60).

- *Exigencia o pedido de modificación del contrato*

La mera exigencia de modificación del contrato no basta para resolverlo por anticipado (61). Mucho menos el simple pedido.

Distinto es el caso si, además, el deudor supedita su cumplimiento a la satisfacción de esta exigencia o pedido, supuesto que sí habilita para ejercer la facultad resolutoria preventiva (62). Aunque de manera condicional, el deudor está anunciando que no cumplirá.

---

(60) V. § VIII.3.

(61) V. FERNÁNDEZ, Leonardo F., "Incumplimiento anticipado del contrato...", ob. cit., § II.6.

(62) Ídem.

Respecto de esto último, no tiene ninguna relevancia su buena o mala fe, al menos a los efectos de la facultad resolutoria. Esto implica, por ejemplo, que, si lo que el deudor requiere es una modificación del contrato y subordina su cumplimiento a la satisfacción de esta exigencia, el acreedor puede resolverlo anticipadamente, por más que el deudor esté convencido de que lo que en realidad está exigiendo es el cumplimiento cabal del contrato, rectamente interpretado.

*- Interpretaciones discordantes del contrato*

El mero desencuentro entre las partes en cuanto a cómo debe interpretarse el contrato no habilita su resolución preventiva, naturalmente. El problema se presenta cuando están dispuestas a respaldar con su conducta sus interpretaciones respectivas. En definitiva —y con toda la subjetividad que esto puede implicar en algunos casos—, si las interpretaciones son contradictorias, habrá una correcta y otra incorrecta. Por lo tanto, la parte que sostiene esta última interpretación podría incurrir en un incumplimiento si es consecuente con su postura. Luego, si así lo anuncia, la otra tendría derecho a resolver el contrato. En definitiva, su cocontratante le está anunciado su incumplimiento, más allá de que lo haga de buena o mala fe (lo que depende de si cree o no en la interpretación que sostiene). Por supuesto, la resolución anticipada solo es viable si concurren los requisitos correspondientes (por ejemplo, el incumplimiento anunciado debe ser esencial).

*- Manifestaciones cuyo encuadre es dudoso*

Puede que una manifestación del deudor dé a entender que tal vez no cumpla el contrato. Esto no es suficiente para resolverlo por anticipado. No se alcanza el umbral de certidumbre requerido: debe ser muy evidente —aunque no fatal— que el deudor no cumplirá (63).

Sin perjuicio de esto, tal vez sea posible suspender preventivamente el cumplimiento, habida cuenta de que el grado de probabilidad que se requiere para ejercer este derecho es menor que el exigible para el ejercicio de la facultad resolutoria.

*- Confluencia de la manifestación o la conducta del deudor con otros factores*

Es posible que la actuación del deudor no constituya un anuncio de incumplimiento, pero que, unida a otros factores, ponga en evidencia

---

(63) V. FERNÁNDEZ, Leonardo F., “Incumplimiento anticipado del contrato...”, ob. cit., § II.6.

que probablemente no cumplirá el contrato. De ser el caso, el acreedor estará facultado para resolverlo por anticipado, pero serán aplicables las reglas propias de esta categoría resolutoria residual, de modo que no podrá resolver de manera directa (64). Esto puede tener importancia en muchos de los casos analizados precedentemente en los que he descartado que constituyan un anuncio de incumplimiento.

En cuanto a esto último, conviene hacer una distinción, que acaso pueda ser sutil, pero es ineludible. Tiene que ver con la interacción entre la manifestación o la conducta del deudor, por un lado, y las circunstancias del caso:

- Está fuera de discusión que esa manifestación o conducta debe ser analizada en el contexto de sus circunstancias concretas. Y que de esto puede resultar que una manifestación o conducta del deudor que, por sí sola, aislada, no valga como un anuncio de incumplimiento, sí lo haga en función de las circunstancias concretas en que se realizó. Aquí estamos, en definitiva, ante un anuncio de incumplimiento.

- Distinto es el caso si, aun efectuando esta interpretación integral, la manifestación o conducta no vale como anuncio de incumplimiento. Obviamente, no se le aplican las reglas previstas para este último. Pero bien podría ocurrir que, precisamente en función de esas circunstancias, y teniendo en cuenta, también, esa manifestación o conducta del deudor, sea evidente que no cumplirá. En este caso, también se podrá resolver el contrato por anticipado, pero de acuerdo con las reglas previstas para cuando no se trata de un anuncio de incumplimiento (65).

Hay que distinguir, entonces, tres supuestos:

1) La manifestación o conducta del deudor constituye un anuncio de incumplimiento:

el contrato se puede resolver por anticipado y de manera directa.

2) La manifestación o conducta del deudor no constituye un anuncio de incumplimiento:

2.a) La manifestación o conducta del deudor no constituye un anuncio de incumplimiento, pero es evidente que incumplirá:

---

(64) V. § VIII.

(65) V. § VIII.

el contrato se puede resolver por anticipado, pero no de manera directa (66).

2.b) La manifestación o conducta del deudor no constituye un anuncio de incumplimiento, y no es evidente que incumplirá:

el contrato no se puede resolver por anticipado.

### VII.3. Procedimiento resolutorio extrajudicial

El anuncio del incumplimiento por el deudor no solo incide sobre la cuestión de fondo —habilita la resolución preventiva—, sino también sobre lo procedimental. En concreto, en el procedimiento resolutorio extrajudicial.

De acuerdo con el art. 1088, inc. c), del Cód. Civ. y Com., “[l]a resolución por cláusula resolutoria implícita exige: [...] c) que el acreedor emplaze al deudor, bajo apercibimiento expreso de la resolución total o parcial del contrato, a que cumpla en un plazo no menor de quince días [...]. Dicho requerimiento no es necesario [...] si la parte incumplidora ha manifestado su decisión de no cumplir”, supuesto en el cual “la resolución total o parcial del contrato se produce cuando el acreedor la declara y la comunicación es recibida por la otra parte”.

Vamos ubicando la norma. Punto de partida: para resolver un contrato extrajudicialmente en virtud de la facultad resolutoria legal, es preciso que “el acreedor emplaze al deudor, bajo apercibimiento expreso de la resolución total o parcial del contrato, a que cumpla en un plazo no menor de quince días”. Agrega la ley que “[l]a resolución se produce de pleno derecho al vencimiento de dicho plazo”. Esta es la regla general, sentada en el propio inc. c). Sin embargo, el requerimiento no es preciso si “la parte incumplidora ha manifestado su decisión de no cumplir”. En este caso, al acreedor le basta con declarar la resolución y comunicársela al deudor para resolver el contrato. La resolución se produce cuando este último recibe la comunicación.

Contra lo que puede parecer a primera vista, la norma *no* se refiere a la resolución preventiva. Así resulta de su texto:

---

(66) V. §§ VIII y, en particular, en lo que hace al procedimiento resolutorio, VIII.3.

“Dicho requerimiento no es necesario si ha vencido un plazo esencial para el cumplimiento, si *la parte incumplidora* ha manifestado su decisión de no cumplir, o si el cumplimiento resulta imposible” (67).

Lógicamente, para que haya “parte incumplidora” debe haber incumplimiento. Y, de haber incumplimiento, no hay resolución preventiva, sino resolución típica.

Por lo tanto, la norma no se puede aplicar directamente a nuestro caso. ¿Cabe su aplicación analógica? Veremos que sí. Pero antes es preciso abordar otra cuestión.

La liberación de una carga presupone que esa carga existe. De lo contrario, no tiene sentido. La norma citada puede liberar al acreedor de la carga del requerimiento porque, en principio, de acuerdo con la regla general, esa carga existe y, de no ser por la eximición, debería cumplirla si quisiera resolver el contrato. Teniendo en cuenta su inutilidad, habida cuenta de la manifestación del deudor, el legislador lo libera.

Ahora bien, ¿en qué consiste la carga? En formular al deudor un requerimiento. ¿Qué se le requiere? Que cumpla. Obviamente, esto presupone que el deudor debe cumplir, y que debe hacerlo dentro del plazo de gracia del requerimiento (que, en principio, es de 15 días). En realidad, presupone que ya debería haberlo hecho antes, pero se le da una última oportunidad.

Por lo tanto, esta carga no es aplicable a la resolución preventiva. Al menos, no como está legislada. No estamos ante una caducidad del plazo. Luego, el acreedor no tiene derecho al cumplimiento anticipado, ni pesa sobre el deudor un deber correlativo. Ergo, mal puede tener el primero la carga de requerir algo a lo que no tiene derecho. Es obvio: la carga del requerimiento de pago presupone el derecho a ese pago.

Con lo dicho basta para descartar la aplicación del art. 1084, inc. c), a la resolución preventiva. Quiero decir, la aplicación de la regla general y, con ella, la de la excepción.

Pareciera, entonces, que el acreedor puede resolver directamente, sin más. Sin embargo, resulta algo chocante que, aun habiendo un incumplimiento, el acreedor deba otorgar una última oportunidad al deudor para que cumpla y salve el contrato, y no deba hacerlo cuando la resolución se funda, no ya en el incumplimiento, sino en que es previsible que este va a ocurrir. Todo indica que, si el deudor cuenta con

---

(67) Énfasis agregado.

este plazo de gracia cuando ha incumplido, también debería tenerlo, *a fortiori*, cuando todavía no lo ha hecho, por muy previsible que sea que vaya a hacerlo.

Aquí entra a tallar la eximición del inc. c) del art. 1084. Por la razón ya apuntada, no se la puede aplicar directamente a nuestro caso (68). Se refiere a otro supuesto: cuando el deudor ya ha incumplido el contrato. Pero cabe su aplicación analógica. Su razón de ser es que no tiene sentido conceder un plazo de gracia a quien manifestó su decisión de no cumplir. Evidentemente, se trata de un ritualismo inútil. El requerimiento existe para que el deudor tenga una última oportunidad. Si es obvio que no cumplirá esta función, no tiene sentido exigirlo. Y esto es independiente de si la resolución se basa en que el deudor ha incumplido o en que ha anunciado que incumplirá.

Hay tan solo una diferencia práctica entre estos dos casos:

- En el marco de la facultad resolutoria típica, es perfectamente posible que se resuelva por incumplimiento sin que el deudor haya anunciado que no cumplirá. Es lo usual. Luego, es lógicamente concebible que el deudor deba cursar el requerimiento resolutorio para ejercer esta facultad extintiva. De hecho, es la regla.

- Cuando la facultad resolutoria preventiva se ejerce ante un anuncio de cumplimiento —caso que estamos analizando—, por definición, siempre existirá este anuncio; por ende, el acreedor siempre quedará eximido de cursar el requerimiento.

Por lo demás, hay que tener en cuenta que, aun prescindiendo de lo anterior, tampoco podría cursarlo: ¿cómo habría de requerirle al deudor que cumpla si todavía no debe hacerlo? La razón por la cual el acreedor tiene derecho a resolver no es que el deudor ha incumplido, sino que ha anunciado que incumplirá. En todo caso, si se quisiese formular un requerimiento resolutorio análogo, lo que cabría requerirle al acreedor es que exigiese al deudor que rectificase su anuncio, bajo apercibimiento resolutorio. ¿Tiene el acreedor derecho a formularlo? Sin duda: quien puede lo más (resolver directamente) puede lo menos (resolver si el deudor no rectifica). Pero, en virtud de la norma examinada, no tiene la carga de hacerlo.

---

(68) En contra, considerando que sí es aplicable: FERNÁNDEZ, Leonardo F, “Incumplimiento anticipado del contrato...”, ob. cit., § III.3 (en rigor, el autor no se cuestiona el punto: lisa y llanamente, considera que el acreedor no tiene la carga de cursar el requerimiento previo, y fundamenta esa exención en la norma analizada).



¿Es recomendable que lo haga? Partimos de la base de que el deudor ya anunció de manera seria y definitiva que no va a cumplir, razón suficiente para ejercer la facultad resolutoria preventiva. Luego, no es preciso requerirle que ratifique o rectifique sus dichos.

Distinto sería el caso si hubiese cierta ambigüedad. Si no hubiera un anuncio serio y definitivo. Pero aquí ya no estaríamos ante una cuestión de procedimiento resolutorio, sino de fondo: estaría faltando el anuncio que justifica el ejercicio de la facultad resolutoria preventiva. En este caso sí tendría sentido requerirle al deudor que aclarase qué piensa hacer. De optar el acreedor por este camino, pueden presentarse dos escenarios:

1) Si por la respuesta del deudor queda configurado el anuncio de incumplimiento al que se refiere la ley, el acreedor podrá resolver preventivamente el contrato —sin necesidad de formular el requerimiento resolutorio—.

2) En su defecto, no —en cuyo caso devendrá abstracta la cuestión de cómo puede ejercer un derecho (el resolutorio) con el que no cuenta—.

#### VII.4. Retracción

¿Tiene derecho el deudor a retractarse de su anuncio de incumplimiento? En otros términos: si se retracta, ¿pierde el acreedor el derecho a resolver preventivamente el contrato? El tema no está legislado específicamente (69). Hay que acudir a las reglas generales. La retractación solo es eficaz si el acreedor no ha hecho algo incompatible con esta (70). Por ejemplo, resolver preventivamente el contrato. Hasta entonces, por así decirlo, el deudor tiene derecho a “purgar” su anuncio de incumplimiento.

---

(69) En el derecho estadounidense, en cambio, bajo el título “Retraction of Anticipatory Repudiation”, el § 2-611 del Uniform Commercial Code dispone lo siguiente: “[1] *Until the repudiating party’s next performance is due he can retract his repudiation unless the aggrieved party has since the repudiation cancelled or materially changed his position or otherwise indicated that he considers the repudiation final.* [2] *Retraction may be by any method which clearly indicates to the aggrieved party that the repudiating party intends to perform, but must include any assurance justifiably demanded under the provisions of this Article (Section 2-609).* [3] *Retraction reinstates the repudiating party’s rights under the contract with due excuse and allowance to the aggrieved party for any delay occasioned by the repudiation.*”

(70) V. FERNÁNDEZ, Leonardo F., “Incumplimiento anticipado del contrato...”, ob. cit., § II.8.

Pero ¿de dónde sale esto? De varios principios y reglas generales: la buena fe, el principio de protección de la confianza y la prohibición del abuso del derecho, entre otros. Y, en lo que tiene que ver con el régimen específico de la resolución por incumplimiento, de la regla de que los requisitos para resolver deben concurrir al tiempo en que el acreedor opta por este medio extintivo. En su defecto, carece de la facultad resolutoria, por más que haya podido tenerla antes. Como vimos, por esta misma razón, en la resolución por incumplimiento típica, el deudor tiene derecho a purgar su mora mientras el contrato no haya sido resuelto. Lo mismo ocurre en este caso, con las adaptaciones correspondientes.

Para ser eficaz, la retractación tiene que dismantelar o revertir el cuadro generado por el anuncio de incumplimiento que la precedió. En lo que hace a este supuesto específico, la resolución preventiva se basa en que el deudor ha anunciado el incumplimiento mediante una manifestación seria y definitiva. Al retractarse, entonces, y como mínimo, debe manifestar con claridad que cumplirá el contrato (71). ¿Algo más? Puede que sí. El fundamento de la facultad de resolver de forma anticipada se basa en la evidencia de que el deudor no cumplirá el contrato, que en este caso resulta de su anuncio de incumplimiento. Por lo tanto, es preciso que, teniendo en cuenta las circunstancias del caso, la retractación sea apta para revertir claramente esa presunción. Esto exige un análisis prudencial. No se trata, tan solo, de volver al punto de partida. El anuncio existió, y es una señal de alerta para el acreedor, que difícilmente una retractación borraré por completo. Se trata, insisto, de una cuestión prudencial. En ciertos casos, bastará la retractación; en otros, habrá que reforzar el mensaje con algo más contundente. Por ejemplo, el otorgamiento de una garantía.

Veamos algunos ejemplos:

1) Si el deudor anunció su incumplimiento invocando una interpretación del contrato que supuestamente lo justificaba, y luego se retracta de su interpretación y, en consecuencia, de su anuncio, tal vez con esta mera retractación baste para dar por terminado el asunto.

2) Si el deudor le manifestó al acreedor que no podría cumplir por sus dificultades financieras, pero luego se desdice, tal vez con esto no alcance para borrar el pasado y sea preciso darle alguna seguridad adicional al acreedor.

---

(71) Así lo precisa el Uniform Commercial Code de los Estados Unidos en su § 2-611, sin perjuicio de que luego agrega que el deudor deberá garantizar el cumplimiento si el acreedor se lo requiere razonablemente.

3) Si el deudor vendió la cosa que era objeto del contrato a un tercero, sin duda que no bastará su retractación para hacerle perder al acreedor el derecho resolutorio. Tendrá que acompañarla con algo más convincente —por ejemplo, la readquisición de la cosa que había vendido— (72).

Se trata, insisto, de una cuestión prudencial, que debe ponderarse en función de las circunstancias de cada caso.

### VIII. EVIDENCIA DE QUE SE INCUMPLIRÁ NO DERIVADA DEL ANUNCIO DEL DEUDOR

#### VIII.1. Viabilidad de la resolución preventiva. Requisitos

¿Se puede resolver anticipadamente el contrato si la evidencia de su incumplimiento no proviene una declaración o al menos un comportamiento del deudor? En el plano comparado, hay dos posturas o abordajes al respecto:

1) Tesis restrictiva:

La resolución solo puede basarse en una manifestación del deudor. Puede ser expresa o tácita, declarativa o no, pero debe tratarse de una manifestación de este último.

Esta es la línea seguida, en general, en el *common law* (73).

2) Tesis amplia:

La resolución puede basarse en cualquier hecho que ponga en evidencia que se incumplirá. Ciertamente, puede tratarse de una declaración del deudor o de algún otro acto u omisión suyo (por ejemplo, si no realiza los actos preparatorios que la ejecución del contrato requiere). Pero también puede ser un hecho de otro tipo. Por ejemplo, una crisis económica, política o sanitaria; una guerra o, más en general, cualquier cambio de circunstancias que ponga en evidencia que la otra parte no cumplirá el contrato.

---

(72) V. FERNÁNDEZ, Leonardo F., “Incumplimiento anticipado del contrato...”, ob. cit., § II.8.

(73) Por ejemplo, en el derecho estadounidense (Uniform Commercial Code, § 2-610, que se titula “Anticipatory Repudiation”).

Esta línea es seguida, entre cuerpos normativos, por los Principios Unidroit sobre los Contratos Comerciales Internacionales 2016 (74), los Principios de Derecho Europeo de los Contratos (75) y el Código Civil alemán (76).

¿Qué hay del derecho argentino? En el marco del viejo régimen, los pocos autores que abordaron la cuestión consideraron que la manifestación de la voluntad de no cumplir no era el único caso en el cual se podía resolver sin incumplimiento. También cabía hacerlo si, por cualquier otra razón, ya antes del vencimiento de la obligación se hacía evidente que no sería cumplida (77). Pero el panorama normativo ha cambiado a partir de la sanción del Código Civil y Comercial.

La Convención de las Naciones Unidas sobre los Contratos de Compraventa Internacional de Mercadería, aprobada mediante la ley 22.765, sigue el criterio amplio:

“Si antes de la fecha de cumplimiento fuere patente que una de las partes incurrirá en incumplimiento esencial del contrato, la otra parte podrá declararlo resuelto” (78).

---

(74) Art. 7.3.3: “Si antes de la fecha de cumplimiento de una de las partes fuere patente que una de las partes incurrirá en un incumplimiento esencial, la otra parte puede resolver el contrato”. De por sí, el texto citado es claro. Y en el comentario oficial de la norma, tras poner como ejemplo el caso típico del anuncio de incumplimiento, se agrega que la evidencia puede provenir de cualquier otra circunstancia (Unidroit Principles of International Commercial Contracts 2016).

(75) Art. 9:304: “Cuando con carácter previo al vencimiento resulta evidente que una parte incumplirá su obligación de manera esencial, la otra parte tiene derecho a resolver el contrato”.

(76) Arts. 321 y 323.4. Si bien el primero habilita la resolución preventiva cuando sea manifiesto que la otra parte está comprometida en su aptitud para cumplir, no requiere ninguna manifestación del deudor en este sentido. En cuanto al art. 323, es todavía más amplio, ya que admite la extinción anticipada siempre que sea evidente que en el futuro se verificarán los requisitos previstos para la resolución por incumplimiento.

(77) V. RAMELLA, Anteo E., “La resolución por incumplimiento”, ob. cit., p. 70; SCBA, “Giardino”, cit., p. 539; FARINA, Juan M., “Rescisión y resolución...”, ob. cit., p. 78; FONTANARROSA, Rodolfo O., “Derecho comercial argentino”, Ed. Zavalía, Buenos Aires, 1993, t. 2: “Doctrina general de los contratos comerciales”, p. 111; CARNELLI, Santiago — CAFARO, Eugenio B., “Eficacia contractual”, ob. cit., p. 184; GARRIDO, Roque F. — ZAGO, Jorge A., “Contratos civiles y comerciales”, 2ª ed., Ed. Universidad, Buenos Aires, 1998, t. I: “Parte general”, p. 403. Un caso especial se plantea con relación a los contratos de resultado futuro (v. SÁNCHEZ HERRERO, Andrés, “Resolución de los contratos por incumplimiento”, ob. cit., ps. 92-98).

(78) Art. 72.1.

En cambio, nuestro derecho interno regula el tema de manera más acotada. Solo se refiere a un supuesto específico: cuando el deudor le anuncia al acreedor de manera seria y definitiva que no va a cumplir. Partiendo de esta norma, un sector de la doctrina considera que la resolución preventiva solo es viable si el deudor anuncia que incumplirá (79). Al ser el único caso en el que se permite explícitamente la resolución anticipada, se interpreta, *a contrario sensu*, que no cabe efectuarla en ningún otro.

La otra alternativa consiste en aplicar la norma por analogía, de modo de habilitar también la resolución en todo otro caso en el que sea evidente que no se cumplirá, por más que el deudor no se lo haya anunciado al acreedor.

Como ocurre siempre que se plantea este dilema, la cuestión no puede resolverse apelando a la lógica. Hasta aquí llegamos con este recurso. En adelante, la solución debe encontrarse ponderando los valores en juego, que son los siguientes:

- El anuncio del deudor genera un cuadro de incertidumbre para el acreedor, que no sabe a qué atenerse: según el contrato, el deudor cumplirá; según su manifestación de voluntad ulterior, no.

- Mejor prevenir que curar: cuanto antes se resuelva el contrato, menor será el daño.

- ¿Para qué esperar si ya es evidente que el deudor no va a cumplir?

Estas razones también pesan a favor de que se admita la facultad resolutoria preventiva en cualquier supuesto en el que sea evidente que el deudor no va a cumplir, aun cuando no consista en un anuncio de incumplimiento. Hay, entonces, identidad de razón. Luego, cabe aplicar la norma —el art. 1084, inc. e)— por analogía.

¿Pero no hay, acaso, ninguna diferencia relevante entre el caso previsto y los que no lo están? Al fin y al cabo, en el primero, el deudor manifiesta su voluntad —anuncia que incumplirá—; en los otros, no.

La diferencia existe, sin duda, pero no es determinante. En definitiva, esa manifestación de voluntad habilita el ejercicio de la facultad resolutoria preventiva porque pone en evidencia que el deudor no cum-

---

(79) V. FERNÁNDEZ, Leonardo F., “Incumplimiento anticipado del contrato...”, ob. cit., § II.1.

plirá, evidencia a la que también se llega, aunque por otros carriles, en la categoría residual que estamos examinando.

Hay —reitero— identidad de razón. Los casos cotejados se asemejan en sus aspectos jurídicamente relevantes, sin que las diferencias que presentan entre sí tengan suficiente entidad. Luego, cabe aplicar el art. 1084, inc. e), por analogía. Siempre que sea evidente que el deudor no cumplirá el contrato, el acreedor tiene derecho a resolverlo por anticipado. Si así lo anuncia el deudor, por la aplicación directa de la norma citada; en su defecto, por su aplicación analógica.

### **VIII.2. Conducta incompatible con la futura ejecución del contrato. Los actos preparatorios**

En muchos casos, el cumplimiento de un contrato requiere cierta conducta previa de los contratantes. Puede consistir en un comportamiento positivo (v.gr., adquirir insumos, contratar personal, estar presente en determinado lugar o gestionar autorizaciones estatales) o negativo (v.gr., no asumir compromisos sin tener capacidad para cumplirlos). El caso típico es el de los actos preparatorios del cumplimiento, que tomaré como referencia para analizar esta categoría, si bien lo dicho vale para los demás que la integran, con las adaptaciones correspondientes.

¿Se puede resolver anticipadamente un contrato si el deudor no realiza los actos preparatorios para cumplirlo? Para responder este interrogante, hay que distinguir varios supuestos:

1) Actos preparatorios cuyo incumplimiento habilita el ejercicio de la facultad resolutoria típica:

Partamos de un ejemplo: el contrato de obra. El contratista asume dos obligaciones principales:

- realizar la obra (obligación de hacer), y
- entregarla (obligación de dar).

Sin el cumplimiento de la primera, no puede cumplirse la segunda. En cierto modo, entonces, podría considerarse que la realización de la obra es un acto preparatorio de su entrega.

Supongamos que el contratista no realiza la obra. No hay duda de que, al vencimiento de la obligación de dar, el comitente podría resolver el contrato si no se la cumple, pero ¿lo puede resolver antes, si, por la demora en la realización de la obra, es evidente que no se la podrá entregar en término? Sin duda que sí. Pero, en rigor, no se tratará de una resolución anticipada,

sino de una facultad resolutoria típica, basada en el incumplimiento de la obligación de hacer que pesa sobre el contratista. Estamos ante un incumplimiento actual de la obligación de hacer, más allá del incumplimiento potencial de la obligación de dar que esto supone.

En síntesis: si el comportamiento del deudor constituye el incumplimiento de una obligación, el acreedor tiene derecho a ejercer la facultad resolutoria típica, por más que ese incumplimiento además implique que en el futuro no cumplirá otra obligación, respecto de la cual la primera viene a ser una suerte de acto preparatorio.

Distinto sería el caso si este incumplimiento no fuese suficiente para ejercer la facultad resolutoria típica (por ejemplo, porque no se trata de un incumplimiento esencial). El supuesto encuadraría como una de las especies de esta segunda categoría:

2) Actos preparatorios cuyo incumplimiento no habilita el ejercicio de la facultad resolutoria típica:

El género incluye al menos dos especies:

- los actos preparatorios que no son objeto de una obligación;
- los actos preparatorios que son objeto de una obligación, pero cuyo incumplimiento no habilita para ejercer la facultad resolutoria típica (por ejemplo, porque no tiene suficiente gravedad como para constituir, *per se*, un incumplimiento esencial).

Respecto de esta categoría, planteo dos interrogantes:

- El acreedor ¿tiene derecho a resolver anticipadamente el contrato?
- Suponiendo que así sea, ¿se trata o no de un anuncio de incumplimiento?

Comencemos por el primero. Se aplica la regla general: en la medida en que, por el incumplimiento de estos actos preparatorios (por sí o en conjunto con otros factores), sea evidente que el deudor incumplirá su obligación, el acreedor tiene derecho a resolver el contrato por anticipado (80). De todos modos, hay que tener en cuenta esta distinción:

- Si la omisión de los actos preparatorios hace imposible el cumplimiento de la obligación, hay imposibilidad de pago, por lo que se aplica la disciplina propia de esta figura.

---

(80) Ídem.

- Si esta omisión, sin hacer imposible el cumplimiento de la obligación, permite suponer que es altamente probable que no se cumplirá la obligación, el acreedor tiene derecho a resolver el contrato por anticipado.

Pasemos, ahora, al segundo interrogante: en este último caso, ¿estamos ante un anuncio de incumplimiento? Así lo entiende un sector de la doctrina (81). Hay que tener en cuenta, con todo, que, por lo general, quienes participan de esta tesis también suelen considerar que la resolución anticipada solo puede efectuarse si el deudor anuncia su incumplimiento. Por lo tanto, si no encajan el caso en esta categoría, están forzados a rechazar el ejercicio de la facultad resolutoria anticipada. Como interpreto con más amplitud la figura (entiendo que es posible ejercer esta facultad siempre que sea evidente que no se cumplirá el contrato, aun sin un anuncio del deudor), no tengo este problema. Partiendo de esta base, considero que, en principio, la omisión de los actos preparatorios, *por sí sola*, no es un anuncio de incumplimiento. Por dos razones:

- Es algo forzado interpretar que la omisión de esos actos constituye, por sí, un anuncio, en el sentido ya analizado (82). No necesariamente implica una manifestación de voluntad seria y definitiva por la cual el deudor quiera anunciar, dar noticia, avisar o hacer saber al acreedor que incumplirá.

- Prefiero las consecuencias jurídicas derivadas de este encuadre: al no tratarse de un anuncio, si bien el acreedor tiene derecho a resolver el contrato por anticipado, no puede hacerlo directamente (83). Esto último se justifica cuando el deudor ya le ha comunicado, mediante una manifestación seria y definitiva, que no cumplirá. En su defecto, no, por muy probable que sea el incumplimiento. Ya no se trata de un ritualismo inútil. Por ejemplo, puede que lo verosímil no sea verdadero, y el deudor pueda explicarlo. O que, advertido por su acreedor, salga de su letargo y comience a realizar a toda máquina los actos preparatorios o acelere su ejecución. O que prefiera garantizar el cumplimiento. En fin, caben muchas alternativas, lo que justifica la exigencia de que el acreedor le advierta al deudor que tiene intención de resolver el contrato, de modo que este tenga la oportunidad de salvarlo. Todo esto se esfuma si encuadramos el caso como un anuncio de incumplimiento.

Distinto sería el caso si, además de omitir los actos preparatorios, el deudor hubiese realizado alguna manifestación de voluntad que fuese

---

(81) Ídem.

(82) V. § VII.2.b.i.

(83) V. § VII.2.b.iii.



en la misma línea. Lógicamente, esto sería irrelevante si esa manifestación, por sí sola, valiese como anuncio de incumplimiento. Pero la omisión de los actos preparatorios podría tener alguna incidencia en su defecto, como un elemento de interpretación de esa voluntad. Esta ya es una cuestión que depende de las circunstancias del caso. Aquí, me limito a sostener que, cuando la manifestación de voluntad del deudor puede ofrecer algún margen para la duda (recordemos que debe ser seria y definitiva), la omisión de los actos preparatorios podría ser un factor adicional relevante para encuadrar el caso como un anuncio de incumplimiento.

### VIII.3. Procedimiento resolutorio extrajudicial

Hasta aquí, las reglas aplicables a la resolución anticipada cuando la evidencia del incumplimiento futuro no deriva de un anuncio del deudor son las mismas que cuando se basa en este anuncio, con las adaptaciones correspondientes. Es cierto que este segundo caso se rige en forma directa por el art. 1084, inc. e), y el primero solo en forma analógica, pero las reglas son las mismas.

El panorama cambia en lo que hace al procedimiento extrajudicial de la resolución.

Ya me he referido a por qué el acreedor no precisa formular un requerimiento resolutorio para resolver preventivamente el contrato cuando se basa en que el deudor le ha anunciado el incumplimiento (84). Por el contrario, este recaudo es exigible en los demás casos de resolución preventiva. No en la forma requerida cuando se trata de una resolución por incumplimiento típica, naturalmente, pero sí en una versión adaptada.

De acuerdo con el art. 1088, inc. c), para resolver un contrato extrajudicialmente en virtud de la facultad resolutoria legal típica es preciso que “el acreedor emplace al deudor, bajo apercibimiento expreso de la resolución total o parcial del contrato, a que cumpla en un plazo no menor de quince días”. Agrega la ley que “[l]a resolución se produce de pleno derecho al vencimiento de dicho plazo”. Esta es la regla general, sentada en el propio inc. c).

¿Pesa esta carga sobre el acreedor que pretende resolver preventivamente el contrato? Pareciera que no: ¿cómo se le va a imponer que le exija al deudor el cumplimiento inmediato de una obligación que todavía no debe cumplir? Por más que sea evidente que no cumplirá, los plazos no

---

(84) V. § VII.3.

han caducado. El acreedor no tiene derecho al cumplimiento anticipado. Ergo, mal puede pesar sobre él la carga de requerir algo a lo que no tiene derecho.

Con lo dicho basta para descartar la aplicación del art. 1084, inc. c), a la resolución preventiva que estamos examinando: la aplicación de la regla general y, con ella, la de la excepción.

Por lo tanto, el panorama es el mismo que cuando analizamos la resolución basada en el anuncio de incumplimiento. Pero solo hasta aquí. Resulta algo chocante que, aun habiendo un incumplimiento, el acreedor deba otorgar una última oportunidad al deudor para que cumpla y salve el contrato, y no deba hacerlo cuando la resolución se funda, no ya en el incumplimiento, sino en que es previsible que este va a ocurrir. Todo indica que, si al deudor se le concede una última oportunidad para rescatar el contrato cuando lo ha incumplido, con mayor razón debería tenerla si todavía no lo ha hecho, por muy previsible que sea que vaya a hacerlo.

Pero ¿de dónde surge esta exigencia? Por lo pronto, de la aplicación *a fortiori* del art. 1088, en el sentido expuesto. Creo, además, que es una derivación elemental del principio de la buena fe. De acuerdo con el art. 961 del Cód. Civ. y Com., “[l]os contratos deben celebrarse, interpretarse y ejecutarse de buena fe”. Y también extinguirse, habría que agregar. Por lo demás, “[l]os derechos deben ser ejercidos de buena fe” —dispone el art. 9º—, y esto incluye al derecho resolutorio, naturalmente.

El deudor todavía no ha incumplido. Es evidente que va a hacerlo, pero aún no lo ha hecho. Pareciera elemental que debe dársele alguna intervención —una vela en este entierro—, bien sea para que desvirtúe la presunción o para que brinde seguridades al acreedor.

Y, a diferencia de lo que ocurre cuando la resolución preventiva se basa en su anuncio, aquí no es aplicable, ni siquiera por analogía, el inc. c) del art. 1084, que exige al acreedor de cursar el requerimiento resolutorio. Por dos razones:

1) En primer lugar, porque la norma se refiere al caso en el cual el deudor “ha manifestado su decisión de no cumplir”, y nuestro caso se caracteriza, precisamente, por la ausencia de esa manifestación: la evidencia del incumplimiento futuro se infiere de otros elementos.

2) En segundo lugar, porque es lo más razonable. Es cierto que, en función de las circunstancias del caso, todo indica que se incumplirá el contrato, pero ¿cómo no permitirle al deudor —que todavía no ha incumplido— que haga algo para evitar la resolución? A diferencia del

caso en el cual él ha anunciado que no cumpliría, en este no ha tenido ninguna participación. O, al menos, la evidencia no se infiere a partir de su declaración o comportamiento. Tal vez pueda demostrar que lo que parecía evidente —el incumplimiento futuro— no lo es, o acaso garantizar que cumplirá. De ser el caso, la resolución ya no estaría justificada, pero, para hacerlo, el deudor necesita esta oportunidad. No estamos ante un ritualismo inútil, como sí lo es cuando ya ha manifestado de manera seria y definitiva que no cumplirá.

En este caso no cabe, entonces, la resolución preventiva directa, a diferencia de lo que ocurre cuando se basa en un anuncio del deudor. Pero ¿qué es lo que debe hacer el acreedor como paso previo? ¿Cuál sería su carga? El Código Civil y Comercial no lo precisa (lo que es obvio, dado que no regula el tema). Pero la cuestión sí está prevista en la Convención de las Naciones Unidas sobre los Contratos de Compraventa Internacional de Mercadería, aprobada en nuestro país mediante la ley 22.765. Dispone lo siguiente:

“1. Si antes de la fecha de cumplimiento fuere patente que una de las partes incurrirá en incumplimiento esencial del contrato, la otra parte podrá declararlo resuelto.

”2. Si hubiere tiempo para ello, la parte que tuviere la intención de declarar resuelto el contrato deberá comunicarlo con antelación razonable a la otra parte para que esta pueda dar seguridades suficientes de que cumplirá sus obligaciones.

”3. Los requisitos del párrafo precedente no se aplicarán si la otra parte hubiere declarado que no cumplirá sus obligaciones” (85).

Estas pautas son aplicables a nuestro caso, bien sea por analogía o porque constituyen una derivación razonable del principio de buena fe. Por cierto, esto no quita que el acreedor pueda echar mano de algún otro medio que sea compatible con este estándar. Lo importante es que, en principio, no puede resolver de manera directa (en breve haré referencia a la excepción).

Queda descartado, desde ya, el requerimiento resolutorio, que es el recaudo propio de la resolución por incumplimiento típica. No tendría ningún sentido que se le exigiese al deudor el cumplimiento de una obligación que todavía no debe cumplir. El acreedor no está en trance

---

(85) Art. 72. El Código Civil alemán sigue la misma línea (art. 321).

de resolver porque se ha incumplido, sino porque es evidente que no se cumplirá. El recaudo debe ajustarse a la causa que justifica la resolución.

En principio, lo que debe hacer es comunicarle al deudor su intención de resolver por anticipado el contrato, debidamente justificada.

Ante esto, el deudor hará lo que le parezca mejor. Si quisiese evitar la resolución, podría garantizar el cumplimiento. O demostrar por qué no es evidente que incumplirá. Por supuesto, también podría renegociar el contrato.

Si las partes llegan a un acuerdo, el problema quedará superado. En su defecto, el acreedor deberá decidir si avanza o no con la resolución. A su riesgo, por supuesto, como ocurre siempre que se resuelve extrajudicialmente.

¿Cómo se produce la resolución? Depende de cómo haya comunicado el acreedor su intención de resolver el contrato. En principio, transcurrido un tiempo razonable sin respuesta o una vez recibida esta, podrá resolver el contrato (si esta sigue siendo su intención, obviamente). Con todo, no cabe descartar que la resolución se produzca en forma automática, en función del contenido de la comunicación ya cursada. Por ejemplo, si el acreedor le informó al deudor que el contrato quedaría resuelto si no recibía una respuesta satisfactoria dentro de cierto plazo.

A propósito de esto último, ¿qué plazo debe otorgarse al deudor? La Convención de Viena requiere que la comunicación se curse con una antelación razonable, de modo tal que el deudor pueda dar seguridades suficientes de que cumplirá sus obligaciones (86). Es una cuestión que dependerá de las circunstancias del caso. ¿Qué hay del plazo no menor a 15 días previsto para la resolución por incumplimiento típica? ¿Sería aplicable por analogía? En contra, podría objetarse que es un plazo de gracia para cumplir, no para el supuesto que estamos analizando. Y es cierto que el deudor no precisa tanto tiempo si se limitará a explicar por qué no es evidente que incumplirá el contrato, pero no lo es menos que sí puede necesitarlo para otorgar una garantía. En principio, entonces, el plazo de 15 días podría ser razonable, salvo que de las circunstancias del caso resulte algo distinto. Por ejemplo, que el deudor ofrezca asegurar el cumplimiento y requiera un tiempo adicional razonable para hacerlo.

Si, producida la resolución, el deudor cuestionase su legitimidad, el tema podría revisarse judicialmente, y el contratante que haya actuado

---

(86) El Código Civil alemán adopta el mismo criterio (art. 321.2).

contra derecho deberá hacerse cargo de las consecuencias de su actuación (87). Si es el resolvente, por la resolución ilegítima; si es el otro, por el incumplimiento que no llegó a cristalizarse pero fue evidente.

Detengámonos en lo de la ilegitimidad de la resolución preventiva. Puede deberse a dos causas:

1) Porque no era evidente que la otra parte iba a incumplir. Esto podrá resultar de las apariencias existentes al tiempo en que se promovió el procedimiento resolutorio o de la respuesta dada por el deudor cuando el acreedor le comunicó su intención de resolver.

2) Porque, recibido el requerimiento, el deudor garantizó u ofreció garantizar debidamente el cumplimiento.

Como vimos, el inc. b) del art. 72 de la Convención sobre la Compraventa Internacional de Mercadería le impone al acreedor la carga de comunicar su intención de resolver preventivamente el contrato “si hubiere tiempo para ello”. ¿Es aplicable esta excepción en nuestro derecho interno? A favor, podría invocarse la analogía, como así también que es una restricción razonable de la regla. En contra, que esta dispensa de la carga no se aplica ni siquiera cuando se resuelve en virtud de un incumplimiento efectivo; por lo tanto, *a fortiori*, tampoco cuando se lo hace en virtud de un incumplimiento potencial, por muy evidente que sea que vaya a ocurrir.

Un cuadro incierto, en suma. Con esta salvedad, considero que se puede resolver aplicando por analogía el propio art. 1088, inc. c). Norma que, tras imponerle al acreedor la carga del requerimiento resolutorio, lo exime de esta, entre otros supuestos, “si ha vencido un plazo esencial para el cumplimiento”. Obviamente, no es nuestro caso: mal puede haber vencido un plazo esencial para el cumplimiento si todavía no se ha producido el incumplimiento. Pero hay identidad de razón. La norma libera de la carga al acreedor porque el cumplimiento ya no le sirve. Y en nuestro caso pasa algo similar. No es que al acreedor no le sirve el cumplimiento: lo que no le servirá es que le cumplan con retraso, y esto es lo que ocurrirá si pierde el tiempo cursando el requerimiento resolutorio. Hay identidad de razón con el caso legislado; luego, cabe la aplicación analógica de la norma.

---

(87) V. SÁNCHEZ HERRERO, Andrés, “Resolución de los contratos por incumplimiento”, ob. cit., ps. 396-426.

Agrego dos comentarios:

- Tal vez, por las circunstancias del caso, el acreedor no quede eximido de cursar el requerimiento resolutorio, pero sí se justifique que el plazo de gracia sea menor que el usual.

- Al resolver sin darle participación al deudor, el acreedor asume el riesgo de hacerlo ilegítimamente. Riesgo que siempre existe, en definitiva, pero que en este caso se potencia.

### **IX. EFECTOS**

La resolución preventiva produce los mismos efectos que la resolución por incumplimiento típica (88). Estas dos modalidades de la facultad resolutoria solo difieren entre sí en cuanto al supuesto de hecho que las habilita y al modo en que se las ejercita.

---

(88) *Ibíd*em, ps. 443-742.

# EL “DERECHO FLEXIBLE”, “DROIT SOUPLE”, “SOFT LAW” EN EL DERECHO ARGENTINO. SU INFLUENCIA EN LA RESPONSABILIDAD CIVIL

POR NOEMÍ L. NICOLAU

## I. CONSIDERACIONES GENERALES

En recuerdo y homenaje al entrañable jurista Félix Trigo Represas se exponen en este trabajo algunos lineamientos referidos al denominado “derecho flexible”, tema que bien puede vincularse a los intereses manifestados permanentemente por el homenajeado, siempre muy atento a los grandes cambios del mundo jurídico que le tocó protagonizar.

Es el “derecho flexible” un derecho suave, borroso; según las expresiones francesas, *droit mou*, *droit flexible*, *droit flou*, o inglesa, *soft law* (quizás la expresión más difundida). Como dijera Carbonnier, es el “derecho sin rigor”, que plantea un desafío un tanto inédito en el estudio de las fuentes o de los modos de producción del derecho. Se relaciona con las nociones de fuentes, norma y ordenamiento normativo.

El tema se plantea en estos tiempos en que se alude, con razón, a una crisis del derecho solo fundado en normas legales de fuerte tradición estatista, y se subraya que tiene como rasgos característicos el nexo exclusivo con la soberanía, la verticalidad de la estructura y una configuración de tipo normativo, todo lo cual ha llevado a que “La primacía del derecho legislativo esté erosionada...” (1). Ese desplazamiento del Poder Legislativo se observa cuando en la solución de conflictos se emplean normas de “derecho flexible”, de modo que la solución viene por vía del Poder Judicial o arbitraje privado, que, para cierta doctrina, significa un pernicioso “desplazamiento indebido del poder de decisión del Legisla-

---

(1) BALDASSARE, Pastore, “*Soft law* y la teoría de las fuentes del derecho”, *Soft Power*, vol. 1, nro. 1, enero-junio, de 2014, p. 88.

tivo al Judicial”, por lo que se piensa que lo mejor sería lograr un sistema mixto construido en torno a un razonado equilibrio de reglas rígidas y elásticas (2), es decir, normas legales rígidas, acompañadas de otras más abiertas, y con cierto reconocimiento de normas de autoría no estatal.

Es que el derecho estatal tiene un lento modo de producción de normas que no se compadece con la dinámica actual, razón por la que la normatividad se va conformando por el trabajo de autores privados, organismos supraestatales y asociaciones profesionales, que van fortaleciendo al “derecho flexible”.

Frente a este panorama, presenta cierta dificultad y genera resistencias admitir que las normas de “derecho flexible” son realmente fuentes de derecho, de un derecho que resulta un tanto “más claudicante”. Para una parte de la doctrina, es una de las mejores herramientas que ofrecen las fuentes del derecho en miras a la modernización del sistema mediante una positiva evolución. En otros autores, siembra gran incertidumbre, peligrosa incerteza y, quizás, mayor apego a la normatividad positiva. Estos últimos alegan que el desarrollo del “derecho flexible” marcaría un deterioro de las cualidades esperadas del derecho, como la claridad y la seguridad jurídica. A propósito de los instrumentos no obligatorios emanados de la Unión Europea, afirman que distorsionan el rol de las instituciones democráticas por su recurrencia al empleo de esos documentos. Sin embargo, la doctrina europea ha colocado al “derecho flexible” como importante objeto de estudio (3). En este trabajo se comparte la primera mirada: se considera que ese nuevo modo de producir derecho es una herramienta valiosa para su evolución y para satisfacer los requerimientos normativos frente a los nuevos desafíos de una sociedad impactada por los avances científicos tecnológicos.

La cuestión de las fuentes, modernamente reconducida a los modos de producción del derecho, se formuló con nuevos énfasis a principios del siglo XX en el derecho público (en menor medida, en el privado), como consecuencia de los nuevos horizontes de los organismos inter-

---

(2) Así reflexiona PATTI, Salvatore, “La razonabilidad en el derecho civil”, LA LEY 2013-B-1034, compartiendo en este punto el trabajo de RODOTÁ, “Le clause generali nel tempo del diritto flessibile”, en ORESTANO, A. (a cura di), *Lezioni sul contratto*, Torino, 2009, p. 97.

(3) RICHARD, Jacky (conseiller d’État), “L’étude annuelle 2013 du Conseil d’État”, *Les rapports du Conseil d’État (ancienne collection Étude et Documents du Conseil d’État)*, <https://www.conseil-etat.fr/ressources/etudes-publications/rapports-etudes/etudes-annuelles/etude-annuelle-2013-le-droit-souple>. Ver en especial el cap. 1.2: “Un phénomène qui suscite des réactions contrastées”.



nacionales que dictaban sus ordenamientos normativos no vinculantes, pero con ansias de que fueran adoptados y cumplidos.

En este tiempo de pandemia que afecta al planeta, el interés por la cuestión se reaviva por la importancia que cobraron las recomendaciones, directivas y protocolos emitidos por diferentes organismos nacionales e internacionales, instituciones públicas y privadas.

El presente trabajo propone echar una mirada preliminar, desde diferentes perspectivas, sobre un tema tan apasionante, teniendo como faro que ilumina el clásico “Droit flexible” del ilustre maestro Jean Carbonnier, que hace varias décadas ya decía que la ley es recta, sin duda, pero los hombres la doblan en todos los sentidos, la doblan a sus intereses, a sus fantasías e, incluso, a su sabiduría. Ley flexible, ley sin rigor. Se preguntaba si había que lamentar esto o quizás habría que considerar saludable que la ley no sea el club, el cetro que nos gustaría que fuera (4).

## II. EL DENOMINADO “DERECHO FLEXIBLE”

### II. 1. Noción

La doctrina no ha encontrado una clara noción acerca del “derecho flexible”; no obstante, existe cierto consenso respecto a que está construido mediante normas que, aun no siendo espontáneamente vinculantes, tienen por objeto producir efectos sobre los agentes jurídicos o económicos dirigiendo su comportamiento, con el fin de obtener una adhesión espontánea a ellas (5). Por supuesto, desde el derecho estatal no se tiene intención, por lo general, de concederles efecto vinculante. Por ejemplo, se consideran “derecho flexible” las recomendaciones de la Organización Mundial de la Salud o los códigos deontológicos de diversas actividades, entre otra gran variedad de documentos, como se verá.

La expresión *soft law* parece haber sido acuñada por el británico Lord McNair y, ya desde su origen, ha sido interpretada de forma diversa. La locución trataba de describir enunciados normativos formulados como principios abstractos que devenían operativos a través de su aplicación

---

(4) CARBONNIER, Jean, “Flexible droit. Pour une sociologie du droit sans rigueur”, 10<sup>a</sup> ed., Ed. LGDJ, Paris, 2001, p. 488.

(5) THIBIERGE, Catherine, “Rapport de synthèse. Le droit souple. Journées nationales”, Ed. Association Henri Capitant — LGDJ — Dalloz, Boulogne-sur-Mer, 2009, t. XIII, p.143.

judicial, aunque en conjunto la expresión se aplica a instrumentos cuya juridicidad es dudosa o cuya fuerza vinculante se cuestiona (6).

En la doctrina existen numerosos cuestionamientos con relación a la expresión *soft law* (7). Se señala como inconveniente conceptualizar el “derecho flexible” por oposición al derecho duro: la opción entre *hard* y *soft* no es una cuestión binaria; es más compleja, por los caracteres que presenta el *soft law*.

En la noción “derecho flexible”, la palabra “flexible”, que califica a “derecho”, tiene un significado diferente al que propone el “Diccionario de la Lengua Española”, cuando dice que “flexible” es “capacidad para adaptarse con facilidad a las diversas circunstancias o para acomodar las normas a las distintas situaciones o necesidades”. En ese mismo sentido se emplea en el sistema jurídico para referirse a la norma legal que posee la cualidad de permitir al intérprete formular una consecuencia jurídica entre varias, según puede verse en numerosos artículos del Código Civil y Comercial, como ser los arts. 64, *in fine*, 71, 109, 123, 526 y 552. En cambio, cuando se alude a la flexibilidad de las normas de *soft law* se quiere indicar que su cumplimiento no es esencialmente coercible.

Si se reconoce la vigencia del “derecho flexible”, sus normas merecen ser estudiadas para afirmar con mayor énfasis su carácter de fuentes de derecho e ir perfilando cuáles son sus efectos y su utilidad. Se mostrarán cada vez más útiles frente a las carencias que provocan en el sistema legal los avances científicos tecnológicos desarrollados con inusitada velocidad. Dichas normas permiten aprehender los fenómenos emergentes, no solo en razón de la evolución tecnológica, sino también por la mutación de las costumbres sociales (8).

En el último tiempo, una de las lagunas más considerables se presenta en relación con las plataformas digitales, empleadas, en especial, para la comercialización. Al respecto, un tribunal español, interviniente en un conflicto en que se discutía la existencia o no de una relación laboral entre un repartidor y una empresa que explota aplicaciones informáticas de servicios de recogida y entrega de productos, advierte: “Del legislador nacional habitualmente dispuesto a procrastinar soluciones ante los nuevos retos que proporciona la realidad social y más cuando

---

(6) MAZUELOS BELLIDO, Ángeles, “*Soft law: ¿Mucho ruido y pocas nueces?*”, *Revista Electrónica de Estudios Internacionales*, 2004, [www.reei.org](http://www.reei.org).

(7) GALIANA SAURA, Ángeles, “La expansión del derecho flexible y su incidencia en la producción normativa”, AFD 2016-XXXII-304.

(8) RICHARD, Jacky, “L'étude annuelle 2013 du Conseil d'État”, *ob. cit.*, p. 9.

se trata de regular las relaciones laborales, no se tiene noticia. Sí existen pronunciamientos, en línea de *soft law*. Por parte de la OIT se cuenta con la Recomendación 198/2006 que entre otras reflexiones indica: Los miembros deberían considerar la posibilidad de definir en su legislación, o por otros medios, indicios específicos que permitan determinar la existencia de una relación de trabajo..." (9).

En consecuencia, teniendo en cuenta la importancia y la utilidad que van adquiriendo las normas del "derecho flexible", es preciso estudiar su naturaleza jurídica y la posibilidad de que sean consideradas fuentes de derecho.

## II.2. Las fuentes de las normas

Respecto al concepto de norma, es sabido que representa un dilema, sobre todo para la filosofía jurídica, aunque es también un desafío para la doctrina privatista, en especial, para los franceses antikelsenianos (10).

La dimensión normológica del mundo jurídico lo integra y lo explica junto a la dimensión sociológica y a la axiológica, según los postulados del integrativismo tridimensionalista trialista (11). La dimensión normológica estudia las normas como captaciones lógicas de adjudicaciones que sus autores formulan cada vez que en la realidad social reparten beneficios o cargas (12), de modo que son normas tanto las normas legales como las cláusulas de un contrato o las disposiciones administrativas de una licitación. De tal manera, cuando un organismo internacional formula recomendaciones respecto de determinadas cuestiones, está proponiendo una adjudicación de beneficios o cargas que los Estados que lo integran y los ciudadanos de los diversos países deberían estar dispuestos a asumir.

Aun en medio de las discusiones acerca de la noción de norma, en general, se distinguen dos clases de fuentes de las normas: *las fuentes materiales y las fuentes formales*.

---

(9) JSocial Madrid N° 1, 04/04/2019, sentencia 134/19, RDLSS 2019-13, del 15/07/2019, p. 1365; LL AR/JUR/4414/2019.

(10) JESTAZ, Philippe, "La norme dans la doctrine privatiste du XX<sup>e</sup> siècle", *Revue Trimestrielle de Droit Civil*, nro. 1, 2020, ps. 35-44.

(11) CIURO CALDANI, Miguel Á., "Una teoría trialista del mundo jurídico", Ed. Facultad de Derecho UNR, Rosario, 2019; GOLDSCHMIDT, Werner, "Introducción filosófica al derecho", 6<sup>a</sup> ed., Ed. Depalma, Buenos Aires, 1980.

(12) *Ibidem*, p. 37.

Las fuentes materiales tienen su origen en la realidad social en la que su autor adjudica a los sujetos destinatarios de la norma beneficios o cargas. Esas adjudicaciones o repartos pueden ser autónomos o autoritarios, según se elaboren por consenso o se impongan en virtud del poder que faculta al autor para hacerlo. Por ejemplo, en materia de salud y aludiendo al “derecho flexible”, pueden mencionarse como adjudicaciones autónomas las que realiza la Organización Mundial de la Salud u otros organismos médicos mundiales imponiendo cargas a un determinado sector, como ser el sector de los científicos comprometidos con la investigación clínica; como adjudicaciones autoritarias se pueden mencionar las que concretan los órganos del Estado en ejercicio del poder que les atribuye la Constitución, tales como las obligaciones que en el sistema argentino se imponen a los profesionales de la salud en protección de los derechos del paciente.

A su vez, las fuentes formales de las normas constituyen una materialización, mediante la cual se expresa la adjudicación. En los ejemplos anteriores, fuentes formales son, respectivamente, la Declaración de Helsinki sobre Principios Éticos para la Investigación Médica sobre Sujetos Humanos y la ley 26.529 de Derechos del Paciente.

El estudio de las fuentes materiales y formales permite justificar o no su legitimidad y verificar su eficacia. La primera condiciona a la segunda.

En busca de la legitimidad es necesario considerar la representatividad que puede investir el autor de una norma, es decir, cuánto y a qué sector de la sociedad representa, porque ello determina en gran medida la eficacia futura del producto que emite. Es que, respecto de los instrumentos del “derecho flexible”, es importante la representatividad que tenga su autor, el grado de prestigio de que goce en el ámbito en que aquellos tienen que impactar, pues, a mayor prestigio, mayor será su influencia y mayor también el acatamiento y seguimiento. Respecto de las normas legales, en cambio, interesa relativamente menos la representatividad de sus autores. Es que ellas provienen de órganos oficiales del Estado con facultad para dictarlas, aunque es bien conocido que no siempre son acatadas cuando han sido dictadas por órganos oficiales a veces desacreditados en el sistema político.

En cualquier caso, la legitimidad depende de las condiciones de elaboración de las normas, que deben respetar los requisitos de transparencia y participación de las partes interesadas (13). Así, se escuchan críticas acerca de la *lex mercatoria*, cuya autoría se atribuye a los empresarios

---

(13) RICHARD, Jacky, “L’étude annuelle 2013 du Conseil d’État”, ob. cit., p. 178.

del comercio internacional que van normativizando sus reglas mediante la costumbre comercial, de modo que terminan siendo sus principales beneficiarios. Esta es una cuestión tenida en cuenta por los juristas europeos al tiempo de emprender la tarea, nunca acabada, de uniformar el derecho contractual de la Unión. Tratan de rescatar para los juristas esa tarea que —entienden— no debe quedar en manos del mercado. Quizás en esta materia sea necesario un equilibrio que permita aprovechar la riqueza del derecho comercial flexible.

Interesa también observar el grupo social destinatario de las normas, pues hay sociedades o culturas en las que la eficacia de las normas está garantizada por el alto acatamiento que existe. En esas sociedades, por tanto, las normas de “derecho flexible” pueden alcanzar mayor eficacia, en cuanto provengan de autores con legitimidad. Por ejemplo, en una comunidad en la que se acatan las normas legales, el sector de los empresarios de la publicidad es proclive a acatar el código de ética que dicten las autoridades del gremio que gocen de verdadera representatividad.

En definitiva, se trata de la legitimidad y la eficacia que pueden tener las normas del “derecho flexible” de autoría privada, recordando aquello de que la primera condiciona a la segunda.

En relación con la eficacia, interesa la estructura de las fuentes formales del derecho flexible y la comparación con la de las fuentes formales del derecho duro. Haciendo un paralelo, ambos tipos tienen gran similitud; sin embargo, muestran una diferencia que puede ser sustancial: las normas legales se integran con antecedente y consecuencia jurídica sancionatoria, como regla; en cambio, los instrumentos del “derecho flexible” suelen no prever expresas consecuencias jurídicas, pues, por su propia naturaleza, la falta de acatamiento a lo dispuesto en ellos no tiene sanción concreta.

No obstante lo dicho, cabe preguntarse si el efecto sancionatorio es un carácter esencial y distintivo de las normas legales o si, por el contrario, la sanción es solo un atributo posible, que no es consustancial a ellas, aun cuando a menudo se les une (14). Pueden encontrarse ejemplos de normas legales que no tienen sanción, como ser los arts. 6º y 7º de la ley 26.061 de Protección Integral de los Derechos de las Niñas, Niños y Adolescentes o los arts. 8º y 9º de la ley 26.657 de Derecho a la Protección de la Salud Mental. Si se admite que la consecuencia jurídica de

---

(14) THIBIERGE, Catherine, “Au cœur de la norme, le tracé et la mesure. Pour une distinction entre normes et règles de droit”, *Archives de Philosophie du Droit*, nro. 51, 2008, ps. 341-371.

las normas legales no tiene como elemento distintivo la sanción, resulta más sencillo aceptar la vigencia de las normas de “derecho flexible”, cuya fuerza obligatoria se discute, como se verá más adelante.

Respecto a la relación entre fuentes formales y materiales, es interesante comprobar cómo se influyen recíprocamente. Ciuro Caldani afirma: “Desde las fuentes formales se puede presionar en cierto grado sobre las fuentes materiales, aunque en países como el nuestro, se suele incurrir al respecto en graves excesos que parecen corresponder a una infundada creencia en el carácter milagroso de las formas”. Algo parecido puede ocurrir con las normas de “derecho flexible”; por ejemplo, es posible comprobar cómo va cambiando la realidad social del mercado publicitario por la influencia de determinados códigos deontológicos dictados por una autoridad con prestigio.

### II.3. El “derecho flexible” como fuente

Si las consideraciones anteriores son válidas, finalmente, puede afirmarse que el “derecho flexible” es fuente de derecho o, dicho de otra manera, es otro modo de producción del derecho.

Entonces, es posible denominar al “derecho flexible”, sin entrecorillado. Al respecto, es contundente la opinión de Alegria: “En nuestro concepto, las ‘normas’ de este tipo (*soft law*) no son iguales a las leyes en sentido formal ‘ordinario’, son leyes en sentido material y la apreciación de su fuerza vinculante y su posibilidad de coerción exige un análisis detenido, que es arduo, pero al que no se puede renunciar sin hacerlo, al mismo tiempo, a la evolución del derecho en el mundo moderno. Este exige la renovación de las fuentes, lo que es intenso en el derecho mercantil...”.

Se ha dicho que “semejantes reglas tienen su aplicación, convirtiéndose en eficaces, y funcionan como razones que tienen su papel en la justificación de las decisiones...” (15). En forma categórica, se afirma: “Los actos de *soft law* recomiendan un fin, indican un comportamiento a asumir, un programa a seguir, un aspecto que debe ser tenido en consideración, un valor que requiere atención (...), incidiendo sobre la producción normativa. El *soft law*, por tanto, forma parte del *corpus* normativo y entra en el proceso de positivización...” (16).

---

(15) BALDASSARE, Pastore, “*Soft law...*”, ob. cit., p. 81.

(16) GALIANA SAURA, Ángeles, “La expansión del derecho flexible...”, ob. cit., p. 313.

El derecho flexible, permeado también por los principios generales, tiene legitimidad; es derecho al fin, aunque sea menos duro que el derecho de origen legal, con el que puede "medir fuerzas" respecto a la obligatoriedad. Es una manifestación más del pluralismo jurídico.

Se trata de la diversidad que invoca Carbonnier cuando advierte que "al interior de los sindicatos, las asociaciones, las sociedades anónimas, los organismos internacionales, las iglesias, se crea derecho. Es un derecho especial de grupos particulares, pero es derecho (...). La hipótesis fundamental será que sobre un territorio dado no habrá un solo derecho que sea el estatal, sino una pluralidad de derechos concurrentes estatales, infraestatales y supraestatales". Y concluye el maestro francés: "¿Debemos temer al desorden, al caos? Son nociones que ya no asustan: los matemáticos, hoy en día, las han integrado en la ciencia" (17).

El desorden aludido por Carbonnier se organiza mediante el recurso al "diálogo de fuentes" (18), expresión acuñada por Erik Jayme en el ámbito del derecho internacional (19), que propone la solución a los conflictos de normas mediante una coordinación entre fuentes heterogéneas (derechos del hombre, constituciones, tratados, derechos internos) que no se excluyen mutuamente. La labor del juez es coordinar estas fuentes, *escuchando* lo que dicen en su *diálogo*.

La pluralidad y conflictividad de las fuentes exige esfuerzos para una compleja articulación, que tendrá como resultado un mejor sistema jurídico en el que el derecho flexible mostrará sus beneficios.

A la admisibilidad del derecho flexible como fuente de derecho se le puede objetar, por un lado, que es un desafío para quienes propician el minimalismo en materia jurídica, la necesidad de "depurar" el mundo jurídico, simplificar el número de normas legales y de juicios (20), y, en ese sentido, puede entenderse como una consecuencia más del exceso

---

(17) CARBONNIER, Jean, "Flexible droit...", ob. cit., p. 19.

(18) Ya abordaba este problema CIURO CALDANI, Miguel Á., "Aportes para una teoría de las respuestas jurídicas", Ed. Consejo de Investigaciones, Universidad Nacional de Rosario, Rosario, 1976. Las corrientes del plurijuridismo y el pluralismo jurídico constituyen grandes esfuerzos por responder a las mismas inquietudes.

(19) JAYME, Erik, "Identité culturelle et intégration: le droit international privé postmoderne", en *Recueil des cours*, 1995, t. 251, p. 2.

(20) CARBONNIER, Jean, "Flexible droit...", ob. cit., p. 75, observa que, a principios del siglo XX, al menos en Francia, urgía simplificar el mundo jurídico, en especial, liberar a los jueces de la pesada carga de múltiples litigios; por eso se puso énfasis en el brocardo romano "la insignificancia no debe llegar a juicio"; parecía evidente que *de minimis...* era parte de la ley positiva.

de normatividad. Sin embargo, hay que reconocer que, como autorregulación eficaz, en ciertas oportunidades resulta útil para reemplazar leyes incumplidas e ineficaces. Por otro lado, se le puede atribuir ser una de las causas de mayor complejidad en las fuentes de las normas, por la incorporación de otras nuevas, con las cuales el operador jurídico debe lidiar.

En esta ambivalencia, parece bueno resaltar que el derecho flexible puede coadyuvar en el mejoramiento de la realidad social, porque es posible que los problemas complejos, a veces insolubles para el sistema legal, se resuelvan mediante soluciones adoptadas con sentido común y recursos novedosos, que reconozcan la heterogeneidad de las normas, momento en el cual puede ser útil el recurso al derecho flexible.

Claro está que, si se postula como fuente de derecho al derecho flexible, no es necesario que se dicten normas legales para acordarle eficacia, como lo propicia cierta corriente. En Francia, por ejemplo, se ha señalado la existencia de un endurecimiento progresivo, en razón de que normas que en su origen eran de derecho flexible, poco a poco se acercan al derecho duro (21). En el mismo contexto se observa una tendencia a percibir como obligatorios ciertos códigos de conducta, en razón de que, si bien existen códigos que son obligatorios, como los de la policía nacional o de la administración penitenciaria, otros no lo son, pero igualmente la sociedad los respeta, porque suelen ser tenidos en cuenta por los tribunales (22). Además, el Consejo de Estado viene otorgando importancia a las normas de derecho flexible que pueden elaborar los poderes públicos, siempre con el cuidado de diferenciarlas de las normas de derecho duro (23).

En el ordenamiento argentino se advierte una tendencia un tanto similar, pues se incorporan a las leyes, como parte integrante de ellas, normas de derecho flexible; un ejemplo es el art. 2º de la ley 26.657 de Salud Mental: “Se consideran parte integrante de la presente ley los Principios de Naciones Unidas para la Protección de los Enfermos Mentales y para el Mejoramiento de la Atención de Salud Mental (...). Asimismo, la Declaración de Caracas de la Organización Panamericana de la Salud y de la Organización Mundial de la Salud, para la Reestructuración de la Atención Psiquiátrica dentro de los Sistemas Locales de Salud (...) se

---

(21) COUPET, Caroline, “Les normes d’origine privée. Réflexions à partir des recommandations de l’Autorité de Régulation Professionnelle de la Publicité et du Code AFEP-MEDEF”, *Revue Trimestrielle de Droit Commercial et de Droit Économique*, nro. 3, 2015, ps. 437-454.

(22) RICHARD, Jacky, “L’étude annuelle 2013 du Conseil d’État”, ob. cit., p. 107.

(23) *Ibidem*, p. 165.



consideran instrumentos de orientación para la planificación de políticas públicas”.

## II. 4. Caracteres

Las normas contenidas en los instrumentos jurídicos del derecho flexible tienen caracteres peculiares, en los que conviene detenerse.

Sobre todo, se caracterizan por su finalidad esencial, que es contribuir a una gradual modificación de comportamientos sociales, en la búsqueda del mejoramiento del conjunto de la sociedad; dicho de otro modo, la finalidad es propiciar cambios de conductas por el ejercicio del modelo —seguimiento—. Es la cuestión de la ejemplaridad; según Ciuro Caldani, “aunque mucho se discuta al respecto creemos que la ejemplaridad posee fuerza obligatoria por la conciencia de razonabilidad con que la acompaña la sociedad, sin necesidad de recurrir a la planificación legal. No solo el gobierno, sino la sociedad misma, tienen fuerza social vinculante” (24). Esa es la finalidad alegada, por lo general, en los documentos no obligatorios de los organismos internacionales.

Hay quienes cuestionan algunas de esas normas del marco internacional y propician un análisis crítico, poniendo el foco en sus fuentes y sus reales motivaciones, porque, aun cuando se las considera derivadas de un espíritu democrático de las organizaciones internacionales, con frecuencia emanan de expertos que trabajan sin ser controlados, respondiendo a intereses particulares, como se vio más arriba.

Otro rasgo que distingue a las normas de derecho flexible es la *carencia de fuerza obligatoria*, que, por el contrario, es el rasgo caracterizante de las normas legales, como ya se ha visto. Esa carencia de coacción constituye la clave de la diferencia entre derecho flexible y derecho duro, aunque esta cuestión puede ser hoy puesta en crisis, en tanto se discute si la sanción es consustancial al derecho duro.

No obstante, en determinadas circunstancias y sectores, las normas de derecho flexible, cuando gozan de legitimidad, suelen adquirir fuerza obligatoria. Así, en la investigación biomédica se entiende que tiene fuerza obligatoria, entre otras, la Declaración de Helsinki sobre Principios Éticos para la Investigación Médica sobre Sujetos Humanos. Aun así, desde diferentes sectores se reclaman normas legales específicas que regulen aspectos contenidos en esas declaraciones del área de

---

(24) CIURO CALDANI, Miguel Á., “Las fuentes del derecho”, *Investigación y Docencia*, nro. 27, p. 73.

salud, como si ellas no fueran suficientes para juzgar, desde el punto de vista civil, conductas que transgreden sus principios.

En consecuencia, para determinar la obligatoriedad de una norma, en principio, hay que verificar su origen: si es institucional o si deriva de una negociación entre autores privados. Es institucional cuando ha sido emitida por un órgano del Estado, por ejemplo, la ley sancionada por el Congreso o la sentencia dictada por un tribunal competente, lo cual, en principio, la hace obligatoria y le acuerda mayores posibilidades de eficacia. En cambio, una recomendación, un protocolo o un código de ética convenidos por un grupo no tienen esa institucionalidad estatal; son el producto de la autonomía privada, lo cual dificulta su eficacia, pero posibilita, en mayor medida, su adaptación a los requerimientos de la sociedad. Un muy buen ejemplo de esa adaptabilidad es la mencionada Declaración de Helsinki sobre Principios Éticos para la Investigación Médica sobre Sujetos Humanos, adoptada en la capital finlandesa por la Asamblea General de 1964 de la Asociación Médica Mundial (World Medical Association, WMA). Se trata del documento internacional más importante en la materia y ha sido enmendado siete veces, la última en la Asamblea General de octubre de 2013 (25).

La negociabilidad es otro de los caracteres del derecho flexible que le otorga, comparativamente, mayor posibilidad de eficacia que la institucionalidad al derecho duro, pues ella complejiza su adaptación a los cambios sociales. El origen consensuado le permite adaptar sus contenidos cuando es menester. Esto se advierte respecto a las reglas deontológicas y diferentes normas de conducta de determinadas profesiones o actividades, que, aun cuando no son estrictamente vinculantes, tienen gran importancia como normatividades ligeras, elásticas y flexibles que facilitan su negociabilidad y dan respuesta a la complejidad del orden social (26).

De manera sintética puede decirse que “la técnica del *soft law* presenta algunos rasgos típicos: tendencia a regular a través de principios, con preceptos formulados con carácter persuasivo; creación de proce-

---

(25) Véase <https://www.wma.net/es/que-hacemos/etica-medica/declaracion-de-helsinki/>.

(26) BALDASSARE, Pastore, “*Soft law...*”, ob. cit., p. 80. Acerca de las ventajas del *soft law* en relación sobre todo con los Principios para los Contratos Comerciales Internacionales de Unidroit, v. FERNÁNDEZ ARROYO, Diego P., “Certezas, falsedades y horizontes del derecho privado europeo”, LL 0021/000205.

dimientos estables para supervisar los fenómenos regulados; implicación de múltiples actores que operan en ámbitos y a niveles distintos” (27).

## II. 5. Efecto jurídico

Teniendo en cuenta los caracteres que presenta el derecho flexible —es decir, su finalidad esencial en búsqueda de la modificación de conductas sociales, su negociabilidad y la relativa carencia de fuerza obligatoria—, puede afirmarse que esas normatividades no solo tienen efectos prácticos, como se postula en doctrina, sino que tienen efectos jurídicos que pueden ser de mayor o menor entidad según los diferentes ordenamientos normativos.

Es muy interesante el caso de la Unión Europea, pues el propio Tratado Constitutivo, en el art. 249, faculta a sus órganos para sancionar normatividades vinculantes o no vinculantes, es decir que de entrada nomás se produce un verdadero *soft law* comunitario (28). A propósito del estudio de ese derecho, Alonso García admite, en un interesante y exhaustivo trabajo, que, si bien el *soft law* comunitario carece de efectos jurídicos vinculantes frente a terceros, de esto no cabe deducir que solo sea apto para producir “efectos prácticos”. Según el autor, este derecho tiene los siguientes efectos jurídicos: 1) ser remedio en momentos en que no resulta conveniente la intervención de la Unión Europea con carácter imperativo o como preparación política, económica o técnica de intervenciones imperativas futuras, vía *hard law*; 2) ser útil como “opción positiva”, y no solo en cuanto segunda mejor opción frente al derecho duro; 3) en ocasiones puede actuar como complemento del derecho duro, cuando existen dificultades para una intervención completa vía imperativa; 4) como parámetro para la interpretación del derecho duro.

Es importante remarcar la diferencia existente entre el derecho flexible y el “no derecho”. A diferencia del “no derecho”, las normas de derecho flexible se caracterizan en su estructura y contenido por sus similitudes con las normas legales, en cuanto a la materialización de los instrumentos y a la organización de sus contenidos (29). Quienes pro-

---

(27) BALDASSARE, Pastore, “*Soft law...*”, ob. cit., p. 79.

(28) ALONSO GARCÍA, Ricardo, “El *soft law* comunitario”, *Revista de Administración Pública*, nro. 154, enero-abril de 2001.

(29) JACKY, Richard — CYTERMANN, Laurent, “Le droit souple: quelle efficacité, quelle légitimité, quelle normativité?”, *Entrevista Dalloz*, <https://www.dalloz-actualite.fr/interview/droit-souple-quelle-efficacite-quelle-legitimite-quelle-normativite#.YRRD-bohKjcc>. En esa entrevista, los miembros del Consejo señalan que el derecho flexible reúne ciertas cualidades, entre ellas permitir diferenciar el derecho flexible del no de-

pician la aceptación de un derecho flexible se encuentran muy lejos de aquellos que consideran posible la existencia de sociedades sin derecho, tan perfectas que no necesitan organizarse jurídicamente, en las que impera el no derecho (30). Es una mirada opuesta: los primeros amplían el ámbito del derecho; los segundos lo consideran innecesario.

En síntesis, al momento de resolver un caso, deben considerarse, en primer término, como dispone el art. 1º del Cód. Civ. y Com., “las leyes que resulten aplicables, conforme con la Constitución Nacional y los tratados de derechos humanos en los que la República sea parte”, pero también debe recurrirse, cuando sea menester, a las otras fuentes del derecho, entre las cuales se destaca el derecho flexible, que ofrece una gran variedad de instrumentos, como podrá apreciarse más abajo.

### III. LA SITUACIÓN ACTUAL

#### III.1. La admisión de la categoría por la doctrina

La expresión *soft law* ha sido pergeñada y estudiada en detalle como un elemento del derecho internacional, como puede apreciarse en el relevamiento efectuado en un interesante trabajo que analiza, desde la perspectiva del *soft law*, la naturaleza jurídica que se atribuye a un número importante de documentos propios de esa rama del derecho, tales como las resoluciones no obligatorias de organizaciones internacionales, las recomendaciones y los instrumentos adoptados por los actores no estatales en el ámbito internacional. En ese trabajo se discute la expresión *soft law* y su verdadera utilidad (31).

Por su lado, en la teoría del derecho se ha reconocido la existencia e importancia del *soft law* (32). La cuestión también ha calado hondo en

---

recho. Además, destacan que contribuye a la modificación de comportamientos y se caracteriza por la carencia de obligatoriedad.

(30) ATIENZA, Manuel, “Por qué el derecho”, en *Ensayos jurídicos en memoria de José María Cajica Camacho*, 2003, t. 1, p. 70, <http://ru.juridicas.unam.mx:80/xmlui/handle/123456789/11314>.

(31) MAZUELOS BELLIDO, Ángeles, “*Soft law...*”, ob. cit.

(32) BALDASSARE, Pastore, “*Soft law...*”, ob. cit.

otras ramas, como el derecho ambiental, el derecho público (33), el derecho procesal (34) y el derecho político (35).

Se ha dicho que la vida de las empresas es el dominio de la elección del derecho flexible, por razones económicas, pues facilita los negocios, y por razones jurídicas, porque permite a las partes elegir diferentes estándares, aunque subyace siempre el debate acerca de la tensión entre autorregulación o regulación pública (36).

En el ámbito de la doctrina argentina, aun cuando el derecho flexible no es un tema recurrente, importantes juristas se han dedicado a su estudio. Por ejemplo, Atilio Alterini, ya en 2005, sostenía que la crisis del mundo y, en particular, del mundo jurídico podía ser una oportunidad, y señalaba entre los caracteres del nuevo derecho, que denomina “geoderecho”, la existencia del *soft law*, ese derecho débil, que definió como el sistema jurídico en el cual los instrumentos carecen de carácter normativo, aunque constituyen un modelo ofrecido, sea a los países, sea a los particulares. Puso como ejemplos los modelos de UNCITRAL y los instrumentos preparados por organizaciones internacionales con el propósito de servir como guía para armonizar las prácticas contractuales (37). El propio Alterini sostuvo, en un interesante voto emitido en el laudo del caso “B. A. N. A. c. T. S. A.”, que emplearía criterios del derecho o la legislación extranjera, porque “el derecho comparado es fuente material del derecho, al cual pueden recurrir los jueces para resolver los conflictos que se les plantean” (CNCom., Sala B, “Sucarrat, Gustavo Adolfo c. Banco de Galicia”, LA LEY 1994-E-437) y, en consecuencia, citó los Principios del Derecho Europeo de Contratos de la Comisión presidida por Ole Lando y el Restatement of Contracts 2nd (1981), § 27 (38).

---

(33) En ese ámbito es relevante el documento de RICHARD, Jacky, “L’étude annuelle 2013 du Conseil d’État”, ob. cit.

(34) PEYRANO, Jorge W., “Tratamiento general de la flexibilidad procesal”, LA LEY 2019-E-1177. Considera que flexibilizar es —en lenguaje procesal actual— descartar la aplicación fatal, automática y ciega de los postulados de un principio o institución jurídica frente a cualquier caso o circunstancia. Entiende que la flexibilización procesal se extendió por doquier, en relación con los principios procesales, la congruencia y las cargas probatorias.

(35) ESCOBAR ROCA, Guillermo, “Los derechos humanos en estados excepcionales y el concepto de suspensión de derechos fundamentales”, *UNED. Revista de Derecho Político*, nro. 110, enero-abril de 2021, ps. 113-152.

(36) RICHARD, Jacky, “L’étude annuelle 2013 du Conseil d’État”, ob. cit., p. 8.

(37) ALTERINI, Atilio A., “¿Hacia un geoderecho?”, LA LEY 2005-E-1258.

(38) TArbitral Ad Hoc, 28/11/2002, “B. A. N. A. c. T. S. A.”, LA LEY 2005-A-482.

Un tiempo más tarde, Héctor Alegria, en su trabajo —ya citado— sobre “Globalización y derecho”, incluye un estudio profundo del tema y concluye afirmando que no se puede renunciar al estudio del derecho flexible, porque no puede renunciarse a la evolución del derecho (39).

Recientemente, Sergio Barocelli lo trata de manera tangencial, pero lo aplica en concreto, cuando admite la vigencia de las directrices de las Naciones Unidas y otros instrumentos internacionales referidos a los consumidores hipervulnerables (40) en el derecho interno. En referencia al comercio electrónico, alude a que, si bien las Directivas de la Unión Europea sobre la materia no tienen fuerza vinculante para los Estados, es posible sostener que constituyen un sustento destacado en la costumbre internacional y son parte del llamado *soft law* (41).

Tobías consigna un número importante de normatividades de *soft law* en materia de experimentación en terapia génica, y las registra a fin de confrontar sus soluciones con las del Código Civil y Comercial (42).

Por su parte, Gerbaudo trabaja sobre los instrumentos internacionales de *soft law*; los considera como una manifestación del derecho comercial de nuestra época y lista un buen número de ellos relativos al derecho concursal (43).

En ciertas materias, como el derecho ambiental, puede verse el paso del derecho flexible al derecho duro, tal como explica Néstor Cafferatta al fundamentar la opinión colectiva de la Corte Internacional de Arbitraje: “En doctrina se reconoce, al menos en la materia, la existencia de un ‘derecho blando’ (*soft law*) que, si bien ha irrumpido en diversas áreas jurídicas, muestra una fuerte presencia en temas ambientales, constituyendo a su vez un proceso de formación de normas jurídicas tendientes a remover conductas que antes la comunidad internacional aceptaba” (44).

---

(39) ALEGRIA, Héctor, “Globalización y derecho”, LL AR/DOC/6362/2011.

(40) BAROCELLI, Sergio S., “Consumidores hipervulnerables. Hacia la acentuación del principio protectorio”, LA LEY 2018-B-783.

(41) ESTEVARENA, Emiliano — BAROCELLI, Sergio S., “La protección de los consumidores en plataformas de comercio electrónico”, LA LEY 2018-C-180.

(42) TOBÍAS, José W., “La terapia génica, la clonación y ‘las prácticas prohibidas’ en el nuevo Código Civil y Comercial (artículo 57)”, LA LEY 2016-B-793.

(43) GERBAUDO, Germán E., “La financiación posconcursal. Una necesidad pendiente en la legislación concursal argentina”, SJA del 05/09/2018; LL AR/DOC/3241/2018.

(44) Corte Internac. Arb. y Conc. Ambiental, 25/09/1999, “Opinión consultiva. Solicitud EAS 8/98 - Res. EAS 1/992”, JA 1999-IV-325.

### III.2. Algunos ejemplos de normatividades calificables como “derecho flexible”

Como ya se dijo, manifestaciones de *soft law* se encuentran, en un primer momento, en documentos de organismos internacionales cuya vigencia y legitimidad fueron imponiéndose de manera progresiva. A continuación, se citan unos pocos de dichos documentos, referentes a diversas materias, que ofrecen un panorama muy general de la situación actual, solo para demostrar los diferentes cauces que tiene el *soft law*, al que puede recurrirse en ciertos casos para resolverlos con la mayor justicia. Por supuesto, no se incluye ningún tratado ni instrumento que en el país haya sido ratificado o incorporado al derecho positivo y es ahora *hard law*.

Pueden verse las denominadas 100 Reglas de Brasilia sobre Acceso a la Justicia de las Personas en Condición de Vulnerabilidad, aprobadas en la XIV Cumbre Judicial Iberoamericana, en Brasilia, 2008. Se atribuye a este documento un especial valor, porque ha sido aprobado por los representantes de las principales instituciones del sistema judicial, dado que la Cumbre Judicial Iberoamericana constituye una estructura de cooperación, concertación e intercambio de experiencias, que se articula a través de las máximas instancias de los Poderes Judiciales de la región Iberoamericana.

Pueden encontrarse varias normatividades de *soft law* en el contexto de la OCDE en relación con la corrupción entre privados (el cohecho privado, que en el derecho positivo interno se incluye entre los delitos contra el orden económico y financiero). Así, la Convención de las Naciones Unidas contra la Corrupción (Convención de Mérida), de 2003; la Declaration on Propriety, Integrity and Transparency in the Conduct of International Business and Finance, de 2010. En ella se proponen distintos padrones y directivas a fin de que los países adopten un modelo claro de política económica desde la experiencia con las crisis económicas. Propone seis principios para alcanzar la confianza de inversores, la integridad de los negocios y la estabilidad del mercado (45). Puede mencionarse también la Good Practice Guidance on Internal Controls, Ethics and Compliance, adoptado por el Consejo de la OCDE en 2010.

En materia de salud, y en especial vinculado a los aspectos bioéticos y jurídicos, se encuentra la ya mencionada Declaración de Helsinki sobre Principios Éticos para la Investigación Médica sobre Sujetos Humanos.

---

(45) AGAPITO, Leonardo S. — DE ALENCAR E MIRANDA, Matheus, “Cohecho entre privados: una perspectiva de los actuales Global Standards de OCDE hasta el nuevo tipo penal en Argentina”, LA LEY, *Supl. Esp.: Comentarios al Proyecto de Código Penal*, del 15/06/2019, p. 573; LL AR/DOC/2117/2019.

También puede citarse el documento de la ONU denominado Primer Plan de Acción Internacional de Viena sobre el Envejecimiento, de 1982, al que se le criticó que no facilitara el reconocimiento de los derechos de las personas mayores en igualdad de condiciones a las demás personas. En 2002 se elaboró un Segundo Plan: Declaración Política y Plan de Acción Internacional de Madrid sobre el Envejecimiento, que superó las fallencias del Primer Plan, recomendando a los Estados la plena realización de los derechos humanos y libertades fundamentales para las personas de edad y otras recomendaciones en relación con la vejez (46).

Es interesante el Código de Conducta para la Pesca Responsable, aprobado por la Organización de las Naciones Unidas para la Agricultura y la Alimentación (FAO) en 1995. El propio instrumento consigna de manera expresa dos caracteres de su normatividad flexible. Por un lado, aclara que no tiene carácter obligatorio para los países, no obstante lo cual el art. 4.2 prevé que la FAO efectuará el seguimiento de la aplicación y cumplimiento del Código y sus efectos sobre la pesca. Todos los Estados, tanto miembros de la FAO como no miembros, así como las organizaciones internacionales pertinentes, tanto gubernamentales como no gubernamentales, deberían cooperar activamente con la FAO en esta labor. Por otro lado, el art. 4.3 consigna que podría revisarse el Código teniendo en cuenta la evolución de las pesquerías, así como los informes del Comité de Pesca (COFI) sobre la aplicación del Código.

No puede omitirse la mención de los más variados protocolos dictados con la finalidad de ordenar los comportamientos de las personas durante la pandemia que afecta al planeta a fin de evitar, en la mayor medida posible, la circulación del virus COVID-19. En ese contexto, además de todas las Recomendaciones de la OMS, puede mencionarse como ejemplo paradigmático el Protocolo de la FIFA “Regreso del fútbol: Protocolo de partidos internacionales”, Zúrich, octubre de 2020, y el Protocolo de la Conmebol “Protocolo COVID”. Esos protocolos muestran un grado de detalle normativo increíble y, además, tienen la particularidad de que suelen prever consecuencias jurídicas, por lo general, sanciones por incumplimiento. Por ejemplo, la Conmebol prevé que el incumplimiento de las medidas sanitarias por parte del jugador u oficial de la delegación conlleva la imposición de multas de valores muy altos.

En el espacio europeo, el derecho flexible tiene despliegues de gran notoriedad. Como es sabido, la Unión Europea emite diferentes instrumentos, que pueden tener valor vinculante, como las Directivas, o no vinculante, como las Recomendaciones, las que, sin embargo, permiten

---

(46) DABOVE, María I. — DI TULLIO BUDASSI, Roxana, “Derecho de alimentos y vejez multigeneracional”, en KRASNOW, Adriana N. (dir.), *Tratado de derecho de familia*, Ed. La Ley, Buenos Aires, 2015, p. 635.



a las instituciones comunitarias dar a conocer los puntos de vista que sostienen y sugerir una línea de actuación, sin imponer obligaciones legales a quienes se dirigen.

En España, es muy interesante como *soft law* el Código de Conducta para el Tratamiento de Datos en la Actividad Publicitaria, aprobado por la Agencia Española de Protección de Datos. Es considerado un instrumento con un extraordinario valor jurídico, en la medida en que se consagra como una herramienta eficaz cuyo fin primordial y último es procurar en todo momento el cumplimiento de la legislación de protección de datos en el ámbito publicitario (47).

En el ordenamiento normativo argentino, el derecho flexible es reconocido en forma expresa por la Comisión Redactora del Código Civil y Comercial en materia de derecho internacional, cuando en sus Fundamentos expresa: “Según la práctica frecuente en la realidad argentina, se admite expresamente el ejercicio de la autonomía en su despliegue material, facultando a las partes a crear disposiciones contractuales que desplacen las normas coactivas del derecho elegido. También son aplicables los usos y prácticas comerciales, las costumbres y los principios del derecho comercial internacional, cuando las partes los han incorporado al contrato o cuando, razonablemente, deban haberse entendido sujetas a ellos. Esta regla integra a la autonomía material de la voluntad, la tendencia contemporánea a regir el contrato por principios o normas del llamado ‘derecho blando’ (*soft law*), elaborado en el seno de organizaciones intergubernamentales”.

Con motivo de la pandemia, y por la necesidad de lograr buenos comportamientos sociales, también en el país se ha dictado un número extraordinariamente alto de protocolos para las más diversas actividades (48).

---

(47) SERRANO RODRÍGUEZ, Germán, “¿Qué puede aportar el *soft law* a la protección de datos de carácter personal en el ámbito publicitario?”, *Revista de Derecho Civil*, vol. VIII, nro. 1, enero-marzo de 2021, p. 296.

(48) En el sitio web del Estado Nacional obra la lista y los *links* de los muy diversos protocolos que se emitieron; por ejemplo, protocolos sanitarios para actividades culturales, agencias de viajes y turismo, agricultura familiar, alojamientos turísticos, electrónica y electrodomésticos, establecimientos gastronómicos, establecimientos de comercialización mayorista, ganadería, gráfica, ediciones e impresiones, indumentaria, mercados de cercanía, metalurgia, obras en construcción, reapertura de salas y complejos cinematográficos, transporte aéreo, automotor, ferroviario interurbano y fluvial de pasajeros, y muchos más; [https://www.argentina.gob.ar/coronavirus/protocolos?sclid=CjwKCAjwgb6IBhAREiwAgMYKRispbD0PMTTYPVQM9TFqfKOLDXHd7EqvTYJID8Z-EH5ajmqQZEysBoCLwcQAvD\\_BwE](https://www.argentina.gob.ar/coronavirus/protocolos?sclid=CjwKCAjwgb6IBhAREiwAgMYKRispbD0PMTTYPVQM9TFqfKOLDXHd7EqvTYJID8Z-EH5ajmqQZEysBoCLwcQAvD_BwE).

Más allá de esos protocolos, pueden citarse numerosos instrumentos de derecho flexible vigentes en el país, por ejemplo, la Guía de Buenas Prácticas para el Tratamiento y Difusión de la Información Judicial (Poder Judicial de la Nación, abril de 2009), elaborado por los voceros judiciales de todo el país, que establece pautas procedimentales destinadas a garantizar la “transparencia de los actos judiciales” y favorecer el acceso de los ciudadanos a la información que generen los tribunales.

Asimismo, la Guía de Buenas Prácticas N° 1 “ampliada” (t.o. 10/06/2020) de Presentaciones Electrónicas, Reglamento N° 1 del Poder Judicial de Entre Ríos, cuyo incumplimiento llevó a que en un caso concreto no se proveyera un amparo, con la urgencia que el trámite requiere por su propia naturaleza, y se mandara al litigante a adecuar el trámite a lo previsto en la Guía, demostrando de ese modo la obligatoriedad de una norma de derecho flexible (49).

Es posible citar también el Convenio relativo a la Protección del Niño y a la Cooperación en Materia de Adopción Internacional (Convenio HCCH sobre Adopción), de 1993, con dos Guías de Buenas Prácticas como anexos, que, a pesar del tiempo transcurrido, continúa siendo derecho débil en el país, pues no ha sido ratificado, a pesar de que los especialistas consideran que sería muy beneficioso (50).

El Consejo Profesional de Ciencias Económicas de la Provincia de Santa Fe emitió en 2020 la res. 12/2020 del Consejo Superior, que dispone la adopción de las Normas Internacionales de Información Financiera y modificaciones a las Normas Internacionales de Información Financiera (NIIF) del Consejo de Normas Internacionales de Contabilidad (IASB). En los considerandos se alude al carácter flexible que se acuerda a esas normas: “La materia contenida en esos documentos se considera de destacada relevancia pues da a conocer las normas internacionales que refieren a la información financiera y son eficaz acceso a las prácticas contables y financieras con vigencia global”.

En el ordenamiento normativo argentino pueden señalarse también los códigos de ética, como el Código de Ética para Magistrados y Jueces del Poder Judicial de la Provincia de Santa Fe, que sin duda es derecho flexible, pero también hay numerosas reglas de ética que regulan la actividad de los profesionales liberales, respecto de las cuales hay que diferenciar si se refieren a profesiones con o sin colegiación obligatoria. En el

---

(49) CCiv. y Com. Gualeguaychú, Sala I, 02/07/2020, “B., J. P. c. Obra Social de la Provincia de Entre Ríos (IOSPER) s/ acción de amparo”, LL AR/JUR/35841/2020.

(50) RUBAJA, Nieve, “Adopción internacional. Una mirada actual sobre la posición argentina frente a la adopción internacional”, en KRASNOW, Adriana N. (dir.), *Tratado de derecho de familia*, ob. cit., p.772.

primer caso, las normas deontológicas están contenidas en las leyes provinciales que regulan el ejercicio de esas diferentes profesiones liberales y son derecho duro. En cambio, existen profesiones terciarias, inclusive algunas universitarias, que no tienen regulado por ley el ejercicio profesional; son las denominadas profesiones no reguladas, en cuyo caso las normas de conducta que suelen dictar las asociaciones profesionales y suelen estar incluidas en sus estatutos son normas de derecho flexible.

### III.3. Casos en los que se ha aplicado el “derecho flexible”

Reafirmando la finalidad ya enunciada de demostrar la importancia del *soft law* al momento de resolver con la mayor justicia ciertos casos, se sintetizan a continuación fallos de los tribunales argentinos que se han remitido a o se han fundado en normas de derecho flexible.

En un juicio de simulación de cesión de cuotas sociales de una sociedad de responsabilidad limitada, y en relación con la pericial contable, que era en el caso una prueba central, el camarista preopinante dijo: “respecto al valor probatorio de la pericia contable, luego de un detenido análisis de todos estos elementos colectados, no puedo sino concluir que, por una parte, los libros y estados contables de ‘FHIT RL’ eran llevados con cierta desprolijidad y con alejamiento de las normas que imponen las buenas prácticas contables...” (51).

En otro precedente interesante de los últimos tiempos se encuentra el amparo promovido contra el Gobierno de la Ciudad de Buenos Aires por violación al derecho a la información previsto en la ley 104, en razón de no haberse recibido respuesta por parte de la Dirección de Infraestructura Escolar del Ministerio de Educación e Innovación de la CABA a un oficio remitido a esa Dirección. En una larga y fundamentada sentencia, el tribunal hizo lugar a lo solicitado y, después de citar instrumentos de jerarquía constitucional, agrega: “instrumento del *soft law*, la Carta Iberoamericana de Participación Ciudadana en la Gestión Pública (...) señala que el acceso a la información es un derecho que sustenta el adecuado funcionamiento de la democracia puesto que es condición para garantizar otros derechos y, en particular, el de participación ciudadana en la gestión pública” (52).

Durante la cuarentena obligatoria, en un juicio de amparo de salud promovido contra una obra social, el tribunal, para dar trámite a la de-

---

(51) CCiv. y Com. Azul, Sala II, 20/08/2020, “M. J. c. M. A. M. s/ simulación”, LL AR/JUR/34628/2020.

(52) CCont. Adm. y Trib. CABA, Sala I, 21/10/2020, “Asesoría Tutelar N° 1 ante la Cámara CAyT c. GCBA s/ acceso a la información”, LL AR/JUR/61755/2020.

manda, requirió, no obstante la urgencia del amparista, el cumplimiento a lo dispuesto en el punto 1.c) de la Guía de Buenas Prácticas para Presentaciones Electrónicas, es decir que consideró derecho duro a una guía de buenas prácticas (53).

En otra causa iniciada por una persona trans contra su obra social para que le otorgara cobertura integral de una cirugía facial de feminización, la Alzada hizo lugar a la demanda e indicó que la Ley de Identidad de Género debe interpretarse y aplicarse según lo establecen los Principios de Yogyakarta, que “forman parte del denominado *soft law* del derecho internacional de derechos humanos y se refiere a documentos jurídicos sin fuerza vinculante para los Estados, pero con efectos que los tornan relevantes por la autoridad que emanan y su congruencia con el sistema de garantías internacionales vigente...” (54).

Cabe mencionar también un caso resuelto por la Cámara de Casación Penal, que concedió arresto domiciliario a la imputada en el juicio en que se encontraba procesada con prisión preventiva por ser considerada miembro de una asociación ilícita. El inferior había denegado el arresto domiciliario, por entender que en el caso no concurrían los requisitos de la ley 24.660, porque el hijo de la encausada superaba la edad de cinco años prevista para conceder el beneficio a la madre. El Tribunal de Alzada entendió que el caso se podía subsumir en normas del derecho interno (ley 26.061; Convención de los Derechos del Niño) y, además, en reglas del *soft law*, que, si bien comprende una variedad de instrumentos que no son jurídicamente obligatorios, complementan el marco normativo, como ser las Reglas 28, 22, 42, 49, 52.1, 52.3 y 64 de Bangkok (55).

Puede verse también un juicio en el que la Cámara casó una sentencia por la que se había absuelto al imputado por el delito de promoción de la prostitución de menores. Se trataba de un hombre de sesenta años que pagó a una menor con el fin de tener relaciones sexuales. La Cámara sostuvo que el art. 125 bis del Cód. Penal debía interpretarse a la luz de los compromisos internacionales asumidos por la Argentina, algunos de los cuales ya forman parte del derecho interno, mientras que otros corresponden al derecho flexible. El tribunal enuncia una serie importante de esos compromisos (56).

---

(53) V. *supra*, nota 48.

(54) JCont. Adm. y Trib. CABA N° 11, 20/08/2019, “P. M. c. Obra Social de Buenos Aires (OBSBA) s/ amparo - salud - medicamentos y tratamientos”, LA LEY 2019-E-76.

(55) CNCas. Crim. y Correc., Sala de Feria, 03/04/2020, “Á. M. d. R. S. s/ recurso de casación”, LL AR/JUR/8849/2020.

(56) La Convención de Derechos del Niño, el Protocolo Facultativo de la Convención sobre los Derechos del Niño relativo a la venta de niños, la prostitución infantil y

Otro caso interesante que remite al derecho flexible se planteó ante el Jurado de Enjuiciamiento de la Ciudad de Buenos Aires para la destitución de un juez Contravencional y de Faltas de esa ciudad, por mal desempeño del cargo. En el exhaustivo voto de uno de los miembros del tribunal se dice: “Ciertas normas del denominado *soft law* se refieren en forma conjunta a las medidas disciplinarias, de suspensión y de separación del cargo, exigiendo que se basen en los ‘motivos inicialmente previstos por la ley y observando reglas de procedimiento predeterminadas’ (v. art. 11 del Estatuto Universal del Juez; puntos 17 a 20 de los Principios Básicos Relativos a la Independencia de la Judicatura adoptados por las Naciones Unidas)” (57).

También aplica derecho flexible el Tribunal Municipal de Faltas de la Ciudad de La Plata, a través de un Juzgado con competencia en la materia de defensa del consumidor. Se sancionó con multa a una empresa de telefonía celular por haber incurrido en publicidad engañosa. El fundamento central se expone con estas palabras: “Conforme es criterio uniforme en la deontología publicitaria, establecido incluso por las propias normas de ‘autorregulación’ del sector de las empresas especializadas, la publicidad debe interpretarse como un todo y atendiendo a la impresión global que generen en sus destinatarios (...) [ver Código de Ética de la Asociación de Marketing Directo e Interactivo de la Argentina —AM-DIA—, art. 17, incs. a) y b); Código de Conducta Publicitaria de la Asociación de Autocontrol de la Publicidad de España, arts. 3.1 y 3.2; Decreto Legislativo 691 de Perú, art. 2º; entre muchos otros]” (58).

#### IV. EL “DERECHO FLEXIBLE” EN EL RÉGIMEN DE RESPONSABILIDAD CIVIL ARGENTINO

En la actualidad, el régimen de responsabilidad civil tiene como principios fundamentales la prevención y la reparación integral del daño. A

---

la utilización de niños en la pornografía; el Convenio sobre las Peores Formas de Trabajo Infantil de la Organización Internacional del Trabajo, el Protocolo para Prevenir, Reprimir y Sancionar la Trata de Personas, especialmente Mujeres y Niños, que complementa la Convención de las Naciones Unidas contra la Delincuencia Organizada Transnacional; la Declaración de la reunión de Estocolmo en el Congreso Mundial contra la Explotación Sexual Comercial de los Niños, del 24/08/1996; y la Declaración de Río de Janeiro y Llamado a la Acción para Prevenir y Detener la Explotación Sexual de Niños, Niñas y Adolescentes. CNCas. Crim. y Correc., Sala II, 05/12/2018, “A., A. s/ recurso de casación”, LL AR/JUR/67316/2018.

(57) JEnjuiciamiento CABA, 05/01/2010, “Parrilli, Rosa Elsa”, LA LEY 2010-B-453.

(58) JFaltas La Plata N° 2, 07/07/2005, “Telefónica Unifón (TCP SA)”, LLBA 2005-929.

partir de ellos, el Código Civil y Comercial argentino estructura un régimen legal de responsabilidad civil minimalista, claro y coherente.

No obstante, la realidad de los acontecimientos dañosos supera siempre lo previsto en las normas del derecho positivo. Es que el daño, objeto sobre el que se trabaja en el régimen de responsabilidad civil, en la realidad y por esencia es mutante, de modo que su análisis, así como la decisión de condenar a su reparación, requieren un nivel de precisiones técnicas que el régimen legal no puede contener. Los tribunales se enfrentan con frecuencia al fenómeno reiterado de carencia de normatividades, como se dijo más arriba.

Como consecuencia, el ordenamiento normativo en esta materia adquiere su propio ritmo y evoluciona de acuerdo con los muy diversos daños que afectan a la sociedad. En ese sentido, resulta muy acertado afirmar que la necesidad constante de cambio no encaja bien con la naturaleza relativamente fija de las disposiciones legislativas que rigen la materia, por lo que el uso de instrumentos de derecho flexible, además de la adaptación temporal del derecho de la responsabilidad civil, garantizan su adaptación sustantiva, porque permiten, por ejemplo, caracterizar el daño reparable, en particular cuando es de un tecnicismo muy alto (59).

Esa necesidad de adaptación que parece exigir ahora el derecho de daños puede constatarse en la doctrina judicial argentina, en los fallos que se relatan a continuación, a fin de comprobar someramente, también en esta materia, el proceso de aceptación del derecho flexible como fuente de derecho.

Así, puede verse el caso resuelto por una Cámara Nacional en el que se reclama la indemnización de los daños derivados de la falta de entrega del vehículo a la empresa que opera la plataforma de un mercado electrónico dedicado a la compraventa entre usuarios. En la sentencia se advierte que el derecho positivo argentino no ofrece un plexo normativo especial relacionado con la responsabilidad de los prestadores de mercados electrónicos. Recurre entonces al derecho comparado, podría decirse al fondo común legislativo, considerando que es útil para fundar decisiones justas, basadas en criterios que han recibido aceptación en países con un desarrollo jurídico similar al argentino (60). El funda-

---

(59) MAURIN, Lucien, "Le droit souple de la responsabilité civile", *Revue Trimestrielle de Droit Civil*, nro. 3, 2015, ps. 517-537.

(60) Citando a Martínez Paz, dice la sentencia: "La doctrina jurídica nacional es constantemente influida por los movimientos jurídicos que se agitan en el extranjero, y una vez la doctrina elaborada, influye poderosamente en la jurisprudencia, en la aplicación de la ley. De modo, pues, que ni los jueces ni los expositores de materias jurídicas dejan de citar, de apoyar sus conclusiones, en cuanto se trata de casos extraor-

mento sustancial de la decisión es, por tanto, el derecho flexible. En la extensa sentencia, y en relación con los servicios informáticos, dice: "la manera en que las plataformas diseñan su servicio y aplican medidas voluntarias para hacer frente a los contenidos ilícitos en línea, sigue siendo en principio una decisión empresarial y la cuestión de si se benefician de la exención de responsabilidad de los intermediarios debe evaluarse caso por caso (conf. Comisión Europea de la Unión Europea, Bruselas, 02/06/2016, 'Comunicación de la Comisión al Parlamento Europeo, al Consejo, al Comité Económico y Social Europeo y al Comité de las Regiones: Una agenda europea para la economía colaborativa', cap. 2.2: 'Regímenes de responsabilidad')" (61).

En otro juicio, en el que se litiga en torno a la mala praxis médica, el Tribunal de Alzada, para considerar que el efector de salud actuó de manera oportuna, rápida y avanzada, se funda en forma expresa en que se han cumplido todos los protocolos y normas del Gold Standard que, se estima, deben aplicarse en el caso. Es decir, en este particular aspecto del caso se apoya en normas de derecho flexible (62).

Es ejemplificativa también la sentencia que condena a indemnizar los daños ocasionados a una persona que efectuaba tareas de cortador y doblador con una máquina dobladora y sus respectivas gafas, instrumentos que el tribunal calificó como "cosa riesgosa" y capaz de generar responsabilidad. La condena a los demandados se basó, en gran medida, en la pericial, que se remitió a las "buenas prácticas de seguridad" y sus recomendaciones específicas para la máquina en cuestión, es decir, se dio importancia a normas de derecho flexible (63).

La Corte Interamericana de Derechos Humanos tomó en consideración el derecho flexible que puede existir en un Estado al momento de juzgar la obligación que tiene de regular en el derecho interno, acorde con la Convención Americana. En el caso "Poblete Vilches y otros v. Chile", Serie C, nro. 349 (64), en el que se discutía acerca de la responsabilidad

---

dinarios, en las constancias del derecho comparado; pocos habría ya que se atrevieran a pensar que la ley es una fuente mágica de la que el ingenio pueda extraer todas las soluciones (...) (conf. MARTÍNEZ PAZ, E., 'Introducción el derecho civil comparado', Buenos Aires, 1960, ps. 73/74)..."

(61) CNCom., Sala D, 22/03/2018, "Kosten, Esteban c. Mercado Libre SRL s/ ordinario", RCyS 2018-V-116.

(62) CCiv. y Com. Jujuy, Sala I, 22/02/2021, "G., R. R. y otros c. Instituto Médico del Norte SA s/ daños y perjuicios", LL AR/JUR/1044/2021.

(63) CNTrab., Sala VII, 10/06/2020, "González, Claudio Moisés c. Galeno ART SA y otro s/ accidente - acción civil", LL AR/JUR/21317/2020.

(64) LA LEY 2018-D-264.

civil médica, la Corte, al tiempo de verificar el cumplimiento de los estándares requeridos y después de admitir que el país había cumplido con la obligación de regular en el derecho interno, de acuerdo con la Convención, “toma nota de la normativa interna que existía al momento de los hechos” y cita de manera especial las Normas y Documentos de Ética Médica de 1986, elaboradas por el Colegio Médico de Chile, y la Carta de Derechos del Paciente, elaborada en 1999 por el Fondo Nacional de Salud, en conjunto con el Ministerio de Salud de Chile. Es decir, la Corte reconoce que el derecho flexible es normativa interna.

Puede verse también la importancia del derecho flexible en el voto en disidencia recaído en la acción civil interpuesta por un trabajador de la pesquería reclamando daños y perjuicios por la incapacidad que padece a raíz del accidente que sufrió manipulando un guinche. Ese voto analiza en detalle el presupuesto de la relación de causalidad y se funda, entre otros argumentos, pero de manera principal, en numerosos Convenios de la OIT vinculados con las enfermedades y los accidentes laborales en el trabajo de la gente de mar (65).

## V. CONCLUSIONES

Este modo flexible, gradual, un tanto autónomo, de producción del derecho es una de las herramientas que este tiempo ofrece para mejor comprender la complejidad del mundo y dar solución a los problemas jurídicos que plantea, porque: “El derecho se manifiesta como un tejido, una red de interrelaciones, dentro de las cuales unas reglas ligeras, fluidas y elásticas, coexisten con disciplinas plenamente obligatorias, desempeñando distintos roles y respondiendo a la exigencia de flexibilidad y adaptabilidad de contextos sociales cada vez más complejos” (66).

---

(65) CNTrab., Sala I, 04/11/2020, “Cap. José Alberto c. San Arawa SA y otro s/ accidente - acción civil”, LL AR/JUR/53152/2020.

(66) BALDASSARE, Pastore, “*Soft law...*”, ob. cit., p. 87.



# LA OBJECIÓN DE CONCIENCIA INSTITUCIONAL NEGADA EN LA LEY 27. 610 DE ABORTO. UN SUPUESTO DE LEYES HUMILLANTES

POR ARMANDO S. ANDRUET (H.)<sup>(1)</sup>

## I. AGRADECIMIENTO Y RECUERDO

Un recordatorio a la persona del Dr. Félix A. Trigo Represas, quien es homenajeado en esta obra colectiva, se impone por una doble razón, al menos para nosotros.

La primera, porque se trata el nombrado profesor de Derecho de uno de aquellos que integraron una generación brillante de auténticos maestros que, de una u otra manera, dejaron abiertos los surcos para que los

---

(1) Hemos tenido ocasión de referirnos al tema de la objeción de conciencia desde diversos ángulos. En algunos supuestos lo hemos hecho desde el punto de vista individual o personal y, en tales casos, lo hemos realizado respecto tanto del personal sanitario en sentido lato como también de los jueces, quienes, aun postulando personalmente la objeción, se encuentran enclavados en un espacio institucional público y, como tal, para muchos, tal circunstancia es un claro valladar. *Vide* ANDRUET, Armando, “Incertidumbres entre la ciencia y conciencia de los jueces”, en ANDRUET, Armando, *Cuadernos de la Especialización en Derecho Judicial. Cuestiones de Ética Judicial*, Ed. EDUCC, Córdoba, 2010, ps. 11 y ss. Otra contribución más sintética en: ANDRUET, Armando, “¿Los jueces pueden ser objetores de conciencia?”, *LA LEY*, Supl. Const. 2010 (septiembre), p. 1. También lo hemos realizado en la perspectiva de la objeción de conciencia institucional de una institución correspondiente al sector privado; ello puede ser consultado en ANDRUET, Armando, “Comentarios y aportes para la comprensión de la objeción de conciencia institucional”, en AA.VV., *Hacia la cultura bioética de la institución*, Ed. EDUCC, Córdoba, 2012, ps. 55-72. De este último trabajo, por una cuestión de coincidencia temática con el presente, es que hemos tomado algún capítulo para esta contribución, naturalmente ampliando y modificando lo que así corresponde.

discípulos proyectaran y propagaran con igual o mayor rédito aquellas enseñanzas recibidas. He conocido y trabajado mucho con estos grandes juristas en la Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Córdoba y, sin duda, la enseñanza que de todos ellos he obtenido es un activo cuyo valor subestima cualquier precio.

El segundo de los motivos para sentirnos no solo muy honrados con la delicada invitación que el Dr. José W. Tobías nos hiciera, sino también completamente comprometidos con la invitación a esta contribución, fue acaso la deuda que guardábamos por una invitación desmedida que recibiera unos años atrás de parte del Dr. Félix Trigo Repesas y la Dra. María Benavente, para escribir en una obra intitulada “Reparación de daños a la persona” (2), y que mucho me sorprendió —a más de halagarme—, puesto que no soy profesor de Derecho Civil; solo he sido durante muchos años un juez en lo Civil y Comercial, pero ello no me daba ningún título para escribir con civilistas auténticos. Sin embargo, la elección justamente había sido porque soy filósofo del derecho y bioeticista, y podía hacer desde esos lugares aportes al mencionado problema, quizás tomando aristas que no son las corrientes entre los profesores de puro cuño civilista. Ello implicó una deuda, que solo ahora y muy parcialmente puedo comenzar a saldar.

Por todo ello, mi recuerdo y gratitud por todas las enseñanzas que los juristas hemos tenido de quien fuera un auténtico maestro de la ciencia jurídica, *in memoriam* Dr. Profesor Félix A. Trigo Repesas.

## II. BREVE INTROITO

Habremos de proponer, en una ajustada síntesis, un análisis descriptivo de algunas cuestiones vinculadas con la objeción de conciencia (3);

---

(2) TRIGO REPESAS, Félix — BENAVENTE, María (dirs.), “Reparación de daños a las personas. Rubros indemnizatorios. Responsabilidades especiales”, Ed. La Ley, Buenos Aires, 2004, 4 tomos.

(3) “La objeción de conciencia consiste en la oposición al cumplimiento de un deber jurídico que, en una situación concreta (el conflicto de conciencia), resulta incompatible con las convicciones morales de una persona”. ESCOBAR ROCA, Guillermo, “La objeción de conciencia del personal sanitario”, en CASADO, María (comp.), *Bioética, derecho y sociedad*, Ed. Trotta, Madrid, 1998, p. 133. Más adelante habremos de señalar que aquella se presenta habitualmente como “objeción de conciencia negativa” —o sea, cuando el sujeto se niega realizar determinada acción que está impuesta por la ley—, pero también existe la “objeción de conciencia positiva”, que es mucho más excepcional.

en particular nos importa el abordaje desde su vertiente institucional —objección de conciencia institucional—, para lo cual haremos algunas consideraciones respecto a las condiciones necesarias para poder invocarla y que, como tales, muestren así la misma seriedad y el respeto que se pide para con aquella.

Ante lo dicho, debe tenerse especialmente en cuenta la reciente sanción que se ha hecho de la ley 27.610 de Acceso a la Interrupción Voluntaria del Embarazo —en adelante, IVE—, publicada en el Boletín Oficial con fecha 15/01/2021 y convertida en ley por aprobación de la Cámara de Diputados con fecha 30/12/2020 (4). En ella, expresamente en sus arts. 10 y 11 (5), se ha reconocido la objeción de conciencia individual, pero no se ha incorporado el capítulo de la objeción de conciencia institucional, que fuera insistentemente reclamado como tópico a ser normado. Hubo también una baja densidad argumentativa para su rechazo, ya que, si bien son conocidas las evidentes diferencias que existen entre

---

(4) Puede ser consultada con total aprovechamiento una discusión crítica sobre ella en LAFFERRIÈRE, Jorge, “Ley de Aborto comentada. Análisis crítico de la ley 27.610”, Ed. Centro de Bioética Persona y Familia, Universidad Católica Argentina, Buenos Aires, 2021, <https://centrodebioetica.org/>.

(5) Art. 10: “*Objeción de conciencia*. El o la profesional de salud que deba intervenir de manera directa en la interrupción del embarazo tiene derecho a ejercer la objeción de conciencia. A los fines del ejercicio de la misma, deberá: a) Mantener su decisión en todos los ámbitos, público, privado o de la seguridad social, en los que ejerza su profesión. b) Derivar de buena fe a la paciente para que sea atendida por otro u otra profesional en forma temporánea y oportuna, sin dilaciones. c) Cumplir con el resto de sus deberes profesionales y obligaciones jurídicas. El personal de salud no podrá negarse a la realización de la interrupción del embarazo en caso de que la vida o salud de la persona gestante esté en peligro y requiera atención inmediata e impostergradable. No se podrá alegar objeción de conciencia para negarse a prestar atención sanitaria postaborto. El incumplimiento de las obligaciones establecidas en el presente artículo dará lugar a las sanciones disciplinarias, administrativas, penales y civiles, según corresponda”; el artículo siguiente tiene este texto: Art. 11: “*Objeción de conciencia. Obligaciones de los establecimientos de salud*. Aquellos efectores de salud del subsector privado o de la seguridad social que no cuenten con profesionales para realizar la interrupción del embarazo a causa del ejercicio del derecho de objeción de conciencia de conformidad con el artículo anterior, deberán prever y disponer la derivación a un efector que realice efectivamente la prestación y que sea de similares características al que la persona solicitante de la prestación consultó. En todos los casos se debe garantizar la realización de la práctica conforme a las previsiones de la presente ley. Las gestiones y costos asociados a la derivación y el traslado de la paciente quedarán a cargo del efector que realice la derivación. Todas las derivaciones contempladas en este artículo deberán facturarse de acuerdo con la cobertura a favor del efector que realice la práctica”.

la racionalidad legislativa y la judicial (6), consideramos que se debió cumplir con algún criterio de justificación para el criterio que se adoptó. Se brindó, a cambio, respecto a dicho punto, un tratamiento confuso y hasta eventualmente afectatorio de la misma salud de la persona que solicitare la respectiva práctica abortiva.

Destacamos lo relativo a una construcción legislativa confusa, puesto que se han mixturado dos supuestos fácticos diferentes: la existencia de un ámbito sanatorial privado, en el cual los equipos médicos del servicio de obstetricia —en el caso— son, en su totalidad, pero a título individual, objetores de conciencia; ello podría ser equiparable a la admisión y existencia de una objeción de conciencia institucional del nombrado centro de salud.

Ello así porque, según resulta del texto del art. 11 de la ley 27.610, cuando todos los médicos son objetores de conciencia a título individual, le corresponde al centro de salud proceder a efectuar la derivación de la persona a otro espacio sanatorial en donde dicha práctica abortiva sea admitida (7). Sin embargo, como indicaremos más adelante, las situaciones no son análogas y no se puede ver en ello un reconocimiento legislativo de la objeción de conciencia institucional. En realidad, no es otra cosa que una masividad de objetores de conciencia a título personal en un mismo espacio sanatorial privado.

Dicha circunstancia no explícita en modo fuerte —sin perjuicio de que se puedan deducir— las mismas convicciones morales, religiosas o creencias ideológicas que la institución o persona jurídica podría tener; y cuando ellas están patentizadas de manera inequívoca, no debería existir dificultad en admitir que un determinado comportamiento sanitario resulta lesivo a ellas (8).

---

(6) ATIENZA, Manuel, “Argumentación legislativa”, Ed. Astrea, Buenos Aires, 2019, ps. 80 y ss.

(7) Arg. art. 11, ley 27.610.

(8) Señala con criterio Jorge Lafferrière, en este orden: “La redacción confunde la objeción de conciencia individual con el plano institucional. En efecto, el fundamento de la llamada ‘objeción de conciencia institucional’ no está dado por el hecho de que todos los profesionales que integren un establecimiento de salud sean objetores, como parece desprenderse de la norma, sino en que su ideario o estatutos o normas fundamentales contemplan principios que defienden la vida desde la concepción. Así, está en juego la libertad de asociación, además de las libertades de conciencia, de pensamiento y de culto” (LAFFERRIÈRE, Jorge, “Ley de Aborto comentada...”, ob. cit., p. 116).

En este orden, bien ha destacado Fernando Toller que “más allá de la objeción de conciencia individual que pueden invocar las personas individuales, una persona jurídica privada puede, en virtud de sus convicciones plasmadas en su ideario, objetar el cumplimiento de una obligación legal o contractual cuando de ello no se deriva un daño a terceros o al bien común. De lo que aquí se trata es del derecho constitucional a la objeción de conciencia institucional para las entidades que poseen un ideario o convicciones fundamentales y fundacionales de carácter ético o religioso” (9).

De cualquier modo, no se puede dejar de indicar que existen autores que han fortalecido la tesis —indebidamente y con argumentos poco convincentes— de que no resulta posible requerir la exigibilidad de una objeción de conciencia institucional —como aspiramos— porque existe un defecto sustantivo para que ella pueda ser invocada, como es que las instituciones no tienen conciencia (10).

### III. UBICACIÓN TAXONÓMICA DE LA OBJECCIÓN DE CONCIENCIA: INDIVIDUAL E INSTITUCIONAL

Una breve indicación acerca de la ubicación de la objeción de conciencia en un conjunto mayor en el cual ella se inserta nos será útil. Partimos de la premisa de que vivimos en una sociedad organizada, y que dentro de toda sociedad organizada los hombres tienen impuesto obedecer al derecho. Sin embargo, tal requerimiento no significa realmente que el derecho siempre deba ser obedecido. El ordenamiento jurídico puede ser violado y, en ciertas ocasiones y bajo determinadas razones, dicha violación puede tener una razón suficiente.

Obviamente, quien da muerte al inocente está violando el derecho sin razón alguna y, por lo tanto, inmediatamente le corresponderá la respuesta normativa de la sanción. Sin embargo, también se puede violar el derecho con razones —o en el convencimiento de que ellas existen—, y esa violación del ordenamiento jurídico con razón puede realizarse de dos maneras: de un modo pacífico o en un marco revolucionario.

Dentro de las violaciones al derecho de una manera no violenta, aparece lo que se ha dado en llamar “objeción de conciencia”. Esta tam-

---

(9) TOLLER, Fernando, “El derecho a la objeción de conciencia de las instituciones”, *Vida y Ética. Revista del Instituto de Bioética*, nro. 8, 2007, ps. 163-189.

(10) ESCOBAR ROCA, Guillermo, “La objeción de conciencia en la Constitución española”, Ed. CEC, Madrid, 1993, ps. 246 y ss.

bién se diferencia en que puede ser positiva o negativa; esto es, para la negativa, “la facultad del individuo destinatario de un deber jurídico positivo (deber de seguir un determinado comportamiento, prestar un servicio, proporcionar una prestación) de sustraerse del cumplimiento de tal deber, omitiendo la conducta prescrita por razones de conciencia. Dos supuestos clásicos del derecho a la objeción de conciencia negativa son la objeción de conciencia al servicio militar y la objeción de conciencia a la interrupción del embarazo. La segunda es el derecho de objeción de conciencia positiva, que presenta dos modalidades: La facultad (permiso, derecho, libertad) del individuo destinatario de un deber jurídico negativo (deber de no tener un determinado comportamiento, no prestar un servicio, no proporcionar una prestación) de sustraerse de la observancia de tal deber, realizando la conducta prohibida por razones de conciencia; [el restante] el poder (capacidad, autorización, habilitación) del individuo destinatario de una norma general de inhabilitación (negativa o privativa de la capacidad de completar ciertos actos jurídicos) de realizar válidamente los actos jurídicos excluidos por razones de conciencia” (11).

Ser un objetor de conciencia es, precisamente, no cumplir con la obediencia que, por definición, el derecho siempre impone, sea ello para una realización tanto positiva como negativa. Algunos moralistas señalan su preferencia respecto a que se lo denomine de modo diferente, y entonces, en vez de hablar de “desobediencia al derecho”, que se pueda indicar una cierta “discrepancia civil”. De tal forma, el objetor de conciencia es quien tiene una discrepancia civil con el orden jurídico.

Así, corresponde afirmar que aquel que desobedece o discrepa del derecho está poniendo de manifiesto el carácter injusto de la ley, porque ella manda el cumplimiento de un contenido deóntico que resulta contrario a ciertas prácticas individuales o comunes que así lo consideran. Es decir, nadie está impuesto de obedecer lo que injustamente resuelve una ley; de todas formas, la cautela en la interpretación debe ser la regla propia, puesto que de lo contrario se correría el riesgo de la segregación societaria. A lo largo de la historia, y desde la tragedia de Sófocles a hoy, podríamos hacer un gran listado de situaciones de ese tipo (12).

---

(11) SEOANE, José, “Objeción de conciencia sanitaria positiva”, en SANTOS, José — HERMIDA, Marta — ALBERT, Cristina (eds.), *Bioética y nuevos derechos*, Ed. Comares, Valencia, 2016, p. 299.

(12) El relato de la tragedia de Antígona es una explicación recurrente sobre el punto. Antígona no se considera obligada por la decisión de dejar a Polinices sin sepultura, porque, según ella, las leyes de la ciudad se aplican solo a los vivos. En cuanto a los muertos, ya solo dependen de las leyes de los dioses. O sea, Antígona está recono-

La discrepancia civil, entonces, es una suerte de insumisión al orden jurídico establecido. Si esa realización es violenta, estamos propiamente frente a una revolución. Cuando hay una revolución, es el orden jurídico el que ha sido modificado o reemplazado por otro de una manera violenta. De todas formas, corresponde aclarar que cuando se viola el derecho de una forma revolucionaria, existen algunos otros componentes que se anexan a la mera insumisión violenta, pues en realidad lo que se quiere es generar cambios profundos dentro de la estructura sociopolítica de esa sociedad, modificando el sistema jurídico, y no meramente una norma o un contenido deóntico preciso. Se quiere con ello modificar también la organización o la ideología política imperante, lo cual está muy lejos de ser la pretensión de un objetor de conciencia (13).

Cuando se piensa en discrepancias civiles no violentas, en realidad, no se aspira a lograr esos mismos resultados, sino otros de mejor entidad. Un objetor de conciencia no quiere modificar el sistema jurídico; no aspira tampoco a reemplazar el sistema político en el cual se inscribe. Dicho objetor de conciencia aspira a encontrar, mediante su acto, una tranquilidad moral individual acerca de una determinada norma que, como tal, lo compromete en sus convicciones axiológicas, morales, religiosas e ideológicas.

Dejando entonces el marco de la discrepancia violenta y ubicándonos en la civil no violenta, decimos que dichos rechazos pueden, a la vez, darse en dos espacios: en el espacio inmediatamente individual o personal, y en el espacio institucional.

En el ámbito de lo individual podríamos marcar tres especies de discrepancias civiles, a saber: i) La objeción de conciencia personal, que habitualmente reconocemos como pasible de ser formulada dentro de los equipos sanitarios o médicos —entre otros posibles campos de despliegue— y que, a la vez —como hemos señalado más arriba—, puede tomar una forma positiva o negativa. Supone la acción o la omisión de un agente para evitar cooperar materialmente con un resultado o acción

---

ciendo una doble legislación; por el contrario, el tirano Creonte niega dicha dualidad, indicando que aquel a quien la ciudad ha situado a su cabeza es al que se debe obediencia, tanto en lo que es justo como en lo que no lo es. *Vide* SÓFOCLES, “Antígona”.

(13) Destaca Philippe André-Vincent “que en el hecho revolucionario hay algo más que un fenómeno de pura fuerza. La ciencia jurídica no ignora los motivos de los actos. No puede ignorar tampoco su estructura. La acción revolucionaria no es un simple desorden: se distingue de una agresión cualquiera al orden público por su carácter organizado y finalizado” (ANDRÉ-VINCENT, Philippe, “Revolución y derecho”, Ed. Ghersi, Buenos Aires, 1982, p. 24).

que resulta maligno y que otros integrantes de la comunidad, profesional o no, podrán solventar sin dificultad alguna, puesto que no participan del ideario moral, axiológico, religioso e ideológico de quien articula la pretensión de desobediencia.

ii) Puede haber también una desobediencia civil propiamente dicha, y es aquella en la cual los objetores de conciencia son individuos que no quieren, por caso, quedar sometidos a un régimen militar o bajo bandera, sobre la base de sus propias ideas o creencias religiosas o morales, y, por lo tanto, ofrecen una reparación de ejercicio moral que compense aquella circunstancia (14).

iii) Otro supuesto, dentro de la categoría de rechazo individual, es la que se conoce bajo el nombre de “resistencia pasiva”. Ella se constituye cuando se genera una suerte de rebelión fiscal, por la que los ciudadanos deciden no contribuir con la carga tributaria que les corresponde, porque juzgan que los dineros que por tal vía aportan al erario público son mal redistribuidos e injustamente impuestos por el Estado.

Los tres tipos de rechazos individuales que hemos indicado son aceptados de manera general dentro del derecho nacional y el comparado.

Ahora expliquemos brevemente, y acorde al tema que nos convoca, el rechazo del agente cuando lo hace ocupando un determinado rol institucional; o sea, cuando el sujeto que habrá de ser el objetor tiene bajo su responsabilidad funciones de gestión pública debidamente asignadas.

Hasta donde hemos podido indagar, podemos clasificar dicha realización también de tres modos:

i) El supuesto integrado por aquellos individuos que están impuestos de cumplir con determinados actos por el mismo imperio de la ley. Debe aclararse que no es un mero supuesto de obediencia a la ley —que, como tal, resulta común a todos los ciudadanos—, sino aquel en el que existe una preceptiva especialmente impuesta para ciertos colectivos profesionales, a quienes se les ha tomado un juramento público de “cumplir y hacer cumplir la ley”; sin duda, los alcanzados por dicho postulado son esencialmente los jueces. De allí se concluye que tales personas no podrían negarse a aplicar a la ley invocando sus propias convicciones morales, porque su “posición institucional” les impone estar más allá de dicha circunstancia.

---

(14) VALDUNCIEL DE MORONI, María del Carmen, “Objeción de conciencia y deber militar”, Ed. Ediar, Buenos Aires, 1989.



Conocemos la dificultad de sostener que este tipo de funcionarios podrían formular una objeción de conciencia, atento a la posición institucional que ocupan. Sin embargo, creemos haber desarrollado un argumento para su admisión de mayor centralidad que el destacado, partiendo de la esencia del acto de juzgar, ya que allí está en juego la imparcialidad de quien juzga, y ella no podría existir en ninguna persona que pretenda ser objetor y es impedido de hacerlo, imponiéndosele juzgar (15). En tal caso, dicho juez habrá de juzgar, en el mejor de los casos, con un gran pesar, generando tal accionar importantes residuos morales; y, en el caso más corriente, será fiel a sus convicciones y, por lo tanto, juzgará como ya sabía que lo iba a hacer, independientemente de las pruebas y/o argumentaciones. Reconozco que la tesis no es para nada pacífica (16).

ii) Existe también otra categoría de discrepancia civil institucional intermedia; es la cumplida por personas jurídicas que están parcialmente impuestas por ley y parcialmente no impuestas por ella de cumplir determinados actos. Hasta donde hemos podido pensar en el supuesto práctico, sería el caso de los establecimientos educativos privados que tienen una orientación confesional o doctrinaria determinada.

Bien sabemos que los establecimientos educativos —aunque sean de gestión privada— tienen un eje temático sobre el cual se ordenan los programas de las asignaturas, de tal forma que su currícula es acorde a las indicaciones del Ministerio de Educación, pero, a la vez, tienen un componente propio de la confesionalidad o doctrina ofertada a los alumnos, que en muchas ocasiones es lo que brinda a dicha institución un plus frente a otros establecimientos igualmente privados o públicos. De allí es que estos han formulado ciertas reservas respecto a determinados contenidos curriculares, en tanto y en cuanto, según el mismo ideario moral o confesional de tal institución, importan una afectación al mismo orden constitucional de la República.

iii) Otro caso es el de la objeción de conciencia institucional llevada a cabo por un tipo diferente de personas jurídicas, esto es, los efectores

---

(15) RICOEUR, Paul, "Lo justo", Ed. Caparrós, Madrid, 1999, p. 157.

(16) Vide GARZÓN VALLEJOS, Iván, "La objeción de conciencia del juez", en AA.VV., *Una filosofía del derecho en acción. Homenaje al profesor Andrés Ollero*, Ed. Universidad Rey Juan Carlos, Madrid, 2015, ps. 1379-1384. Nos hemos referido también, con bastante soledad, a dicha tesis: ANDRUET, Armando, "La adjudicación de derechos judiciales. Incertidumbres entre la ciencia y conciencia de los jueces", en ANDRUET, Armando (ed.), *Cuadernos de la Especialización en Derecho Judicial*, Ed. EDUCC, Córdoba, 2010, vol. 2, ps. 11 y ss.

de salud del subsector privado o de la seguridad social —no establecimientos educativos— que están impuestos de cumplir la ley que los afecta moralmente —de lo que podrían haber sido eximidos normativamente—, pero, a la vez, están autorizados a hacer valer la objeción de conciencia individual de los colectivos profesionales, con lo cual la institución se convierte por esa vía en no apta para llevar a cabo la exigencia que el derecho impone y así, *de facto*, funciona una objeción de conciencia institucional.

Este resulta ser el modelo por excelencia que la ley, en el mejor de los casos —su admisión—, dispone, y ya indicaremos qué conclusión se puede obtener del mismo esquema.

Puede parecer obvio aclarar que nos referimos a los establecimientos que conforman jurídicamente las denominadas “instituciones”, como son las clínicas o sanatorios —no hospitales públicos—, que son personas jurídicas; debemos señalar, asimismo, que no se está haciendo referencia alguna a sus directivos, médicos o no, sino a la institución misma —como es, entre otras, la Clínica Reina Fabiola, a la sazón hospital escuela de la Facultad de Ciencias de la Salud de la Universidad Católica de Córdoba— (17).

Estas instituciones, en rigor de verdad, y según las razones que daremos, podrán invocar desobediencia cuando se les imponga el cumplimiento de actos que, si bien están permitidos civilmente, son a la vez contradictorios con los mismos postulados identitarios de la institución, y ello debería admitirse derechamente, sin utilizar el mecanismo degradante que acabamos de señalar. Pues solo así estaríamos frente a una objeción de conciencia institucional propiamente dicha.

Volvemos a repetir: los actos cuya realización por parte de la institución es negada están legalmente permitidos —en este caso, los que corresponden a las prácticas de la IVE—; sin embargo, que se encuentren permitidos por la ley no implica que todas las personas los deban admitir como bondadosos, y mucho menos sentirse impuestos a ejecutarlos

---

(17) Se indica en el respectivo portal web: “La Clínica Universitaria Reina Fabiola (CURF) es una institución de salud que forma parte de la Fundación para el Progreso de la Universidad Católica de Córdoba y cuya existencia data del año 1959 por iniciativa del rector RP Jorge A. Camargo SJ. Sus objetivos principales son brindar prestaciones en salud, apoyar la formación de los alumnos de la Facultad de Ciencias de la Salud y formar profesionales altamente calificados mediante residencias médicas y especializaciones de posgrado, para poder brindar una excelente calidad asistencial a la comunidad...” ([http://www.clinicareinafabiola.com.ar/quienes\\_somos.asp?pagina=quienes\\_somos](http://www.clinicareinafabiola.com.ar/quienes_somos.asp?pagina=quienes_somos)).

como un práctica profesional médica, puesto que ello, como tal, resulta repulsivo y repugnante a la misma conciencia empresarial-institucional que dicha institución ha prohiado a lo largo de su misma historia, de lo cual existen registros públicos suficientes y acciones que han testimoniado dicho proceder.

En tales supuestos, la negación de la invocación de la objeción de conciencia institucional —que no se ha consignado en la ley 27.610— deviene afectatoria de la misma ontología de ciertas y determinadas instituciones con un ideario definido.

Antes de continuar, corresponde adelantar que, tal como lo han señalado iusfilósofos y politólogos contemporáneos, en un Estado de derecho constitucional maduro, la objeción de conciencia se reconoce como una importante realización del sistema jurídico (18). O sea que no se ve a la objeción de conciencia como una falla o déficit del ordenamiento, sino como una verdadera fortaleza del sistema. El sistema jurídico que sea necesita tener estos capítulos de oxigenación, justamente para asegurar su misma consistencia.

#### IV. LAS FUENTES CONSTITUCIONALES DE LA OBJECCIÓN DE CONCIENCIA

Lo primero es ubicarnos en que la objeción de conciencia aparece dentro del marco constitucional, en el capítulo sobre la libertad religiosa. La libertad religiosa, reconocida en el art. 14 de la CN, presupone dos niveles de realización: por una parte, en lo que llamamos un nivel interno, donde se produce el pensamiento libre y del cual ninguno de nosotros puede ser privado, afectado o negado; luego —en un segundo momento—, ese “pensamiento libre” puede ser propiamente un “pensamiento liberado” y, en tanto tal, hablamos entonces de libertad de culto. Con ello mostramos lo interno y lo externo de esta libertad religiosa: pensamiento libre y pensamiento liberado.

---

(18) Cfr. RAWLS, John, “Teoría de la justicia”, Ed. FCE, México, 1987, p. 413. En igual sentido ha señalado Rafael de Asís Roig: “es necesario también que sea capaz de reconocer [el Estado democrático] ciertas formas de disenso, fundadas en el valor de la conciencia de los individuos. Este reconocimiento se produce a través de la incorporación de la posibilidad de objetar en conciencia ante determinadas normas” (ASÍS ROIG, Rafael, “Juez y objeción de conciencia”, *Sistema*, 1993, p. 57).

Se trata de un derecho fundamental, en orden a que está integrado y es derivación de otros derechos, también originarios, que están en el marco de la Constitución de la República (19).

Corresponde advertir que existen dentro de los derechos fundamentales algunos que tienen una mayor protección que otros; sin embargo, tal diferencia en la protección en manera alguna afecta a su esencia. En realidad —como se puede comprobar a lo largo de la historia—, es posible proteger los derechos de diferentes maneras, acorde a diversos factores o construcciones ideológicas y políticas. Lo cierto es que la objeción de conciencia, por ser un correlato inmediato de este art. 14 de la CN, es un derecho constitucional y debe ser reconocido como un derecho fundamental.

A ello se puede agregar que el Estado argentino admite y ampara la pluralidad de religiones, y por ello la tolerancia es el camino que marca la distinción. Así es como se comprende modernamente el concepto del Estado laico. De allí que la laicidad es la apertura al pluralismo moral de miradas confesionales dentro del mismo Estado, sin negar a ninguna y admitiendo todas ellas en cuanto no comprometan el mismo orden moral que asegura la convivencia de las personas.

La República Argentina, si bien es cierto que muestra adhesión o preferencia a una determinada religión (20), a la vez propicia la libertad de cultos en modo expreso y con igual respeto por todos ellos, con independencia de la preferencia que pueda existir por uno de ellos.

El concepto de un Estado laico inmediatamente se vincula con el respeto por la diversidad de programas morales, filosóficos y confesionales que las personas puedan tener y, con ello, por las instituciones que dichos ciudadanos generen a la luz de los mencionados ideales morales, filosóficos y confesionales, ninguno de los cuales, *prima facie*, podrá ser despreciado. Los proyectos de vida de las personas y los idearios de las instituciones son plurales, y así deben ser respetados. Con ello se asegura la posibilidad de vida en común y de proyectos personales. Esta es la idea extensa de lo que entendemos por laicidad.

Corresponde también considerar que detrás de la idea de laicidad se encuentran en pugna dos modelos ideales, a saber: i) una *laicidad re-*

---

(19) *Vide* ANSUÁTEGUI ROIG, F., “La conexión conceptual entre el Estado de derecho y los derechos fundamentales”, Ed. Grijley, Lima, 2007; también PÉREZ LUÑO, Enrique, “Los derechos fundamentales”, Ed. Tecnos, Madrid, 1988.

(20) Art. 2º: “El gobierno federal sostiene el culto católico apostólico romano”.

*publicana*; y ii) una *laicidad liberal y pluralista*. Ambas tienen por base común que prestan respeto a la igualdad moral y a la libertad de conciencia, solo que en la primera hay un mayor desarrollo hacia una identidad cívica común, y las filiaciones de conciencia quedan recluidas al ámbito privado; mientras que, en la segunda, antes que la remisión a lo privado, habrá una búsqueda de un equilibrio de la conciencia en el ámbito público.

En este marco conceptual, cabría señalar que el solo reconocimiento de la objeción de conciencia individual promovería un modelo de “laicidad republicana”; en cambio, cuando además de ella se admite la objeción de conciencia institucional, nos ubicamos en un proyecto de Estado que promueve la “laicidad liberal y pluralista”, puesto que son los hombres quienes exponen, por vía de una institución, una tradición y una cosmovisión de valores acerca de la manera y el pensamiento que ellas tienen respecto a determinadas temáticas, como bien puede ser la relativa al aborto.

Vale entonces, acorde a todo señalado, recordar a Charles Taylor, en su obra “Fuentes del yo. La construcción de la identidad” —siguiendo la síntesis que hace Elena Lugo—, cuando indica: “Para Taylor, una institución es una colectividad de individuos o de individuos en conjunto, en comunidad de tarea que son convocados a expresar y desarrollar su identidad en el curso de la implementación de los objetivos que les son comunes, no solo hacia el interior sino hacia el exterior. Hacia el exterior la institución ha de asumir una perspectiva o proyección de sí en el espacio moral definido por la sociedad, en el momento histórico y contexto cultural que le corresponde ofrecer su servicio para una población con diferentes concepciones éticas y religiosas, para lo cual la ley jurídica es esencial. Pero hacia su interior como condición a la proyección exterior explícita y bien definida, debe establecer su visión, misión y principios; los cuales deben facilitar el cumplimiento de su misión para ameritar credibilidad como rasgo básicamente ético” (21).

Y, aunque parezca una obviedad, hay que señalar que no se puede predicar la “laicidad liberal y pluralista” en un Estado, si antes no se tiene en claro que hay que aprender a vivir “con” y “en” diversidades morales y religiosas. Ello es inevitable, más en tiempos modernos, cuando los ciudadanos son migrantes —voluntarios o no— por el mundo. Por ello, esta especie de laicidad es más exigente con todos los ciudadanos y deja

---

(21) LUGO, Elena, “Hacia una cultura bioética de la institución: condición para la objeción de conciencia auténtica”, en AA.VV., *Hacia la cultura bioética de la institución*, ob. cit., p. 37.

expuestos en igual manera los niveles de resistencia a ser verdaderamente tolerantes a ciertos grupos, puesto que no se trata solo de saber que otros tienen convicciones diferentes, sino del esfuerzo —sin dudas— de convivir con ellos y con las cuestiones que son moralmente valiosas para ellos (22).

Por ello, viene a cuento tener presente un concepto que se ha dado en llamar “acomodamientos razonables”, que en toda laicidad abierta se imponen como necesarios. Dichos “acomodamientos razonables” que postula Charles Taylor deberían formar un binomio con lo que John Rawls denomina “consensos entrecruzados”, haciendo de esa diada un eje de convivencia en la laicidad.

#### V. APORTE SOBRE EL MARCO CONSTITUCIONAL ARGENTINO Y ESTADO DEL ARTE

No haber legislado en la ley 27.610 sobre la objeción de conciencia institucional impone un desgaste emocional, profesional y moral al sanatorio o clínica privada o de la seguridad social que se encuentra con la exigencia de practicar una IVE, puesto que dicho espacio sanitario, al menos, tiene que intervenir como una suerte de agente operativo de derivación del paciente. Así, habrá de convertirse en un cooperante material activo para asegurar el traslado de la persona, para que en la institución girada se lleve a cabo la práctica que en la girante no resulta posible ejecutar, por la objeción individual de los médicos que podrían profesionalmente ocuparse de tal gestión si no fueran objetores personales.

Con ello, en realidad se le hace *padecer* —en sentido auténtico— a la institución girante una degradación y afectación moral innecesaria, además de sumar un riesgo indebido para la salud de la persona en dicho trance, puesto que ella bien pudo creer que en ese lugar tales acciones médicas estaban debidamente dispuestas. Tal cooperación impuesta —cuando pudo ser evitada—, desde la perspectiva ética, se denomina “requerimiento de una cooperación material al mal” (23), y ello, como tal, indica que son prácticas que afectan a las mismas convicciones morales, religiosas, filosóficas o identitarias de la mencionada institución.

---

(22) *Vide* TAYLOR, Charles — MACLURE, Jocelyn, “Laicidad y libertad de conciencia”, Ed. Alianza, Madrid, 2011.

(23) Mediante la cooperación material al mal se realizan acciones con las que, sin desearlo, hacemos posible o facilitamos la acción moralmente mala de otra persona. Dicha cooperación puede ser directa o indirecta, y también próxima o remota. En este supuesto, sería indirecta y próxima (RODRÍGUEZ LUÑO, Ángel, “Ética general”, Ed. Universidad de Navarra, Pamplona, 1991, p. 303).

El hecho de haberse insistido de gran modo en la derecha formalización de la objeción de conciencia institucional y de haberse denegado su incorporación con argumentos de notable endeblez pone en aviso a la magistratura que tenga que vérselas con cuestiones de inconstitucionalidad de la mencionada norma, ya que, en realidad, en la vida democrática de una República, cuando la democracia no se realiza propiamente como democracia deliberativa en el recinto parlamentario, en muchos aspectos se configura lo que hoy se denomina —con buen criterio— una posible demostración de los rostros que el falseamiento del Estado de derecho puede producir (24).

En el caso, la insistencia por la consideración de la objeción de conciencia institucional —y que, huelga señalar, había sido ya objeto de atención en la discusión parlamentaria del año 2018 por iguales controversias—, sin lugar a dudas era, por esa sola razón, un aspecto que ameritaba una atención más singular que la sola imposición textual por el imperio de la fuerza mayoritaria de los votos de los parlamentarios; es lo que un sistema democrático autoriza desde su estructura formal, pero, para ser uno completamente auténtico, desde lo material se requiere que las deliberaciones respecto a temas en conflicto se hayan cumplido adecuadamente; sin embargo —tal como hemos dicho—, no ha sido ese el espíritu que se ha tenido en la ocasión.

Agregamos a lo ya dicho que la objeción de conciencia institucional no podría ser emplazada desde las instituciones públicas —sin perjuicio de que lo puedan ser sus actores operacionales—, porque justamente es el Estado quien tiene que brindar la completa y total garantía a los ciudadanos, en un régimen político de naturaleza democrática, de que no existe discriminación alguna respecto a los diversos proyectos de vida. El ciudadano siempre debería esperar del Estado el máximo grado de pluralismo y laicidad, sea cual sea la confesionalidad de sus gobernantes. Al haberse negado la objeción de conciencia institucional en el ámbito sanatorial privado y de la seguridad social, es evidente la conclusión negativa de lo anterior.

---

(24) *Vide* GARGARELLA, Roberto, “El nuevo constitucionalismo dialógico frente al sistema de los frenos y contrapesos”, en GARGARELLA, Roberto (comp.), *Por una justicia dialógica. El Poder Judicial como promotor de la deliberación democrática*, Ed. Siglo XXI, Buenos Aires, 2014. GARGARELLA, Roberto, “La teoría democrática en la organización y gobierno del Poder Judicial”, en AGUIAR DE LUQUE, Luis (dir.), *El gobierno del Poder Judicial. Una perspectiva comparada*, Ed. Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 2012.

De cualquier manera, hemos señalado una categoría especial de objeción de conciencia institucional, como es la que corresponde al Poder Judicial, que hemos defendido en soledad. Nuestras razones han estado fundadas en la defensa y protección que —ante todo— un tribunal debe brindar a quien busca justicia, y por ello deviene un requisito indispensable y ontológico de dicha función que el juzgador pueda presentarse como un hombre auténticamente imparcial, y no podría cumplir con ello si, a la vez, tiene una profunda desavenencia moral con lo que la ley le impone mandar.

Con ello queremos señalar que somos defensores, en términos amplios, de la objeción de conciencia tanto de las personas —profesionales o no— como de las instituciones, puesto que en el núcleo de este problema se encuentra el grado de desarrollo que se otorga a los derechos fundamentales y en particular el respeto a la dignidad de las personas físicas (25) —no así a las jurídicas—, en tanto, como agentes morales, tienen sus propias y fundadas razones para orientar sus elecciones y valoraciones. En la perspectiva de las personas jurídicas o simplemente instituciones, ello se materializa a la luz de un conjunto de elementos que permiten señalar la existencia en ellas de una identidad moral.

En este sentido, dos destacados bioeticistas, Edmund Pellegrino y David Thomasma, han señalado —en la paráfrasis de Elena Lugo— que “una institución sanitaria ha de ejercer su objeción de conciencia en la medida que cultiva una conciencia colectiva inherente a su identidad explícita, reconoce su complejidad sistémica, y a la luz de esta fomenta una cultura ética organizativa. Igual que la objeción de conciencia individual ha de cuidarse de no recurrirse a una postura subjetivista, reactiva y arbitraria, la conciencia institucional debe cuidar de no ser una mera búsqueda de intereses ajenos a la salud y al respeto a la vida en todas sus condiciones” (26).

También corresponde señalar en este breve párrafo que si bien no presentaremos ahora ponderaciones que corresponden al ámbito jurídico-institucional de la ley 27.610, intentaremos brindar una clarificación general del impacto jurídico-institucional, tanto nacional (27)

---

(25) Entre otras formulaciones, se ha dicho de ella que es un “valor espiritual y moral inherente a la persona, que se manifiesta singularmente en la autodeterminación consciente y responsable de la propia vida y que lleva consigo la pretensión al respeto por parte de los demás” (Tribunal Constitucional de España, sentencia 53/1985).

(26) LUGO, Elena, “Hacia una cultura bioética de la institución...”, *ob. cit.*, p. 39.

(27) A tales efectos, remitimos, por una cuestión de prolijidad, al art. 75, inc. 23, CN, donde se “garantiza el derecho a la vida desde la concepción, en cuanto que pro-



como convencional (28), que dicha Ley de IVE ha tenido. Tuvimos ocasión de señalar dichos aspectos cuando fuimos convocados al Congreso de la Nación para exponer ante la Comisión respectiva de Diputados, con fecha 29/05/2018, nuestro parecer acerca del Proyecto de Ley, que por aquel tiempo se discutía y que finalmente no fue aprobado, por un muy escaso número de votos, en el seno de la Cámara de Diputados. Dicho Proyecto, al igual que la presente ley 27.610, está en conflicto con el sistema jurídico que desde la misma Constitución Nacional se presenta como vigente.

---

mueve medidas de acción positiva a favor del niño y de la madre; evitando en todo caso el desamparo del mismo. Para lo cual, se organiza un régimen asistencial público que protege ambas vidas” (*vide* “Declaración en defensa de la vida”, Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Buenos Aires, marzo de 2018). A ello se suma el sistema infraconstitucional, recientemente reformado, del Código Civil y Comercial de la Nación, cuyo art. 19 sostiene que la existencia de la persona comienza con la concepción. Expresamente, la Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Córdoba ha indicado, acerca del reconocimiento completo e integrativo de la persona física mediante el instituto técnico-legal de la personalidad jurídica: “Esta idea que el *nasciturus* durante su gestación reviste una esencialidad actual y no meramente potencial (...) está en el ‘Esbozo’ de Freitas, pero fue Dalmacio Vélez Sarsfield quien la transformó en ley escrita en su Código Civil cuyo texto se mantiene en el art. 19 del Cód. Civ. y Com. hoy vigente y ha sido y es uno de los principios fundamentales del ordenamiento jurídico argentino en todas las materias que lo integran” (*vide* “Declaración sobre Proyectos de Ley de Despenalización del Aborto”, Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Córdoba, abril de 2018). Antes de esa fecha, habíamos escrito una contribución en donde analizamos un conocido antecedente de la Corte Suprema en donde hace un giro notable respecto de la jurisprudencia que hasta dicho momento tenían los tribunales del país respecto al aborto, con lo cual se produce *ipso facto* una ampliación de la causal de eximición de penalización de la práctica del aborto para las mujeres que hubieran sido violadas, con independencia de que fueran médicamente idiotas, tal como era la lectura clásica que se tenía sobre el art. 86 del Cód. Penal (*vide* CS, 13/03/2012, “E. A. L. s/ medidas autosatisfactivas”, F.259.XLVI). Nuestra contribución: ANDRUET, Armando, “La cuestión política en una resolución de la Corte Suprema argentina: aborto no punible”, *Erasmus. Revista para el Diálogo Intercultural*, nro. 1, 2012, ps. 67-97.

(28) En particular señalamos los arts. 1º y 6.1 de la Convención sobre los Derechos del Niño —que fuera aprobada mediante ley 23.849—, con la reserva que se formuló sobre el art. 2º, al disponerse que “debe interpretarse en el sentido que se entiende niño a todo ser humano desde el momento de la concepción y hasta los 18 años de edad”, fijando de esta forma las “condiciones para la vigencia de la Convención” (art. 75, inc. 22, CN; *vide* “Declaración en defensa de la vida”, ob. cit.). Por ello se ha dicho: “El debate en el seno de la Convención Constituyente de 1994 con relación a esta norma no deja lugar a dudas que la expresión ‘en las condiciones de su vigencia’ se incluyó en el inc. 22 del art. 75, teniendo en vista especialmente el art. 2º de la ley 23.849. Así surge del *Diario de Sesiones* correspondiente a las reuniones 22ª y 23ª de la 3ª Sesión Ordinaria” (*vide* “Declaración sobre Proyectos de Ley de Despenalización del Aborto”, ob. cit.).

Sostuvimos —y ahora reiteramos, porque las cuestiones no han variado— que el *factum* constitucional no es despreciable, sino indispensable. Por caso, de la misma manera en que no se puede promover la bigamia en un sistema donde impera la monogamia, también respecto al tema del aborto existe en la República Argentina un sistema jurídico constitucional que no puede ser alterado o subvertido, aun cuando se pueda creer que hay razones para ello. Pues las *razones*, sin la atención a las *ocasiones* en que se hacen valer, son muestras de ignorancia y no de acierto.

Por lo dicho, creemos que cualquier amplificación respecto a la despenalización de la práctica del aborto —como se ha hecho— debió cabalgar sobre los andariveles normativos que el Estado tiene estructurados, y una despenalización completa rebasa la admisión dentro del sistema tal como existe hoy. No hacerlo de esa manera empujará a declaraciones de inconstitucionalidad que serán todavía más gravosas socialmente para la misma mujer que pretende abortar y que ha sido inducida a ello con desprecio del sistema jurídico.

En vista de una perspectiva más integral que la que se ha tenido legislativamente, la discusión y el resultado se pudieron orientar hacia una línea intermedia, la cual representa también un ejercicio básico de tolerancia bien comprendida, toda vez que ir deliberadamente más allá de los límites constitucionales dispuestos es hacer ostensible una muestra de intolerancia a la ley, y quien no tolera la ley, en rigor, tampoco merece ser considerado hombre tolerante (29).

Y si bien es cierto que los resultados de la discusión parlamentaria retiraron de todo análisis los límites constitucionales a los que nos hemos referido, atento a la profunda discusión pública sobre la base de las diversas concepciones morales que existen en la sociedad, no haber atendido a la permisión de la objeción de conciencia institucional se ha

---

(29) “No hay, por tanto, contradicción alguna en postular la existencia de actos intolerables. Lo serán, en definitiva, todos aquellos que pongan en peligro el ejercicio mismo de la tolerancia. Y dicho ejercicio se pone en peligro cuando se atacan los desvalores básicos que la tolerancia se propone salvaguardar, los de igualdad y libertad. Ello ocurre tanto a escala colectiva, cuando se ataca el principio democrático, aquello que Locke llamaba el contrato social, como cuando los individuos sufren algún tipo de discriminación, pasando por una amplia gama de situaciones intermedias. Lo que significa que el combate por la tolerancia podrá adoptar múltiples formas, según la concreta circunstancia de la que se trate, lo que es como decir según el particular flanco desde el que aquella se vea atacada” [CRUZ, Manuel, “La tolerancia o las mil caras de la democracia”, en CRUZ, Manuel (comp.), *Tolerancia o barbarie*, Ed. Gedisa, Barcelona, 1998, p. 91].

presentado como un gesto de destrato e intolerancia hacia quienes, parcial o totalmente, no comparten la práctica del aborto.

Tal resistencia a la mencionada práctica no puede ser bajo ningún punto de vista considerada como una falta de lealtad a la República o cuestión semejante, puesto que en la ley se encuentra en juego una temática de máxima sensibilidad como es la vida misma y, por lo tanto, a los efectos de no afectar la nombrada sensibilidad moral. Bien se puede concluir que, además de la objeción de conciencia individual, las instituciones, frente al cumplimiento de eventos médicos como la realización de la práctica del aborto, podrán invocar la objeción de conciencia institucional, puesto que dichas prácticas conjugan una violación a las realizaciones conductuales y a las tradiciones públicamente informadas y materializadas por dicho ámbito institucional.

Dichas prácticas también afectan severamente a la reputación empresarial que, como tal, tiene la institución, y con ello generan un demérito para aquellas personas físicas que justamente se atienden en el mencionado nosocomio, por esas prácticas que ahora, habiéndose modificado el contexto legislativo, quedan posibilitadas allí. A ello se sumaría el eventual daño patrimonial que se podría generar, y que naturalmente se torna moralmente menor frente a la gravedad de la laceración de la cultura reputacional, ante las convicciones que se han presentado en todo tiempo defendidas y respetadas y que han consolidado la confianza de las personas en dicha institución. Bien ha señalado Domingo García-Marzá que “la moralidad de la institución remite el posible acuerdo voluntario de todos aquellos actores que interactúan en la empresa, que afectan o son afectados por el comportamiento de la empresa” (30).

Para ponderar dichos criterios como existentes, y no meramente como circunstanciales, los autores que se han ocupado especialmente del problema brindan una serie de elementos que resultan ser criterios ponderativos para tener un juicio acabado acerca de la justificación de la invocación de la objeción de conciencia institucional, entre los cuales bien se anota la revisión de los objetivos ensayados por la institución en los tres enfoques primarios que permiten, de alguna manera, reconocer la identidad moral que tiene dicha institución: visión, misión y principios.

Apuntamos, entonces, que la “visión institucional” expresa el ideal o razón de ser de una institución; es su especificidad. Una visita a las diferentes instituciones de salud que han pujado por la objeción de con-

---

(30) GARCÍA-MARZÁ, Domingo, “Ética empresarial. Del diálogo a la confianza”, Ed. Trotta, Madrid, 2011, p. 75.

ciencia institucional en ocasión de la sanción de la ley 27.610 muestra, en el marco de estos tres conceptos, cuál es propiamente el “ideario” de la institución, que explican y exponen en modo público y que los mueve a actuar en consecuencia. Aquel es muy diferente en otros ámbitos hospitalarios, donde tales aspectos no tienen ninguna centralidad (31).

---

(31) El Hospital Austral señala en su portal web los siguientes aspectos: “*Misión*. Somos un hospital universitario que se empeña en brindar la más alta calidad y seguridad en los cuidados de salud, situando las necesidades del paciente y su familia en el centro de nuestra atención, integrando la asistencia con la educación y la investigación biomédica y que busca vivir y transmitir valores humanos y cristianos. *Visión*. Ser una escuela de formación profesional y humana que convoque a los mejores y que les deje una impronta para toda su vida. Ser centro de referencia para la comunidad local y regional. Ser transmisores de valor de la dignidad de la persona, la vida y la verdad a toda la sociedad. Ser una institución de preferencia para los profesionales de salud. Ser líderes en innovación, generación de conocimiento y desarrollo tecnológico. *Valores*. Respeto a la vida, a la dignidad de la persona humana y a la libertad. Profesionalismo. Integridad. Compromiso. Espíritu de servicio y solidaridad. Colaboración”. Agrega el sitio: “*Ideario*. El Hospital Universitario Austral junto a la Facultad de Ciencias Biomédicas y el Plan de Salud del Hospital Austral conforman el Centro Académico de Salud de la Universidad Austral. Las tres unidades entrelazan sus actividades constantemente. Sin embargo, sobre el Hospital Austral recae especialmente la atención médica de los pacientes, a la Facultad de Ciencias Biomédicas le corresponde coordinar las tareas de educación e investigación y al Plan de Salud del Hospital Austral ofrecer un sistema integral de cuidados de la salud de sus afiliados. La Universidad Austral es una institución de educación superior creada por la Asociación Civil de Estudios Superiores (ACES), entidad civil sin fines de lucro, inscrita en el Registro Nacional de Entidades de Bien Público. ACES ha confiado a la Prelatura del Opus Dei, la asistencia espiritual para el trabajo que realiza toda la Universidad. El Opus Dei es una institución de la Iglesia Católica fundada por San Josemaría Escrivá, que tiene la peculiar tarea pastoral y apostólica de promover el encuentro y seguimiento de Jesucristo en la vida corriente, difundiendo el ideal de la santidad en medio del mundo, en el trabajo profesional, ayudando a descubrir la grandeza de las ocupaciones cotidianas. Los valores de la Universidad Austral, y por lo tanto también del Hospital, se desprenden de la visión cristiana de la cultura y del mundo, que incluye: la dignidad de cada persona, su desarrollo integral, la libertad de conciencia, el espíritu de convivencia sin discriminaciones de ningún tipo, el respeto a la vida, la importancia de la familia, la justa igualdad de todos, la ayuda a los más necesitados, la primacía de la caridad, la libertad y la paz” (<https://www.hospitalaustral.edu.ar/institucional/>). Por su parte, la Clínica Reyna Fabiola de la Universidad Católica de Córdoba indica: “*Misión*. Somos una clínica universitaria con ámbito en la provincia de Córdoba, comprometidos en brindar prestaciones de excelencia en salud de baja, mediana y alta complejidad, y en la formación de profesionales médicos y del equipo de salud. Estamos abocados a la realización de aportes al conocimiento científico mediante la investigación, en el marco de la filosofía de la Universidad Católica de Córdoba, ejerciendo la responsabilidad social que nos compete con ciencia, conciencia y compromiso. *Visión*. Crecer a través de la excelencia académica y la calidad de los procesos, siendo reconocidos como líderes en la personalización de nuestros servicios. *Valores*. Respeto: Como ma-

Es una tradición de fidelidad a un ámbito de convicciones —en este caso, religiosas— que excluye la posibilidad de admitir el aborto entre sus prácticas profesionales; basta, para recordar dichos aspectos, con conocer la vinculación de una de ellas con el Opus Dei y, en la restante, su referencia y dependencia de la Compañía de Jesús.

Por ello es que se debió acoger sin impedimento que la objeción de conciencia institucional pueda ser formulada por aquellos ámbitos institucionales —volvemos a señalar, no públicos— que tengan una adecuada tradición en la defensa de los derechos fundamentales de las personas no nacidas (32).

De cualquier manera, lo que comprendíamos antes, lo mantenemos en igual sentido luego de haberse sancionado la ley 27.610. Es cierto que hay que evitar la muerte de *mujeres por abortos clandestinos*, como tam-

---

nifestación de pluralismo y dignidad a la persona humana. Idoneidad: Aptitud del talento humano de toda la organización para responder a los requerimientos de quienes nos eligen. Calidad: Cualidad de nuestro desempeño en la satisfacción del usuario. Entrega social: Atendemos con devoción, diligencia y conocimiento. Equidad: Como garantía de los derechos de las personas. Honestidad: Con transparencia y honradez, priorizamos el beneficio del paciente”. Ha señalado también su sitio institucional: “La Clínica Universitaria Reina Fabiola (CURF) es una institución de salud que forma parte de la Fundación para el Progreso de la Universidad Católica de Córdoba y cuya existencia data del año 1959 por iniciativa del rector RP Jorge A. Camargo SJ. Sus objetivos principales son brindar prestaciones en salud, apoyar la formación de los alumnos de la Facultad de Ciencias de la Salud y formar profesionales altamente calificados mediante residencias médicas y especializaciones de posgrado, para poder brindar una excelente calidad asistencial a la comunidad. Con el fin de ofrecer un servicio de excelencia asistencial a la comunidad, la Clínica potencia, mediante residencias médicas y especializaciones de posgrado, el desarrollo de profesionales altamente calificados. La formación de alumnos y la atención a pacientes que brinda la CURF se encuentran a cargo de reconocidos profesionales de la salud, y se focalizan en la combinación de lo técnico y lo humano. Además son sostenidas mediante infraestructura y equipamiento que se adecúan y actualizan constantemente. En concordancia con los lineamientos de RSE, y de acuerdo a su *misión, visión y valores* institucionales, la Clínica postula al paciente como el valor humano fundamental y la guía hacia la mejora continua” ([http://www.clinicareinafabiola.com.ar/quienes\\_somos.asp?pagina=quienes\\_somos](http://www.clinicareinafabiola.com.ar/quienes_somos.asp?pagina=quienes_somos)).

(32) Art. 4º: “*Interrupción voluntaria del embarazo*. Las mujeres y personas con otras identidades de género con capacidad de gestar tienen derecho a decidir y acceder a la interrupción de su embarazo hasta la semana catorce inclusive, del proceso gestacional. Fuera del plazo dispuesto en el párrafo anterior, la persona gestante tiene derecho a decidir y acceder a la interrupción de su embarazo solo en las siguientes situaciones: a) Si el embarazo fuere resultado de una violación, con el requerimiento y la declaración jurada pertinente de la persona gestante, ante el personal de salud interviniente. En los casos de niñas menores de trece años de edad, la declaración jurada no será requerida. b) Si estuviere en peligro la vida o la salud de la persona gestante”.

bién la de *abortados clandestina o legalmente*, y para ello el camino no es otro que el aseguramiento de políticas públicas y de métodos confiables de anticoncepción utilizados responsablemente. Son ellos —y no la IVE— el camino medio que asegura una vida sexual no restricta pero siempre responsable. Haberlo alcanzado en alguna medida supone haber profundizado el esfuerzo por la vía de lo que John Rawls diera en denominar —y que ya hemos citado— *consenso entrecruzado*, y que resulta ser —según creemos— la estructura principal para la organización de una sociedad en donde coexiste un *pluralismo razonable* (33).

No solo ello no se alcanzó con el dictado de la norma, sino que en realidad se castigó con severidad a quien no compartía el resultado de la despenalización del aborto, puesto que negar a las instituciones sanitarias privadas del país con tradición en criterios morales opuestos a dichas prácticas ser objetores de conciencia institucional fue, sin más, poner a dichas instituciones en una posición de sumisión indigna ante la ley, y ello nunca es lo aconsejable en un Estado de derecho social y constitucional (34).

## VI. APORTES HERMENÉUTICOS A LA LEGISLACIÓN NEGADORA DE LA OBJECCIÓN DE CONCIENCIA INSTITUCIONAL

A los efectos de discurrir sobre este punto central, debemos precisar que la práctica profesional de los abogados y jueces que, como tales, cumplen su labor, habitualmente se corresponde con la interpretación de la ley. La faena de interpretar las leyes es en lo que discurre la labor abogadil y judicial, en términos generales. Ello es así, porque no siempre los sentidos que ellas tienen son suficientemente claros y, por lo tanto, hay que retirarlos de cierto estado de duda. Para ello, dichos profesionales utilizan un conjunto de herramientas que cooperan para que lo brumoso pase a un estado de claridad (35).

A fin de cuentas, hacen decir algo a la ley, no caprichosamente, sino a partir de procedimientos suficientemente ordenados y de qué es lo que creen que efectivamente ellas dicen. Reiteramos: no se trata de un acto de

---

(33) Cfr. RAWLS, John, “El liberalismo político”, Ed. Crítica, Barcelona, 2003, p. 165.

(34) Nos hemos referimos a estos aspectos generales en ANDRUET, Armando, “El aborto en la agenda parlamentaria argentina en 2018”, en CATALDI AMATRIAIN, Roberto (comp.), *Bioética. Conflictos y dilemas*, Ed. Hygea, Buenos Aires, 2018, ps. 37 y ss.

(35) Vide WROBLEWSKI, Jerzy, “Sentido y hecho en el derecho”, Ed. Universidad del País Vasco, San Sebastián, 1989.

arbitrariedad, sino que hay una discrecionalidad que se cumple al amparo de procedimientos de la técnica jurídica y de la teoría de la argumentación forense. A veces, en tal gestión —también es cierto— se adjudican contenidos a las leyes que no están tampoco del todo claros, y por ello esos supuestos se habrán de tachar como de naturaleza arbitraria, que no debe confundirse con discrecionalidad. Esta última ha permitido arribar a una determinada interpretación de la ley en función de un juego armónico y prolijo, cumplido a la luz de una práctica argumentativa adecuada. La arbitrariedad, por el contrario, carece de toda justificación (36).

También hay que agregar que no solo existen los indicados instrumentos metodológicos para la tarea interpretativa, sino que también se han consolidado una serie de criterios que a veces funcionan en modo dogmático y que intentan proveer soluciones interpretativas que eviten desgastes temporales y que, a la vez, gocen de una proyección de máxima comprensión por los ciudadanos.

Se suma a ello un principio de clausura que indica: *interpretatio cessat in claris* o *clara non sunt interpretanda*. Así, entonces, la práctica profesional de la teoría de la adjudicación judicial de derechos indicará que corresponde derechamente que ellos se apliquen cuando el contenido gramatical de la norma no ofrece lugar a equívocidad alguna.

Desde este punto de vista, no hay dudas acerca de que el sentido gramatical que la ley 27.610 posee es por demás elocuente, y no se puede dudar de que gramatical y sintácticamente no existe en su plexo cabida para la objeción de conciencia institucional. No ha sido incorporada.

Sin embargo, también corresponde señalar que no siempre los jueces y los abogados se satisfacen con dicha interpretación gramatical y exegética, sino que en diversas ocasiones hacen un salto cualitativo —a veces arbitrariamente originario— y consideran el texto legal o norma que tienen que interpretar a la luz de otros criterios —por caso, bajo un criterio de naturaleza holístico—, y ello los lleva a indagar en consideraciones más sistémicas que las cuestiones ensayadas en el texto normativo, ponderando entonces cuál ha sido la finalidad que tal criterio normativo pudo tener y apreciando el conjunto y no solo una sección del texto legal en discusión (37).

---

(36) *Vide* CIANCIARDO, Juan, “El principio de razonabilidad”, Ed. Ábaco, Buenos Aires, 2004; OTERO PARGA, Milagros, “Discrecionalidad versus arbitrariedad. El derecho de los ciudadanos a obtener la tutela efectiva de los jueces y tribunales”, JA 2004.

(37) *Vide* ESSER, Josef, “La interpretación”, Ed. Olejnik, Buenos Aires, 2020; FROSI NI, Vittorio, “La letra y el espíritu de la ley”, Ed. Ariel, Barcelona, 1995.

Si nos ubicamos en el análisis teleológico y también gramatical del texto normativo, o sea, cuál ha sido la letra y la intención del legislador en la materia, por lo que acabamos de señalar, a ninguno de nosotros se nos escapa que el legislador de la ley 27.610 claramente ha querido decir lo que dijo: esto es, que no corresponde atender a la objeción de conciencia institucional. Sin embargo, es posible apelar también a una ponderación de realización hermenéutica, esto es, hacer una excavación del carácter sistemático contextual que tiene la norma en el plexo real de la legislación existente, y también hacer hermenéuticas integrativas de aquellos artículos que estén más próximos al tema; en nuestra opinión, ello nos llevaría a un resultado diferente, esto es, la admisión de la objeción de conciencia institucional.

¿Qué tipo de hermenéutica sistemática contextual e histórica es la requerida? (38). Es aquella que se inicia, por una parte, reconociendo la existencia de un actor institucional que tiene, como tal, una historia pública de sus propias convicciones morales, que son reconocidas en modo expreso por una parte significativamente importante de la sociedad civil y política.

Por otra parte, se continúa apreciando que esta ley nacional 27.610, en su art. 11, admite que la totalidad de los médicos de una institución sanatorial privada o de la seguridad social puedan, como tales, ser objetos de conciencia individuales, al extremo de que la IVE no pueda ser atendida en dicho ámbito y por ello deba desplazarse a la persona requirente de la práctica de la IVE a otro centro asistencial en donde ello pueda ser cumplido sin afectación moral a sus equipos médicos. Así, se está a la vez admitiendo, por una vía indirecta, que existirán lugares sanatoriales que no habrán de realizar dichas prácticas por la formulación

---

(38) Promovemos una hermenéutica jurídica ligada al pensamiento y desarrollo de Hans-Georg Gadamer, especialmente recogida en su obra "Verdad y método", que —según han indicado sus estudiosos— "significaría una real oposición de modos científicos. La hermenéutica tiene su óptimo campo de aplicación, aunque no exclusivo, en las ciencias del espíritu, cuya tarea es 'comprender' (*Verstehen*), que viene a ser correlacionar el todo y las partes y dilucidar los sentidos posibles. En el caso de la ciencia jurídica, esa correlación se expresa a modo de diálogo incesante entre ley general y caso concreto, entre lo típico y lo aplicado, entre el texto histórico y el texto válido. En todo ello se percibe como una dialéctica, en la que en un extremo se sitúa lo condicionado históricamente, el ahora de mi comprensión, la experiencia vital de mi caso (...). Si la ciencia moderna es cerrada y ensimismada en sus logros, la hermenéutica, al contrario, aparece como ciencia abierta, dialógica y comprometida con la experiencia de cada individuo, al mismo tiempo que incorpora el sentido de las cosas a los problemas científicos" (OSUNA FERNÁNDEZ-LARGO, Antonio, "La hermenéutica jurídica de Hans-Georg Gadamer", Ed. Universidad de Valladolid, Valladolid, 1992, p. 105).



de una objeción de conciencia individual por parte de la totalidad de sus integrantes médicos.

Luego, bien se puede señalar que dicha definición moral de los médicos para negar la práctica se corresponde con que todos ellos comparten un determinado ideario moral y de convicciones respecto al tema del aborto, y por ello —entre otras tantas razones, seguramente— es que prestan labores profesionales en dicha institución. De tal manera, la objeción de conciencia individual de los médicos no es sino una dimensión epilegal de su misma adhesión a dicho lugar institucional, y si la ley admite la individual objeción de conciencia por parte de la totalidad de los médicos, al extremo de con ello vaciar de *opus* profesional al mismo centro sanatorial, no se advierte dónde radica el criterio de razonabilidad para no permitir la objeción de conciencia institucional, que como resultado final llevaría al mismo desenlace.

Solo habría que hacer la salvedad —que ya está inscrita en la misma textura del art. 11 de la ley 27.610— de que en ningún caso la objeción de conciencia individual o institucional puede llevarse adelante en situaciones en donde hacer valer dicho derecho de desobediencia a la ley por razones de moralidad o convicción pueda, con ello, generar una situación de daño cierto y actual para la persona demandante de la IVE. Frente a esa acción dañadora que se genera haciendo valer la convicción moral no hay objeción de conciencia posible, y el médico individualmente o la institución globalmente deberán cumplir con los actos que correspondan a los efectos de no generar un daño cierto y actual por dicha abstención.

Allí —y así es que hay que comprenderlo— vuelve a presentarse la dimensión auténtica de la vida social plural, con diversos escenarios morales y donde la regla sin excepción es la tolerancia de todos los integrantes de la comunidad (39).

---

(39) “La tolerancia es soportar a quien no es como nosotros, por otra es interesarnos por él o, al menos, abrirnos a su comprensión. Estos dos polos, el de la tolerancia negativa y el de la tolerancia positiva, el del soportar y el del comprender (...). Y aún le damos vueltas a estos dos polos, preguntándonos qué debemos soportar e interrogándonos cómo comprender, y hasta qué punto, a quienes no comparten nuestra visión del mundo. La tolerancia es una peculiar virtud de lo público que hace que lo entendamos como espacio de convivencia de los diversos y que opera como una constelación conceptual que arrastra cruciales modificaciones en la manera en que hemos dado en entender nuestra moral” (THIEBAUT, Carlos, “De la tolerancia”, Ed. La Balsa de la Medusa, Madrid, 1999, p. 43).

## VII. ACERCA DE LAS LEYES CON CONTENIDO HUMILLANTE

A la luz de estos comentarios desde una hermenéutica integrativa del plexo normativo en cuestión, emerge con mayor entidad la razón por la cual hemos nombrado a la presente ley 27.610 como un caso típico del modelo de leyes humillantes (40).

Tal como la conocemos, la humillación es un ejercicio que muchas personas pueden realizar respecto a otras, mediante el cual les brindan tratos subhumanos en sentido expreso. Es una forma de degradación extrema, y por ello se piensa con criterio que en una sociedad decente no es posible pensar que el sistema jurídico sea el que genere la humillación a algunos ciudadanos, puesto que ello retrotrae las maneras de convivencia social a estadios claramente primitivos (41).

Ello nos lleva a interrogarnos acerca de qué significa propiamente para nosotros una ley con contenido humillante. Primero señalamos que está claro que para un número significativo de personas resulta muy importante y significativo que exista una ley que legisle despenalizando la práctica de la IVE, en razón de los méritos que tales colectivos sociales encuentran en dicho proceder, sin reconocer —de modo irracional— los deméritos que tal realización importa.

Mas lo cierto es que en una sociedad moralmente plural y donde la práctica de la tolerancia cívica debe ser un eje central no se puede ignorar que para muchos otros conciudadanos se trata de una norma importante y corresponde brindarle el respeto normativo que de ella como tal resulta; pero en grado alguno importa su adhesión moral o sumisión normativa. Subyace en ambas tesis el registro de que el camino de la tolerancia cívica, moral y religiosa hace a los cimientos de cualquier vida democrática (42).

---

(40) De la misma manera, y por motivos análogos, lo hemos señalado respecto de la ley 26.130 de Anticoncepción Quirúrgica (ligadura de trompas de Falopio y vasectomía).

(41) “De todos modos, sin duda hay algo indecente en la idea de que una sociedad liberal, basada en las ideas de la dignidad y de la igualdad humana y el respeto por el individuo, expresa ese significado particular a través de su sistema público de derecho. El hecho de que el Estado sea cómplice de la humillación tiene gran incidencia (...); que el Estado participe de esta humillación es un hecho profundamente subversivo y de las ideas de igualdad y de dignidad en las que se basa la sociedad liberal” (NUSSBAUM, Martha, “El ocultamiento de lo humano. Repugnancia, vergüenza y ley”, Ed. Katz, Buenos Aires, 2006, p. 271).

(42) *Vide* FETSCHER, Iring, “La tolerancia. Una pequeña virtud imprescindible para la democracia”, Ed. Gedisa, Barcelona, 1994.

No se puede desconocer que se trata de una norma que posee un contenido de alta sensibilidad moral para las personas en general y que, además, se encuentra, como problema jurídico y ético, siempre abierto a disputas doctrinarias, ideológicas, religiosas, políticas y sanitarias. Creemos que ningún acto de juzgar podrá zanjar en modo definitivo tales pareceres irreconciliables, puesto que la tensión en juego es sobre valores inconmensurables, como la vida de las personas —en este caso— por nacer. No señalamos en los marcos de la discusión los límites científicos en juego, puesto que sería absurdo pensar que la embriología se ha equivocado cuando definió los momentos de la evolución del ser humano luego de la fecundación y la segmentación —así, el período presomítico, somítico, embrión y feto— como curso natural y fisiológico para llegar a ser nacidos (43).

Entonces, es de buena práctica lo apuntado por los iusfilósofos y politólogos, respecto a que cuando las cuestiones que son objeto de materia legislativa tienen una alta sensibilidad moral, es socialmente saludable maximizar los adecuados espacios de oxigenación personal e institucional para que todos los ciudadanos puedan, aunque sea parcialmente, sentirse amparados, respetados y considerados por la ley.

En rigor, la objeción de conciencia no es otra cosa que la formulación normativizada de dichos pasadizos de situaciones jurídicas previstas que, en nuestro parecer, intentan brindar una cierta tranquilidad y confianza a los ciudadanos en leyes que tienen contenidos de alta sensibilidad moral; y para advertirlo no hace falta ninguna experiencia de campo ni tampoco hermenéuticas jurídicas de complejidad, sino que es algo que *per se nota*. Vale la pena señalar que corresponde abrir la puerta de ese corredor, porque es de buen gobernante hacerlo de esa manera (44), no solo demostrando con tales comportamientos la práctica de una adecuada calidad institucional, por la consideración legislativa que tan delicada cuestión ameritaba, sino, a la vez, siendo los legisladores promotores de una práctica de tolerancia estatal, al admitir la objeción de conciencia no solo individual, sino también institucional, cuando el supuesto fáctico por sentido común lo reclama (45).

---

(43) *Vide* NARBAITZ, Roberto, “Embriología”, Ed. Panamericana, Buenos Aires, 1977.

(44) *Vide* ROSANVALLON, Pierre, “El buen gobierno”, Ed. Manantial, Buenos Aires, 2015.

(45) Señala Jorge G. Portela, haciendo una paráfrasis de las tesis de Jürgen Habermas, que para dicho pensador la objeción de conciencia es “un elemento integrante de una cultura política madura. El autor lo afirma expresamente al sostener que todo Estado democrático de derecho que está seguro de sí mismo, considera que la desobediencia civil es una parte componente de su cultura política, precisamente porque es

Precisamente ello es lo que no ha ocurrido ahora. La ley humilla porque impone una conducta que degrada, y por ello otorga un trato indecente a las instituciones —en el caso, sanitarias privadas o de la seguridad social—, que son quienes tienen que operativizar la ley. Imponerles la realización e intervención en el *opus* de una conducta —en este caso, médica— que moralmente reprueban por ser ofensiva a sus mismas convicciones morales y/o religiosas —lo que perfectamente pudo ser evitado— deviene entonces así un comportamiento indecente (46).

Ello se explica de esta forma, porque, al final de cuentas, la práctica del IVE no se habrá de cumplir en dicha institución de salud, porque seguramente la totalidad de los médicos de la especialidad habrán de ser objetores de conciencia individuales, toda vez que existe en ellos una adhesión moral y ciertamente también contractual a los ideales y convicciones de ese espacio sanatorial respecto a la negación y el rechazo a la interrupción voluntaria del embarazo.

Entonces, en ejercicio de la objeción de conciencia individual —de la totalidad de los integrantes del respectivo servicio de salud—, la clínica deberá derivar a otro lugar; pero para alcanzar ese estadio se deberán cumplir desgastantes instancias de carácter administrativo, que significan tiempo que se pierde para comenzar con la preparación de la paciente para la práctica abortiva. Ello puede terminar afectando el mismo proceso sanitario de la persona, ya que en el ínterin se puede generar alguna urgencia, y no quedará tiempo para hacer la derivación a otro centro hospitalario ante el riesgo cierto de una complicación, y entonces habrá que cumplir, por imperio del ya citado art. 11 de la ley 27.610, con la intervención abortiva en un lugar sanitario cuyos médicos son todos expresamente objetores individuales y reprueban el acto.

---

necesaria". Y agrega a renglón seguido —ya de su cosecha—: "La desobediencia civil, así vista, supone una ruptura calculada de las normas y solo puede llevarse a cabo con la intención de apelar a la capacidad de razonar y al sentido de justicia de la mayoría. Ciertamente como enseña con gran agudeza Habermas, una amenaza de pérdida de legitimidad puede obligar al gobierno a cambiar de parecer" (PORTELA, Jorge, "La obediencia al derecho y otros ensayos", Ed. EDUCA, Buenos Aires, 1997, p. 225).

(46) "Todo derecho cuyo ejercicio sea necesario para tutelar esos dos principios (dignidad humana e igualdad política) en el plano individual sería un derecho en sentido fuerte, que debe ser tomado en serio por la contraparte estatal. Si un Estado no respeta los principios que fundamentan el nivel de la legitimidad, no puede pretender tampoco respeto en el plano de la legalidad: Un Estado que no toma en serio los derechos, no toma en serio el propio derecho" [AMOGUERA CARRERES, Joaquín, "Obligación de obediencia al derecho y desobediencia civil", en DÍAZ, Elías — COLOMER, José (eds.), *Estado, justicia, derechos*, Ed. Alianza, Madrid, 2002, p. 342].

Solo pensar en esta proyección posible, como tésis de la negación obstinada que ha existido sobre la objeción de conciencia institucional, refuerza, ante su sola eventualidad, el carácter de ley con contenido humillante. Se humilla cuando, pudiendo hacerse una determinada cuestión de otro modo y sin costos morales para los intervinientes, se impone, sin razón suficiente, que aquel que se siente afectado moralmente por hacerlo realice el evento del cual se trata (47).

O sea que la ley tiene un contenido humillante, porque se puede colegir, aun con el mejor espíritu en disposición analítica, que ha existido una encriptada intencionalidad —según resulta de su texto y su falta de justificación suficiente en el marco de una democracia deliberativa— de proyectar la posibilidad cierta de un escenario de postración moral en una determinada institución, al tener que cumplir con una práctica abortiva, so pena de consecuencias jurídicas significativamente importantes en el supuesto de no realizarla.

Huelga repetir que en el fuero íntimo tal ejercicio médico resulta completamente opuesto a las convicciones morales y eventualmente religiosas tanto de los médicos —que las han hecho valer a título individual— como de la institución médica privada o de la seguridad social, que las habrá dejado claramente expuestas en sus instrumentos fundacionales y en la misma trayectoria y reputación empresarial que posee; sin embargo, no ha podido hacerlos valer como registros suficientes para la objeción de conciencia institucional.

La objeción de conciencia individual de los médicos no es suficiente. No es suficiente porque, si bien está claro que las instituciones no tienen espiritualidad ni tampoco conciencia, en el sentido antropológico que habitualmente brindamos a este concepto, no es discutible que ellas tienen una fama, tradición e historia, la cual han exteriorizado mediante una determinada manera de conducirse frente a la sociedad en general, y especialmente con las personas que toman sus servicios profesionales, precisamente —entre otras cosas—, por las definiciones morales, religiosas e ideológicas que poseen.

Desconocer esa perspectiva del problema empresarial es también una muestra significativa de que en realidad el concepto de ley humillante no solo se asienta sobre el criterio de intolerancia a determinadas convicciones morales o religiosas, sino también en uno de tipo ideológico respecto al desarrollo de la misma dimensión empresarial. Esta ha sido trabajado activamente en las últimas décadas, haciendo de la ética

---

(47) *Vide* MARGALIT, Avishai, “La sociedad decente,” Ed. Paidós, Barcelona, 1997.

empresarial una carta de presentación frente al colectivo social y, con ello, fomentando adhesiones de los tomadores de servicios, lealtades de usuarios y, naturalmente, ayudando también a generar riquezas (48).

### VIII. BIBLIOGRAFÍA CITADA

AMOGUERA CARRERES, Joaquín, “Obligación de obediencia al derecho y desobediencia civil”, en DÍAZ, Elías — COLOMER, José (eds.), *Estado, justicia, derechos*, Ed. Alianza, Madrid, 2002, ps. 315-346.

ANDRÉ-VINCENT, Philippe, “Revolución y derecho”, Ed. Gherzi, Buenos Aires, 1982.

ANDRUET, Armando, “El aborto en la agenda parlamentaria argentina en 2018”, en CATALDI AMATRIAIN, Roberto, *Bioética. Conflictos y dilemas*, Ed. Hygea, Buenos Aires, 2018, ps. 37-53.

ANDRUET, Armando, “La adjudicación de derechos judiciales. Incertidumbres entre la ciencia y conciencia de los jueces”, en ANDRUET, Armando (ed.), *Cuadernos de la Especialización en Derecho Judicial*, Ed. EDUCC, Córdoba, 2010, vol. 2, ps. 11-85. ANDRUET, Armando, “La cuestión política en una resolución de la Corte Suprema argentina: aborto no punible”, *Erasmus. Revista para el Diálogo Intercultural*, 2012, ps. 67-97.

ANSOTEGUI, Gimena — GÓMEZ-BEJARES, Fernando *et al.*, “Ética de la finanzas”, Ed. Desclée de Brouwer, Bilbao, 2014.

ASÍS ROIG, Rafael, “Juez y objeción de conciencia”, *Sistema*, 1993, p. 57.

ATIENZA, Manuel, “Argumentación legislativa”, Ed. Astrea, Buenos Aires, 2019.

CIANCIARDO, Juan, “El principio de razonabilidad”, Ed. Ábaco, Buenos Aires, 2004.

CORTINA, Adela, “¿Para qué sirve realmente la ética?”, Ed. Planeta, Barcelona, 2015.

---

(48) *Vide* CORTINA, Adela, “¿Para qué sirve realmente la ética?”, Ed. Planeta, Barcelona, 2015. ANSOTEGUI, Gimena — GÓMEZ-BEJARES, Fernando *et al.*, “Ética de las finanzas”, Ed. Desclée de Brouwer, Bilbao, 2014.

CRUZ, Manuel, “La tolerancia o las mil caras de la democracia”, en CRUZ, Manuel (comp.), *Tolerancia o barbarie*, Ed. Gedisa, Barcelona, 1998, ps. 77-102.

ESCOBAR ROCA, Guillermo, “La objeción de conciencia del personal sanitario”, en CASADO, María, *Bioética, derecho y sociedad*, Ed. Trotta, Madrid, 1998, ps. 133-150.

ESCOBAR ROCA, Guillermo, “La objeción de conciencia en la Constitución española”, Ed. CEC, Madrid, 1993.

ESSER, Josef, “La interpretación”, Ed. Olejnik, Buenos Aires, 2020.

FETSCHER, Iring, “La tolerancia. Una pequeña virtud imprescindible para la democracia”, Ed. Gedisa, Barcelona, 1994.

FROSINI, Vittorio, “La letra y el espíritu de la ley”, Ed. Ariel, Barcelona, 1995.

GARCÍA-MARZÁ, Domingo, “Ética empresarial. Del diálogo a la confianza”, Ed. Trotta, Madrid, 2011.

GARGARELLA, Roberto, “El nuevo constitucionalismo dialógico frente al sistema de los frenos y contrapesos”, en GARGARELLA, Roberto (comp.), *Por una justicia dialógica. El Poder Judicial como promotor de la deliberación democrática*, Ed. Siglo XXI, Buenos Aires, 2014, ps. 119-158.

GARGARELLA, Roberto, “La teoría democrática en la organización y gobierno del Poder Judicial”, en AGUIAR DE LUQUE, Luis (dir.), *El gobierno del Poder Judicial. Una perspectiva comparada*, Ed. Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 2012, ps. 33-46.

GARZÓN VALLEJOS, Iván, “La objeción de conciencia del juez”, en AA.VV., *Una filosofía del derecho en acción. Homenaje al profesor Andrés Ollero*, Ed. Universidad Rey Juan Carlos, Madrid, 2015, ps. 1379-1384.

LUGO, Elena, “Hacia una cultura bioética de la institución: condición para la objeción de conciencia auténtica”, en AA.VV., *Hacia la cultura bioética de la institución*, Ed. EDUCC, Córdoba, 2012, ps. 19-54.

MARGALIT, Avishai, “La sociedad decente”, Ed. Paidós, Barcelona, 1997.

NARBAITZ, Roberto, “Embriología”, Ed. Panamericana, Buenos Aires, 1977.

NUSSBAUM, Martha, “El ocultamiento de lo humano. Repugnancia, vergüenza y ley”, Ed. Katz, Buenos Aires, 2006.

OSUNA FERNÁNDEZ-LARGO, Antonio, “La hermenéutica jurídica de Hans-Georg Gadamer”, Ed. Universidad de Valladolid, Valladolid, 1992.

OTERO PARGA, Milagros, “Discrecionalidad versus arbitrariedad. El derecho de los ciudadanos a obtener la tutela efectiva de los jueces y tribunales”, JA 2004.

PÉREZ LUÑO, Enrique, “Los derechos fundamentales”, Ed. Tecnos, Madrid, 1988.

PORTELA, Jorge, “La obediencia al derecho y otros ensayos”, Ed. EDUCA, Buenos Aires, 1997.

RAWLS, John, “El liberalismo político”, Ed. Crítica, Barcelona, 2003.

RAWLS, John, “Teoría de la justicia”, Ed. FCE, México, 1987.

RICOEUR, Paul, “Lo justo”, Ed. Caparrós, Madrid, 1999.

RODRÍGUEZ LUÑO, Ángel, “Ética general”, Ed. Universidad de Navarra, Pamplona, 1991.

ROSANVALLON, Pierre, “El buen gobierno”, Ed. Manantial, Buenos Aires, 2015.

SEOANE, José, “Objeción de conciencia sanitaria positiva”, en SANTOS, José — HERMIDA, Marta — ALBERT, Cristina (eds.), *Bioética y nuevos derechos*, Ed. Comares, Valencia, 2016, ps. 295-310.

TAYLOR, Charles — MACLURE, Jocelyn, “Laicidad y libertad de conciencia”, Ed. Alianza, Madrid, 2011.

THIEBAUT, Carlos, “De la tolerancia”, Ed. La Balsa de la Medusa, Madrid, 1999.

TOLLER, Fernando, “El derecho a la objeción de conciencia de las instituciones”, *Vida y Ética. Revista del Instituto de Bioética*, nro. 8, 2007, ps. 163-189.

VALDUNCIEL, María del Carmen, “Objeción de conciencia y deber militar”, Ed. Ediar, Buenos Aires, 1989.

WROBLEWSKI, Jerzy, “Sentido y hecho en el derecho”, Ed. Universidad del País Vasco, San Sebastián, 1989.



# LA REPARACIÓN DEL DAÑO CONTRACTUAL (EL ART. 1728 DEL CÓDIGO CIVIL Y COMERCIAL)

POR RAMÓN D. PIZARRO

## I. EL ART. 1728. SU LETRA Y LA INTENCIÓN DEL LEGISLADOR

Dispone el art. 1728 del Cód. Civ. y Com.:

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

La norma se inspira en el art. 1150 del Código de Napoleón, en su redacción originaria, conforme al cual el deudor responde “por los daños que ha previsto o podido prever al celebrarse el contrato”. Una regla similar se establece en el derecho anglosajón, a partir del precedente “Hadley v. Baxendale” (1), que toma en cuenta lo que ha sido subjetivamente previsto o previsible al momento de celebrarse el contrato, en la Convención sobre Compraventa Internacional de Mercaderías (art. 74) y en los Principios de Unidroit (art. 4.4).

Según se desprende de los Fundamentos del Anteproyecto de Código Civil, el texto tiene estas características:

---

(1) Ver CUETO RÚA, Julio, “La imprevisibilidad del daño contractual (la regla ‘Hadley v. Baxendale’)”, *Revista de la Asociación Argentina de Derecho Comparado*, vol. I, nro. 19, ps. 34 y ss.; MÉNDEZ SIERRA, Eduardo, “El daño contractual resarcible: ‘Hadley v. Baxendale’ y nuestro artículo 520 del Código Civil”, ED 200-38; LORENZETTI, Ricardo L., “Resarcimiento del daño contractual: confianza, información, previsibilidad”, JA 2001-II-1207.

a. Su ámbito de aplicación son los contratos discrecionales o paritarios y no los de consumo.

b. La regla de previsibilidad contractual se aplica cuando las partes negocian el precio y, para fijarlo, necesitan conocer los riesgos que asumen; “cuanto mayor información y seguridad exista en ese momento, menor será el precio, con claro beneficio para el conjunto de la sociedad”.

c. Se hace excepción al caso en que exista dolo.

Concebida de tal modo la cuestión, queda claro que son previstos todos aquellos daños que puedan producirse al acreedor como consecuencia del destino o función económica asignada al bien o al servicio, siempre que ello sea conocido por el deudor y asumidos sus riesgos de manera expresa o tácita.

## II. LA REGLA BRITÁNICA “HADLEY V. BAXENDALE”

En los Fundamentos del Anteproyecto se menciona como fuente directa de la norma el precedente británico “Hadley v. Baxendale”, fallado por la Corte de Exchequer el 23/02/1854, que tuvo posteriormente lógicas matizaciones que no alteran su esencia. La doctrina “Hadley v. Baxendale” fue, algunos años después, recibida y consolidada en la jurisprudencia estadounidense, a partir del precedente “Primrose v. Wester Union Tel. Co.” del 26/05/1894, fallado por la Suprema Corte de Justicia de los Estados Unidos de Norte América (154 US, 1.2).

En ella se establecen las reglas principales para determinar cuándo, en una relación contractual, la parte incumplidora debe responder y cuál es la extensión del resarcimiento.

Los hechos eran los siguientes: se trataba de una relación contractual entre un cliente y un transportista. Hadley, propietario de un molino, experimentó una rotura en un eje de una máquina de vapor. En ese contexto contrató a la empresa transportista de Baxendale, a fin de que esta recogiera la pieza y la llevara a un taller a efectos de su reparación. Lo habitual en estos casos hubiera sido que Hadley tuviera un eje de sustitución, pero no resultó así y el molino quedó paralizado. El conflicto contractual se produjo cuando Baxendale informó que el eje llegaría a su destino al día siguiente de su admisión por el transportista; sin embargo, recién arribó siete días más tarde de lo pactado. Hadley demandó a Baxendale por incumplimiento contractual y pidió indemnización por daños directos e indirectos causados por la paralización del molino.

El tribunal estableció la siguiente regla:

“Donde dos partes han celebrado un contrato que una de ellas ha incumplido, los daños cuya indemnización la otra parte debe recibir en relación a dicho incumplimiento del contrato deben ser aquellos que puedan ser considerados justa y razonablemente como, o sobrevinientes naturalmente del incumplimiento contractual en sí mismo, esto es, de acuerdo al curso habitual de las cosas, o aquellos que razonablemente puedan suponerse como que hayan estado en la contemplación de las dos partes, al momento que concluyeron el contrato, como el probable resultado de su incumplimiento. Ahora, si las especiales circunstancias bajo las cuales el contrato fue realmente celebrado fueron comunicadas por los demandados a los demandados, y así conocidas por las dos partes, los daños resultantes del incumplimiento de dicho contrato, que ellos podrían razonablemente contemplar, sería el monto del perjuicio que puede ordinariamente seguir de un incumplimiento de contrato bajo esas circunstancias así conocidas y comunicadas. Pero, del otro lado, si esas especiales circunstancias fueron enteramente desconocidas para la parte incumplidora, a lo sumo, solo puede suponerse que ella ha tenido en su contemplación el monto del perjuicio que puede sobrevenir generalmente, y en la gran multitud de casos no afectados por especiales circunstancias, de tal incumplimiento de contrato. Desde que, de haberse sabido las especiales circunstancias, las partes podrían haber provisto en términos especiales lo necesario en cuanto a los daños para el caso de incumplimiento del contrato; y sería muy injusto privarlos de dicha ventaja”.

Como lógico corolario de ese razonamiento, el tribunal resolvió que el transportista no debía responder por la pérdida de beneficios del molino, al no considerarse estas como consecuencia natural del retraso en que había incurrido el transportista. En otras palabras, sostuvo que la paralización del molino no fue causada naturalmente por el retraso en la entrega de la pieza de repuesto, porque Hadley podría haber tenido otras o podría haber conseguido alguna, como era lo común en esa época. Se remarcó, además, que la posible paralización por retraso no había sido contemplada por las dos partes al momento de la celebración del contrato. Si en el contrato se hubiese establecido una cláusula por la cual el transportista debiera responder por los daños en el retraso del transporte, entonces seguramente habría sido condenado a sufragar los daños causados por la paralización del molino.

La regla “Hadley v. Baxendale” plasma, en esencia, esta idea: no se puede responsabilizar a quien incumple un contrato por todos los daños que puedan derivarse como consecuencia de su incumplimiento. Y con-

duce a distinguir dos tipos de menoscabos derivados del incumplimiento contractual: los daños *directos* o generales y los *indirectos* o consecuenciales (2). Son daños directos aquellos que emergen naturalmente en el curso normal de los acontecimientos del incumplimiento contractual; o sea que tienen una conexión “natural” y objetivamente probable con él. La idea de previsibilidad objetiva, conforme a las circunstancias del caso, aparece nítidamente a la hora de su ponderación. Esta expresión es asimilable entre nosotros a los daños que son consecuencia inmediata del incumplimiento.

Los daños indirectos o consecuenciales, en cambio, son aquellos que emergen de consideraciones y circunstancias fácticas especiales en el caso concreto, a la luz de sus particularidades específicas. Solo pueden ser resarcidos si se ha tenido conocimiento y aceptación de esas circunstancias particulares (3). Se asemejan a nuestros daños mediatos. Para que la otra parte responda por daños consecuenciales, o sea, por aquellos que no son una consecuencia directa del incumplimiento, es menester que al tiempo de contratar ella sea advertida por la otra parte de los posibles daños que podría ocasionarle un incumplimiento de esa índole.

A todos estos efectos, se considera sumamente importante la redacción de la cláusula de responsabilidad contractual, ya que se deben incluir cuantas más situaciones sean posibles para que el acreedor pueda protegerse de los daños indirectos o consecuenciales que deriven de eventuales incumplimientos. Algunos consideran que en el derecho de los contratos y en la responsabilidad contractual, a diferencia de lo que ocurre en el ámbito de los *torts*, no rigen las teorías sobre la relación de causalidad del daño. Para ellos la doctrina que estamos analizando superaría dicha controversia teórica, poniendo énfasis en la idea de razonabilidad de los daños cuya reparación se pretende (4).

Otro precedente emblemático en el que se siguió aquella doctrina es “Victoria Laundry v. Newman Industries” (5). Los hechos eran los siguientes: una lavandería contrató a una empresa para que le instale una nueva caldera. Se informó a la empresa contratada que la instalación debía hacerse de manera rápida, ya que se requería su uso inmediato. No se

---

(2) Se trata de conceptos que por lo general son utilizados como sinónimos. El término “consecuencial” es preferido en el derecho estadounidense.

(3) ROHWER, Claude — SKROCKI, Anthony, “Contracts”, 5ª ed., Ed. West Group, Contracts, St. Paul, Minn., p. 447.

(4) ATIYAH, P. S., “An Introduction to the Law of Contract”, Ed. Clarendon Press, Oxford, 1989, ps. 480 y ss.

(5) Court of Appeal, 12/04/1949, 2 KB, 528.

informó, en cambio, que con la instalación de dicha caldera la lavandería iba a conseguir unos contratos con el Estado que le proporcionarían unos ingresos muy rentables. El conflicto se suscitó en razón de que, por distintas circunstancias atribuibles a la vendedora de la caldera, se produjo un retraso de siete meses en su instalación. Ello con la consecuente pérdida de la lavandería de la posibilidad de concretar el contrato en cuestión con la Administración Pública y la pérdida de los altos beneficios que este le iba a proporcionar.

Victoria Laundry demandó la reparación de los daños directos y los daños consecuenciales por la pérdida de los beneficios derivados de los contratos. Aplicando la regla “Hadley v. Baxendale”, se resolvió que la empresa debía resarcir los daños directos y los consecuenciales que fuesen razonables. Se entendió por tales aquellos que pudieran haberse causado por la imposibilidad de dar servicio regular u ordinario a sus clientes, pero no por la pérdida de beneficios extraordinarios derivados de la frustración de los contratos de suministro con la Administración Pública. Este resultado deriva de la aplicación del test de la razonable previsión (6).

### III. EL FUNDAMENTO DE LA PREVISIBILIDAD CONTRACTUAL

La idea de limitar la indemnización del daño contractual a los perjuicios previstos ha ido evolucionando con el devenir, de la mano de distintas doctrinas que han intentado explicar su razón de ser. La mayoría de estas se han formulado *tomando como paradigma al contrato discrecional o paritario*, con lo cual buena parte de sus postulados pueden verse severamente resentidos en otros ámbitos negociales, tal lo que sucede con los contratos por adhesión a condiciones generales y con los contratos de consumo.

Procuraremos analizarlas muy brevemente (7).

---

(6) Conforme al cual la empresa instaladora de la caldera solo debería responder por el daño causado por la pérdida de estos contratos si se le hubiese informado de este hecho al tiempo de celebrarse el contrato. Al ser una circunstancia desconocida por aquella, no se puede exigir que esta información entre dentro del grupo de razonablemente previsibles. Ver ATIYAH, P. S., “An Introduction to the Law of Contract”, ob. cit., p. 481.

(7) Para un estudio en profundidad, ver la excelente obra de FUENTES GUÍÑEZ, Rodrigo A., “La extensión del daño contractual”, Ed. La Ley, Madrid, 2009, p. 390, a la que seguimos muy de cerca en este tema.

### III.1. La previsibilidad como manifestación de la voluntad tácita de las partes

Conforme a ella, la previsibilidad se fundamenta en la existencia de un convenio tácito entre las partes a la hora de contratar, toda vez que resultaría inconcebible un efecto del contrato sin apoyo en el consentimiento de aquellas. La exigencia de previsibilidad del daño —plasmada en el art. 1150 del Código de Francia y en el art. 1728, Cód. Civ. y Com.— solo tendría por finalidad interpretar la voluntad de los contratantes (8).

Se le ha objetado que, en la hora actual, la autonomía de la voluntad ha experimentado severas restricciones, como lo ponen en evidencia numerosas disposiciones legales que no solo suplen la voluntad de las partes, sino que también imponen reglas de orden público inderogables por esta. Tal lo que sucede en el ámbito del derecho del consumidor. Es precisamente esta realidad la que ha llevado a muchos autores a proclamar que el art. 1728, Cód. Civ. y Com., solo rige en los contratos discrecionales o paritarios, y no en los celebrados por adhesión a condiciones generales y en los de consumo.

### III.2. La previsibilidad como exteriorización de la distribución adecuada de riesgos contractuales

Conforme a otro criterio, la previsibilidad contractual, entendida como lo hace la doctrina anterior, brindaría una explicación antropomórfica de aquello que el ordenamiento jurídico considera una adecuada distribución de los riesgos por incumplimiento, inspirado en el principio de la voluntad de las partes. Desde una perspectiva económica, se agrega, el fundamento de limitar la reparación del daño contractual a los perjuicios previstos anidaría en el cálculo del coste-beneficio, en el que el riesgo del daño por incumplimiento constituye uno de sus componentes esenciales. En otras palabras, la previsibilidad plasmaría aquello que el legislador entiende como una razonable distribución de los riesgos, pero no solo de los efectivamente previstos, sino también de los que una persona sensata y en su posición podría haber ponderado (9).

---

(8) FUENTES GUIÑEZ, Rodrigo A., “La extensión del daño contractual”, ob. cit., p. 391, incluye dentro de la doctrina que propicia esta fundamentación a Demolombe y Baudry-Lacantinerie y Barde.

(9) PANTALEÓN PRIETO, Fernando, “El sistema de responsabilidad contractual (materiales para un debate)”, *Anuario de Derecho Civil*, 1991, t. XLIV, ps. 1027 y ss.

### **III.3. La previsibilidad como manifestación de la facultad moderadora**

Según otra posición, defendida entre otros por Viney, la regla de la previsibilidad constituye un instrumento de política de moderación judicial de los daños y perjuicios, para poner límites a la expansión exagerada que asume en la hora actual. Según ella, esa sería la finalidad que cumple en el derecho anglosajón, desde donde se importó para ser utilizada como herramienta de moderación de la indemnización de las empresas y fomentar la actividad económica (10).

### **III.4. La previsibilidad como elemento que comprobaría la inexistencia de responsabilidad contractual**

Para esta doctrina, que fue sostenida por primera vez en 1884 por Sainctelette en su obra "De la responsabilité civile et de la garantie" y en la hora actual, entre otros, por Le Tourneau y Remy, la llamada responsabilidad contractual no existiría y lo que se entiende por ella solo plasmaría, en realidad, un cumplimiento por equivalencia de la prestación incumplida. Esta circunstancia explicaría la limitación de la indemnización al daño resarcible (11). En otras palabras: para ellos los daños y perjuicios en caso de inejecución contractual constituyen un modo de cumplimiento forzado de la obligación (o sea, un efecto del compromiso incumplido) y no una reparación del daño injustamente causado (sanción a un hecho ilícito).

### **III.5. La previsibilidad del daño desde la perspectiva del análisis económico del derecho**

Conforme a esta cosmovisión, que tiene matices y variantes, la limitación indemnizatoria en materia contractual tendría por fundamento inducir la transmisión de información relevante. La regla que nos ocupa se fundaría en el deseo del legislador de que los contratantes se transmitan recíprocamente la información relevante sobre los intereses contrac-

---

(10) VINEY, Geneviève, "Les obligations. La responsabilité: effets", en GHESTIN, Jacques (dir.), *Traité de droit civil*, Ed. LGDJ, París, 1986, nro. 333, p. 441.

(11) LE TOURNEAU, Philippe, "La responsabilité civile", 3ª ed., París, 1982, ps. 88/89, quien habla de "la muerte de la responsabilidad contractual"; REMY, "La responsabilité contractuelle: histoire de un faux concept", *Revue Trimestrielle de Droit Civil*, 1997, ps. 323 y ss.

tuales que tienen en el convenio, pues de otro modo no se indemnizarían las circunstancias especiales que puedan afectarlas como acreedor (12).

### III.6. El principio de referencia del contrato

Están quienes piensan que el fundamento de la regla de previsibilidad anidaría en el principio de referencia del contrato. Esta última cumpliría una doble función: establecer la extensión del resarcimiento y permitir discernir si la acción de responsabilidad debe situarse en el orden contractual o extracontractual (13).

## IV. LAS DISTINTAS INTERPRETACIONES DEL ART. 1728

Regresamos al derecho argentino vigente. Los Fundamentos del Anteproyecto dejan en claro cuál ha sido la intención del legislador. El texto elaborado, en cambio, no permite, *afortunadamente*, una interpretación tan unívoca y, por el contrario, puede dar lugar a otra que nos parece más razonable y sensata, conforme a la cual también en materia contractual rigen, como regla, los estándares de la causalidad adecuada, aplicándose el régimen de las consecuencias inmediatas y mediatas previsibles regladas en los arts. 1726 y 1727, aunque con algunas particularidades que no desvirtúan su esencia. De ser esto último así, bien cabría afirmar que la letra de la ley ha sido más sabia que la intención del legislador.

Veamos las distintas interpretaciones que se han formulado.

### IV.1. El criterio de la previsibilidad en concreto

Conforme a una interpretación —claramente apegada a la intención del legislador, reflejada en los Fundamentos del Anteproyecto de 2012—, el art. 1728 recepta el principio de *previsibilidad subjetiva en concreto*, y no los estándares de *modulación de la extensión del resarcimiento en función de la relación causal adecuada*.

De tal modo, salvo en caso de *dolo* (art. 1724), el daño resarcible es “el daño “ordinario” que las partes previeron o pudieron prever y el daño “extraordinario” que las partes conocían y se “comunicaron” al momento

---

(12) GÓMEZ POMAR, Fernando, “Previsión de daños, incumplimiento e indemnización”, 1ª ed., Ed. Civitas, Madrid, 2002, ps. 108 y ss., cit. por FUENTES GUÍÑEZ, Rodrigo A., “La extensión del daño contractual”, ob. cit., ps. 398 y 399, texto y notas 717 y 718.

(13) SOLEAU, “La prévisibilité du dommage contractuel”, p. 401, cit. por FUENTES GUÍÑEZ, Rodrigo A., “La extensión del daño contractual”, ob. cit., p. 399, texto y nota 720.



de la contratación” (14). Sería aplicación estricta de la regla “Hadley v. Baxendale”, antes analizada. No regiría en este caso la teoría de la relación causal adecuada, que se funda en un parámetro objetivo de comparación, sino otro estándar distinto: “el deudor incumplidor responde por las consecuencias que las partes (y no un hombre medio) previeron o pudieron haber previsto al momento de su celebración (y no al momento del hecho), según el art. 1728”. El criterio de previsibilidad sería, en este caso, subjetivo, similar al que campea en materia de culpabilidad, y tendería “a respetar el esquema de riesgos y beneficios que los contratantes diseñaron en ejercicio de su autonomía negocial” (15). Habiendo dolo, en cambio, se volvería al esquema de causalidad adecuada.

Son resarcibles (por ser daños efectivamente previstos o previsibles) aquellos que se produzcan como consecuencia de la destinación o función económica asignada al bien o al servicio, siempre que ella sea conocida por el deudor y asumidos sus riesgos de manera expresa o tácita (16).

La autonomía de la voluntad en los contratos paritarios, en caso de incumplimiento con sustento en la culpa, “conduce al resarcimiento de las consecuencias que las partes previeron (en el negocio jurídico) o que pudieron prever, pero de conformidad con las circunstancias concretas o subjetivas, propias de esos contratantes y verificadas en el momento de celebración del contrato” (17). Salvo en caso de dolo, el momento de

---

(14) GALDÓS, Jorge M., “Diferencias entre la responsabilidad civil contractual y extracontractual en el nuevo Código Civil y Comercial”, *Revista de Derecho Privado y Comunitario*, 2015, número extraordinario, p. 313; PICASSO, Sebastián, “La unificación de la responsabilidad civil en el Proyecto de Código Civil y Comercial Unificado”, *LA LEY, Supl. Esp. Código Civil y Comercial de la Nación*, nros. 3 y 5, p. 33; AZAR, Aldo M., “La relación causal en el Proyecto de Código Civil de 2012”, *Revista de Derecho de Daños*, 2012-3-9.

(15) PICASSO, Sebastián, “La unificación de la responsabilidad civil...”, *ob. cit.*, nro. 5, p. 33.

(16) La construcción se modula sobre tres conceptos diferentes, íntimamente relacionados entre sí: previsibilidad del daño, conocimiento del destino asignado al bien o al servicio contratado y asunción del riesgo. Presupone que el deudor haya tenido conocimiento expreso o tácito del destino que habría de asignarse a la prestación incumplida. En el primer caso, la convención señala el destino de la prestación de manera explícita; en el segundo, el destino se deduce atendiendo al objeto y contenido del contrato, a su finalidad económica calibrada a la luz del principio de la buena fe. Sin embargo, no basta el conocimiento del destino del bien o del servicio objeto de contratación; también es preciso que el deudor asuma de manera expresa o tácita el riesgo que tal destino conlleva.

(17) GALDÓS, Jorge M., “Diferencias entre la responsabilidad civil...”, *ob. cit.*, p. 313.

apreciación de dichas circunstancias es el de celebración del contrato; y, en caso de dolo, también el de producirse el incumplimiento.

Es una tesis que merece estas observaciones:

1) Circunscribe la aplicación del art. 1728 a ciertos contratos y no a todos, pese a que la ley habla de “previsibilidad contractual” y de que “en los contratos se responde por las consecuencias que las partes previeron o pudieron haber previsto al momento de su celebración”, sin formular distinciones de ninguna índole. Allí donde el legislador habla de “en los contratos”, ellos leen “en los contratos paritarios”, dejando al margen de la norma los contratos por adhesión a condiciones generales y los de consumo (18); o leen “en los contratos paritarios que generan responsabilidad subjetiva”, con lo cual quedarían también al margen de dicha norma los contratos paritarios que dan lugar a obligaciones alcanzadas por factores objetivos de atribución, que son la inmensa mayoría. Algunos van todavía más lejos y circunscriben la aplicación del art. 1728 principalmente a los contratos paritarios “a nivel empresario”, aplicando en todos los demás casos la regla del art. 1726 (19). Muy poco ámbito de aplicación para una norma tan pomposamente titulada y presentada, como el art. 1728.

Lo que se busca por vía de esta exclusión forzada es paliar los efectos restrictivos que se ha querido asignar a la responsabilidad contractual, derivados de una supuesta no aplicación de las reglas que rigen la extensión del resarcimiento basado en estándares propios de causalidad adecuada, cualesquiera sean estos últimos.

Quienes participan de estas ideas aceptan unánimemente que el régimen de previsibilidad contractual rige en los contratos paritarios o discrecionales, “donde hay margen de negociación más o menos libre, para sujetos emplazados en niveles aproximados de igualdad jurídica y económica” (20). Poco importa que dichos contratos paritarios sean empresariales o no, pues, tanto en uno como en otro, “las partes negocian el precio y, para fijarlo, necesitan conocer los riesgos que asumen; cuanta mayor información y seguridad exista en ese momento, menor será el

---

(18) OSSOLA, Federico, “Responsabilidad civil”, Ed. La Ley, Buenos Aires, 2016, nro. 143.f).iv), p. 224.

(19) ZAVALA DE GONZÁLEZ, Matilde — GONZÁLEZ ZAVALA, Rodolfo, “La responsabilidad civil en el nuevo Código”, Ed. Alveroni, Córdoba, 2016, t. II, ps. 206 y ss.; OSSOLA, Federico, “Responsabilidad civil”, ob. cit., nro. 143.f), p. 224.

(20) ZAVALA DE GONZÁLEZ, Matilde — GONZÁLEZ ZAVALA, Rodolfo, “La responsabilidad civil en el nuevo Código”, ob. cit., t. II, nro. 2, p. 206.

precio, con claro beneficio para el conjunto de la sociedad” (21). La razón sería obvia: solo en ellos podría hablarse de previsibilidad contractual, entendida como se lo hace, como fiel reflejo de la voluntad paritaria de ambos contratantes y del diseño negocial por ellos efectuado (22).

Hay acuerdo, también, en que la norma no se aplica en aquellos contratos en los cuales alguna de las partes se encuentre en situación de superioridad sobre la otra, que le permita imponer las condiciones negociales. No puede hablarse aquí de un contrato cuyo régimen resarcitorio es diseñado por ambas partes, en función de una distribución de riesgos económicos y jurídicos libremente consensuada, sino de otro en el cual tales aspectos son predispuestos e impuestos por una parte (la más fuerte) a la otra (la más débil). Por esa razón, se dice, los contratos de consumo están al margen de la previsión normativa del art. 1728 y se rigen por las reglas ordinarias de extensión del resarcimiento modeladas sobre la base de la relación causal adecuada (arts. 1726 y 1727) (23). Una cláusula que modifique las reglas generales de imputación de consecuencias previstas en dicha normativa, *en perjuicio del consumidor*, debe ser reputada abusiva y tenida por no escrita (arg. arts. 988, 1117 a 1122 y ccds., Cód. Civ. y Com., y art. 37, ley 24.240).

En cambio, no es claro el panorama tratándose de contratos por adhesión a condiciones generales (que no sean de consumo, porque de serlo quedarían atrapados por las consideraciones antes señaladas). Tal lo que sucede con los contratos por adhesión entre empresarios, absolutamente frecuentes en la práctica. Así, por ejemplo, el celebrado entre una fábrica de automotores con sus agentes o concesionarios; o entre una prestadora de servicio de telefonía y una empresa a la que contrata para que brinde a sus usuarios el servicio técnico, etc. En estos casos —y en tantos otros que pueden concebirse—, la contratación se realiza por vía de adhesión y sus términos son esenciales para la determinación de los riesgos económicos y jurídicos de ambas partes. ¿Puede decirse que aquí siempre, inexorablemente, el adherente a las condiciones generales predeterminadas por el otro está en situación de inferioridad; que lo acordado no es

---

(21) Tal lo que se lee en los Fundamentos del Anteproyecto del Código Civil y Comercial.

(22) Algunos autores sostienen que el art. 1728 se aplica solamente a los contratos paritarios en donde la responsabilidad del deudor es subjetiva. Se trata de una limitación que reposa solamente en la voluntad del intérprete y que no se refleja en la letra de la ley. Conf. ZAVALA DE GONZÁLEZ, Matilde — GONZÁLEZ ZAVALA, Rodolfo, “La responsabilidad civil en el nuevo Código”, ob. cit., t. II, nro. 8, p. 213.

(23) PIEDECASAS, Miguel A., “El incumplimiento de las obligaciones contractuales”, *Revista de Derecho de Daños*, 2019-1-26, nro. 7.

fruto de una previsibilidad compartida, por el solo hecho de haber sido celebrado el contrato por vía de adhesión, y que consecuentemente no se aplicaría la regla del art. 1728 tal como se la pretende formular? Así parecería entenderlo una muy calificada doctrina, que pone énfasis en la idea de una previsibilidad *participativa* de los contratantes “precisamente en el sentido de *pares*, y no dominada desde la superioridad de alguno sobre el otro” (24). La idea es aceptable para un importante número de supuestos, pero no para otros; hay casos en los cuales el predisponente es una empresa de significativamente menor envergadura económica que el adherente y las condiciones negociales de dicho contrato por adhesión hacen al esquema empresarial de distribución de riesgos económicos y jurídicos aceptada y querida tanto por el predisponente como por el adherente. ¿Por qué entonces excluirlos del ámbito de previsibilidad del art. 1728?

2) Algunos autores sostienen que el art. 1728 no se aplica en todos los contratos paritarios, sino en aquellos que generan responsabilidades subjetivas (25). El problema anida en que por lo general un mismo contrato paritario puede generar obligaciones de resultado (alcanzadas por factores objetivos de atribución) o de medios (donde la responsabilidad es subjetiva). ¿Significa ello que el régimen de responsabilidad contractual varía en función de cada obligación incumplida? ¿Es compatible esa disección con la unidad del contrato como fenómeno económico unitario e integral que se postula? La respuesta negativa se impone (26).

Lo dicho asume mayor relieve si se tiene en cuenta que la inmensa mayoría de los contratos paritarios genera obligaciones de resultado, alcanzadas por parámetros de responsabilidad objetiva que quedarían al margen del estándar de previsibilidad del art. 1728. ¿Qué sentido tendría, entonces, generar una categoría especial que tiene más excepciones que campo de aplicación?

3) Importa la extrapolación de un criterio de extensión del resarcimiento basado exclusivamente en la previsibilidad subjetiva, disociado de cualquier modulación de causalidad adecuada, que es extraño a nuestra realidad jurídica. Quizás ello pueda ser entendible en sistemas que estructuran de manera radical el régimen de responsabilidad contractual bajo estándares de culpabilidad (como los que se mencionan en

---

(24) ZAVALA DE GONZÁLEZ, Matilde — GONZÁLEZ ZAVALA, Rodolfo, “La responsabilidad civil en el nuevo Código”, ob. cit., nro. 6, ps. 208/209.

(25) GALDÓS, Jorge M., “Diferencias entre la responsabilidad civil...”, ob. cit., p. 313.

(26) ZAVALA DE GONZÁLEZ, Matilde — GONZÁLEZ ZAVALA, Rodolfo, “La responsabilidad civil en el nuevo Código”, ob. cit., nro. 8, p. 213.

los Fundamentos del Anteproyecto —Código de Francia, sistema anglosajón, Convención de Viena, principios de Unidroit, etc.—), pero no en un régimen de responsabilidad contractual predominantemente objetivo, como el que plasma el nuevo código.

4) Genera profundos interrogantes en aquellos casos en los cuales las partes no prevén los efectos del incumplimiento. En tal caso debe estarse a aquello que las partes “pudieron haber previsto en el momento de su celebración”. ¿Qué debe entenderse por esto último? ¿Cómo se determina lo que las partes efectivamente no previeron pero que “pudieron” haber previsto? La respuesta es evidente: atendiendo a estándares de causalidad adecuada, a aquello que es conforme al curso normal y ordinario de las cosas, calibrando el modelo de conducta esperable en función de los sujetos, del objeto, de la causa final del contrato, de las demás circunstancias del caso y el marco normativo imperativo y dispositivo previsto para cada contrato. Si no hay previsión de las partes, más allá de lo que se declame, el estándar de previsibilidad termina edificándose en derredor de un modelo propio de causalidad adecuada, que no deja de serlo por el hecho de que se module y edifique atendiendo a lo que un contratante diligente habría previsto de hallarse en la situación en que se encontraban las partes en el caso concreto.

5) No es incompatible con el estándar de causalidad adecuada que la previsibilidad de las consecuencias del incumplimiento se determine, como regla, al momento de celebración del contrato y no del incumplimiento (salvo en caso de dolo). Es solamente una cuestión de política legislativa, que en modo alguno hace a la esencia de la cuestión.

#### **IV.2. En materia contractual rigen los mismos parámetros de extensión del resarcimiento que en materia extracontractual**

Conforme a otro criterio, defendido —entre otros— por nuestro homenajeado, también en materia contractual son resarcibles los daños que son consecuencia inmediata y mediata previsible del incumplimiento (27).

---

(27) TRIGO REPRESAS, Félix A., “La relación causal en el Proyecto de Código Civil y Comercial”, *Revista de Derecho de Daños*, “Derecho Privado”, año I, nro. 3; ídem, “Los presupuestos de la responsabilidad civil en el nuevo Proyecto de Código Civil y Comercial Unificado”, *Revista de Derecho de Daños*, 2012-3-147; LÓPEZ HERRERA, Edgardo, en RIVERA, Julio C. — MEDINA, Graciela (dirs.) — ESPER, Mariano (coord.), “Código Civil y Comercial de la Nación comentado”, Ed. La Ley, Buenos Aires, 2015, t. IV, p. 1041; LAMANA GUIÑAZÚ, Emiliano, “Deber de prevención del daño: acción

Una variante de esta posición ha sido sostenida por López Herrera, quien sostiene que el art. 1728 constituye una excepción al art. 1726, que plasma, en esencia, este criterio: en materia contractual se resarcen las consecuencias inmediatas (siempre) y las mediatas cuando hayan sido previstas al tiempo de contratar o hubieran podido serlo. En defecto de pacto expreso, la carga de la prueba de la previsibilidad de dichas consecuencias pesa sobre el acreedor (28).

Es una interpretación sensata que merece algunas precisiones complementarias.

### IV.3. Nuestra opinión

Más allá de cuál haya sido la intención del legislador —no reflejada, afortunadamente, en el texto de la norma, si esta es leída atendiendo a lo que ella dice—, el art. 1728 solo refleja lo siguiente:

1) En los contratos se responde por las consecuencias que las partes efectivamente previeron o en su defecto pudieron diligentemente haber previsto al momento de su celebración (29). También aquí la extensión del resarcimiento se mide sobre la base de la relación de causalidad y no de parámetros que son propios de la culpabilidad.

2) Cuando las partes efectivamente han previsto las consecuencias del incumplimiento, debe estarse a lo acordado, salvo que ello importe una cláusula abusiva (30). Esta última cuestión asume especial relieve en los contratos por adhesión a condiciones generales y, sobre todo, en los de consumo (31).

---

preventiva: causalidad”, en *Análisis del Proyecto de nuevo Código Civil y Comercial 2012*, Ed. El Derecho, Biblioteca Digital de la Universidad Católica Argentina.

(28) LÓPEZ HERRERA, Edgardo, en RIVERA, Julio C. — MEDINA, Graciela (dirs.) — ESPER, Mariano (coord.), “Código Civil y Comercial...”, ob. cit., t. IV, p. 1041.

(29) LORENZETTI, Ricardo L., “Resarcimiento del daño contractual: confianza, información, previsibilidad”, JA 2001-II-1207; RCyS 2014-I-193.

(30) Va de suyo que el art. 1728 no solo rige para los contratos paritarios, sino también para los de adhesión y los de consumo, en tanto su aplicación no importe afectar los derechos del adherente o del consumidor. En contra: ZAVALA DE GONZÁLEZ, Matilde — GONZÁLEZ ZAVALA, Rodolfo, “La responsabilidad civil en el nuevo Código”, ob. cit., t. II, nro. 6, ps. 206/207.

(31) Sobre el tema, PIZARRO, Ramón D. — VARIZAT, Andrés, “La ‘desnaturalización de las obligaciones’ como instrumento de control de cláusulas abusivas en los contratos de consumo (una interesante innovación doctrinaria argentina)”, LLC 2006-10.

Adviértase que la previsión de las consecuencias dañosas no debe ser asimilada a la reducción de la extensión del resarcimiento. Nada impide que las partes prevean una extensión del resarcimiento mayor, por encima de la que podría corresponder por aplicación de los principios generales (por ejemplo, pactando una cláusula penal punitiva), u otra forma de agravamiento (poniendo en cabeza de alguna de ellas el caso fortuito).

Las cláusulas que en un contrato por adhesión a condiciones generales o de consumo prevén las consecuencias del incumplimiento y favorecen al consumidor o al adherente son plenamente válidas. No así, en cambio, si los perjudican, pues en tal caso quedan alcanzadas por la sanción prevista en los arts. 988, 1117 a 1122 y ccdds. Cód. Civ. y Com., y art. 37, ley 24.240, y se las tiene por no escritas.

3) Si las partes nada han previsto de manera específica, como ocurre muy frecuentemente, el régimen de consecuencias aplicable es el establecido en los arts. 1726 y 1727, pero calibrado en función de lo establecido en el art. 1728.

¿Qué significa esto último? Algo muy simple: que el estándar de conducta se modela en derredor de aquello que, conforme al curso normal y ordinario de las cosas, habría sido previsible para un contratante diligente que se hubiese hallado en la misma situación fáctica y jurídica de las partes (y, en particular, del incumplidor) al tiempo que asumió su obligación contractual (32). Como agudamente han señalado Zavala de González y González Zavala, “no se trata únicamente de lo que las partes previeron o pudieron prever, sino de lo que razonablemente habría debido prever cualquier contratante prudente en análoga situación” (33).

---

(32) La doctrina dominante en España y Francia propicia apreciar la previsibilidad en abstracto, objetivando claramente la cuestión. Conclusión que se potencia si se tiene en cuenta que la previsibilidad que nos ocupa no se proyecta tanto (o solamente) al perjuicio derivado del incumplimiento que el obligado pudo anticipar, “sino al conocimiento que el contrato nos da del destino asignado a la prestación incumplida” (FUENTES GUÍÑEZ, Rodrigo A., “La extensión del daño contractual”, *ob. cit.*, p. 654). En sentido coincidente con el modelo objetivo de previsibilidad: MAZEAUD, Henri — TUNC, André, “Tratado teórico-práctico de la responsabilidad civil delictual y contractual”, trad. de Santiago Sentís Melendo, Ed. Ejea, Buenos Aires, 1977, t. 3-I, p. 575; CRISTÓBAL MONTES, Ángel, “El enigmático art. 1107 del Código Civil español”, en *Centenario del Código Civil (1889-1989)*, t. II, p. 572.

(33) ZAVALA DE GONZÁLEZ, Matilde — GONZÁLEZ ZAVALA, Rodolfo, “La responsabilidad civil en el nuevo Código”, *ob. cit.*, nro. 3, p. 204. En sentido coincidente: COMPAGNUCCI DE CASO, Rubén, “Indemnización del lucro cesante”, LA LEY 2011-B-1011.

A tal fin, se deberán ponderar, muy especialmente, el objeto y la causa final del contrato, si este es paritario, por adhesión a condiciones generales o de consumo, las circunstancias del caso y el marco normativo aplicable, todo sobre la base de parámetros de causalidad adecuada. Las circunstancias conocidas o cognoscibles por las partes abarcan todo lo que, conforme al principio de la buena fe, expresa o tácitamente, forma parte de la trama contractual. Debe tenerse muy presente que los contratos deben celebrarse, interpretarse y ejecutarse de buena fe, y que obligan “no solo a lo que está formalmente expresado sino a todas las consecuencias que puedan considerarse comprendidas en ellos, con los alcances que razonablemente se habría obligado un contratante cuidadoso y previsor”.

Este estándar de ponderación guarda plena armonía con los parámetros de causalidad adecuada que emergen de los arts. 1726 y 1727 y, en muy buena medida, penetran en el establecido en materia de previsibilidad contractual en el art. 1728. Esto determina, también, que la mentada previsibilidad “subjetivada” de causalidad establecida en dicha norma puede terminar siendo más acotada o más amplia, según los casos, que aquella que emergería de una visión netamente abstracta de ella. Los daños previsibles para el deudor pueden ser significativamente más amplios, por ejemplo, cuando informa al otro contratante de circunstancias especiales que, al ser aceptadas, ingresan dentro del objeto y de la causa final del contrato.

4) *El objeto del juicio de previsibilidad no es el daño, sino la destinación económica del bien debido.* La previsibilidad y su aceptación implican para el deudor la asunción del riesgo de todo el menoscabo a ellas conecado. La ecuación “previsibilidad del daño igual a voluntad de asumir el riesgo” constituye una ficción, pues esta última —cuando no hay convención expresa— termina siendo deducida de circunstancias rigurosamente objetivas (naturaleza del contrato, cláusulas contractuales, calidad de los protagonistas, características del bien prometido, etc.). Esta ponderación no solo puede, sino también debe hacerse en caso de ausencia de previsión contractual expresa, atendiendo objetivamente a los estándares de causalidad adecuada, a aquello que sucede conforme al curso normal y ordinario de las cosas, calibrados en función del caso concreto (34). Como bien señala Fuentes Guíñez, “*la previsibilidad del daño es un problema de interpretación e integración del contrato y no un problema de lo que el sujeto pudo o no estimar.* En pocas palabras, no interesa saber si el deudor previó o no el perjuicio, sino simplemente si

---

(34) Ver BARCELLONA, Mario, “Inattuazioni dello scambio e sviluppo capitalistico”, Ed. Giuffrè, Milano, 1980, ps. 149/150.



conoció y aceptó el destino económico que tenía la prestación a que se había obligado; de ser así responderá de todos los daños que su incumplimiento causó al acreedor, como consecuencia de no poder realizar el proyecto económico a que la prestación incumplida estaba destinada. Además, *si del contrato no se deduce un proyecto económico especial, se estará al proyecto económico genérico, atendida la naturaleza de la obligación contratada, y el deudor responderá del mayor riesgo que dicha destinación pueda implicar*". Para calibrar esto último, habrá que estar a los estándares de causalidad adecuada, modulados en atención al caso concreto (35).

El estándar de previsibilidad, así concebido, estará conformado no solo por los términos del instrumento contractual suscripto por las partes y su documentación complementaria o conexas, sino también por todos los elementos de hecho que han rodeado a su conclusión. Son computables, a tal fin, entre otros aspectos, las declaraciones puestas en conocimiento de las partes (36), las apariencias exteriores relativas al bien contratado y a la persona de los contratantes, la economía del contrato, las características de los contratantes y las estipulaciones contenidas en el instrumento negocial (37).

5) De tal modo, como regla, salvo previsión contractual válida en contrario, se responderá siempre por los daños que sean consecuencia inmediata del incumplimiento y también por las consecuencias mediatas derivadas de este que sucedan según el orden regular y sean "intrínsecas al contenido del contrato; esto es, a las obligaciones nacidas de él por declaración expresa o tácitamente según la pauta de la buena fe-probidad, que son los contenidos conocidos o cognoscibles por el otro contratante" (38).

En los contratos de consumo este criterio se acentúa —por aplicación del principio protectorio—, por lo que la extensión del resarcimiento ter-

---

(35) FUENTES GUÍÑEZ, Rodrigo A., "La extensión del daño contractual", ob. cit., p. 327. El destacado le pertenece.

(36) Así, por ejemplo, la declaración realizada a la otra parte con la finalidad de informar el valor del objeto sobre el que recaen sus obligaciones, lo cual permite prever la extensión del perjuicio en caso de inejecución.

(37) Sobre el tema, ver FUENTES GUÍÑEZ, Rodrigo A., "La extensión del daño contractual", ob. cit., ps. 372 y ss.

(38) ALTERINI, Atilio A. — LÓPEZ CABANA, Roberto M., "Responsabilidad contractual y extracontractual: de la diversidad a la unidad", LL 1989-C-1186. Comp.: OSOLA, Federico, "Responsabilidad civil", ob. cit., nro. 143.f), ps. 222 y ss.

mina comprendiendo siempre los daños que son consecuencia inmediata y mediata del incumplimiento (arts. 1726 y 1727).

Tratándose de contratos conexos, los estándares de previsibilidad deben meritarse ponderando toda la trama contractual, dinámicamente integrada, y no solamente cada uno de dichos instrumentos aisladamente ponderados. Rige aquí un criterio de realidad económica que impone calibrar los fines de la operatoria de manera conjunta.

6) En la previsibilidad contractual pueden resarcirse daños intrínsecos (aquellos que recaen sobre el objeto de la prestación) y extrínsecos (afectan otros bienes del acreedor), en la medida en que hayan sido previstos o previsibles, conforme a los estándares antes indicados.

El daño emergente y el lucro cesante son resarcibles cuando constituyen consecuencias inmediatas del incumplimiento. Zavala de González y González Zavala ponen como ejemplo el caso de una empresa que provee servicios informáticos a una compañía aérea, que fallan durante cierto período, impidiendo que las aeronaves vuelen. En tal caso, debe indemnizar no solo el costo de sustitución o refacción y la devolución del precio ya abonado a los viajeros (daño emergente), sino también el lucro cesante por la suspensión de los vuelos, pues “aquella no podía ignorar que los servicios pactados tenían este destino esencial, y por eso se indemniza a título de secuelas inmediatas de aquel incumplimiento” (39). En contraste, no sería resarcible el daño derivado de la frustración de otro negocio que el acreedor se ve impedido de concretar a raíz del incumplimiento, salvo que en el contrato originario se hubiere informado a la otra parte de esta circunstancia, dejando establecido el efecto con relación a dicha frustración que podría generar un eventual incumplimiento.

7) En cambio, no son indemnizables los daños resultantes de circunstancias muy particulares de un contratante que no pueden ser inferidos o reputados como conocidos por el otro, al tiempo de celebrarse el contrato; salvo, claro está, cuando hayan sido comunicados o percibidos por la otra parte al tiempo del acuerdo y aceptados expresa o tácitamente por esta (40).

8) Las partes pueden, como se ha dicho anteriormente, *en tanto no constituya una cláusula abusiva*, modificar convencionalmente la exten-

---

(39) ZAVALA DE GONZÁLEZ, Matilde — GONZÁLEZ ZAVALA, Rodolfo, “La responsabilidad civil en el nuevo Código”, ob. cit., nro. 11, p. 221.

(40) *Ibíd.*, nro. 3, ps. 202/203.

sión del resarcimiento, ya reduciéndola por vía de la exclusión de ciertos daños (por ejemplo, los que sean consecuencia mediata, o el lucro cesante, o el daño extrapatrimonial, etc.) o predeterminarla mediante una cláusula penal moratoria o compensatoria; o bien ampliándola hasta comprender inclusive la reparación de daños que sean consecuencia casual del incumplimiento, tal lo que sucede cuando opera la asunción convencional del caso fortuito.

9) Para determinar cuáles son las consecuencias inmediatas y mediatas previsibles del incumplimiento negocial, absoluto o relativo, el intérprete debe ubicarse en el momento de celebración del negocio jurídico y a partir de ese prisma indagar en concreto sobre los alcances de la reparación (41).

La cuestión varía sensiblemente cuando el incumplimiento es atribuible al dolo del deudor, el cual se configura “por la producción de un daño de manera intencional o con manifiesta indiferencia por los intereses ajenos” (art. 1724, Cod. Civ. y Com.). En tal caso, según lo dispone el art. 1728, en su última parte, la responsabilidad se fija tomando en cuenta las consecuencias que las partes previeron o pudieron haber previsto no solo al momento de su celebración, sino también al tiempo de operar el incumplimiento. La extensión del resarcimiento se rige por lo dispuesto en los arts. 1725 y 1726.

Se determina, de tal modo, un estándar temporalmente dual de ponderación de las consecuencias inmediatas y mediatas resarcibles, en ambos casos, en función del interés del acreedor perjudicado por el incumplimiento: el de celebración del contrato y el de producción del incumplimiento. Va de suyo que si, al tiempo de operar este último, se produce un agravamiento del daño contractual, o surgen nuevos perjuicios que sean consecuencia inmediata o mediata previsible, estos serán resarcibles.

---

(41) La solución es lógica, pues un juicio de previsibilidad únicamente es realizable en un momento anterior al acaecimiento de aquello de cuya previsibilidad se trata. Por lo demás, el momento de celebración del contrato determina que solo en esa oportunidad (o al menos hasta esa oportunidad, en los contratos precedidos por tratativas preliminares) el deudor acepta el riesgo específico del incumplimiento de la obligación y las consecuencias de distinta índole que de él derivan. Conf. PANTALEÓN PRIETO, Fernando, “El sistema de responsabilidad contractual...”, ob. cit., p. 1031; FUENTES GUÍÑEZ, Rodrigo A., “La extensión del daño contractual”, ob. cit., ps. 370/371.



# LA MORA DEL DEUDOR ANTE EL INCUMPLIMIENTO TEMPORAL E IMPUTABLE DE LA OBLIGACIÓN

POR CARLOS A. CALVO COSTA

## **I. PALABRAS PREVIAS**

El Instituto de Derecho Civil de la Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Buenos Aires nos ha convocado a participar en este justo y merecido homenaje a quien fuera uno de los más grandes y brillantes juristas de Iberoamérica, el Dr. Félix Alberto Trigo Represas.

Tuvimos el honor de conocerlo personalmente, de poder compartir con él varios eventos científicos y algunos almuerzos y cenas, en donde el tema imperante de conversación era siempre su principal pasión: el derecho. Hombre bueno, honesto, íntegro y, por sobre todas las cosas, muy generoso con quienes comenzábamos hace años a dar nuestros primeros pasos en el mundo académico y en la investigación.

Valga pues este pequeño aporte como homenaje a su grandísima figura.

## **II. INTRODUCCIÓN. LOS SUPUESTOS DE EXCEPCIÓN DE INCUMPLIMIENTOS INIMPUTABLES EN EL CÓDIGO CIVIL Y COMERCIAL**

a) El incumplimiento de la obligación constituye una conducta objetivamente antijurídica, que debe ser ponderada con total prescindencia de las causas que lo motivaron y de sus posibles efectos. Sin embargo, dicho incumplimiento obligacional, objetivamente considerado, puede presentarse de diferentes modos y ser, según los casos, total o parcial, absoluto o relativo, imputable o no imputable, etc. En virtud de ello, es

indudable que los efectos que cada una de esas manifestaciones produce son diferentes.

Aquí adquiere importancia la distinción entre el llamado incumplimiento temporal y el incumplimiento absoluto o definitivo.

Ambos son excluyentes entre sí: i) el *incumplimiento definitivo* es irreversible y se verifica casi siempre ante la imposibilidad de cumplimiento de la prestación [p. ej., ante la destrucción total de la cosa objeto de la obligación; en los casos en que haya sido puesta fuera del comercio por decisión del legislador, o en los supuestos en que el servicio es una obligación de hacer *intuitu personae* y no puede ser prestado por fallecimiento del deudor (1), etc.], aunque también puede producir idénticos efectos el supuesto en que, si bien el cumplimiento de la prestación todavía es fácticamente posible, es tardío y ya no reviste interés para el acreedor, como lo establece el actual art. 956 del Cód. Civ. y Com. argentino (2); ii) el *incumplimiento temporal*, por el contrario, presenta una nota distintiva: pese a la infracción, todavía existe la posibilidad de cumplimiento específico tardío, y se verifica el incumplimiento por el hecho de que no se ha cumplido en el tiempo y la forma establecidos.

Así planteada la cuestión, la división del incumplimiento en sus dos categorías, temporal y definitiva, se construye a partir de la alternativa posibilidad-imposibilidad de la prestación (3). Por una parte, el incumplimiento definitivo es un hecho inmodificable, consumado irreversiblemente; sin embargo, se sostiene que para calificar a un incumplimiento

---

(1) Véase: LARROUMET, Christian, "Droit civil. III: Les obligations. Le contrat", 1ª parte, Ed. Economica, Paris, 1986, p. 636.

(2) En contra: BARASSI, Lodovico, "La teoría generale delle obbligazioni", Ed. Giuffrè, Milano, 1948, vol. III, ps. 178 y ss., quien afirma que no existirá incumplimiento definitivo por el solo hecho de que el acreedor cese de tener interés en el cumplimiento tardío, que todavía es posible; por ende, si la prestación es posible, el incumplimiento no es definitivo: el deudor tiene derecho a realizar la prestación y el acreedor no puede rechazarla. Sostiene además que si bien es indudable que el acreedor puede perder el interés por el paso del tiempo, lo que provoca que ya no le interese el cumplimiento de la prestación, si no quisiera brindar ninguna posibilidad de cumplimiento tardío, hubiera pactado un plazo esencial para su cumplimiento. También véase: GAMARRA, Jorge, "Responsabilidad contractual", Ed. Fundación de Cultura Uruguaya, 2004, t. I: "El incumplimiento", quien considera que si la prestación es posible, el incumplimiento no es definitivo, ya que en tal caso el deudor tiene derecho a realizar la prestación y el acreedor no puede rechazarla, ya que su falta de interés cobra relevancia solamente ante la promoción de una demanda resolutoria del contrato bilateral (p. 65 y también ps. 199 a 201).

(3) GAMARRA, Jorge, "Responsabilidad contractual", ob. cit., t. I, p. 76.

como definitivo debe tenerse certeza de que ya no podrá ejecutarse la prestación (4). En cambio, la situación de incumplimiento temporal es provisoria desde el comienzo y mientras dura, y no permite conocer el resultado final.

En síntesis, el incumplimiento de la obligación, además de poder configurarse como total y absoluto, también puede ser relativo, cuando el deudor cumple con la prestación comprometida pero con un defecto en las circunstancias de modo, tiempo o lugar de cumplimiento pactados. Sin embargo, cuando ello ocurre, y a pesar del incumplimiento parcial de la obligación, se admite la posibilidad de cumplimiento específico tardío por parte del deudor, por ser aún material y jurídicamente posible y, fundamentalmente, por ser apto todavía para satisfacer el interés del acreedor. Aquí es donde cobra importancia el instituto de la *mora del deudor*, al cual nos referiremos seguidamente.

b) La imputabilidad por incumplimiento absoluto reconoce como excepción los supuestos de imposibilidad sobrevenida y objetiva, que están previstos actualmente en los arts. 955 y 956, Cód. Civ. y Com., que se encuentran referidos a los casos de imposibilidad definitiva y temporaria de la prestación —respectivamente—, determinando en cada supuesto cuándo ellos tendrán efecto extintivo sobre la obligación.

Si bien, como hemos mencionado precedentemente, la regla general que impera en la materia determina que el deudor es responsable del incumplimiento de la obligación a su cargo, su responsabilidad se torna inexistente cuando la prestación resulta imposible de ejecutar en virtud del *casus* genérico del art. 1730, Cód. Civ. y Com. En tal sentido, decía el *Digesto: ad impossibilia nemo tenetur* (nadie está obligado a lo imposible).

El art. 955, Cód. Civ. y Com., dispone expresamente en su primera parte: “La imposibilidad sobrevenida, objetiva, absoluta y definitiva de la prestación, producida por caso fortuito o fuerza mayor, extingue la obligación, sin responsabilidad”. Como apreciará el lector, el efecto principal de la imposibilidad de cumplimiento sobrevenida, objetiva, absoluta y definitiva de la obligación es la extinción de la obligación y la consecuente liberación del deudor, siempre que la imposibilidad sea producida por un caso fortuito o fuerza mayor y resulte totalmente ajena a la conducta del deudor. Es importante destacar que dicha imposibilidad de cumplimiento, como lo expresa una calificada doctrina, es una consecuencia del caso fortuito, aunque, a los fines de la exoneración del deu-

---

(4) NATOLI, Ugo — BIGLIAZZI GERI, Lina, “*Mora accipiendi e mora debendi*. Apunti delle lezioni”, Ed. Giuffrè, Milano, 1975, p. 227.

dor, ambos conformen en materia obligacional un todo inseparable (5). Pero, claro está, será el *solvens* incumplidor quien deberá acreditar algún extremo idóneo para sustraerse a la obligación de tener que reparar el daño ante la falta de ejecución de la prestación comprometida (6). Asimismo, el Código Civil y Comercial también prevé el supuesto de extinción de la obligación para el caso en que la imposibilidad sea solamente temporaria y no definitiva, tal como dispone el art. 956, Cód. Civ. y Com.: “*Imposibilidad temporaria*. La imposibilidad sobrevenida, objetiva, absoluta y temporaria de la prestación tiene efecto extintivo cuando el plazo es esencial, o cuando su duración frustra el interés del acreedor de modo irreversible”.

Puede ocurrir que la imposibilidad reúna los mismos recaudos previstos en el art. 955, Cód. Civ. y Com., que hemos analizado, pero que, en lugar de ser definitiva, sea temporal o temporaria. Ante ello, cabe preguntarse, ¿debe el acreedor soportar que desaparezca esa causa de impedimento temporaria para poder ver satisfecha la prestación asumida por el deudor? Algunos autores han manifestado al respecto que de contestarse afirmativamente tal interrogante, sin reserva alguna, podría prolongarse *sine die* el tiempo de incumplimiento, pudiendo llegar a constituir incluso un abuso del deudor el mantener incumplida la obligación sin ningún tipo de consecuencia para el *solvens*. En tal caso, se sostenía ya antes de la sanción del Código Civil y Comercial que debía reconocérsele al acreedor la facultad de asimilar la imposibilidad temporaria a la definitiva para obtener la disolución del vínculo obligacional, aun sin cargo alguno para el deudor, si es que el acreedor no tiene interés en el cumplimiento luego de que ello ocurra. Esta era la solución prevista expresamente en el art. 1256 del Cód. Civil italiano y pregonada por una calificada doctrina extranjera (7), y que recoge ahora el Código Civil y Comercial en el art. 956. Pero, como hemos mencionado anteriormente, la imposibilidad temporaria no exonera al deudor, sino que —salvo que con ella se frustre definitivamente el interés del acreedor— solo produce una suspensión de los efectos de la relación jurídica durante el período

---

(5) PICASSO, Sebastián — SÁENZ, Luis R., “Tratado de derecho de daños”, Ed. La Ley, Buenos Aires, 2019, t. 1, p. 370; PICASSO, Sebastián, “La culpa en la responsabilidad contractual. Ausencia de culpa e imposibilidad sobrevenida de la prestación”, *Revista de Derecho de Daños*, Ed. Rubinzal-Culzoni, Santa Fe, 2009-1-125; PIZARRO, Ramón D., “Tratado de la responsabilidad objetiva”, Ed. La Ley, Buenos Aires, 2015, t. 1, p. 339.

(6) SANTORO, Guido, “La responsabilità contrattuale”, Ed. Cedam, Padova, 1992, ps. 5 y ss.

(7) BELTRÁN DE HEREDIA Y ONÍS, Pablo, “El incumplimiento de las obligaciones”, Ed. Revista de Derecho Privado, Madrid, 1990, p. 104.



en que persista dicha imposibilidad (v.gr., que no deba abonar el deudor intereses moratorios por no haber cumplido en el plazo pactado); pero, una vez que el evento que provocaba la imposibilidad temporaria desaparezca, los efectos de las obligaciones asumidas se reanudarán automáticamente (8).

También dispone el art. 956, Cód. Civ. y Com., que la imposibilidad temporal tendrá efecto extintivo cuando “su duración frustra el interés del acreedor de modo irreversible”. Así, el efecto extintivo se producirá cuando el plazo pactado y previsto en la obligación sea esencial: ello guarda lógica y razonabilidad, toda vez que el plazo es esencial cuando el tiempo en que debe cumplirse la prestación ha sido un elemento determinante para que el acreedor la celebre, ya que, de no cumplirse en dicha fecha, la prestación no le será útil, dado que carece de interés para él (v.gr., se contrata un servicio de *lunch* para la fecha en que se celebra la fiesta de casamiento del acreedor). El plazo esencial no admite la posibilidad de incumplimiento relativo (cumplimiento tardío) por carecer de utilidad para el acreedor, por lo cual su falta de cumplimiento en término provoca el incumplimiento absoluto de la obligación por parte del deudor.

c) Fuera de estos supuestos de excepción que hemos mencionado, focalizamos nuestro análisis en aquellos casos de *incumplimientos que sí resultan ser imputables al deudor*. Dentro de estas categorías, se encuentran los siguientes:

i) El incumplimiento defectuoso [denominado por algunos autores como cumplimiento puntual inexacto (9)], que se produce cuando el deudor no ajusta su comportamiento tendente al cumplimiento de conformidad a los presupuestos o a las condiciones que el pago reclama para producir sus efectos liberatorios y satisfactorios. De tal modo, el cumplimiento puede tornarse defectuoso con relación a los sujetos (p. ej., cuando quien paga es una persona que carece de capacidad para ello, o bien lo hace un tercero cuando estamos ante una obligación *intuitu personae*); con relación al objeto (por violarse el principio de identidad o de integridad; o se paga en un lugar distinto). Frente a una ejecución deficiente de la prestación, el acreedor está legitimado para rechazar la pres-

---

(8) Véase en este sentido: BÉNABENT, Alain, “Droit des obligations”, 13ª ed., Ed. Montchrestien, París, 2012, nro. 339, p. 268.

(9) ALBALADEJO, Manuel, “Derecho civil. II: Obligaciones”, 14ª ed., Ed. Edisofer, Madrid, p. 184.

tación, rehusarse a recibirla o no asignarle efecto liberatorio alguno (10). Para ello es irrelevante que haya existido o no culpa en el deudor.

ii) El incumplimiento retrasado, que se configura en el supuesto en que el deudor retrasa temporalmente el cumplimiento de la prestación debida, pero esta puede ser todavía cumplida tardíamente, pues resulta material y jurídicamente susceptible de cumplimiento posterior y es aún idónea para satisfacer el interés del acreedor; por ende, mientras la prestación sea susceptible de ser útilmente ejecutada, el deudor debe cumplir. Dentro de esta categoría adquiere relevancia la mora del deudor: ello así, puesto que si el retraso, como veremos, es imputable al deudor, este deberá cumplir la prestación en forma específica y, además, resarcir los daños y perjuicios moratorios que se encuentren en relación causal adecuada con su incumplimiento. Si, en cambio, no le es imputable, ninguna indemnización deberá soportar.

### III. LA MORA DEL DEUDOR

La mora, en especial la del deudor, es uno de los institutos de mayor importancia en el ámbito del derecho de las obligaciones y de los contratos, con grandes implicancias en las relaciones jurídicas entre los sujetos.

Hemos manifestado precedentemente que el incumplimiento puede ser relativo (comprensivo de los incumplimientos defectuosos y retrasados precedentemente mencionados), cuando el deudor cumple con la prestación asumida pero con un defecto en las circunstancias de modo, tiempo o lugar de cumplimiento pactados. Sin embargo, cuando ello ocurre, y a pesar del incumplimiento parcial de la obligación, se admite la posibilidad de cumplimiento específico tardío, por ser aún material y jurídicamente posible y, fundamentalmente, por ser apto todavía para satisfacer el interés del acreedor. Aquí es donde cobra importancia el instituto de la mora del deudor. Nos referiremos a ella seguidamente.

---

(10) *Ibíd.*, p. 185. Afirma que cuando el acreedor acepte la prestación pese a haber sido defectuosamente realizada, ello no debe significar que exista conformidad con lo defectuoso o inexacto, ya que el *accipiens* quedará habilitado a reclamar con posterioridad por el defecto o la inexactitud, para que sea corregido o, en su caso, indemnizado.

### III.1. Concepto

La mora es un instituto jurídico de difícil definición, toda vez que no debe ser confundida con la simple demora en el cumplimiento (11). En sentido jurídico, la mora no es el simple retraso en el cumplimiento de la obligación, sino el cualificado por la concurrencia de determinadas circunstancias (12). Así, en nuestro país, se la ha definido como “aquel en el cual el incumplimiento material se hace jurídicamente relevante” (13), o bien como “un retardo jurídicamente calificado” (14). Sin embargo, uno de los condimentos jurídicos más importantes que presenta el instituto es que el retraso no impide el cumplimiento tardío por el deudor. De allí que la mora resulta solo de aplicación en los supuestos de incumplimiento relativo de la obligación (15).

Es decir, a partir de la mora, hay incumplimiento por retardo; el deudor, que antes no era incumplidor, pasa a serlo cuando se configura la mora (16); esta marca un antes y un después en la situación jurídica del deudor, puesto que a partir de su constitución en mora se plasma su incumplimiento.

---

(11) Véanse: GAMARRA, Jorge, “Responsabilidad contractual”, ob. cit., t. I, p. 85. Distingue el jurista uruguayo entre retardo y mora, estimando que el primero (en sentido amplio) es la violación de la modalidad temporal de la ejecución de la obligación y carece de trascendencia jurídica sancionatoria, ya que el deudor no es todavía incumplidor —y por tal razón no debe daños y perjuicios—, porque ese simple retardo no lo hace incurrir en responsabilidad. Solo cuando el deudor cae en mora, existirá incumplimiento. También: LÓPEZ CABANA, Roberto, “La demora en el derecho privado”, Ed. AbeledoPerrot, Buenos Aires, 1989, p. 88, aunque, pese a que distingue entre demora y mora, destaca que el simple retardo también puede producir daños al acreedor que deben ser reparados.

(12) LACRUZ BERDEJO, José Luis, “Derecho de obligaciones”, Ed. Dykinson, Madrid, 1999, t. II, vol. I: “Parte general. Teoría general del contrato”, p. 180.

(13) ALTERINI, Atilio A. — AMEAL, Oscar J. — LÓPEZ CABANA, Roberto M., “Derecho de obligaciones”, 4ª ed., Ed. AbeledoPerrot, Buenos Aires, 2010, nro. 390, p. 180.

(14) BUSTAMANTE ALSINA, Jorge, “Teoría general de la responsabilidad civil”, 6ª ed., Ed. AbeledoPerrot, Buenos Aires, 1989, p. 97.

(15) PEIRANO FACIO, Jorge, “Estructura de la mora en el Código Civil (estudios jurídicos en memoria de José Irureta Goyena)”, Ed. FDCS, Montevideo, 1955, p. 484. Afirma que tanto el deudor interpelado como el que cae automáticamente en mora tienen derecho a cumplir tardíamente; la posibilidad de cumplir tardíamente es idea esencial a la mora, y por eso no tiene lugar en el incumplimiento definitivo; destaca que “si la intimación dirigida al deudor es una invitación a cumplir con su obligación, no se concibe que pueda tener sentido alguno si se dirige a un deudor que no está en condiciones de cumplir”.

(16) GAMARRA, Jorge, “Responsabilidad contractual”, ob. cit., t. I, p. 104.

### III.2. Presupuestos esenciales

Como recaudos previos a cualquier potencial configuración de una situación de morosidad, es menester la presencia de ciertos presupuestos, que deben evidenciarse con anterioridad a su configuración:

a) *Exigibilidad de la prestación debida*: para que pueda configurarse el estado de mora, es necesario que la obligación sea exigible. Ello sucede cuando, a partir del incumplimiento del débito, el acreedor se encuentra facultado para reclamar de manera compulsiva su cumplimiento específico (art. 730, incs. 1º, 2º y 3º, Cód. Civ. y Com.). No hay mora, de tal forma, si la obligación no es susceptible de ser reclamada judicialmente.

En forma concordante con el requisito de exigibilidad, algunos autores —en su mayoría extranjeros— exigen como presupuesto previo la *liquidez del crédito* (regla *in illiquidis non fit mora*): se afirma en tal sentido que si el obligado ignora lo que debe, no está en condiciones de poder cumplir, y por eso le resulta imposible realizar el pago, por lo cual cualquier atraso que se invoque en su contra no le será imputable (17). Por nuestra parte, estimamos que la iliquidez no es incompatible con la mora, puesto que la deuda ilíquida genera intereses moratorios: basta para ello con posicionarse por un instante en el supuesto de un crédito indemnizatorio a raíz de daños sufridos en ocasión de un hecho ilícito, en el cual el responsable estará en mora desde el mismo instante en que se configura el daño (que en el caso será automática) y deberá los intereses moratorios desde ese instante. Así lo dispone también el art. 1748, Cód. Civ. y Com., que establece: “*Curso de los intereses*. El curso de los intereses comienza desde que se produce cada perjuicio”. Queda claro, pues, que los intereses van a calcularse luego sobre la cantidad que resulte de la liquidación a efectuarse.

b) *Cooperación del acreedor*: para que el retraso pueda ser imputable (subjetiva u objetivamente) al deudor, es presupuesto indispensable que el acreedor realice los actos de cooperación necesarios para que aquel pueda cumplir. La falta de cooperación impide que pueda hablarse de mora, precisamente, por falta de uno de los presupuestos (falta de imputabilidad al deudor, que luego analizaremos).

---

(17) En este sentido: NATOLI, Ugo — BIGLIAZZI GERI, Lina, “*Mora accipiendi e mora debendi...*”, ob. cit., p. 242; BIANCA, Cesare, “Dell’inadempimento delle obbligazioni”, en SCIALOJA, Antonio — BRANCA, Giuseppe (a cura di), *Commentario del Codice Civile*, Ed. Zanichelli, Bologna — Roma, 1979, Libro Quarto: “Delle obbligazioni”, arts. 1218-1219, ps. 182 y ss.; VISINTINI, Giovanna, “Inadempimento e mora del debitore. Art. 1218-1222”, en SCHLESINGER, Pietro (fond.) — BUSNELLI, Francesco (dir.), *Il Codice Civile. Commentario*, 2ª ed., Ed. Giuffrè, Milano, 2006, ps. 437 y ss.

c) *Posibilidad y utilidad del cumplimiento tardío. La mora frente a las obligaciones de no hacer*: como hemos venido destacando a lo largo de este aporte, para la configuración de la mora se requiere que no nos encontremos ante un supuesto de incumplimiento absoluto y que exista la posibilidad fáctica y jurídica de que el deudor pueda cumplir aun tardíamente, en virtud de resultar previsible y todavía útil para satisfacer el interés del acreedor.

En virtud de esto, diremos que las disposiciones sobre la mora rigen exclusivamente para las obligaciones de dar y de hacer. Por ello, podemos afirmar, sin temor a equivocarnos, que no resulta de aplicación el instituto de la mora ni en las obligaciones sometidas a plazo esencial ni en las obligaciones de no hacer, ya que el contraventor debe los daños y perjuicios por el solo hecho de la contravención. En este mismo sentido, la mayoría de la doctrina sostiene que el retardo es incompatible con la obligación de no hacer, ya que cuando el acto que no debía hacer incurre automáticamente en incumplimiento definitivo, o sea, en una situación de cumplimiento consumada e irreversible (18).

No obstante esta afirmación, con la cual coincidimos, estimamos que puede existir algún resquicio para admitir la aplicación del instituto de la mora en ciertas obligaciones de no hacer, sobre todo cuando esta no es instantánea, sino continuada y permanente.

Para ello, como hemos referido en una obra de nuestra autoría sobre la materia (19), debemos recordar que las *obligaciones de no hacer* pueden ser:

a) *Obligaciones de abstención (in non facendo)*: son aquellas en las cuales la prestación que asume el deudor consiste en una conducta negativa, es decir, en la no realización de determinados actos materiales. El deudor debe abstenerse de realizar algo (v.gr., no construir un muro, no viajar a un lugar determinado, etc.).

b) *Obligaciones de tolerancia (in patiendo)*: son aquellas en las que el deudor se obliga a soportar o tolerar que otra persona realice una actividad determinada (v.gr., el locatario de un inmueble asume —en virtud

---

(18) GIORGIANNI, Michele, "L'inadempimento. Corso di diritto civile", Ed. Giuffrè, Milano, 1975, p. 88; NATOLI, Ugo — BIGLIAZZI GERI, Lina, "*Mora accipiendi e mora debendi...*", ob. cit., p. 225. Véase en el derecho argentino el profundo tratamiento que se le brinda a esta cuestión en MOISSET DE ESPANÉS, Luis, "Las obligaciones de no hacer y la mora", JA 1974-676, Secc. Doctrina; ídem, "Mora y resolución por incumplimiento", *Revista Notarial*, Ed. Colegio de Escribanos de Córdoba, 1997-1, nro. 73.

(19) CALVO COSTA, Carlos A., "Derecho de las obligaciones", 3ª ed., 1ª reimp., Ed. Hammurabi, Buenos Aires, 2019, p. 305.

del contrato de locación que ha suscripto— el deber de no impedir que un vecino pueda atravesar el inmueble que ocupa para poder acceder a la vía pública). Este tipo de obligación fue asimilada a la servidumbre, aunque esta última constituye un derecho real.

Asimismo, con relación a su duración y proyección en el tiempo, las obligaciones de no hacer se clasifican en:

a) Instantáneas: son aquellas en las cuales la prestación negativa se agota en un único instante (v.gr., una persona se compromete a no presentarse a una audiencia de oposición de antecedentes que se celebra un día determinado, por lo cual cumple con su obligación no asistiendo a ella).

b) Permanentes: son las que denotan cierta perdurabilidad a lo largo del tiempo, pudiendo clasificarse asimismo en: continuadas (aquellas en las que la prestación negativa se proyecta a lo largo de un tiempo determinado o indefinidamente, sin fraccionamiento alguno —v.gr., no viajar a determinado lugar durante el plazo de tres meses—); o periódicas o de tracto sucesivo (son las que contienen una prestación negativa que debe ser cumplida de modo fraccionado —v.gr., tolerar que una persona pueda alojarse en el inmueble dado en comodato durante una semana cada dos meses—).

Pues bien, de conformidad con la clasificación de las obligaciones de no hacer que hemos mencionado precedentemente, estimamos que pueden existir supuestos de aplicación de la mora en las obligaciones de no hacer, en virtud de los distintos efectos que ellas producen —en relación con el cumplimiento espontáneo y específico—, según se trate de una obligación de no hacer instantánea o permanente:

a) En las obligaciones de no hacer instantáneas, ante la realización del hecho que se debía omitir, el deudor incurre en incumplimiento absoluto y definitivo de la obligación.

b) En cambio, si el deudor incumple una obligación de no hacer permanente (ya sea periódica o continuada), la realización de los actos que no debió realizar puede no dar lugar a un incumplimiento absoluto y definitivo, *sino que puede ocasionar únicamente un supuesto de mora* (v.gr., si el deudor se había comprometido a suspender la realización de las obras de construcción de un inmueble determinado un día determinado y, sin perjuicio de ello, las continuó efectuando por varios días más, hasta que finalmente decidió cesar con ellas; en este caso, pues, el acreedor puede demandar por el cumplimiento tardío de la obligación los daños y perjuicios derivados del retardo en la obligación).

### III.3. Requisitos

Para que se configure la mora del deudor, deben concurrir los siguientes requisitos: a) el retardo en el cumplimiento; b) que dicho retardo sea imputable —subjetiva u objetivamente— al deudor; y c) la constitución en mora del deudor. No soslayamos, sin embargo, que algunos autores incorporan otros recaudos, como la necesidad de acreditar el daño sufrido por el acreedor y la demostración de la relación causal entre el incumplimiento y el daño ocasionado (20). Analizaremos cada uno de ellos.

a) El retardo o demora en el cumplimiento. No hay mora sin retardo, y el retardo presupone la exigibilidad de la obligación, o sea, que el acreedor pueda reclamar el cumplimiento (21); se ha definido al retardo como la inobservancia del tiempo de cumplimiento de la obligación, una violación de la modalidad temporal de la ejecución de la obligación (22), que consiste en no hacer efectiva la prestación en tiempo debido (23). Ello ocurre cuando el deudor no ha realizado el comportamiento debido en el tiempo en que la prestación debía ejecutarse, tal como fuera oportunamente convenido con el acreedor. No obstante, se trata de una situación transitoria, ya que la obligación todavía es susceptible de ser cumplida y apta aún para satisfacer el interés del acreedor. En este momento comienza la fase dinámica de la relación obligacional, en la cual, si el deudor no realiza la prestación debida, cuando ella todavía es posible (porque, si no lo es, el incumplimiento es definitivo), tiene lugar una situación provisoria de retardo, caracterizada por la incertidumbre, ya que no se sabe si el deudor cumplirá finalmente o no.

El retardo, por sí solo, carece de trascendencia jurídica sancionatoria (24), ya que el deudor no es todavía incumplidor; no lo hace incurrir

---

(20) BUSTAMANTE ALSINA, Jorge, "Teoría general de la responsabilidad civil", ob. cit., p. 98.

(21) GAMARRA, Jorge, "Responsabilidad contractual", ob. cit., t. I, p. 85.

(22) BIANCA, Cesare, "Dell'inadempimento delle obbligazioni", ob. cit., p. 22.

(23) COLMO, Alfredo, "De las obligaciones en general", 3ª ed., Ed. Guillermo Kraft, Buenos Aires, 1944, nro. 90, p. 70; LÓPEZ CABANA, Roberto, "La demora en el derecho privado", ob. cit., p. 87.

(24) En este mismo sentido, en el derecho argentino, véase: LLAMBÍAS, Jorge J., "Tratado de derecho civil. Obligaciones", 6ª ed. actualizada por Patricio Raffo Benegas, Ed. LexisNexis — AbeledoPerrot, 2005, t. I, nro. 102, ps. 115 y 116; LAFAILLE, Héctor, "Derecho civil. Tratado de las obligaciones", Ed. Ediar, Buenos Aires, 1947, t. I, nro. 160, p. 158; COMPAGNUCCI DE CASO, Rubén, "Comentario al art. 508", en BUERES, Alberto J. (dir.) — HIGHTON, Elena (coord.), *Código Civil y normas complementarias. Aná-*

en responsabilidad. Si bien el simple retardo es idóneo para producir importantes efectos por sí solo, desprovisto de toda connotación subjetiva —v.gr., a través del simple retraso el acreedor puede exigir el cumplimiento tardío de la prestación debida, oponer la excepción de incumplimiento contractual o la resolución del contrato por incumplimiento (prevista en el art. 1083, Cód. Civ. y Com.)—, estimamos que existe una diferencia sustancial entre ambos, ya que la mora requiere ser imputada subjetiva u objetivamente al deudor para provocar los efectos previstos por el ordenamiento jurídico.

En este sentido, afirma Gamarra que si el retardo es atraso en el cumplimiento de la obligación, hay retardo en un sentido muy amplio o laxo desde que la obligación es exigible hasta el momento en que el deudor realiza la prestación. Pero dentro del retardo deben distinguirse dos especies: 1) en la mora por interpelación, un período temporal que va desde la exigibilidad hasta la interpelación (que corresponde al plazo de tolerancia o prórroga tácita del plazo), al que denomina retardo en sentido impropio, porque no genera consecuencias sancionatorias; y 2) el período de atraso que corre desde la interpelación en la mora *ex persona*, o desde el vencimiento del plazo en la mora *ex re*, denominado retardo en sentido propio, porque coincide con el incumplimiento temporal (25).

En un sentido similar, una calificada doctrina española afirma que se debe distinguir el “no cumplimiento” del “incumplimiento”: a) en la mora por interpelación (aunque no en los supuestos de mora automática), la exigibilidad no coincide con el incumplimiento; la obligación deviene exigible, pero, aunque el deudor no la ejecute, no es incumplidor. Mientras el deudor dispone de discrecionalidad para elegir el momento de cumplir, existe “no cumplimiento”; b) ahora bien, cuando dicha discrecionalidad se acaba, si no cumple, hay incumplimiento o infracción obligacional: el paso del “no cumplimiento” al “incumplimiento” viene dado por la constitución en mora del deudor, que es la constatación jurídica de la actitud del deudor de no cumplir (26).

---

*lisis doctrinal y jurisprudencial*, 3ª reimp., Ed. Hammurabi, Buenos Aires, 2008, t. 2-A, p. 104. En cambio, entienden que la simple demora por sí sola puede producir daños al acreedor: LÓPEZ CABANA, Roberto, “La demora en el derecho privado”, ob. cit., p. 88; PADILLA, René, “Responsabilidad civil por mora”, Ed. Astrea, Buenos Aires, 1996, nro. 28, p. 53; PIZARRO, Ramón D. — VALLESPINOS, Carlos G., “Instituciones de derecho privado. Obligaciones”, Ed. Hammurabi, Buenos Aires, 1999, t. 2, p. 511.

(25) GAMARRA, Jorge, “Responsabilidad contractual”, ob. cit., p. 86.

(26) BADOSA COLL, Ferrán, “Comentario al art. 1100”, en *Comentario del Código Civil*, Ed. Ministerio de Justicia, Secretaría General Técnica, Centro de Publicaciones, Madrid, 1991, t. II, p. 33.



b) Imputabilidad del retardo al deudor. El retardo en el cumplimiento no basta para la configuración de la mora en el deudor, sino que debe existir además un factor de imputación de dicha demora hacia el deudor, que puede ser subjetivo (culpa o dolo) e, inclusive, objetivo (garantía, equidad, deber calificado de seguridad, etc.). La mora requiere, necesariamente, la presencia de un factor de atribución que califique el retardo material como moratorio y que permita atribuir axiológicamente las consecuencias que genera a una persona determinada. El retardo en el cumplimiento obligacional, en principio, hace presumir la imputabilidad, hasta que se alegue y pruebe lo contrario (27).

No han sido pocos los autores en nuestro país que han sostenido que la morosidad solamente puede ser imputable a título de culpa o de dolo del deudor (28). Estimamos, por nuestra parte, y al igual que lo hace una calificada doctrina (29), que los supuestos más frecuentes son los de mora objetiva, la que se configura sobre todo en las obligaciones de resultado o de fines, en donde el incumplimiento mismo de la prestación configura —*a priori*— el estado de mora del deudor (v.gr., si quien debe entregar una cosa al acreedor no lo efectúa), a menos que este acredite la imposibilidad de cumplimiento. En cambio, en las obligaciones de medios, la imputación hacia el deudor debe ser subjetiva, fundada en su culpa o dolo.

De tal modo, cuando la mora es subjetiva, deberá el deudor acreditar su ausencia de culpabilidad para demostrar que el retardo en el cumplimiento no le es imputable. En cambio, cuando la mora y la responsabilidad de ella son de naturaleza objetiva, la imputación se efectúa con abstracción de toda idea de culpabilidad y sobre la base de un parámetro objetivo de atribución (riesgo creado, garantía, equidad, deber calificado

---

(27) LÓPEZ MESA, Marcelo, “Derecho de las obligaciones”, Ed. BdeF, Montevideo — Buenos Aires, t. I, p. 446.

(28) En este sentido, entre otros: WAYAR, Ernesto, “Tratado de la mora”, Ed. Ábaco, Buenos Aires, 1981, ps. 111 y 331; PADILLA, René, “Responsabilidad civil por mora”, ob. cit., nro. 46, p. 99; BUSSO, Eduardo, “Código Civil anotado”, Ed. Ediar, Buenos Aires, 1949, t. III, p. 257.

(29) BUERES, Alberto J., “El incumplimiento de la obligación y la responsabilidad del deudor”, *Revista de Derecho Privado Comunitario*, nro. 17: “Responsabilidad contractual - I”, Ed. Rubinzal-Culzoni, Santa Fe, 1998, ps. 95 y ss.; ídem, “El pacto comisorio tácito y la mora del deudor”, LA LEY 1980-A-843. También PIZARRO, Ramón D. — VALLESPINOS, Carlos G., “Instituciones de derecho privado. Obligaciones”, ob. cit., t. 2, ps. 511 a 514, quienes sostienen que la mora, como especie de retardo jurídicamente calificado, presupone necesariamente la presencia de un factor de atribución objetivo en la mayoría de los casos, como ser el deber calificado de seguridad o el riesgo creado.

de seguridad, etc.), por lo cual la única eximente válida para que ella no sea imputable al deudor será la acreditación de una causa ajena: hecho del acreedor, hecho de un tercero por quien no deba responder, o el caso fortuito o fuerza mayor. Esta diferencia entre mora subjetiva y mora objetiva tendrá sideral importancia para el deudor a la hora de acreditar las eximentes para liberarse de responsabilidad: ello así, puesto que si la mora es subjetiva le bastará al deudor con demostrar su ausencia de culpabilidad para acreditar que el retraso no le es imputable; pero, en cambio, si la imputación de la mora es objetiva, solo podrá eximirse de sus efectos acreditando la existencia de una causa ajena (hecho o culpa del acreedor, hecho o culpa de un tercero por quien no deba responder, caso fortuito o fuerza mayor), lo cual equivale a demostrar la inexistencia de una relación causal entre el incumplimiento objetivo y el daño del acreedor.

Por ende, el deudor se eximirá de caer en estado de mora en cuanto demuestre que ella no resulta imputable a su persona, ni subjetiva ni objetivamente. Así lo dispone expresamente el art. 888 del Cód. Civ. y Com., en cuanto expresa: “Para eximirse de las consecuencias jurídicas derivadas de la mora, el deudor debe probar que no le es imputable, cualquiera sea el lugar de pago de la obligación”.

c) Constitución en mora. El deudor debe ser constituido en mora para que se produzcan los efectos previstos por el ordenamiento jurídico para este instituto. Dicha constitución en mora puede producirse por el mero transcurso del tiempo o bien mediante un requerimiento expreso por parte del acreedor.

Existen dos sistemas de constitución en mora:

a) Mora *ex re*. También llamada mora automática, se produce por el solo transcurso del tiempo, sin que sea necesario que el acreedor efectúe interpelación alguna al deudor. Esta concepción de la mora era concebida ya en el derecho romano, en donde la regla general era que la mora se configuraba por la sola fuerza de las cosas (mora *ex re*), como ocurría generalmente en los casos de obligaciones a plazo y de obligaciones nacidas de delitos, entre los supuestos más importantes, aunque también si el deudor se ausentaba sin dejar representante. Ello era aplicación de la regla *dies interpellat pro homine* (el día de vencimiento interpela por el hombre). Solo excepcionalmente en el derecho romano se requería entonces la constitución de la mora mediante el requerimiento previo de pago del acreedor (*interpellatio*) hacia el deudor (mora *ex persona*), aunque para los juristas romanos esta *interpellatio* no era un requisito imprescindible para que se produjera la mora, la que tenía más bien una importancia probatoria, sobre todo en casos dudosos (ello surgía del *Di-*

*gesto* y de las *Institutas* de Gayo). Si se trataba de la entrega de una cosa y no se hizo, la obligación se perpetuaba (*perpetuatio obligationis*); de tal modo, el deudor quedaba responsabilizado aun si la cosa hubiera perecido por caso fortuito.

b) *Mora ex persona*. Este sistema requiere de un acto previo del acreedor, llamado interpelación, para constituir en mora al deudor. Reconoce sus orígenes en el *Code* francés (art. 1139), que —apartándose del derecho romano— determinó la necesidad de que el acreedor requiera categóricamente el pago al deudor en forma previa para que este último quede en estado de mora. De tal modo, queda claro que, en este sistema, el simple paso del tiempo no constituye morosidad alguna en el deudor incumplidor. Se argumentaba a favor de este sistema que la ausencia de interpelación permitiría deducir que el acreedor no había sufrido daño alguno ante el incumplimiento y que, además, al existir un requerimiento previo, se le estaba brindando al deudor una última oportunidad para que cumpla, evitándose de tal modo los graves efectos que una mora automática provocaría.

Existen en el derecho comparado diversas tendencias en torno a la constitución en mora.

Así, podemos decir que se enrolan en un sistema de constitución en mora *ex persona*, al requerir interpelación previa al deudor: el Código Civil francés (art. 1139), el Código Civil español (art. 1100) y el Código Civil uruguayo (art. 1336), entre otros. Este sistema era el adoptado por el derogado art. 509 del Cód. Civil de Vélez Sarsfield y por los Anteproyectos de Reforma del Código Civil Argentino de Biliboni y de 1954.

También poseen como principio general un sistema de constitución en mora *ex persona*, aunque reconocen como excepción los supuestos de obligaciones a plazo —para las cuales rige la mora automática—: el Código Civil italiano (art. 1219), el BGB alemán (§ 284), el Código Suizo de las Obligaciones (art. 102) y el Código Civil portugués (art. 805), entre otros.

Finalmente, consagran actualmente un sistema de constitución en mora automática o *ex re*: el Código Civil chileno (art. 1551), el Código Civil colombiano (art. 1608), el Código Civil brasileño (art. 960), el Código Civil mexicano (arts. 2080 y 2104) y el actual Código Civil y Comercial argentino (arts. 886 y ss.). Estos ordenamientos jurídicos, no obstante este principio general, reconocen varias excepciones en las cuales es necesaria la interpelación previa al deudor para poder constituirlo en mora.

Como mencionamos, la interpelación como recaudo previo necesario en la mora *ex persona* es un acto por medio del cual el acreedor efec-

túa una exigencia de pago al deudor, y por tanto puede tener por sujeto activo al acreedor y, por pasivo, al deudor (30).

1. Caracteres. Se caracteriza porque: a) es un acto jurídico, ya que persigue una finalidad o consecuencia jurídica (cfr. art. 259, Cód. Civ. y Com.); b) es unilateral, puesto que depende únicamente de la voluntad del acreedor, prescindiéndose completamente del deudor, quien solo puede impedir su constitución en mora mediante el cumplimiento de la prestación debida; c) es recepticia, debido a que está destinada al deudor, quien debe notificarse del requerimiento del acreedor para poder ser constituido en mora; d) es no formal, ya que no está sometida ni a forma ni a solemnidad alguna, aunque se recomienda que sea efectuada por escrito, a los fines de facilitar su prueba (31); e) puede efectuarse judicial o extrajudicialmente, según sea realizada o no en el marco de un proceso judicial (la judicial resulta de la notificación de la demanda o reconvencción y de la intimación de pago en el proceso ejecutivo, aunque también puede resultar de un embargo preventivo o de cualquier otra intimación de pago efectuada en un proceso). La interpelación es eficaz aunque haya sido efectuada ante un juez incompetente o presente defectos formales (32), pues, pese a ello, es inequívoca la voluntad del acreedor para reclamar el pago.

2. Requisitos. Para resultar válida, la interpelación debe cumplir con ciertos recaudos, bajo apercibimiento de no tenerse al deudor por interpelado. Ellos son: a) debe contener un requerimiento categórico hacia el deudor, es decir, una exigencia de pago expresada en forma imperativa; b) dicho requerimiento también debe ser apropiado, ya que el pago exigido debe estar referido a la prestación incumplida por el deudor (en forma y tiempo oportunamente convenidos), dado que la interpelación no será válida si el acreedor requiere al deudor lo que este no debe o si, por ejemplo, le exige el cumplimiento de una prestación debida que aún no resulta exigible; c) la interpelación debe ser coercitiva, toda vez que el requerimiento del acreedor debe advertir de las consecuencias a que debe atenerse el deudor de persistir en su postura de incumplimiento; d) la prestación exigida debe ser de cumplimiento posible, toda vez que la exigencia de pago debe ser efectuada de modo razonable para que el deudor pueda fácticamente cumplir con la obligación oportunamente

---

(30) GAMARRA, Jorge, "Responsabilidad contractual", ob. cit., p. 169.

(31) Algunos autores admiten la posibilidad de que pueda ser efectuada aun verbalmente (COMPAGNUCCI DE CASO, Rubén, "Comentario al art. 508", ob. cit., p. 107).

(32) SALVAT, Raymundo, "Tratado de derecho civil argentino. Obligaciones en general", 6ª ed. actualizada por Enrique V. Galli, Ed. Tipográfica Editora Argentina, Buenos Aires, 1952, t. I, ps. 105 y 106.

asumida (v.gr., no se puede intimar al deudor a cumplir con la prestación en un plazo de 24 hs. cuando ello físicamente no resultaría posible, como ocurriría —por ejemplo— en el caso de tener el *solvens* que finalizar la construcción de un edificio al que todavía le faltan dos pisos); e) debe contener un requerimiento circunstanciado, es decir, indicar las circunstancias de tiempo y lugar en el cual debe el deudor efectuar el pago; f) debe existir cooperación del acreedor para posibilitar el cumplimiento por parte del deudor (v.gr., si se lo interpeló para que concurra a escriturar, queda claro que solo podrá el *solvens* dar cumplimiento a ello si es que el acreedor también concurre al acto); g) debe haber ausencia de incumplimiento por parte del acreedor en las relaciones bilaterales. Coincidimos con lo sostenido por una calificada doctrina, en cuanto a que quien interpela debe poner a disposición su prestación, porque si no el otro contratante podría negarse, ya que la prestación de uno es la causa de la prestación del otro (33); lo propio ocurriría también de requerirse alguna conducta o actividad del acreedor para poder perfeccionarse, ya que en tal caso debe ofrecer en la interpelación su colaboración.

No podemos soslayar que también nos encontraremos con determinados supuestos en los cuales la interpelación será innecesaria, por resultar estéril, pudiendo mencionar algunos casos:

- Si el deudor ha reconocido expresamente hallarse en mora, por lo cual la interpelación deviene innecesaria y la mora surtirá efectos desde el mismo instante en que se ha realizado el reconocimiento (arg. arts. 733 y ss., Cód. Civ. y Com.).

- Si el deudor expresa su voluntad de no cumplir con la obligación, constituyendo dicha situación, a nuestro entender, un supuesto de mora automática, por lo cual la interpelación resulta irrelevante.

- En los supuestos previstos por el art. 1088, inc. c), Cód. Civ. y Com., referidos a los casos de resolución por cláusula resolutoria implícita. Allí se establece: “La resolución por cláusula resolutoria implícita exige: (...) c) que el acreedor emplace al deudor, bajo apercibimiento expreso de la resolución total o parcial del contrato, a que cumpla en un plazo no menor de quince días, excepto que de los usos, o de la índole de la prestación, resulte la procedencia de uno menor. La resolución se produce de pleno derecho al vencimiento de dicho plazo. Dicho requerimiento no es necesario si ha vencido un plazo esencial para el cumplimiento, si la parte incumplidora ha manifestado su decisión de no cumplir, o si el cumplimiento resulta imposible. En tales casos, la resolución total o

---

(33) LÓPEZ MESA, Marcelo, “Derecho de las obligaciones”, ob. cit., t. I, p. 462.

parcial del contrato se produce cuando el acreedor la declara y la comunicación es recibida por la otra parte". En tales casos, estimamos, la interpelación resulta irrelevante e innecesaria, por resultar estéril.

#### IV. EL CÓDIGO CIVIL Y COMERCIAL Y EL PRINCIPIO DE LA MORA AUTOMÁTICA. SOLUCIONES Y ALGUNOS INTERROGANTES

a) Como se puede apreciar de la simple lectura del art. 886, el Código Civil y Comercial establece como regla general la mora automática (*ex re*), al disponer que la mora del deudor se configura por el solo transcurso del tiempo para su cumplimiento. Textualmente, dispone la norma: "*Mora del deudor. Principio. Mora automática. Mora del acreedor. La mora del deudor se produce por el solo transcurso del tiempo fijado para el cumplimiento de la obligación*". En virtud de ello, una vez operado el vencimiento de la obligación, el deudor quedará en estado de morosidad, sin que sea necesario requerimiento alguno por parte del acreedor para su constitución en mora.

Adviértase que solo en el texto del Código Civil originario redactado por Vélez Sarsfield este instituto poseía una regla general, pero en esa ocasión se había establecido un sistema de mora *ex persona* que requería, en la mayoría de los casos, la realización de una interpelación previa del acreedor al deudor. Esa regla general fue disuelta con la reforma introducida por la ley 17.711, la cual, si bien establecía distintos tipos de mora para las diferentes clases de obligaciones, no fijaba ninguna regla general.

En cambio, en el actual Código Civil y Comercial se vuelve a establecer una regla general, pero centrada en la mora automática o *ex re*, lo cual brinda mayor agilidad a las operaciones comerciales y aporta su contribución a la dinámica propia que exige el tráfico comercial en el siglo XXI.

¿Cómo y cuándo se produce la mora automática?

El principio general establecido en el art. 886, Cód. Civ. y Com., es muy claro: ella opera en todo supuesto obligacional que no esté encuadrado dentro de alguna de las excepciones antes indicadas.

Primordialmente, operará en todas aquellas obligaciones de exigibilidad inmediata (puras y simples), que son aquellas que deben ser cumplidas en el momento de su nacimiento.

De tal modo, el Código Civil y Comercial ha puesto punto final a una añeja polémica gestada en derredor del texto del art. 509 del Código an-

terior, reformado por la ley 17.711, en torno a la mora del deudor en las obligaciones de exigibilidad inmediata.

Ello así puesto que se distinguía entre exigibilidad y mora, afirmándose que la primera es presupuesto de la segunda; para que el acreedor pueda obtener la ejecución forzada de una obligación basta con que ella sea *exigible*; en cambio, para que el deudor pueda ser considerado en mora, se requiere además que exista un retardo imputable a él (34). Y, respecto de ello, ocurría que mientras en las obligaciones a plazo cierto el incumplimiento provocaba la presunción de imputabilidad en el retardo, no existía una norma que estableciera un criterio general para las obligaciones puras y simples (35), tal como había sido redactado el art. 509 luego de la reforma de la ley 17.711. Sin embargo, la mayoría de la doctrina nacional señalaba que las obligaciones puras y simples eran exigibles desde su nacimiento, y que si el deudor no las cumplía en ese instante era porque el acreedor, tácitamente, le estaba otorgando un plazo. Debía, de tal modo, interpellarlo para constituirlo en mora (36). En contra de ello, una calificada doctrina sostenía que esas posturas estaban aferradas a preconceptos, y que el más grave de todos era considerar que la mora automática es incompatible con las obligaciones de exigibilidad inmediata (37), lo cual es un error.

Por nuestra parte, con anterioridad a la sanción del Código Civil y Comercial, entendíamos que exigirle al acreedor una interpelación previa al deudor para constituirlo en mora en una obligación pura y simple resultaba ser un exceso, ya que cuando el *solvens* asume una obligación

---

(34) MOISSET DE ESPANÉS, Luis, "La mora y la reforma al art. 509 del Código Civil argentino", JA 1968-V-708.

(35) KEMELMAJER DE CARLUCCI, Aída, "Comentario al art. 509", en BELLUSCIO, Augusto (dir.) — ZANNONI, Eduardo (coord.), *Código Civil y leyes complementarias*, Ed. Astrea, Buenos Aires, 1979, t. 2, p. 596.

(36) Entre otros, véanse: KEMELMAJER DE CARLUCCI, Aída, "La mora en las obligaciones puras y simples", LA LEY 1976-A-408; RAMELLA, Anteo, "La mora: doctrina en torno al art. 509 del Código Civil", LA LEY 140-1040. En contra, PIZARRO, Ramón D. — VALLESPINOS, Carlos G., "Instituciones de derecho privado. Obligaciones", ob. cit., t. 2, p. 542, quienes expresan que el presumir que el acreedor ha consentido esa situación lleva a una solución doblemente injusta: por un lado, el acreedor debe soportar que el deudor no cumpla y, por otro, además, que se presuma que él ha otorgado un plazo tácito de cumplimiento; y agregan que lo dicho asume mayor relieve si se tiene en cuenta que, como corolario de ese equivocado razonamiento, se termina imponiendo al acreedor una nueva carga ulterior: interpellar al deudor para constituirlo en mora.

(37) PIZARRO, Ramón D. — VALLESPINOS, Carlos G., "Instituciones de derecho privado. Obligaciones", ob. cit., t. 2, p. 545.

pura y simple debe adoptar todos los medios necesarios que le permitan cumplir en ese instante, sin posibilidad de ampararse en una falta de requerimiento para evitar la configuración del estado de mora; y, además, nos resultaba contradictorio el que se aplicara en materia de hechos ilícitos, en donde la mora en la obligación de resarcir (que es de exigibilidad inmediata) operaba automáticamente desde el mismo momento de producción del daño.

El Código Civil y Comercial ha logrado despejar toda duda al respecto, y consagra de manera expresa el criterio de la mora automática para las obligaciones puras y simples, como surge claramente de lo dispuesto en el art. 871: "*Tiempo del pago*. El pago debe hacerse: a) si la obligación es de exigibilidad inmediata, en el momento de su nacimiento; b) si hay un plazo determinado, cierto o incierto, el día de su vencimiento; c) si el plazo es tácito, en el tiempo en que, según la naturaleza y circunstancias de la obligación, debe cumplirse; d) si el plazo es indeterminado, en el tiempo que fije el juez, a solicitud de cualquiera de las partes, mediante el procedimiento más breve que prevea la ley local". De tal modo, la mora se produce automáticamente por el solo transcurso del tiempo fijado para su cumplimiento, que no es otro que "el momento de su nacimiento" [inc. a)], por lo cual si el deudor no cumple en ese momento queda automáticamente comprendido en estado de morosidad.

Asimismo, en las *obligaciones sujetas a plazo determinado cierto o incierto*, el inc. b) dispone que si hay un plazo determinado cierto o incierto, el pago debe hacerse "el día de su vencimiento", por lo cual la mora opera automáticamente "por el solo transcurso del tiempo fijado para su cumplimiento", el que puede ser establecido por las partes, por la ley o por el juez, según el caso.

Sin embargo, pese a la claridad emanada del texto legal, estimamos que debe ser apreciada con cierta flexibilidad la cuestión del ingreso en estado de mora del deudor de manera automática cuando estaba obligado al cumplimiento en una obligación de plazo *incierto*. Ello así, puesto que, como lo ha puesto en evidencia una calificada doctrina, puede ocurrir que el deudor ignore la ocurrencia del hecho que tornaba a la relación jurídica como de plazo incierto y, por lo tanto, la buena fe impondría al acreedor comunicarle tal circunstancia a fin de que cumpla, de conformidad con el principio de la buena fe (38). Como ejemplo de ello, puede ocurrir que una compañía de seguros ignore que la persona que contrató el seguro de vida falleció, por lo cual sería acorde a los

---

(38) Véase ALTERINI, Atilio A. — AMEAL, Oscar J. — LÓPEZ CABANA, Roberto M., "Derecho de obligaciones", ob. cit., nro. 402, p. 184.



principios de buena fe tener que comunicarle este hecho para que tome conocimiento de que su prestación se ha tornado exigible. Se trataría de una simple comunicación, y no de una interpelación en sentido estricto, por lo que no estaría sujeta a ninguna de las formalidades anteriormente estudiadas. Esa construcción fue aceptada por algunos proyectos de reforma al derecho privado argentino (así, por ejemplo, Proyecto de 1983, art. 509).

No obstante, de admitirse esta postura, también se generaría el interrogante con relación a cuándo se debe considerar que el deudor está en mora, aunque compartimos la opinión de Pizarro en cuanto a que estará en mora a partir del momento mismo en que la comunicación llegue al domicilio del deudor, con independencia de que este tome efectivo conocimiento de ella, y que, en tal caso, no se debería otorgar plazo alguno para que el deudor cumpla, operando la mora desde entonces (39).

Un interrogante que se plantea, a la luz de la actual redacción del Código Civil y Comercial, es qué sucede con la constitución en mora en aquellas obligaciones en las cuales el acreedor es quien debe presentarse en un domicilio diferente al suyo para percibir la prestación: son las llamadas obligaciones de recogida u —en el derecho francés— obligaciones *quérables*. Ellas se diferencian de las obligaciones portables en que exigen del deudor que sea quien lleve a cabo el transporte o el desplazamiento de la prestación, cargue con los costos y los riesgos de ello y la cumpla en el domicilio del acreedor.

No podemos soslayar tampoco que, sin perjuicio de que en la gran mayoría de los casos son las partes de una obligación quienes establecen el domicilio de pago, en ejercicio de la autonomía de la voluntad, es el art. 874, Cód. Civ. y Com., el que dispone: "*Lugar de pago no designado*. Si nada se ha indicado, el lugar de pago es el domicilio del deudor al tiempo del nacimiento de la obligación. Si el deudor se muda, el acreedor tiene derecho a exigir el pago en el domicilio actual o en el anterior. Igual opción corresponde al deudor, cuando el lugar de pago sea el domicilio del acreedor. Esta regla no se aplica a las obligaciones: a) de dar cosa cierta; en este caso, el lugar de pago es donde la cosa se encuentra habitualmente; b) de obligaciones bilaterales de cumplimiento simultáneo; en este supuesto, lugar de pago es donde debe cumplirse la prestación principal".

---

(39) PIZARRO, Ramón D., "La mora del deudor en el Código Civil y Comercial", LA LEY 2016-B-758; LL AR/DOC/532/2016.

La doctrina nacional ha manifestado su preocupación con relación a la aplicación de la mora automática en las obligaciones de recogida, ya que el hecho de que al deudor pueda constituirse en mora automáticamente cuando era el acreedor quien debía ir a cobrarle a su domicilio (lo cual constituye una ventaja para el *solvens*), solamente mediante el paso del tiempo y sin que se acredite que el acreedor pasó a cobrar aquello que el deudor le debía, “implica dejar en manos del acreedor la suerte del deudor y cargar sobre él crecidas deudas por intereses, que el deudor pudo no saber que habían empezado a correr” (40). En este sentido, algunos autores han manifestado que ningún deudor incurrirá en mora si la obligación debía cumplirse en el domicilio del deudor y el acreedor no prueba haber concurrido a recibir el pago (41).

La Corte de Casación francesa ha establecido la regla, en materia de obligaciones *quérables* o de recogida, de que el acreedor no puede válidamente colocar en estado de mora al deudor más que después de haber vanamente reclamado el pago de la deuda en el domicilio de este (42).

Sin embargo, la cuestión no está del todo clara en nuestro país. ¿Cuándo se constituye en mora ante una obligación de este tipo?

La Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil ha resuelto el 21/03/1980: “En el caso de que la obligación deba pagarse en el domicilio del deudor y la mora fuera de constitución automática, para eximirse de ella el deudor debe acreditar que el acreedor no compareció al efecto” (43). Desde nuestro punto de vista, nos resulta al menos preocupante este criterio, porque se le estaría imponiendo al deudor la carga de probar un hecho negativo: que el acreedor no concurrió a percibir el crédito, lo cual la transforma en una prueba diabólica.

En cambio, la Suprema Corte de Buenos Aires ha fallado años más tarde en sentido contrario, al disponer que cuando el domicilio de pago es el del deudor, se requiere la efectiva colaboración del acreedor para que se pueda efectivizar la obligación, caso en que la mora del art. 509 del Cód. Civil no se produce de pleno derecho, pues es necesario que el acreedor demuestre que ha concurrido al domicilio de pago con inten-

---

(40) LÓPEZ MESA, Marcelo, “Derecho de las obligaciones”, ob. cit., t. I, p. 258.

(41) BORDA, Guillermo, “Tratado de derecho civil. Obligaciones”, 10ª ed., Ed. La Ley, Buenos Aires, 2012, t. I, p. 79.

(42) Corte de Casación francesa, 3ª Sala Civ., 23/10/1979, *Bulletin Civil*, III, nro. 183.

(43) CNCiv., en pleno, 21/03/1980, “Caja de Jubilaciones, Subsidios y Pensiones del Banco de la Provincia de Buenos Aires c. Ruiz, Juan Carlos y otra”, LA LEY 1980-B-123; LL AR/JUR/3326/1980.

ción de recibirlo y así dar por cumplida la obligación que emergía del contrato (44).

Pues bien, el Código Civil y Comercial no se expide sobre esta cuestión. Sin embargo, si nos guiamos por lo dispuesto en el art. 888, que hemos transcrito precedentemente, es indudable que la carga probatoria la tiene el deudor.

Con relación a la mora automática establecida en el Código Civil y Comercial, como toda regla general reconoce excepciones —enunciadas en el art. 887—, en virtud de las cuales la mora automática no regirá en las siguientes obligaciones: “a) sujetas a plazo tácito; si el plazo no está expresamente determinado, pero resulta tácitamente de la naturaleza y circunstancias de la obligación, en la fecha que conforme a los usos y a la buena fe, debe cumplirse;

”b) sujetas a plazo indeterminado propiamente dicho; si no hay plazo, el juez a pedido de parte, lo debe fijar mediante el procedimiento más breve que prevea la ley local, a menos que el acreedor opte por acumular las acciones de fijación de plazo y de cumplimiento, en cuyo caso el deudor queda constituido en mora en la fecha indicada por la sentencia para el cumplimiento de la obligación.

”En caso de duda respecto a si el plazo es tácito o indeterminado propiamente dicho, se considera que es tácito”.

b) En cuanto a los *efectos de la mora del deudor*, es importante destacar que esta es configurativa del incumplimiento relativo de la obligación imputable al deudor, por lo cual a partir de él se producen una serie de efectos y consecuencias que deberá asumir el moroso. Los principales son:

1. *Se produce la apertura de las acciones de responsabilidad contra el deudor*, ya que este debe indemnizar al acreedor por los daños e intereses moratorios. Ello emana claramente de lo dispuesto en el art. 758 del Cód. Civ. y Com., en cuanto dispone: “El acreedor de buena fe que resulta frustrado en su derecho, conserva su acción contra el deudor para reclamar los daños y perjuicios sufridos”, la que también comprende la reparación del daño causado por la mora, como lo veremos en el punto siguiente. No obstante, el *accipiens* puede, a su libre elección, intentar la ejecución forzada o la ejecución por otro de la obligación. Si no obtiene el cumplimiento forzado, tendrá derecho a acumular la indemnización por los daños ocasionados por la mora al equivalente pecuniario de la pres-

---

(44) SCBA, 31/03/1998, “Zajsek, María Marta c. Pollaroli, Ethel Ángela s/ cumplimiento de contrato”, Ac. 53.421, SAIJ FA98010257.

tación (*id quod interest* —art. 730, inc. 3º, Cód. Civ. y Com.—) con más la indemnización de los mayores daños provocados por el incumplimiento total de la obligación (45).

2. *La indemnización del daño moratorio.* Mencionamos precedentemente que ante la constitución en mora el deudor queda constreñido al pago del daño ocasionado por su morosidad, en los términos del art. 1747 del Cód. Civ. y Com.: “El resarcimiento del daño moratorio es acumulable al del daño compensatorio o al valor de la prestación y, en su caso, a la cláusula penal compensatoria, sin perjuicio de la facultad morigeradora del juez cuando esa acumulación resulte abusiva”.

3. *Traslación de los riesgos.* La mora traslada los riesgos del contrato, que se fijan definitivamente en la cuenta del incumplidor (46); en las obligaciones de dar, queda claro que los riesgos y los peligros que puede sufrir la cosa que debe entregarse serán soportados por el deudor moroso, quien, a partir de su ingreso en el terreno de la mora, quedará inhabilitado para invocar la fuerza mayor o el caso fortuito para excusar su incumplimiento. Esto se encuentra dispuesto en el art. 1733, inc. c), del Cód. Civ. y Com.: “Aunque ocurra el caso fortuito o la imposibilidad de cumplimiento, el deudor es responsable en los siguientes casos: (...) c) si está en mora, a no ser que esta sea indiferente para la producción del caso fortuito o de la imposibilidad de cumplimiento”.

4. *El acreedor puede solicitar la resolución del contrato.* Así surge de los arts. 1083 a 1088 del Cód. Civ. y Com., que disponen que en los contratos con prestaciones recíprocas se entiende implícita la facultad de resolver las obligaciones emergentes de ellos en caso de que uno de los contratantes no cumpliera su compromiso.

5. *Imposibilidad de invocar la teoría de la imprevisión.* Así lo dispone expresamente el art. 1091 del Cód. Civ. y Com., al determinar: “Si en un contrato conmutativo de ejecución diferida o permanente, la prestación a cargo de una de las partes se torna excesivamente onerosa, por una alteración extraordinaria de las circunstancias existentes al tiempo de su celebración, sobrevinida por causas ajenas a las partes y al riesgo asumido por la que es afectada, esta tiene derecho a plantear extrajudicialmente, o pedir ante un juez, por acción o como excepción, la resolución total o parcial del contrato, o su adecuación”. Por ende, claro está, no procederá su invocación cuando el perjudicado se encontrase en mora al

---

(45) BUSTAMANTE ALSINA, Jorge, “Teoría general de la responsabilidad civil”, ob. cit., p. 113.

(46) LÓPEZ MESA, Marcelo, “Derecho de las obligaciones”, ob. cit., t. I, p. 471.

momento de producirse dicha alteración extraordinaria que menciona la norma, ya que no se daría el requisito de la ajenidad de las circunstancias mencionadas en el artículo citado.

6. *Cláusula penal.* La mora se erige en un presupuesto esencial para que proceda la cláusula penal, tal como dispone el art. 792 del Cód. Civ. y Com.: “El deudor que no cumple la obligación en el tiempo convenido debe la pena, si no prueba la causa extraña que suprime la relación causal. La eximente del caso fortuito debe ser interpretada y aplicada restrictivamente”. Asimismo, agrega el art. 793 del Cód. Civ. y Com.: “La pena o multa impuesta en la obligación suple la indemnización de los daños cuando el deudor se constituyó en mora; y el acreedor no tiene derecho a otra indemnización, aunque pruebe que la pena no es reparación suficiente”.

c) Finalmente, en cuanto a su cesación, *la situación de mora del deudor se extingue:*

- *Por el pago efectuado por el deudor o por su consignación.* El pago íntegro del deudor pone fin a su estado de mora y, por ende, a los efectos derivados de ella. Constituye un principio en la materia que el deudor moroso tiene derecho a pagar y, ante la negativa del deudor a recibir el pago, a consignarlo judicialmente (cfr. arts. 904 y ss., Cód. Civ. y Com.). Sin embargo, el pago debe ser total, comprensivo no solo de la prestación adeudada, sino también de los intereses moratorios (si se trata, por ejemplo, de una deuda dineraria). En caso de que se efectúe el pago por consignación, este también deberá comprender el importe de los daños ocasionados por la mora. Este derecho de pagar del deudor para poner fin a su estado de mora no es viable cuando ya ha operado la resolución contractual (puesto que estaríamos ante un supuesto de incumplimiento y no de mora), o bien cuando se trata de obligaciones sometidas a plazo esencial.

- *Por la renuncia del acreedor a hacer valer los efectos de la mora.* Esto es una facultad del deudor, aunque debemos destacar que la renuncia —si bien puede ser expresa o tácita (v.gr., si el *accipiens* le confiere al deudor un nuevo plazo para que cumpla)— debe ser inequívoca y apreciada con criterio restrictivo, por lo cual no pueden hacerse interpretaciones extensivas o análogas a situaciones no previstas en ella. Este derecho de renuncia del acreedor solo cede ante prohibiciones legales expresas (v.gr., art. 50, ley 17.418 de Seguros).

- *Ante la configuración de la imposibilidad de cumplimiento.* Cuando la prestación deviene imposible de forma temporaria o definitiva con

posterioridad a la constitución del estado de mora (cfr. arts. 955 y 956, Cód. Civ. y Com.), la mora del deudor se transforma en incumplimiento total y definitivo; no obstante ello, el deudor incumplidor seguirá adeudando al acreedor (además del contravalor dinerario de la prestación o *id quod interest*) el daño moratorio que su mora ha ocasionado hasta el momento en que la obligación se transformó en una de imposible cumplimiento.

# EL CONSENTIMIENTO DEL DAMNIFICADO COMO EXIMENTE DE RESPONSABILIDAD (ANÁLISIS DEL ART. 1720 DEL CÓDIGO CIVIL Y COMERCIAL)

POR JOSÉ FERNANDO MÁRQUEZ

## **I. INTRODUCCIÓN. LOS ALCANCES DE ESTE TRABAJO**

Nos proponemos analizar los términos y alcances de la regla inserta en el art. 1720 del Cód. Civ. y Com., que introduce como causal de eximición de responsabilidad al consentimiento del damnificado.

La norma incluida por el Código de 2015 es novedosa, pues el Código de 1871 no tenía una similar, y genera no pocas dudas sobre los ámbitos de aplicación y las condiciones de aplicación de las cláusulas mediante las cuales el damnificado acepta ser dañado.

Estas circunstancias nos incitan a indagar sobre la figura.

## **II. LA PARTICIPACIÓN DEL DAMNIFICADO EN LA PRODUCCIÓN DE SU PROPIO DAÑO**

Creemos pertinente realizar un repaso de diversas situaciones en las que el damnificado participa (1) en la producción de su propio daño y sus consecuencias (2), a fin de deslindar el instituto en análisis de otros

---

(1) Tomamos la noción de “participación del damnificado” en un sentido amplio, como cualquier modo en el que incide en la producción de su daño, lo acepta o renuncia, total o parcialmente, a su reclamo.

(2) Las categorías propuestas tienen fines didácticos, a fines de mostrar las distintas consecuencias que se generan en cada caso. Somos conscientes de que pueden ser

en los que visualizamos que la conducta del damnificado incide en la atribución de responsabilidad.

### **II.1. Cláusulas de atribución o liberación de responsabilidad o disminución de la indemnización**

El art. 1743, Cód. Civ. y Com., bajo el acápite “Dispensa anticipada de la responsabilidad”, en su primer párrafo, fulmina con la sanción de nulidad a “las cláusulas que eximen o limitan la obligación de indemnizar cuando afectan derechos indisponibles, atentan contra la buena fe, las buenas costumbres o leyes imperativas, o son abusivas”.

La manda es genérica, ya que las nociones de eximición y limitación de responsabilidad pueden comprender tanto supuestos específicos no regulados en otras normas —cláusulas que liberan al deudor por sus hechos culposos, cláusulas de asunción del caso fortuito por el deudor o pactos de limitación cuantitativa de la responsabilidad— como la cláusula de consentimiento del damnificado, motivo de nuestro estudio y reglada en el art. 1720.

Así lo entienden, por ejemplo, Picasso y Sáenz, quienes propugnan una interpretación integrada del art. 1720 con el art. 1743, primera parte (3). Volveremos sobre el punto adelante.

Si las partes han pactado que el deudor no responderá por hechos culposos, o que el deudor asume las consecuencias por el incumplimiento por caso fortuito, lo convenido incide sobre las reglas del factor de atribución y de la causalidad, desviando las consecuencias naturales de su regulación (arts. 1721, 1722, 1733 y 1734, Cód. Civ. y Com.).

La norma también prevé que los pactos pueden limitar la cuantía de la responsabilidad (por ejemplo, pactando una cláusula penal o determinando que el deudor solo asumirá un porcentaje del daño que sufra el acreedor). En este caso, la cláusula incidirá sobre el elemento daño, apartándose del régimen legal de imputación de consecuencias (art. 1740 y 1741, Cód. Civ. y Com.).

Los límites impuestos para admitir la validez de estas cláusulas son, a veces, difusos, pues se refieren a nociones abiertas: no deben afectar derechos indisponibles, ni atentar contra la buena fe, las buenas costum-

---

ampliadas o reducidas.

(3) PICASSO, Sebastián — SÁENZ, Luis R., “Tratado de derecho de daños”, Ed. La Ley, Buenos Aires, 2019, t. I, p. 313.



bres o leyes imperativas, o ser abusivas. Varios aparecen también como limitaciones a la posibilidad de que el damnificado acepte ser dañado (art. 1720, Cód. Civ. y Com.): naturaleza de los derechos sobre los que pacta y no abusividad de las cláusulas; nos referiremos a ellos al analizar esa norma.

Otros límites a la validez de estas cláusulas, como la referencia a que no se violen los estándares generales de conducta de la buena fe y las buenas costumbres, o reglas imperativas, no son nombrados en el art. 1720; de allí que quienes propugnan su interpretación integrada con el art. 1743 extienden su aplicación.

En su segundo párrafo, el art. 1743, ya de manera específica, fulmina los pactos que liberen de responsabilidad al deudor por actos causados dolosamente, personalmente o por personas por quienes deba responder, reproduciendo la solución del art. 507 del Código de 1871.

Estas cláusulas no son válidas, nunca, en situaciones regidas por el derecho del consumo, pues el literal a) del art. 37, LDC, así lo impone.

## II.2. Hecho del damnificado

La intervención del damnificado como factor causal de su daño está prevista en el art. 1729. El Código Civil de 1871 lo preveía en el art. 1111, con un criterio más restrictivo que la norma en vigencia, pues se refería al hecho culposo de la víctima; hoy basta con que el hecho sea considerado materialmente causa, aunque el hecho sea involuntario, pues se trata de la causación material del daño por el propio damnificado (4). Se trata de aquellos supuestos en que se considera que el hecho del propio damnificado ha causado, total o parcialmente, el resultado dañoso.

## II.3. Asunción de riesgos

La asunción de riesgos nunca estuvo prevista en la legislación argentina.

---

(4) SÁENZ, Luis, "Comentario al artículo 1729", en CALVO COSTA, Carlos A., *Código Civil y Comercial. Concordado, comentado y comparado con los Códigos Civil de Vélez Sarsfield y de Comercio*, Ed. La Ley, Buenos Aires, 2015, t. II, p. 710.

La doctrina fue la encargada de caracterizarla (5). Solo liminarmente, y a fin de compararla con la figura en estudio, recordemos algunas conceptualizaciones de la figura.

Zavala de González (6) enseña: “La aceptación de riesgos, como factor que permite atribuir el daño a la propia víctima, se configura cuando una persona asume un peligro anormal o extraordinario y esta conducta es idónea para dañarla”. Pizarro y Vallespinos expresan que, en esta situación, “la víctima, consciente o inconscientemente, asume las posibles consecuencias dañosas futuras de un hecho determinado...” (7). Galdós (8) enseña que con “la denominación asunción de riesgos se alude a los casos en que una persona, teniendo conocimiento de los peligros que involucra una determinada actividad —o que se desprenden de la utilización de una cosa— decide llevarla a cabo exponiéndose a la eventualidad de sufrir daños”, y que el “daño aparece ligado a una conducta de la víctima que lo sufre cuando se coloca de forma consciente frente a un peligro típico o específico sin estar obligado a hacerlo”.

Creemos necesario deslindar qué es lo que caracteriza a la asunción del riesgo, para determinar, entonces, cuáles son las situaciones alcanzadas por la regla inscripta en el art. 1719 del Cód. Civ. y Com., que determina: “La exposición voluntaria por parte de la víctima a una situación de peligro no justifica el hecho dañoso ni exime de responsabilidad a menos que, por las circunstancias del caso, ella pueda calificarse como un hecho del damnificado que interrumpe total o parcialmente el nexo causal”, y cómo se articula con el instituto del consentimiento del damnificado.

Una buena referencia para esa tarea nos la da la propia norma, que se refiere a “la exposición voluntaria de la víctima a una situación de peligro”.

---

(5) V. CALVO COSTA, Carlos, “Asunción de riesgos y consentimiento del damnificado. Parecidos, pero diferentes”, LLAR/DOC/2913/2014; PITA, Enrique, “La asunción de riesgos. Su tratamiento en el Código Civil y Comercial”, JA 2015-II-1105; PREVOT, Juan — MAYO, Jorge, “La idea de aceptación de riesgos en materia de responsabilidad civil”, LA LEY 2009-E-992.

(6) ZAVALA DE GONZÁLEZ, Matilde, “Resarcimiento de daños. Presupuestos y funciones del derecho de daños”, Ed. Hammurabi, Buenos Aires, 1999, t. IV, p. 287.

(7) PIZARRO, Ramón D. — VALLESPINOS, Carlos G., “Instituciones de derecho privado. Obligaciones”, Ed. Hammurabi, Buenos Aires, 1999, t. III, p. 115.

(8) GALDÓS, Jorge M., “La responsabilidad civil”, Ed. Rubinzal-Culzoni, Santa Fe, 2021, t. I, p. 593.

Estamos convencidos de que en una situación de asunción del riesgo la víctima no consiente que se le cause un daño que es cierto al momento de exponerse a la situación de peligro, sino que se aventura en una situación de peligro (a la que ha sido ajena) (9) en la que el daño que puede sufrir es aún incierto. Esto es, no hay un consentimiento a ser dañado, sino una admisión de que existe un riesgo de serlo. Volveremos adelante sobre la distinción.

En la doctrina hubo opiniones que aceptaron la asunción de riesgos como una causal autónoma de eximición de responsabilidad, sea considerándola una causa de justificación de la conducta del sindicado como responsable (10) o como un hecho causal del propio damnificado.

Otra parte de la doctrina se pronunció en contra de la posibilidad de invocar la asunción del riesgo del damnificado como causal de eximición, requiriendo siempre que dicha conducta pueda ser encuadrada como hecho de la víctima, bajo las condiciones de esta causal de eximición a nivel causal, para ser eximente (11).

El Código Civil y Comercial receptó esta última posición, determinando, como lo recordamos, que la exposición a una situación riesgosa por parte de la víctima no exime de responsabilidad a quien creó el riesgo, salvo que la conducta del ahora damnificado (pues el riesgo se debe haber actualizado y el daño producido para que haya eximición) pueda ser considerada como hecho con incidencia causal, total o parcial, en la producción del daño. Nuevamente recurrimos a Galdós: “aun cuando la víctima haya aceptado el peligro genérico de la actividad, corresponde indagar si su conducta (o su omisión) tuvieron incidencia causal en la producción del daño, y solo en esos casos cabrá la exoneración de responsabilidad”, y da un ejemplo claro: “viajar en un automotor —cosa riesgosa por excelencia— no configura una aceptación de ries-

---

(9) Si interviene en la producción del daño estaremos en presencia del hecho del damnificado, con eficacia causal.

(10) Se utilizó para deslindar la responsabilidad por lesiones deportivas (tratamos el tema en MÁRQUEZ, José F. — CALDERÓN, Maximiliano, “Lesiones en el fútbol”, LL AR/DOC/5925/2010, y “Daños sufridos por el deportista profesional”, *Revista de Derecho de Daños*, 2010-2, Ed. Rubinzal-Culzoni, Santa Fe, p. 105), por daños causados por el tabaco (MÁRQUEZ, José F., “La responsabilidad por daños producidos por el tabaco. Dudas y propuestas”, LL 0003/011595) o por daños sufridos en supuestos de transporte benévolo.

(11) Fue la conclusión de la Comisión de Responsabilidad Civil de las XII Jornadas Nacionales de Derecho Civil, Córdoba, Argentina, 2009, que se expidió por que “la asunción de riesgos no se erige en una causal autónoma de eximición de responsabilidad”.

gos que exima de responsabilidad al conductor, al dueño o al guardián, siempre que se trate de aceptar el riesgo normal de cualquier viaje en automotor. Ello no es así cuando el transportado acepta un riesgo extraordinario —por ejemplo, ser transportado por quien manifiestamente se encuentra en estado de ebriedad— o él mismo introduce un riesgo anormal —como bajar del vehículo en movimiento—”.

### III. EL CONSENTIMIENTO DEL DAMNIFICADO A SER DAÑADO

#### III.1. La norma

Un supuesto diferente a los estudiados se presenta cuando el damnificado presta su conformidad para sufrir un daño que, con certeza, se producirá. El damnificado ya no se encuentra frente a un peligro de sufrir un daño, sino que conoce el daño que sufrirá y, no obstante, y bajo ciertas condiciones, acepta sufrirlo.

La hipótesis es regulada por el Código Civil y Comercial en el art. 1720, que expresa: “*Consentimiento del damnificado*. Sin perjuicio de disposiciones especiales, el consentimiento libre e informado del damnificado, en la medida en que no constituya una cláusula abusiva, libera de la responsabilidad por los daños derivados de la lesión de bienes disponibles”.

Ya recordamos que el Código de 1871 no contenía una disposición similar, sin perjuicio de lo cual se había edificado una doctrina sobre el tema, paralela a la desarrollada por la doctrina penalista (12).

Deslindaremos los supuestos abarcados por la norma y los requisitos de aplicación.

---

(12) TRIGO REPRESAS, Félix A. — LÓPEZ MESA, Marcelo, “Tratado de responsabilidad civil”, actual. y ampl., Ed. La Ley, 2011, t. II, ps. 1178 y ss.; BUSTAMANTE ALSINA, “Teoría general de la responsabilidad civil”, 9ª ed. ampl. y actual., Ed. AbeledoPerrot, Buenos Aires, 1997, p. 165. Se pronunciaba en contra de la posibilidad de prestar consentimiento a ser dañado LLAMBÍAS, Jorge J., “Tratado de derecho civil. Obligaciones”, Ed. Perrot, Buenos Aires, 1973, t. III, quien expresaba que el “consentimiento de la víctima no es un elemento relevante para alterar la responsabilidad del autor del daño, por lo mismo que el régimen de los actos ilícitos es de orden público y no está sujeto a la regulación de los particulares...”, reconociendo, sin embargo, que el consentimiento del damnificado podía ser demostrativo de la ausencia de culpa en casos de actos útiles, pero peligrosos.

### III.2. ¿Qué supuestos se encuentran comprendidos en la norma?

Prestigiosa doctrina que ha analizado la norma entiende que el consentimiento del damnificado comprende tanto aquellos supuestos en que acepta sufrir un daño cierto y actual, como cuando asiente someterse a una situación de peligro de la cual pueden derivarse daños.

Así, Galdós (13) expresa: “El consentimiento puede implicar la conformidad para la producción de un daño cierto, actual e inmediato, como ocurre con las normales lesiones derivadas de una intervención quirúrgica o con la ablación de órganos. En otros casos, el consentimiento tiene por objeto la aceptación de un peligro o riesgo de daño, lo cual significa que el sujeto tolera someterse a una situación de la que es probable, aunque no cierto, que puedan desprenderse daños (...). Esto es lo que ocurre normalmente con el consentimiento expresado para realizar prácticas deportivas o actividades de turismo de aventura”.

En el mismo sentido se pronuncian Pizarro y Vallespinos (14), quienes opinan que quedan incluidas dos grandes tipologías: la exposición voluntaria consentida a una situación de peligro de daño que puede concretarse con mayor o menor grado de probabilidad objetiva (como participar en una competencia de boxeo) y el consentimiento, igualmente voluntario, para la realización de una actividad que indefectiblemente causará un daño en sentido amplio al otorgante (someterse a una intervención quirúrgica).

En sentido similar se pronuncian Azar y Ossola (15), quienes incluyen en la causal de eximición a “... a) la exposición voluntaria consentida a una situación de peligro de daño que puede concretarse (pues hay casos en que el consentimiento del damnificado entraña asunción de riesgos); b) el consentimiento para la realización de una conducta que indefectiblemente causará un daño al sujeto. En ambos casos, y en tanto y en cuanto se verifiquen los requisitos de la ley, se estará en presencia de una causa de justificación, que (como tal) enervará la antijuridicidad de la conducta dañosa *ab initio*, tratándose —pues— de un acto lícito. En el primero, un ejemplo podría ser el caso de los accidentes deportivos, en tanto y en cuanto se trate de contingencias propias de la actividad (p.

---

(13) GALDÓS, Jorge M., “La responsabilidad civil”, ob. cit., p. 611.

(14) PIZARRO, Ramón D. — VALLESPINOS, Carlos G., “Tratado de responsabilidad civil”, Ed. Rubinzal-Culzoni, Santa Fe, 2017, t. I, p. 472.

(15) AZAR, Aldo — OSSOLA, Federico, en SÁNCHEZ HERRERO, Andrés (dir.) — SÁNCHEZ HERRERO, Pedro (coord.), “Tratado de derecho civil y comercial”, 2ª ed., Ed. La Ley, Buenos Aires, 2018, t. III: “Responsabilidad civil”, p. 285.

ej., el caso del boxeo), e incluso de algunas faltas menores en el juego, que —según nos parece— deben entenderse como una cláusula de dispensa de responsabilidad (p. ej., una falta en un partido de fútbol que le produzca una quebradura a un jugador, pero en tanto y en cuanto la actitud del lesionado no haya sido querer causarla). Por ello se indica que la eximente es válida en tanto no constituya una ‘cláusula abusiva’. En el segundo, el típico ejemplo es el de la persona que se somete a una intervención quirúrgica, donde acepta la lesión —inevitable— en su integridad física”.

Esta interpretación no nos convence, aunque no dudamos que consigue resultados prácticos a veces compartibles.

Desde una interpretación dogmática, no la compartimos, porque incluir en este supuesto a la exposición del damnificado a un peligro de daño implica dejar sin contenido a la regulación de la asunción de riesgos contenida en el art. 1719. Recordamos antes cómo se conceptualiza a la asunción de riesgos y que dicha norma preceptúa, de manera terminante, que esa actitud del damnificado no implica una causa de justificación de la conducta de quien crea el riesgo; recordamos, también, cuáles son los supuestos que, antes de la vigencia del Código Civil y Comercial, se consideraban incluidos como asunción de riesgos con aptitud eximente. Ahora, el mismo art. 1719 diseña la situación.

Entonces, si se está de acuerdo en qué consiste la asunción de riesgos, incluir en la regulación del consentimiento del damnificado a los supuestos incluidos en aquella noción significa vaciar de contenido a la prohibición de que se considere a la exposición a una situación de peligro como eximente, contenida en el art. 1719, Cód. Civ. y Com., lo que —nos parece— no constituye un buen modo de interpretar ambos artículos.

Nos pronunciamos por que el art. 1720 prevé solo el supuesto en que el damnificado asiente en ser dañado conociendo cuáles serán los daños que sufrirá, esto es, cuando está frente a un daño cierto, actual e inmediato, como dice Galdós (16). Cuando el damnificado se expuso solo a un peligro de daño, el supuesto deberá interpretarse a la luz del art. 1719 y, en consecuencia, solo se eximirá quien creó el daño cuando la conducta del damnificado pueda ser calificada como hecho del damnificado, con incidencia causal en el resultado.

---

(16) GALDÓS, Jorge, “La responsabilidad civil”, ob. cit., p. 612.

Antes de la sanción del Código Civil y Comercial se pronunciaba en el sentido expuesto Calvo Costa (17), quien diferenciaba claramente entre consentimiento del damnificado y asunción del riesgo, postulando que ambos institutos receptan situaciones diferentes: “Cuando media *consentimiento*, la aceptación del daño por parte del damnificado borra toda nota de ilicitud en el comportamiento del dañador, provocando —consecuentemente— la exoneración del ofensor; en cambio, en la *aceptación de riesgos*, solamente se consiente la exposición a una situación de peligro, pero sin que ello implique consentir las eventuales consecuencias dañosas del evento, ni una renuncia a la potencial indemnización que le corresponda para enjugar los hipotéticos daños que se deriven de esa situación de riesgo aceptada”.

La posición, que no compartimos, ayuda a mantener los criterios jurisprudenciales que se venían sosteniendo en pos de alivianar la posición de ciertos sindicatos como responsables (como quienes causan daños en actividades deportivas), pero, repetimos, no nos parece una interpretación adecuada de ambas normas.

### **III.3. Requisitos de admisibilidad del consentimiento del damnificado**

El art. 1720 determina algunos de los requisitos que condicionan la admisibilidad del consentimiento del damnificado como causal de justificación. Otros son inferidos por la doctrina.

#### ***III.3.a. El consentimiento debe ser expreso***

Acorde con nuestra posición acerca de los supuestos alcanzados por la norma en análisis, creemos que para que el consentimiento del damnificado a ser dañado pueda ser considerado como eximente, debe constar en una cláusula expresa (18). Ello porque no concebimos una aceptación tácita a ser dañado, que implica una renuncia al derecho a la reparación.

Más allá de esta posición, que puede impugnarse porque no surge de la ley (el artículo no habla de consentimiento expreso), las condiciones que sí fija la norma llevan al mismo resultado: si el consentimiento debe ser libre e informado y no puede constituir una cláusula abusiva, enton-

---

(17) CALVO COSTA, Carlos A., “Asunción de riesgos y consentimiento...”, ob. cit.

(18) En contra, PICASSO, Sebastián — SÁENZ, Luis R., “Tratado de derecho de daños”, ob. cit., p. 313.

ces solo a través de una declaración expresa se puede informar acabadamente al damnificado y solo a una cláusula contractual expresa se la puede reprochar como abusiva (19).

### ***III.3.b. Debe ser anterior a la producción del daño***

Hay consenso en que el consentimiento para ser dañado debe ser anterior a la producción del daño y estar vigente al momento en que se daña (20). Si fuera posterior, constituiría una renuncia a la posibilidad de reclamar su reparación (21).

### ***III.3.c. Debe ser libre***

El artículo dispone que el consentimiento debe ser libre, lo que ha sido interpretado como que debe haber sido realizado con discernimiento, intención y libertad, y, en consecuencia, libre de vicios (arts. 260, 261, 265, 271, 276 y ccds. del Cód. Civ. y Com.). La mención del Código es superflua, pues, tratándose de un acto jurídico, se le aplican directamente las disposiciones generales que lo reglan. Picasso y Sáenz y Orgaz agregan, acertadamente, que, además, quien consiente debe tener capacidad de ejercicio, según el tipo de bien del que se disponga (22).

### ***III.3.d. Quien consiente debe estar informado***

La norma manda que el consintiente debe estar informado, pero no dispone cuál es la información que debe brindársele al damnificado para que la disposición sea aplicable.

Para determinar cuál es la información necesaria, se suele recurrir a las normas del consentimiento informado que debe brindar el médico, o a las normas de derecho del consumo que reglan esta obligación (23). Estas

---

(19) En este sentido se pronunciaban, antes de la sanción del Código Civil y Comercial, TRIGO REPRESAS, Félix A. — LÓPEZ MESA, Marcelo, "Tratado de responsabilidad civil", ob. cit., p. 1198, quienes enseñaban que el "... portador del derecho tiene que haber expresado de manera indubitable (formalismo probatorio), en cualquier caso y en algunos bajo la forma establecida específicamente por el ordenamiento su consentimiento".

(20) Conf. GALDÓS, Jorge, "La responsabilidad civil", ob. cit., p. 617.

(21) PICASSO, Sebastián — SÁENZ, Luis R., "Tratado de derecho de daños", ob. cit.

(22) PICASSO, Sebastián — SÁENZ, Luis R., "Tratado de derecho de daños", ob. cit.; ORGAZ, Alfredo, "La ilicitud", Ed. Lerner, Córdoba — Buenos Aires, 1973, p. 170.

(23) GALDÓS, Jorge, "La responsabilidad civil", ob. cit., p. 614.



reglas son una buena medida para crear un panorama general del deber de informar y sus contenidos, pero son normas especiales, que rigen sus propios ámbitos. Las normas propias del quehacer médico, precisamente, están excluidas de este artículo, por su especificidad. Y en cuanto a las relaciones de consumo, no es aplicable en ese ámbito esta causal de eximición, en virtud de que las cláusulas que limiten la responsabilidad por daños se tienen por no convenidas [art. 37, literal a), ley 24.240].

Sin perjuicio de ello, las características que determinan las normas del consumo sobre la información a brindar a los consumidores, o las propias del quehacer médico, son trasladables al supuesto en estudio: la información debe ser cierta, clara, detallada, gratuita y completa, sobre el daño que sufrirá quien consiente ser dañado.

Con esta información, el damnificado pudo comprender, discriminar y apreciar el daño que sufrirá, y aceptarlo.

### *III.3.e. Debe recaer sobre bienes disponibles*

El consentimiento general para ser dañado, reglado en el art. 1720, solo puede ser otorgado sobre bienes disponibles.

La cuestión pasa por determinar qué bienes son disponibles y cuáles no, pues no existe una conceptualización de estas categorías en el Código.

El tema ya fue tratado por Orgaz (24), quien expresaba que “el consentimiento es eficaz cuando se trata de bienes disponibles del que presta el consentimiento (...) o bien, con otras palabras, cuando la ley tutela únicamente intereses particulares y no si tutela también intereses generales (...). La fórmula de protección de intereses particulares o de intereses generales, parece prácticamente preferible porque, de hecho, solo mediante la indagación del interés protegido se podrá establecer, como consecuencia, si el bien es disponible o indisponible”.

Como dice De Lorenzo (25), es necesario escrutar la naturaleza del interés protegido.

En general se está de acuerdo en que sobre los bienes patrimoniales su titular tiene amplio poder de disposición y, por ende, puede prestar su

---

(24) ORGAZ, Alfredo, “La ilicitud”, ob. cit., p. 158.

(25) DE LORENZO, Miguel F., “Contratos, derechos fundamentales y dignidad de la persona humana”, LA LEY 2011-E-1258.

consentimiento para que se los dañe (26). Coincidimos con Galdós (27) en que, en principio, sobre los bienes patrimoniales su titular tiene amplio poder de disposición y, en consecuencia, puede prestar su consentimiento para que se los dañe, pero este principio debe ser ponderado “bajo el prisma de la función social de los derechos, incluidos la propiedad y el contrato (...). De allí que tal vez sea más apropiado sostener que, en todos los casos, las posibilidades de disposición de un bien son relativas a los fines perseguidos por el acto de disposición...”.

En relación con los bienes extrapatrimoniales, y a partir de la cláusula inserta en el art. 51 del Cód. Civ. y Com., hay consenso en que, en principio, son indisponibles, salvo que una regulación especial lo autorice (28).

La vida es un bien indisponible (29), en tanto la integridad psicofísica lo es, en la medida en que lo autorice el ordenamiento jurídico. Así, los arts. 54, 56, 57, 58, 59 y 60 del Código fijan reglas atinentes a ese bien, que crean un ámbito propio, ajeno al art. 1720 en estudio, y otras diversas leyes determinan reglas especiales (v.gr., ley 24.193 sobre Ablación y Utilización de Órganos Anatómicos).

---

(26) ORGAZ, Alfredo, “La ilicitud”, ob. cit., p. 170: “Las cosas y los bienes patrimoniales se hallan de tal modo sometidos ‘a la voluntad y a la acción’ de las personas —como dice el art. 2506 del Cód. Civil a propósito del derecho de dominio— que, así como el titular puede disponer de ellos (...) puede también autorizar a que lo haga un tercero, aun con prescindencia de toda relación negocial, por ejemplo, consintiendo que alguien destruya o menoscabe su cosa ‘por diversión’”.

(27) GALDÓS, Jorge, “La responsabilidad civil”, ob. cit., p. 618.

(28) TOLOSA, Pamela — GONZÁLEZ RODRÍGUEZ, Lorena, en LORENZETTI, Ricardo L. — SAGARNA, Fernando A. (dirs.), “Código Civil y Comercial explicado. Responsabilidad civil”, Ed. Rubinzal-Culzoni, 2020, p. 39: “... adquiere relevancia la distinción entre derechos disponibles e indisponibles para interpretar el alcance que puede adoptar el consentimiento válido del damnificado como causal de justificación (...); si bien la regla de la indisponibilidad de los derechos personalísimos en principio es clara, los casos problemáticos podrían presentarse con las excepciones a dicha regla. Estas situaciones han sido calificadas como de ‘disponibilidad relativa’ en el sentido de que se tolera, en ciertos casos, el consentimiento para la afectación de tales derechos, con la facultad de libre revocación en cualquier momento. Por ejemplo, podría ser el supuesto de la persona que presta consentimiento para la intromisión en su intimidad y, mientras el mismo no sea revocado, no podría reclamar daños por ello —siempre que sea expreso—, y se aplicará en estos casos la regla de interpretación restrictiva”.

(29) ORGAZ, Alfredo, “La ilicitud”, ob. cit., p. 160: “La vida humana es el bien supremo y, a la vez, el valor más alto que el derecho protege a las personas. La muerte de un ser humano por mano ajena, con voluntad de causarla constituye en todos los casos un delito (...) aunque la víctima haya consentido, efectiva o eventualmente su muerte. O incluso la haya pedido (eutanasia)”.

En relación con el consentimiento para recibir daños en los derechos personalísimos (30), el art. 55 del Código determina también sus reglas propias, admitiéndolo "... si no es contrario a la ley, la moral y las buenas costumbres"; es de interpretación restrictiva y revocable, fijando reglas especiales sobre disponibilidad del derecho a la imagen (art. 53) o a la intimidad (art. 1770).

Si bien estas reglas son de utilidad a la hora de ponderar el alcance el art. 1720 en estudio, rigen para sus propios ámbitos, siendo necesario deslindar qué supuestos quedan comprendidos, al no comprenderse en "las disposiciones especiales" mentadas en la norma (31).

Picasso y Sáenz opinan que la cláusula de consentimiento para ser dañado actúan en el ámbito contractual, pero también "... puede justificar daños extracontractuales, como ocurriría con quien tolera que otra persona penetre en su jardín y se apropie de los frutos de los árboles que hay allí, quien participa voluntariamente en prácticas sadomasoquistas (siempre que no impliquen una disminución permanente de su integridad física), o quien se presta de buen grado a participar en situaciones donde se lo ridiculiza (v.gr., en ciertos programas televisivos). E incluso —en atención a la generalidad de los términos del art. 1743, que como se verá se refiere a tales estipulaciones— es concebible que se pacte una cláusula de dispensa anticipada de la responsabilidad aquiliana, lo que podría aplicarse a supuestos tales como las relaciones de vecindad, obras en construcción donde intervienen varias personas ajenas las unas a las otras, o más ampliamente en las relaciones extracontractuales que puedan generarse en el marco de grupos o cadenas de contratos".

Los ejemplos que traen los distinguidos juristas son adecuados para deslindar casos en los cuales el art. 1720 tiene su propio ámbito de actuación. Aunque volvemos a preguntarnos cómo se cumplirán los requisitos previstos por el art. 1720, si no existe una cláusula pactada. Los autores

---

(30) Sobre derechos personalísimos y su regulación, de manera completa y rigurosa, TOBIÁS, José W., "Tratado de derecho civil. Parte general", Ed. La Ley, Buenos Aires, 2018, cap. XV, ps. 3 y ss.

(31) Conf. NEGRI, Nicolás J., "Responsabilidad civil contractual", Ed. Astrea, Buenos Aires, 2017, t. I: "Parte general", p. 463: "Se trata de una norma residual. Primero se aplicarán las reglas especiales sobre consentimiento que puedan existir en la legislación especial (p. ej. como para los actos médicos). Cuando no existan disposiciones específicas, dentro o fuera del Código, solo se aplicarán las reglas previstas en el art. 1720..."; ídem, MÁRQUEZ, José F. — VIRAMONTE, Carlos I., "Comentario al artículo 1720", en VÍTOLO, Daniel R., *Código Civil y Comercial de la Nación, Comentario y concordado*, Ed. Erreius, Buenos Aires, 2016, t. III, p. 1693.

se asientan en lo dispuesto por el art. 1743, pues consideran que ambas normas son complementarias.

Opinamos que si el art. 1720 requiere que se brinde al damnificado información sobre el daño que sufrirá y la “cláusula” no debe ser abusiva, entonces necesariamente deberá haber un contrato mediando la situación, aun en los supuestos de las relaciones no contractuales que Picasso y Sáenz grafican.

### ***III.3.f. La cláusula no debe ser abusiva***

La norma exige que la cláusula eximente no sea abusiva.

Si la cláusula está inserta en un contrato en el cual el damnificado ha adherido a las cláusulas generales predispuestas por el dañador, entonces debe cumplimentar los requisitos previstos en el art. 985, Cód. Civ. y Com., y no serán válidas si encuadran entre las previstas como inválidas por el art. 988, Cód. Civ. y Com.

Si es una cláusula negociada, entonces, para determinar su validez, deberá recurrirse al estándar general de que la cláusula no debe desnaturalizar las prestaciones recíprocas de las partes, provocando un desequilibrio significativo entre los derechos de las partes.

Si bien la cláusula no puede ser inserta en un contrato de consumo (como lo expusimos), el criterio del equilibrio de las prestaciones es una buena guía para determinar la abusividad de una cláusula negociada (32).

## **IV. A MODO DE CONCLUSIÓN**

Consideramos beneficiosa la inclusión en el Código Civil y Comercial de una norma que regule, de manera genérica y sin perjuicio de disposiciones especiales, al consentimiento para ser dañado.

La doctrina ha receptado con agrado el instituto, delimitando su ámbito de actuación y sus requisitos de admisibilidad. Disentimos de algunas de sus conclusiones.

Sirvan estas líneas de motivo para discutir sobre esos disensos.

---

(32) Un desarrollo completo sobre este principio en ARRECHEDERRA ARANZADI, Luis I., “La equivalencia de las prestaciones en el derecho contractual”, Ed. Montecorvo, Madrid, 1978.

# LA PREVENCIÓN DEL DAÑO Y LAS INMISIONES

POR NELSON G. A. COSSARI(1)

## I. INTRODUCCIÓN

Resulta un honor haber sido convocado para colaborar en este libro en homenaje a Félix Alberto Trigo Represas, gran jurista y hombre cabal, a quien recordamos con admiración y afecto.

En varias ocasiones nos hemos ocupado del rico arsenal de conceptos y soluciones que contienen las normas de la ley civil que se ocupan de las inmisiones indirectas (2). Tanto en el Código de Vélez, en sus arts. 2618 y 2619, y en el art. 2618 de la reforma de la ley 17.711 —que dio nueva redacción a la referida norma y subsumió el art. 2619—, como al arribar al art. 1973 del Cód. Civ. y Com. vigente nos encontramos con una norma que protege el derecho tanto a un ambiente sano como a la propia privacidad. Bien se ha dicho que las fuentes productoras de inmisiones afectan diferentes “manifestaciones de los derechos de personalidad,

---

(1) Con la colaboración de Leandro R. N. Cossari.

(2) COSSARI, Nelson G. A., “Daños por molestias intolerables entre vecinos. Exceso de la normal tolerancia”, Ed. Hammurabi, Buenos Aires, 2006; COSSARI, Nelson G. A., “Irrelevancia de la autorización administrativa (aportes del clásico derecho civil al novísimo derecho ambiental)”, *Revista de Derecho Ambiental*, nro. 1, Ed. Lexis-Nexis, 2005; COSSARI, Nelson G. A., “Las nuevas inmisiones y las ventajas del artículo 2618 del Código Civil”, LA LEY del 14/05/2008; COSSARI, Nelson G. A., “Las inmisiones intolerables provocadas por el ruido”, LA LEY 2007-C-398; COSSARI, Nelson G. A. — LUNA, Daniel G., “Los daños por contaminación acústica”, RCyS 2005-163; COSSARI, Nelson G. A., “El derecho de propiedad de uno y otro vecino, enmarcado en un sistema general de convivencia. El porqué de los conflictos. Los intereses tutelados por las relaciones de vecindad”, *Revista de Derecho de Daños: “Relaciones de vecindad”*; LL AR/DOC/1349/2009.

derecho al descanso, al ocio, a la intimidad familiar, a la salud, y al desarrollo equilibrado de la personalidad” (3).

En esta oportunidad volveremos sobre la naturaleza de las distintas acciones que pueden dar sustento a la protección del art. 1973, Cód. Civ. y Com., y cómo estas pueden ser encausadas procesalmente, en especial mediante la acción de prevención de daños de los arts. 1711 y ss. del Cód. Civ. y Com.

## **II. NATURALEZA JURÍDICA DE LA ACCIÓN DEL ART. 1973, Cód. Civ. y Com.**

En rigor, el art. 1973, Cód. Civ. y Com., no asume una naturaleza definida o, mejor aún, esta puede variar conforme a quién ejerce la acción. En doctrina, tanto nacional como comparada, puede verse esta multiplicidad de pareceres. Examinemos ello brevemente.

### **II.1. Acción real**

#### ***II.1.a. Argentina: acción confesoria***

La doctrina argentina ampliamente dominante encuentra en la acción real confesoria la naturaleza de la acción de tutela de las inmisiones (4).

Conforme al art. 2248, Cód. Civ. y Com.: “La acción confesoria tiene por finalidad defender la plenitud del derecho real y corresponde ante actos que impiden ejercer una servidumbre u otro derecho inherente a la posesión”.

Por tanto, los derechos inherentes a la posesión se encuentran defendidos por la acción confesoria (5). En suma, los titulares de los derechos

---

(3) ÁLVAREZ-CIENFUEGOS SUÁREZ, José María, “La intimidad y el domicilio ante la contaminación acústica: Nuevas perspectivas de los derechos fundamentales”, LA LEY (España) del 11/12/2001, p. 2.

(4) ALTERINI, Jorge H., “Acciones reales”, Ed. AbeledoPerrot, Buenos Aires, 2000, p. 123; PAPAÑO, Ricardo J., “Justa distinción entre el daño temido y las restricciones al dominio”, LA LEY 1992-C-523.

(5) ÁRRAGA PENIDO, Mario O., “Acción confesoria”, LA LEY 1982-C-469 y 482.

reales que se ejercen por la posesión, cuando los límites al dominio son transgredidos, gozan de esa acción (6).

Las XVII Jornadas Nacionales de Derecho Civil entendieron que están legitimados para el ejercicio de la acción confesoria los titulares de derechos reales que se ejercen por la posesión para la defensa de los derechos inherentes a ella (servidumbres y límites) y el acreedor hipotecario.

¿Lo dicho es impedimento para que quien solo tiene un derecho personal sobre el fundo pueda ejercer la acción del art. 1973, Cód. Civ. y Com.?

Ya veremos que no. El simple tenedor se encuentra legitimado, pero la acción que se ejerza, en tal caso, tendrá una naturaleza diversa.

Cabe mencionar que, en una postura minoritaria, Bustamante Alsina, inspirado en la doctrina española, ha creído encontrar en la acción negatoria el remedio civil de protección preventivo “no destinado a reparar el daño causado, sino a evitar que se cause, paralizando las actividades que producen perturbaciones ilegítimas potencialmente dañinas para el medio ambiente”, refiriéndose a molestias tales como vibraciones, ruidos e inmisiones contaminantes (7).

### *II.1.b. Italia*

La doctrina elaborada en torno al art. 844 del Cód. Civil italiano afirma, en forma mayoritaria, que se trata de una acción real, dado que tutela el derecho real de propiedad y otros derechos reales de goce, admitiéndose, por vía analógica, la posibilidad de que también accione el locatario, mas en tal caso como acción será personal (8).

---

(6) AREÁN, Beatriz, en BUERES, Alberto (dir.) — HIGHTON, Elena (coord.), “Código Civil y normas complementarias. Análisis doctrinario y jurisprudencial”, Ed. Hamurabi, Buenos Aires, 1997, t. 5, p. 889; MARIANI DE VIDAL, Marina, “Derechos reales”, 7ª ed., Ed. Zavallía, Buenos Aires, 2004, t. III, p. 312; VENTURA, Gabriel, “Acciones reales”, Ed. Zavallía, Buenos Aires, 2017, p. 29.

(7) BUSTAMANTE ALSINA, Jorge, “Derecho ambiental”, Ed. AbeledoPerrot, Buenos Aires, 1995.

(8) BIANCA, Massimo C., “Diritto civile. La proprietà”, Ed. Giuffrè, Milano, 1999, t. 6, p. 249; Cassazione Civile, Sezione II, 21/02/1994, nro. 1653, “Parrocchia M. Pieta c. Castriota”.

En tal sentido, se ha dicho que la acción concedida por el art. 844 del Cód. Civil italiano al propietario tiene carácter real y entra dentro del paradigma de la acción negatoria (9).

Sin embargo, está lejos de ser una cuestión pacíficamente aceptada, existiendo jurisprudencia y doctrina contradictorias al respecto (10). Están quienes la consideran siempre una acción personal, y quienes ven en ella una doble naturaleza; la enderezada a la eliminación o cese de las causas de las inmisiones es considerada una acción real encuadrable dentro de la acción negatoria, mientras que la pretensión enderezada al resarcimiento del daño es de naturaleza personal (11).

### *II.1.c. Alemania*

En el derecho alemán se observa a la acción por inmisiones emanada del § 906 del Cód. Civil alemán como un supuesto de hecho del § 1004, que regula la acción negatoria, afirmándose que en la práctica su principal función es precisamente defender de inmisiones ilícitas un inmueble (12).

### *II.1.d. España*

Un importante sector de la doctrina española, fuertemente influida por la solución alemana, ha visto en la acción negatoria la naturaleza jurídica de las pretensiones esgrimidas en defensa de las inmisiones.

Pese a que no está mencionada ni en el Código Civil español ni en la Ley de Enjuiciamiento (13), los juristas españoles la definen como aquella que asiste al propietario de una cosa para obtener la declaración de

---

(9) Cassazione Civile, Sezione II, 04/08/1995, "Barbano c. Ricci"; 09/05/1997, nro. 4086, "Mastrosimone c. Cortien", *Leggi d'Italia. Repertorio di Giurisprudenza*.

(10) MACCARONE, Matteo, "Le inmissioni", Ed. Giuffrè, Milano, 2002, p. 407.

(11) Cassazione Civile, Sezione III, 16/06/1987, "Soc. Cementerie Augusta c. Caminiti", *Leggi d'Italia. Repertorio di Giurisprudenza*.

(12) WOLFF, Martin, en ENNECCERUS, Ludwig — KIPP, Theodor — WOLFF, Martin, "Tratado de derecho civil. Derecho de cosas", 3ª ed., trad. española con anotaciones de Blas Pérez González y José Alguer, Ed. Bosch, Barcelona, 1971, t. III, vol. 1, ps. 353 y 606.

(13) LASARTE ÁLVAREZ, Carlos, "Principios de derecho civil, propiedad y derechos reales", 3ª ed., Ed. Trivium, Madrid, 2000, t. 4, p. 179.



que no está sujeta al derecho que otro, el demandado, se atribuye sobre ella (14) y a la declaración de estar aquella libre de restricciones (15).

Si bien su esfera clásica es el rechazo de pretendidas servidumbres sobre el inmueble propio, se postula que aquella es idónea también para rechazar “inmisiones molestas y nocivas más allá de lo permitido por el criterio de la tolerancia normal, en definitiva, se utiliza para resolver cuestiones de usos, de su compatibilidad con los del vecino; o de inmisiones. Así se comprenden en el ámbito de la acción las perturbaciones jurídicas provocadas por quien alega ser propietario o titular de un derecho real, como la servidumbre. Y también se incluyen las perturbaciones materiales causadas por quien introduce objetos en la finca o por quien da origen a inmisiones sustanciales, inusuales o muy gravosas” (16).

El interés por esta acción como manera de tutelar el fenómeno inmisivo tuvo un decisivo impulso con la sanción de la ley catalana 13/1990, sancionada el 09 de julio de 1990, sobre Acción Negatoria, Inmisiones, Servidumbres y Relaciones de Vecindad. Esta declara en su art. 1.1:

“El propietario de un inmueble tendrá acción para hacer cesar las perturbaciones ilegítimas de su derecho que no consistan en la privación o el retenimiento indebido de la posesión. Tendrá asimismo acción para exigir la abstención de perturbaciones futuras y previsibles del mismo género”.

Y además dispone que la acción negatoria tendrá como objeto la protección de la libertad del dominio de los inmuebles y el restablecimiento de la cosa al estado anterior a una perturbación jurídica o material (art. 2.1), y que en el ejercicio de la acción negatoria, además del cese de la perturbación, podrá reclamarse la indemnización correspondiente por los daños y perjuicios producidos (art. 2.2).

Los autores catalanes resaltan que esta configuración amplia de la acción negatoria la restituye a un ámbito más amplio de acción que el que le habían dejado la doctrina y la legislación del siglo XX, en coherencia con el derecho romano posclásico, limitada solo a defender al propie-

---

(14) PUIG BRUTAU, José, “Fundamentos de derecho civil”, 4ª ed., Ed. Bosch, Barcelona, 1994, t. III, vol. 1, p. 219.

(15) CASTÁN TOBEÑAS, José, “Derecho civil español, común y foral”, 14ª ed. revisada y puesta al día por Gabriel García Cantero, Ed. Reus, Madrid, 1992, t. II, vol. 1, p. 215.

(16) NIETO ALONSO, Antonia, “La acción negatoria como posible cauce civil para la tutela del medio ambiente”, *Actualidad Civil*, 2001.

tario de un inmueble frente a la pretensión de un tercero de atribuirse una servidumbre u otro derecho sobre él, y recuerdan que, en cambio, el derecho justinianeo utilizó esta acción para proteger frente a la inmisión que producen los olores que emanan de una fábrica de quesos (17).

## II.2. Acción posesoria

### II.2.a. Argentina

En nuestro derecho, podría tentarse encuadrar la acción del art. 1973, Cód. Civ. y Com., dentro de la acción posesoria de mantener (art. 2242, Cód. Civ. y Com.). Sin llegar al desapoderamiento, es cierto que las inmisiones pueden turbar la posesión de quien ocupa el inmueble que las sufre.

En este caso, la legitimación activa le compete a todo tenedor o poseedor, aun vicioso (art. 2242, Cód. Civ. y Com.). La legitimación, entonces, se abre aquí a poseedores y tenedores de cualquier naturaleza.

### II.2.b. Italia

Messineo opina que, además de la acción que emana del art. 844 del Cód. Civil italiano, pueden corresponder a los perjudicados acciones posesorias (18).

Así, los tribunales italianos también han reconocido la tutela posesoria, como acción posesoria de mantener, contra las inmisiones previstas en el art. 844 (19).

### II.2.c. España

Evangelio Llorca sostiene que el interdicto de retener es apropiado para luchar contra las inmisiones, dado que las injerencias excesivas,

---

(17) EGEA FERNÁNDEZ, Joan, "Acción negatoria, inmisiones y defensa de la propiedad", Ed. Marcial Pons, Madrid, 1994, ps. 15 y 17.

(18) MESSINEO, Francesco, "Manual de derecho civil y comercial", trad. de Santiago Sentís Melendo, 8ª ed. en parte rehecha ("Manuale de diritto civile e commerciale", Ed. Giuffrè, Milano, 1952, vol. 2, primera parte), Ed. Ejea, Buenos Aires, 1971, t. III, p. 286.

(19) Cassazione Civile, Sezione II, 10/09/1997, nro. 8829, "Soc. Mandarinò in liquid. c. Severini e altri".

como un sistema de calefacción que genera humos en gran cantidad y nocivos, pueden considerarse como una perturbación de la posesión (20).

### II.3. Acción personal

Si el perjudicado no puede —o no quiere— invocar una acción real o posesoria, le queda la posibilidad cierta de ejercer una acción personal.

Es por ello que Visintini, en Italia, prefiere ubicar la defensa de las inmisiones dentro de la tutela aquiliana, entre otras razones, dado que ello permitiría extender la legitimación para reclamar el resarcimiento no solo a los propietarios sino también a los titulares de derechos de goce sobre el fundo, sean estos reales o no, e interponer la acción contra cualquiera que sea el autor de las inmisiones (21).

En nuestro derecho, Borda, con mayor amplitud, escribe: “el derecho surge de la calidad de vecino y no de propietario” (22). Con ello no está negando las distintas acciones que se pueden ejercer según la calidad del actor, pero sí poniendo el acento en que todo perjudicado por la inmisión puede entablar la acción.

## III. EL ART. 1973, Cód. Civ. y Com., Y LA PREVENCIÓN DE LOS DAÑOS

### III.1. La ausencia de norma procesal en el art. 1973, Cód. Civ. y Com.

El art. 2618 derogado decía que el proceso tramitaría sumariamente, lo que para nosotros no implicaba que debiera recurrirse al juicio sumario, sino que ello tenía el significado que le da la segunda acepción del “Diccionario” de la Real Academia: “de plano o por trámites abreviados”, lo cual nos permitía preconizar el trámite sumarísimo para esta acción.

---

(20) EVANGELIO LLORCA, Raquel, “La protección interdictal contra las inmisiones excesivas”, *Actualidad Civil*, [www.laley.net](http://www.laley.net).

(21) VISINTINI, Giovanna, “Tratado de la responsabilidad civil”, trad. de Aída Kermelmajer de Carlucci sobre la edición italiana (Ed. CEDAM, Padova, 1996), Ed. Astrea, Buenos Aires, 1999, t. 2, p. 110.

(22) BORDA, Guillermo A., “Tratado de derecho civil. Derechos reales”, 5ª ed. actualizada por Delfina M. Borda, Ed. La Ley, Buenos Aires, 2008, t. I, nro. 494.

Por tanto, el Código derogado permitía un procedimiento de conocimiento pleno, pero expedito, lo que no quitaba la posibilidad de recurrir a vías más rápidas, como una acción autosatisfactiva (23).

El vigente art. 1973, Cód. Civ. y Com., no creyó necesario prever un trámite específico. Ello no pasó inadvertido por la doctrina, que antes de la sanción del nuevo Código recomendó, en las XXIV Jornadas Nacionales de Derecho Civil, la conveniencia de que “en una futura reforma legislativa, siguiendo el sentido del último párrafo del art. 2618 del Cód. Civil, se ordene que el procedimiento sea el más abreviado que contemple la legislación local”. Sin embargo el legislador hizo caso omiso a ello.

### III.2. Idoneidad de la acción preventiva

Hoy, luego de la sanción del Código Civil y Comercial, la acción preventiva de daños de los arts. 1711 y ss., Cód. Civ. y Com., aparece como la más idónea para lograr rápidamente el objetivo de “la remoción de la causa de la molestia o su cesación” (24) del art. 1973, Cód. Civ. y Com., dado que aquella procede “cuando una acción u omisión anti-jurídica hace previsible la producción de un daño, su continuación o agravamiento”.

En tal sentido, Kiper opina que es factible acudir a la acción preventiva del art. 1711, Cód. Civ. y Com., pero agrega: antes de que se consuma el daño (25). Discrepamos de tal límite temporal, dado que, siendo las inmisiones por definición continuadas (en el sentido de ser constantes o repetirse a intervalos que pueden ser regulares o no, pero no un acto aislado), mientras estas no cesen, la acción preventiva siempre procederá para impedir la continuación o el agravamiento del daño.

Guardiola también advierte la relación entre la acción del art. 1973 y la regulación de la prevención del daño (26).

---

(23) Nos hemos ocupado del tema en COSSARI, Nelson G. A., “Daños por molestias intolerables entre vecinos...”, ob. cit., ps. 262 y ss.

(24) Bien se ha dicho que la remoción de la causa o su cese “en definitiva es lo mismo, porque si se remueve la causa cesan las molestias y la cesación de la molestia surge cuando se elimina la causa que la genera” (ALTERINI, Jorge H. — ALTERINI, Ignacio — ALTERINI, María Eugenia, “Tratado de los derechos reales”, Ed. La Ley, Buenos Aires, 2018, t. I, p. 575).

(25) KIPER, Claudio, “Tratado de derecho civil”, Ed. Rubinzal-Culzoni, Santa Fe, 2016, t. I, p. 358.

(26) GUARDIOLA, Juan José, “La prevención, las inmisiones inmateriales y la denuncia de daño temido”, RCCyC 2020 (junio), p. 21.

Es que no hay dudas acerca de que estamos ante un típico supuesto de tutela inhibitoria, para obtener la prevención del daño. La facultad de ordenar el cese cumple la función de prevención (27).

Existe también consenso en la doctrina y en la jurisprudencia italianas en que, en este aspecto, el art. 844 del Cód. Civil de 1942 —cuya redacción es significativamente similar al art. 1973, Cód. Civ. y Com., vía la reforma del art. 2618 del Código de Vélez por la ley 17.711— constituye también un supuesto expreso de inhibitoria (28).

Nótese que si lo que se requiere es la remoción de la causa del daño o su cese, la acción preventiva aparece como la vía más idónea para evitar la continuación o el agravamiento del daño de la manera más expeditiva.

En nuestro caso, la orden judicial ordenará remover la causa de las molestias, con lo cual se conjura la posibilidad de nuevos daños, a la par que muchos de los ya causados desaparecen, como, por ejemplo, la depreciación del inmueble por la actividad inmisiva de la que es objeto.

El cese de las molestias debe entenderse como su reducción por debajo del límite de la normal tolerancia. Lo primordial en la economía del art. 1973, Cód. Civ. y Com., es hacer cesar las perturbaciones (29).

Es decir, si la inmisión puede acotarse a no exceder la normal tolerancia, el juez así lo ordenará (30). Aquí también existe una convergencia con la directiva del art. 1713, Cód. Civ. y Com., cuando este afirma que el juez al admitir la acción preventiva “debe ponderar los criterios de menor restricción posible”.

Es la misma perspectiva que fluye en fallos como aquel que decidió que no era necesario ordenar sacar un equipo de aire acondicionado, dado que el ruido no era molesto como para ordenarse su retiro si los inconvenientes derivados de la vibración originados en la chapa de cubierta del equipo pueden ser solucionados corriéndola (31). En rigor, lo

---

(27) GHERSI, Carlos A., “El derecho constitucional a la tranquilidad y calidad de vida y la sistemática de la reparación de daños”, LA LEY 1994-D-416.

(28) MACCARONE, Matteo, “Le inmissioni”, Ed. Giuffrè, Milano, 2002, p. 445.

(29) CAUSSE, Federico J., “Límites a las restricciones al dominio”, LA LEY 1997-D-291.

(30) HIGHTON, Elena I., “Derechos reales. Dominio y usucapión”, Ed. Hammurabi, Buenos Aires, t. 2-II, p. 124.

(31) CCiv. y Com. Mar del Plata, Sala II, 05/12/1989, “Fernández Ballester, Eduardo c. Letamendia, Arturo s/ cesación ruidos molestos”, *Informática Jurídica*, Ed. AbeledoPerrot.

que hace el tribunal es ordenar solo las medidas estrictamente necesarias para tornar un ruido perturbador en otro que no lo es.

Al respecto, el art. 1713, Cód. Civ. y Com. — que prevé: “La sentencia que admite la acción preventiva debe disponer, a pedido de parte o de oficio, en forma definitiva o provisoria, obligaciones de dar, hacer o no hacer, según corresponda...” —, coordina adecuadamente con el art. 1973, Cód. Civ. y Com., en particular si nos concentramos en las obligaciones de “hacer o no hacer”, dado que uno de los objetivos —el primario— del art. 1973, Cód. Civ. y Com., es “la remoción de la causa de la molestia o su cesación”, y ello puede implicar obligaciones tanto de no hacer como de hacer.

Típicamente, la prevención del daño que provoca la inmisión pasará por la orden de no hacer la actividad inmisiva (v.gr., el ruido) o reducirla a límites tolerables.

Pero también —tal como dice el art. 1713, Cód. Civ. y Com.— pueden ordenarse obligaciones de hacer. En tal caso, la inhibitoria se concreta en la manda de una actividad por parte del demandado; se trata de una inhibitoria positiva susceptible de ser ejecutada forzosamente (32). Y así podría disponer realizar obras en las instalaciones del inmitente.

Stiglitz trae a colación un fallo de la Audiencia Territorial de Oviedo, en la que ocho integrantes de la asociación de propietarios perjudicados por los humos industriales de la Central Termoeléctrica de Soto de la Rivera demandaron a tres sociedades anónimas condóminas de esta, ante los perjuicios que sus propiedades sufrían por la gruesa columna de humo emitida por la central eléctrica, que afectaba con lluvia de cenizas a los vegetales, los animales y la salud de las personas. El tribunal ordenó que la demandada instalara un sistema de acondicionamiento de anhídrido sulfúrico para que el equipo de depuración de la planta funcionara mejor, dado que, no obstante el interés de una industria para la economía nacional, esta debe efectuar todas las instalaciones necesarias técnicamente posibles para evitar daños (33).

Sin embargo, observa Trigo Represas, existen casos en que la obligación de hacer no podrá ejecutarse forzosamente, ni podrá recurrirse a un tercero. Ello si para su realización se necesitara un adecuado conocimiento de las particularidades del establecimiento a acondicionar, lo

---

(32) MACCARONE, Matteo, “Le inmissioni”, ob. cit., p. 445.

(33) STIGLITZ, Gabriel A., “Tutela del ambiente y del consumidor. Dos recientes soluciones en el derecho español”, LA LEY 1983-D-197.

que tornaría prácticamente en *intuitu personae* la obligación. Lo mismo si la ejecución por un tercero implica costos considerables que el actor no anticipará si no está seguro de poderlos recobrar en un plazo corto, o tal vez —agregamos nosotros— siquiera tenga la posibilidad económica de hacerlos. Una solución en tal caso es la imposición en la sentencia de *astreintes* para compeler al inmitente a realizar las obras (34).

También puede tratarse de trabajos a realizarse en la propia finca afectada, como, por ejemplo, la instalación de ventanas con doble vidrio para impedir la penetración de ruidos. En tal sentido, se ha resuelto que la reparación del grave perjuicio al reposo producido a las personas por la cercanía a un sistema de autopistas puede consistir en la realización de trabajos de insonorización en las residencias de aquellas, a expensas del inmitente (35). Claro está que en este último caso habrá que conducirse con suma prudencia, dado que no siempre el aislamiento y la adecuación del inmueble afectado lo vuelven un lugar cómodo para su ocupante. Pensemos en el caso en que, al abrir la ventana, ahora con vidrios dobles, la vida se vuelva imposible por los ruidos que se escuchan, con lo que el vecino se encuentra en la disyuntiva de permanecer encerrado o tener que padecer el ataque sonoro. El tema no es simplemente teórico. En el caso “Hatton y otros v. Reino Unido”, juzgado el 02/10/2001 (36) por la Corte Europea de Derechos Humanos, que trató sobre el reclamo interpuesto por varios vecinos del aeropuerto de Heathrow (uno de los tres grandes aeropuertos que sirven a Londres), uno de los demandantes relata que con las ventanas abiertas el ruido era insoportable, y con las ventanas cerradas el calor en verano le impedía dormir.

De todas formas, queda claro, entonces, que las mandas de hacer o no hacer que pueden disponerse en la prevención de daños calzan a la perfección con la facultad que el art. 1973, Cód. Civ. y Com., otorga a los jueces para disponer la remoción de la causa de la molestia o su cesación.

Ahora bien, quien ejerce la acción de prevención de daños no está forzosamente ejerciendo la acción como personal; también quien tiene legitimación para entablar una acción confesoria o posesoria puede recurrir a esta vía expedita para lograr rápidamente el cese o evitar el agravamiento de los daños que está sufriendo. Es decir, la prevención del

---

(34) TRIGO REPRESAS, Félix A., “Evitación, cesación y reparación del daño ambiental”, JA, *Supl. Jurisprudencia Ambiental* del 24/07/2002.

(35) Tribunal Lyon, 08/05/1980, “Amoric c. Société Autoroutes Sud France”.

(36) TEDH, Tercera Sección, 02/10/2001, “Hatton and Others v. The United Kingdom”, nro. 36.022/97, <http://www.ruidos.org/Jurisprudencia/Hatton-vs-UK.doc>.

daño es la vía procesal por la cual se encauza la acción, debiéndose hacer una coordinación integral de las normas directamente aplicables.

Lo que es especialmente destacable es que el art. 1712, Cód. Civ. y Com., de alguna forma viene a ratificar lo que Borda intuía —como ya hemos citado— en el sentido de que el legitimado es el vecino perjudicado (37), porque precisamente esa norma legitima a reclamar a todos los “acreditan un interés razonable en la prevención del daño”, previsión que incluso desborda al vecino, pero que también lo contiene. De alguna manera, así se le da cabida al art. 2619 del Proyecto de Código Civil de 1987, cuando establecía: “Lo dispuesto en el artículo anterior se extiende a toda persona que pueda ser perjudicada por tales actividades aunque no se trate de vecinos”.

#### IV. LA ACCIÓN PARA LA REMOCIÓN DE LA CAUSA DE LA MOLESTIA O SU CESACIÓN: IMPRESCRIPTIBILIDAD

La cuestión acerca de la prescripción de la acción del art. 1973, Cód. Civ. y Com., y de sus antecesores, discurrió siempre en relación con los daños sufridos por la víctima de la inmisión. Se ha discutido tanto sobre el plazo de prescripción como sobre su punto de arranque, como si ello variara según el tipo de acción (real, posesoria o personal) que entable el actor. En tal sentido, puede consultarse con mucho provecho el artículo que escribiera nuestro homenajado, en el cual recorre todas las posturas sobre el particular (38).

Sin embargo, en algunas obras recientes hemos detectado un trasvase de esos conceptos al pedido de la remoción de la causa de la molestia o su cesación. Así, Kiper va a decir: “La acción posesoria prescribe al año [art. 2564, inc. b)], las acciones personales a los cinco años (art. 2560), mientras la acción confesoria es imprescriptible (art. 2247). En todos los casos, cualquiera sea la acción, el reclamo indemnizatorio prescribe a los tres años (art. 2561, párr. 2º)” (39). En sentido similar, Vázquez afirma que el plazo de prescripción de la acción para que se cumpla el límite depende de la defensa que se utilice. “Si se trata del titular de dominio o de

---

(37) BORDA, Guillermo A., “Tratado de derecho civil. Derechos reales”, ob. cit.

(38) TRIGO REPRESAS, Félix A., “La prescripción liberatoria de la acción por daños provenientes de las relaciones de vecindad”, LA LEY 2008-D-46. Asimismo, remitimos a COSSARI, Nelson G. A., “Daños por molestias intolerables entre vecinos...”, ob. cit., ps. 281 y ss.

(39) KIPER, Claudio, “Tratado de derecho civil”, ob. cit., t. I, ps. 360 y 361



otro derecho que se ejerce por la posesión y acude a la acción real (...) es imprescriptible (art. 2247). Si se ejerce una acción personal y no real, esta prescribe a los cinco años (art. 2560) (...). La acción dirigida a obtener un resarcimiento de daños y perjuicios prescribe a los tres años (art. 2561, párr. 2º)” (40).

Pero ello no es así de ninguna manera. Mientras continúe la inmisión, mientras el ruido, los olores, las vibraciones, etc., persistan, la acción por el cese de las inmisiones o la remoción de su causa, sea cual sea la forma que tome la pretensión o quién la incoe, no puede prescribir. Lo contrario sería otorgar al inmitente, a la manera de una servidumbre, una carta blanca para continuar excediendo la normal tolerancia.

Nuestra aseveración se puede demostrar desde múltiples ángulos. Dejemos de lado la acción confesoria, donde hay coincidencia sobre su imprescriptibilidad.

En el caso de la acción posesoria, la persistencia de la turbación será motivo suficiente para mantenerla viva para sus legitimados activos.

Y, en el supuesto de que se encare la acción como personal, choca a la propia conciencia jurídica pensar que por haberse tolerado durante un plazo —por largo que sea— las inmisiones, el inmitente ha adquirido un derecho a continuar dañando. Por eso, la acción para prevenir que los daños sigan produciéndose, suprimiendo su causa, o que estos se agraven, no puede nunca prescribir. Si advertimos que la acción de cese se endereza contra una molestia que sigue generándose y cuya consumación se prolonga en el tiempo, es obvio que ninguna prescripción se ha producido, por cuanto lo contrario significaría admitir la adquisición de un derecho a inmitir por parte del accionado.

Borda ha sostenido que mientras duran las molestias estas obran a modo de interrupción continuada de la prescripción (41).

Explica Messineo que el eventual no uso del poder atribuido por las normas que imponen limitaciones al derecho del vecino no implica nunca prescripción de ese poder, dado que ese derecho faculta-

---

(40) VÁZQUEZ, Gabriela A., “Derechos reales”, Ed. La Ley, Buenos Aires, 2020, p. 413.

(41) BORDA, Guillermo A., “Tratado de derecho civil. Derechos reales”, ob. cit., nro. 496 bis.

tivo no puede prescribir, independientemente del derecho del cual es manifestación (42).

Pueden ir prescribiendo los daños concretos sufridos (grietas en el inmueble, alquileres caídos), pero no el derecho a reclamar “la remoción de la causa de la molestia o su cesación”, dado que ello implicaría, para el inmitente, haber adquirido un derecho a inmitir, por una suerte de prescripción adquisitiva, como si fuera una servidumbre, lo cual repugna al espíritu y al texto de la norma. Debe tenerse en cuenta, además, que la inmisión se sigue produciendo y prolongando en el tiempo. Bien se ha dicho que el reclamo enderezado al cese de las molestias no está sujeto a ningún término de prescripción, pues, aunque se estimara que el silencio guardado implicó consentir las molestias ya sufridas, ello no equivaldría a la renuncia a pedir en cualquier tiempo su eliminación (43).

En suma, el derecho a hacer cesar las molestias derivadas de las inmisiones es imprescriptible (44).

## V. LA PRESCRIPCIÓN DE LA INDEMNIZACIÓN SUSTITUTIVA DEL CESE

Hemos dicho que pueden prescribir los daños concretos que fue produciendo la inmisión, pero ello es con una importante salvedad. Lo dicho no aplica en los casos en que la cifra monetaria entra en lugar del cese por haber considerado el juez que la actividad debe continuar, por hacer esta a las concretas exigencias de la producción o al interés general. Tal derecho a percibir la compensación económica —indemnización por daño lícito— solo comenzará a prescribir a partir de la firmeza de la *actio iudicati* que la conceda y en los plazos de esta, dado que el derecho a ese resarcimiento recién nace con la resolución del juez que concede la indemnización, en lugar del cese, por las razones indicadas.

---

(42) MESSINEO, Francesco, “Manual de derecho civil y comercial”, ob. cit., t. III, p. 284.

(43) MARIANI DE VIDAL, Marina — ABELLA, Adriana, “Derechos reales en el Código Civil y Comercial”, Ed. Zavalía, Buenos Aires, 2016, t. 1, p. 174.

(44) CCiv. y Com. Rosario, Sala III, 30/12/1987, “Andreacchio e Hijos SA c. Locales Galería César”, *Zeus* 51-J-211.

## VI. CONCLUSIONES

1) Las distintas formas jurídicas que puede adoptar la acción del art. 1973, Cód. Civ. y Com., no obstan a que, en lo que hace al cese de la inmisión, se pueda recurrir a la acción preventiva de daños de los arts. 1711 y ss., Cód. Civ. y Com., para obtener dicho objetivo.

2) En la acción preventiva, el juez, mediante la imposición de obligaciones de hacer o de no hacer, podrá disponer lo necesario para suprimir la inmisión o reducirla a límites tolerables.

3) La legitimación del art. 1973, Cód. Civ. y Com., y la naturaleza substancial en sí de la pretensión pueden cambiar conforme a quién la ejerce, pero el art. 1712, Cód. Civ. y Com., establece una amplia legitimación que puede aprovecharse por cualquiera que esté sujeto a inmisiones intolerables para obtener su cese.

4) La acción de cese de la inmisión es imprescriptible.

5) La acción por el cobro de la indemnización sustitutiva del cese prescribe en el plazo desde que quedó firme la sentencia que así la dispone.



# LA RESPONSABILIDAD PRECONTRACTUAL. COMPARACIÓN ENTRE LOS DERECHOS ARGENTINO Y FRANCÉS

POR JULIO CÉSAR RIVERA

## I. INTRODUCCIÓN: LAS RENOVACIONES LEGISLATIVAS ARGENTINA Y FRANCESA

Hemos dicho antes de ahora que la tarea de remozar los Códigos se concreta de distintas maneras. Algunos países, como el nuestro, han optado por la sanción de un Código que sustituye al anterior; en la misma línea: Quebec, Perú, Paraguay, Bolivia, los Países Bajos y, obviamente, Italia, hace ya muchos años. El proceso que condujo a la sanción y entrada en vigencia el 01 de agosto de 2015 del Código Civil y Comercial argentino es suficientemente conocido por los lectores de esta obra, por lo que omitimos su descripción.

Pero muchos otros optan por la reforma parcial; en esta orientación, un ejemplo es Francia, lo que se hace no sin polémica, pues algunos autores señalan que las sucesivas reformas introducidas en tiempos distintos, escritas por autores distintos, sin mayor conexión unas con otras, hacen que el Código pierda toda armonía y se haga muy difícil su interpretación y aplicación. Pero, como dice Rémy Cabrillac: “*ne touche pas aux symboles*” (1).

Uno de los sectores en el que la legislación francesa seguía rindiendo tributo a un modelo totalmente sobrepasado por la realidad es el de los contratos, que virtualmente no había recibido retoque alguno —en el

---

(1) V. CABRILLAC, Rémy, “El nuevo derecho francés de los contratos”, *Themis. Revista de Derecho*, nro. 70, 2016, ps. 59 y ss.

Código (2)— en más de 200 años. Y la jurisprudencia, cabe destacarlo, no había evolucionado demasiado. Así, se consideraba aún excluida toda posibilidad de modificación o extinción de los contratos entre privados, con fundamento en la excesiva onerosidad sobreviniente (3).

De allí que en la doctrina existiera un marcado interés por la renovación de esta parte del Código de Napoleón. Un primer proyecto, debido al Prof. Pierre Catala, fue presentado en 2005; y en 2009 el profesor François Terré hizo conocer otro, con una perspectiva europea (4). Entre ambos hubo un proyecto de la Chancellerie. Cada uno de ellos tuvo su impronta: el Proyecto Catala es una obra de profesores, por ello se dijo que era más académico que económico; el de la Chancellerie fue más abierto al mundo y en especial al ámbito europeo; y el de Terré es la ruptura con un modelo —si podemos decir— estrictamente a la francesa (5), manifestados en los distintos proyectos de codificación a nivel continental.

Finalmente —después de ciertos avatares consistentes en tiras y aflojes entre el Poder Ejecutivo y el Senado—, aquel fue autorizado a decidir la redacción de los nuevos textos por “ordenanza”, y así la que lleva el

---

(2) Existían numerosas leyes con incidencia en el régimen de los contratos. Así, el Code de la Consommation, que regula todo lo concerniente a la relación de consumo; la ley del 15/05/2001, “*relative aux nouvelles régulations économiques*”, incluyó disposiciones que afectan a los contratos de duración en orden a evitar el abuso de una posición dominante en la relación jurídica; y muchas otras.

(3) Aun se mencionaba en la doctrina el famoso caso del Canal de Craponne. Los hechos del caso eran los siguientes: el 22/06/1567, Adam de Craponne se obligó a construir un canal para irrigar las tierras de la comuna de Pélissanne; él debía mantener y asegurar su buen funcionamiento por un precio de 3 soles por cada 190 acres regados; más de trescientos años después, se demanda la actualización del precio, y si bien la demanda fue admitida en las instancias inferiores, fue anulada por la Corte de Casación, pues “no corresponde en ningún caso a los tribunales, por equitativo que pudiera parecer, de tomar en consideración el tiempo y las circunstancias para modificar las convenciones de las partes y sustituir por cláusulas nuevas aquellas que han sido libremente aceptadas por los contratantes” (Cour de Cassation, 06/03/1876); sobre el punto v. THIBIERGE, Louis, “Le contrat face à l'imprévu”, Ed. Economica, París, 2011, nro. 298, p. 183.

(4) La evolución de los distintos proyectos franceses puede verse en SAVAUX, Eric, “El nuevo derecho francés de obligaciones y contratos”, *Anuario de Derecho Civil*, 2016-715.

(5) MAZEAUD, Denis, “La réforme du droit français des contrats: trois projets en concurrence”, en *Liber amicorum Christian Larroumet*, Ed. Economica, París, 2009; cit. por PIZARRO WILSON, Carlos, “Los remedios al incumplimiento contractual en los proyectos franceses de reforma del derecho de contratos”, *Revista de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso*, nro. XXXVI, Valparaíso, Chile, 2011, p. 117.

número 2016-131 fue expedida el 10 de febrero de 2016 y entró en vigencia el 01 de octubre de 2016 para todos los contratos celebrados a partir de esa fecha (6). Luego se sancionó la ley de ratificación del 20 de abril de 2018, que entró en vigor el 01 de octubre de 2018. Estos sucesivos actos legislativos han creado un derecho transitorio en materia de contratos que ha sido calificado de confuso (7).

Cuál es la ubicación de la reforma finalmente aprobada depende mucho de cuál sea el punto de partida del observador; lo cierto es que esta reforma se hace “en” el Código, conservando gran parte de su estructura, pero remozando significativamente el contenido de fondo; y, a nuestro juicio, las soluciones adoptadas tienen una doble fuente principal: la propia jurisprudencia francesa y los avances “europeos”.

Uno de los temas que aborda el nuevo derecho francés de los contratos es el de la responsabilidad precontractual. El interés que reviste para nosotros radica en las diferencias que se evidencian con relación a la regulación que nuestro Código Civil y Comercial contiene entre los arts. 990 y 993, y a ello dedicaremos este comentario (8).

## II. LA RESPONSABILIDAD PRECONTRACTUAL EN EL DERECHO ARGENTINO. BREVE EXÉGESIS

El Código Civil y Comercial contiene una Sección 3ª del capítulo II del Título II dedicada a las “Tratativas contractuales”, la que se desarrolla entre los arts. 990 y 993. El art. 993 trata de las cartas de intención y no tiene relevancia a los efectos de este análisis. De modo que lo que vamos a estudiar es la relación entre la libertad de negociación (art. 990) y los derechos y obligaciones de las partes durante las tratativas (art. 991),

---

(6) Sobre el punto v. RIVERA, Julio C., “El derecho transitorio en la reforma francesa al régimen de los contratos”, LL AR/DOC/3004/2017.

(7) LEVEAU, Grégory, “La réforme du droit des contrats: 3 ans d’application”, *Village de la Justice*, disponible en <https://village-justice.com/articles/reforme-droit-des-contrats-ans-application,33434.html>.

(8) Omitimos casi todo comentario sobre los orígenes del desarrollo del tema, pues son vastamente conocidos los aportes fundacionales de Ihering y Fagella, y muchos desarrollos posteriores. Sobre el punto puede verse la obra de STIGLITZ, Rubén — STIGLITZ, Gabriel, “Responsabilidad precontractual”, Ed. AbeledoPerrot, Buenos Aires, 1992; así como CUIÑAS RODRÍGUEZ, Manuel, “Responsabilidad contractual y el nuevo Código”, LA LEY 2016-C-890; RUBÍN, Miguel, “La nueva dimensión de la responsabilidad precontractual. Aparición, apogeo y crepúsculo de la teoría de von Ihering”, ED del 10 y 11/03/2016.

concentrándonos en lo relacionado con la responsabilidad que puede emanar de la ruptura de las tratativas. Haremos unas breves reflexiones sobre el deber de confidencialidad (art. 992).

### II.1. El proceso de negociación y el consentimiento

El contrato se perfecciona con la recepción de la aceptación de la oferta (art. 971). Ello puede producirse de manera muy simple: cuando paso por la caja del supermercado, compro unos caramelos en el kiosco o subo al ómnibus y pago el precio del viaje, el contrato está perfeccionado (9); en estos casos no hay tratativas; la cuestión de la responsabilidad precontractual solo puede presentarse en los contratos en que hay un proceso de formación del acuerdo de voluntades.

La vida comercial muestra que existen contratos que se celebran luego de un extenso período de negociación. Es muy común en los contratos entre empresas, como los de transferencia de tecnología, licencias de marcas o patentes, contratos para la construcción de grandes obras, compraventa de paquetes accionarios que implican el control de las sociedades cotizantes en mercados públicos, pactos entre accionistas, fusiones y adquisiciones, etcétera.

Ello conduce a las partes a desarrollar tratativas previas o preliminares. Esas negociaciones que se extienden en el tiempo, antes del perfeccionamiento del contrato, es lo que se denomina tratativas precontractuales o contractuales (tal como las identifica el Código Civil y Comercial).

Así entonces, estas tratativas preliminares realizadas como prolegómenos del negocio forman parte del tiempo precontractual, pero no son indiferentes respecto del contrato ulterior (si lo hubiera); servirán para interpretarlo si se concreta y, si se frustra, pueden generar responsabilidad por la actuación de cada parte en esa instancia en función de los daños causados a la otra (10).

---

(9) En estos casos no se puede hablar de responsabilidad precontractual, pues no hay un “lapso” (o mejor período o etapa) de negociación: LORENZETTI, Ricardo, “Tratado de los contratos. Parte general”, 3ª ed. actualizada con Gonzalo Sozzo, Enrique Pita y Carlos Hernández, Ed. Rubinzal-Culzoni, Santa Fe, 2018, p. 378.

(10) GREGORINI CLUSELLAS, Eduardo L., “La responsabilidad precontractual y su reconocimiento”, LL AR/DOC/5339/2010.



## II.2. Definición de las tratativas contractuales

Se ha calificado como tratativa precontractual todo acto voluntario lícito realizado por alguna de las partes de un contrato futuro, enderezado a su celebración.

Aunque es preferible a nuestro juicio calificar estas tratativas como un *proceso de negociación* que precede, o puede preceder, a la formación de un contrato y que se lleva a cabo con esa finalidad (11). Quedan comprendidos tanto los meros actos lícitos, como adecuar físicamente la cosa objeto del contrato futuro, cuanto los actos jurídicos (v.gr., comprar la cosa que se habrá de revender) (12). Se incluyen las comunicaciones entre las futuras partes en las que acercan posiciones o intercambia información, así como los borradores, proyectos, minutas, cartas de intención, que pueden ir elaborándose en el proceso de negociación.

La más destacada doctrina argentina apunta que la tratativa supone algo más que un mero contacto físico entre las partes; la relación debe ser reconocible como obligatoria y generadora de expectativas de confianza (13).

Si bien luego volveremos sobre estos temas, debemos anticipar que el proceso de negociación tiende a determinar si el negocio se realiza o no y, como regla, cualquiera de las partes puede abandonar la negociación. Aunque, si ello sucediera de modo sorpresivo, abrupto, intempestivo, podría causar una atribución de responsabilidad contra aquel que actuó de esa manera; es el fenómeno que se conoce como responsabilidad precontractual.

## II.3. Momento desde y hasta el cual se extiende la tratativa precontractual. Principio general

Las tratativas contractuales transcurren desde que las partes entran en contacto en orden al eventual perfeccionamiento de un contrato y hasta que alcanzan un contrato preliminar (art. 994, Cód. Civ. y Com.) o hasta que concretan un contrato definitivo (arts. 957, 971 y ss., Cód. Civ. y Com.) o incluso hasta que logran un acuerdo parcial conclusivo en los términos del art. 982, Cód. Civ. y Com.

---

(11) DÍEZ-PICAZO, "Fundamentos del derecho civil patrimonial. Introducción. Teoría del contrato", 6ª ed., Ed. Thomson Civitas, Madrid, 2007, cap. XI, nro. 1, p. 310.

(12) LEIVA FERNÁNDEZ, Luis F. P., "Responsabilidad precontractual. Aportes para su estudio", LA LEY 1998-D-1229.

(13) LORENZETTI, Luis, "Tratado de los contratos. Parte general", ob. cit.

Naturalmente, las tratativas precontractuales también terminan cuando una o ambas partes deciden abandonar la negociación; así queda expuesto en el art. 990, conforme al cual “Las partes son libres para promover tratativas dirigidas a la formación del contrato, y para abandonarlas en cualquier momento” (14).

Ello es simplemente una derivación del principio de autonomía de la voluntad, consagrado en los arts. 958, 959 y ccds. del Cód. Civ. y Com., que a su vez tiene fundamento en el art. 14 de la CN, ya que está implícito en su texto cuando habla del *derecho a usar y disponer de la propiedad, de comerciar, de ejercer industria lícita, de enseñar y aprender, de asociarse con fines útiles*, y por supuesto, se desprende de todo su articulado y de los tratados internacionales con jerarquía constitucional. Es obvio que el derecho a comerciar comprende el *derecho a no comerciar*, y lo mismo podemos decir de los demás derechos. Es que impera el principio general de la libertad del art. 19 de la CN (15).

#### **II.4. Importancia del tema: la denominada responsabilidad precontractual**

Si nos quedáramos en el principio general, esto es, que cada parte es libre de abandonar las tratativas, lo cual es simplemente una derivación de un principio más general, cual es que nadie está obligado a contratar (art. 958), el tema de las tratativas tendría muy poco interés. Pero he aquí que, pese a que nadie está obligado a contratar y a que, por lo tanto, las partes pueden abandonar las tratativas en cualquier momento antes del perfeccionamiento del contrato, lo cierto es que la doctrina, la jurisprudencia y la legislación identifican supuestos en que el abandono de las tratativas puede comprometer la responsabilidad de quien lo hace, causando así su obligación de reparar ciertos daños.

#### **II.5. Caracterización preliminar de la responsabilidad precontractual**

Entrar en una negociación para la posible celebración de un contrato no importa establecer entre las partes una relación jurídica, pero

---

(14) Es una regla universal: así los Principios Unidroit dicen: “Cualquiera de las partes es libre de entablar negociaciones y no incurre en responsabilidad en caso de que estas no culminen en acuerdo” (art. 2.1.15).

(15) IBARLUCÍA, Emilio A., “¿Es constitucional obligar a contratar?”, LA LEY del 23/07/2020, p. 7; LL AR/DOC/2442/2020.

sí existe lo que se denomina una relación o contacto social (16), del cual emanan una serie de deberes que se enuncian —no taxativamente— en los arts. 991 y 992. Es el incumplimiento de esos deberes lo que puede causar la responsabilidad de alguna de las partes de la tratativa.

## II.6. Deber de actuar de buena fe

La relación precontractual no obliga a contratar, pero sí impone un deber de comportamiento correcto y leal, que en el art. 991 se concreta en la no frustración injustificada de la negociación. Esta solución ya había sido reconocida por la doctrina y la jurisprudencia argentinas, conforme a las cuales el derecho otorga valor jurídico y —por ende— concede protección a las negociaciones tendientes a la formalización del contrato, de donde, aun antes de que aquel llegue a celebrarse, el imperio del principio supremo de la buena fe penetra para siempre en el campo de la relación obligacional, inyectándole notas de respeto hacia los intereses de la contraparte que se traducen en la necesidad de conducir el obrar de cada uno de un modo funcionalmente valioso, tipificado por los deberes de corrección. Así, se había resuelto que se configura un supuesto de responsabilidad precontractual cuando se han contrariado las obligaciones emergentes de la buena fe, entendida esta como el deber de las partes de respetar la palabra empeñada y de no defraudar la confianza suscitada por una manifestación de voluntad o conducta asumida durante la realización de las tratativas, debiendo dicha confianza basarse en parámetros objetivos y no en la circunstancia psicológica del sujeto que confía (17).

## II.7. Otros deberes

La relación precontractual causa además los deberes de información, protección y confidencialidad. El Código Civil y Comercial enuncia expresamente el último en el art. 992, pero ello no excluye que consideremos que también rigen los otros dos mencionados, que en definitiva son derivaciones del principio general de buena fe.

---

(16) DÍEZ-PICAZO, "Fundamentos del derecho civil patrimonial...", ob. cit., nro. 4, p. 311.

(17) C2ªCiv. y Com. Paraná, Sala II, 24/09/1996, LL Litoral 1998-156.

### *II.7.a. Deber de información*

La buena fe precontractual exige, como regla, dar la información relevante acerca del objeto contractual. Esto es muy claro en materia de contratos al consumidor, donde tal deber está legalmente impuesto (art. 1100).

Toda la doctrina y la jurisprudencia de distintos países asume que tal deber existe también en los contratos paritarios; aunque más adelante veremos cómo en Francia este deber de información tiene una excepción que lo desnaturaliza en gran parte.

Además, en los contratos paritarios no es tan claro cómo funciona, pues el negocio se trata —se negocia— entre partes que no tienen una relación de profesional a consumidor y que pueden tener una equivalente —o casi— capacidad de negociación y de comprensión de los alcances del negocio.

Algunos casos son relativamente sencillos; si una parte, ya sea deliberadamente o por negligencia, ha engañado a la otra parte sobre la naturaleza o los elementos integrantes del contrato propuesto, ya sea tergiversando realmente los hechos o absteniéndose de revelar, incurre en una obvia violación del deber de información.

A título de ejemplo: en la importante obra del profesor de Harvard, Charles Fried (18), se alude al caso de la venta de una casa afectada por la presencia de termitas; el vendedor había hecho ciertos arreglos para evitar que el posible comprador advirtiera la presencia de termitas, y naturalmente omitió dar esta información al interesado (19). Es obvio que en este caso el vendedor actuó deshonestamente y el contrato debe ser anulado. En nuestro sistema de derecho civil diríamos que el enajenante incurrió claramente en dolo (por acción, al tapar los agujeros, y por omisión, al no decir nada sobre la plaga al posible comprador).

Pero, como anticipamos, otros casos no son tan sencillos.

El mismo Fried pone el siguiente ejemplo: una empresa petrolera ha hecho extensos cateos geológicos buscando identificar posibles reservas

---

(18) FRIED, Charles, "La obligación contractual. El contrato como promesa," trad. de Pablo Ruiz-Tagle Vial, Santiago, 1996, a partir de p. 116; v. también LLOBETI AGUADO, Joseph, "El deber de información en la formación de los contratos," Madrid, 1996; FABRE-MAGNAN, Muriel, "De l'obligation d'information dans les contrats," París, 1992.

(19) Caso "Obde v. Schlemeyer", resuelto en 1960.

de petróleo y gas. Estos son en extremo caros. Habiendo identificado un sitio promisorio, la empresa petrolera (actuando a través de un corredor) compra una gran porción de terreno a su propietario, un próspero agricultor, sin revelar nada de sus investigaciones, sus propósitos ni su identidad. El precio pagado es el de mercado para tierras de esa calidad en la región.

El asunto es en extremo complejo: la empresa petrolera gastó para conocer; no engañó al propietario presentándose —como dice Fried— “vestido con delantal y chupando una pajita”, sino que lo hizo a través de un corredor que actuaba para un comprador no identificado. Entre nosotros, la doctrina distingue entre información privada e información pública, afirmando que las investigaciones que haga una empresa sobre un aspecto determinado causan información privada que, como tal, tiene valor económico y por ello goza de protección jurídica (20). Aplicado este criterio al caso, la conclusión es que la empresa que hizo la investigación del campo podría retener la información recogida sin que ello pudiera comprometer ni la validez del contrato ni su responsabilidad. Y si la información es pública, quien no la conoce soporta su propia negligencia.

Otros ejemplos se relacionan con obras de arte: incurre en omisión dolosa el experto en arte que descubre en un mercado de pulgas o en la casa de una viuda una obra de un pintor consagrado (21). Como veremos, esto *no* es así en Francia, de acuerdo con los nuevos textos y su fuente: la jurisprudencia de la Cour de Cassation.

Las cuestiones que se plantean en estas hipótesis son sumamente complejas, pues en principio no hay un deber de remover toda ignorancia de la otra parte. Es más, no solo existe el deber de informar, sino también el de autoinformarse (22), lo que significa que las partes de la negociación no han de esperar solo la información que suministre la otra parte, sino que también han de buscar información sobre aquello que constituye el objeto del negocio.

Pero sin duda esa ignorancia ha podido mejorar el negocio para el comprador en las hipótesis que hemos planteado.

---

(20) LORENZETTI, Luis, “Tratado de los contratos. Parte general”, ob. cit., p. 389.

(21) En Holanda es famoso el caso del cuadro de Van Gogh comprado en un mercado de pulgas por menos de US\$ 10.

(22) DÍEZ-PICAZO, “Fundamentos del derecho civil patrimonial...”, ob. cit., nro. 6, p. 312, con cita de GÓMEZ CALLE, E., “Los deberes precontractuales de información”, Ed. La Ley, Madrid, 1994.

De todos modos, advertirá el lector que los casos planteados no son de responsabilidad precontractual, ya que en ellos el contrato se ha perfeccionado, pero sobre la base de una omisión de información de la que disponía una de las partes y no dio a la otra. Lo cual podría dar lugar a la anulación del contrato por la existencia de dolo o, eventualmente, lesión (23).

Al tratar el derecho francés veremos que el nuevo texto asigna un papel relevante al tema de la información en la etapa precontractual (art. 1112.1), generando deberes impuestos imperativamente, lo que sin duda constituye una novedad impactante. Pero, a la vez, contiene una excepción, relativa al valor del objeto del contrato, que termina por despojar al régimen de uno de sus principales atributos.

### ***II.7.b. Deber de protección***

Los deberes precontractuales de protección incluyen la salvaguardia de la integridad física de los sujetos que intervienen en las tratativas y de los bienes que serían objeto del contrato, si llegara a celebrarse. De modo que el vendedor de automóviles debe evitar que el posible comprador se lesione mientras lo prueba, y el posible comprador debe hacer lo necesario para no dañar el vehículo; así como quien se prueba una prenda de vestir debe procurar no perjudicarla en modo alguno (24).

### ***II.7.c. Deber de cooperación***

Autores nacionales incluyen el deber de cooperación, que consiste en colaborar asumiendo conductas activas (25) en orden a facilitar la negociación y la eventual celebración del contrato. Por ejemplo, si se trata de una posible fusión de sociedades, poniendo ambas partes a disposición los documentos, libros de comercio, etc., necesarios para el *due diligence*.

---

(23) V. RIVERA, Julio C., "Instituciones de derecho civil. Parte general", 7ª ed., Ed. AbeledoPerrot, Buenos Aires, 2020, t. II, cap. XL, nro. 35.

(24) Leiva Fernández comprende estas conductas en un "deber de custodia"; "Comentario al art. 990", en ALTERINI, J. H., *Código Civil y Comercial comentado. Tratado exegético*, Ed. La Ley, Buenos Aires, 2015, t. V, p. 202.

(25) LEIVA FERNÁNDEZ, "Responsabilidad precontractual...", ob. cit.; BREBBIA, Roberto H., "Responsabilidad precontractual", Ed. Zavalía, 1957, p. 51.

### ***II.7.d. Deber de confidencialidad***

El art. 992 impone a las partes el deber de confidencialidad, de modo que si durante las negociaciones una de las partes facilita a la otra una información con carácter confidencial, el que la recibió tiene el deber de no revelarla y de no usarla inapropiadamente en su propio interés. La parte que incumple este deber queda obligada a reparar el daño sufrido por la otra y, si ha obtenido una ventaja indebida de la información confidencial, queda obligada a indemnizar a la otra parte en la medida de su propio enriquecimiento.

Por regla general, la información que se maneja durante la negociación *no* es confidencial, salvo que expresamente así la califique la parte que la suministra, o que se haya suscripto un acuerdo de confidencialidad, lo que es frecuente en los negocios internacionales; se los suele conocer como *non disclosure agreement* o *contractual statements of non disclosure*.

En estos acuerdos, las partes explicitan qué información será calificada como reservada o confidencial, quiénes y cómo accederán a la información, la extensión temporal de dicha confidencialidad y su alcance en función del resultado de la negociación, las sanciones o consecuencias en caso de incumplimientos al deber de reserva, la extensión a empresas vinculadas, la obligación de devolver la información recibida y/o destruir las copias o registros contenidos en cualquier tipo de soporte. Desde luego, esta clase de convenios escapa a la estricta relación de las partes negociantes e involucrará, en su caso, a terceros vinculados (v.gr., asesores, auditores, financistas, abogados, directivos y empleados de las partes, etc.). El incumplimiento de lo así convenido causa una responsabilidad contractual que se rige por las reglas generales en materia de responsabilidad civil.

La ley atribuye dos deberes a quien recibe la información calificada de confidencial: el de no revelarla a terceros y el de no utilizarla inapropiadamente en beneficio propio.

No se alcanza a avizorar con claridad qué quiere decir el Código Civil y Comercial con la inclusión del adverbio calificador “inapropiadamente” con el que reemplaza el “injustificadamente” que proponía el Proyecto de 1998 que le ha servido de fuente. El “Diccionario de la Lengua Española” define “apropiadamente” como “con propiedad”, lo cual parecería indicar que en el caso sería de acuerdo con el sentido, significado o finalidad para la que la información ha sido dada.

En pocas palabras, la información proporcionada como confidencial no deber ser revelada a terceros ni usada por quien la recibió. Este es el sentido de este precepto tan confuso.

Quien ha usado inapropiadamente la información confidencial está obligado a reparar el daño que haya sufrido quien la suministró con tal carácter. Claramente, ello comprende todos los daños que tengan adecuada relación de causalidad con el hecho ilícito.

Pero además puede haber otra medida de la reparación, que está dada por la ventaja indebida obtenida por la parte que usó la información confidencial, la que está obligada a indemnizar en la medida de su enriquecimiento. De donde se sigue que no sería propiamente una indemnización de daños —como sugiere la redacción del art. 992—, toda vez que no se requeriría daño en la víctima, sino que esta se apropiaría de los beneficios obtenidos por el infractor con la infracción. Ello se justifica en que la propiedad intelectual de la parte agraviada puede haber sufrido una devaluación como consecuencia de la divulgación o utilización no autorizadas (26).

## **II.8. Presupuestos de la responsabilidad precontractual**

El Código Civil y Comercial establece en el art. 991 que quien ha frustrado injustificadamente las negociaciones debe resarcir el daño causado. Ello nos obliga a examinar cómo funcionan en el caso los presupuestos de la responsabilidad civil, pero reiterando que estamos obviamente en el ámbito de los contratos paritarios (27); los contratos con consumidores tienen su propio régimen y rigen en ellos otros principios y consecuencias.

### ***II.8.a Antijuridicidad***

El supuesto legal que permite atribuir responsabilidad es la frustración injustificada de las negociaciones. En esta orientación, se había resuelto entre nosotros que la responsabilidad por ruptura de las negociaciones no puede tener jamás por antecedente el mero hecho de que el contrato no

---

(26) LARA AGUADO, Ángeles, “La responsabilidad precontractual en derecho comparado”, en SÁNCHEZ LORENZO, Sixto (ed.), *Derecho contractual comparado*, 3ª ed., Ed. Thomson Reuters, 2016, t. I, p. 627.

(27) LORENZETTI, Luis, “Tratado de los contratos. Parte general”, ob. cit., p. 380.



llegue a celebrarse, sino que es necesario que una de las partes haya abusado de la confianza de su contraparte, infligiéndole un daño (28).

La doctrina y la jurisprudencia extranjeras han reconocido algunos casos de conductas que permiten atribuir responsabilidad, tales como:

(i) Entrar o mantenerse en una negociación sabiendo que no se ha de contratar:

ciertos casos paradigmáticos de responsabilidad precontractual son reconocidos en muchas jurisdicciones nacionales. Entre ellos, cabe mencionar en primer término las negociaciones iniciadas con el específico propósito de romperlas, y las negociaciones que se continúan aun estando decidido a romperlas. En este sentido, Díez-Picazo apunta que se considera contrario a la buena fe y la lealtad en los tratos que una de las partes inicie o continúe unas negociaciones sin intención real de llegar a un acuerdo, cualesquiera sean las motivaciones que le hayan impulsado a iniciar esas aparentes negociaciones o a continuarlas (29).

Así lo prevén los Principios Unidroit: “En especial, se considera mala fe el entrar en negociaciones o continuarlas con la intención de no llegar a un acuerdo” [art. 2.1.15 (iii)]. Lo mismo hacen algunos ordenamientos jurídicos nacionales (30).

(ii) La ruptura abrupta o intempestiva de las negociaciones es otro supuesto de violación del principio de buena fe: la libertad de contratar y, por ende, la de no contratar es un principio del cual deriva como consecuencia que la ruptura de las negociaciones es —como regla— un acto lícito (31).

Pero ese acto lícito se convierte en fuente de responsabilidad si se exceden los límites impuestos por el principio de buena fe.

Claro que esto se dice fácil pero es muy difícil de concretar cuando estamos frente a los casos reales. Máxime porque la negociación es un proceso competitivo, en el cual cada parte de la tratativa trata de maximizar sus ventajas, por lo que es de la esencia de toda negociación que

---

(28) CNCom., Sala D, 17/02/2010, “Neptan SA c. International Container Terminal Services y otros”, LL AR/JUR/211/2010.

(29) DÍEZ-PICAZO, “Fundamentos del derecho civil patrimonial...”, ob. cit., nro. 5, p. 312.

(30) LARA AGUADO, Ángeles, “La responsabilidad precontractual...”, ob. cit.

(31) DÍEZ-PICAZO, “Fundamentos del derecho civil patrimonial...”, ob. cit.

haya incertidumbre, riesgos, creación de expectativas y, a veces, manipulación o retención de información (32).

Tanto es así que aun en el abordaje que hacen los distintos ordenamientos jurídicos pueden reconocerse matices. Ni hablar de que en el derecho inglés es casi imposible concebir una responsabilidad causada en el abandono de negociaciones, pero aun en los países pertenecientes a otras familias jurídicas se aprecian diferencias. Así, hay algunos que entienden que cualquier ruptura sin justa causa da lugar a indemnización de daños, otros que exigen la culpa en ese comportamiento y quienes se basan en la confianza suscitada en la otra parte (33).

Y aquí el punto es: ¿dónde está el derecho argentino?

De acuerdo con el texto del art. 991, la conducta antijurídica es la frustración injustificada de las negociaciones.

La expresión —según nuestro juicio— no es feliz, pues parecería que quien se ha retirado de las negociaciones debería dar un motivo o justificación de su conducta, lo cual aparece contradictorio con lo expuesto en el art. 990, que establece la libertad para abandonarlas en cualquier momento. Y así lo sostiene explícitamente alguna doctrina, afirmando: “Si hubiere alguna justa causa la conducta no sería culposa”, y poco más adelante sigue diciendo: “Tampoco existe responsabilidad precontractual si la ruptura, pese a ser intempestiva, reconoce causa, esa causa es justa y fue comunicada a la otra parte de la negociación. La causa es justa cuando no es imputable al que interrumpe la negociación” (34).

Desde nuestro punto de vista, estas afirmaciones llevan a invertir el principio del art. 990: *las partes no están obligadas a contratar y pueden abandonar las negociaciones sin responsabilidad, sin necesidad de invocar ninguna causa que lo justifique.*

---

(32) LORENZETTI, Luis, “Tratado de los contratos. Parte general”, ob. cit., p. 380.

(33) LARA AGUADO, Ángeles, “La responsabilidad precontractual...”, ob. cit., nro. 14, p. 646.

(34) V. RIVERA, Julio C. — CROVI, Luis D. — DI CHIAZZA, Iván G., “Contratos. Parte general”, Ed. AbeledoPerrot, Buenos Aires, 2017, cap. VIII, nro. 13; cabe acotar que a continuación sigue la crítica de Rivera a esas afirmaciones que provienen del autor del capítulo; en la misma orientación, STIGLITZ, Rubén — STIGLITZ, Gabriel, “Responsabilidad precontractual”, ob. cit., ps. 116/117; PICASSO, Sebastián, “La responsabilidad precontractual en el Proyecto de Unificación Civil y Comercial de 1998”, RCyS, año II, nro. 1, p. 18. Según la opinión de Di Chiazza.

Por ello sostenemos que para preservar lo que es un principio cardinal —la libertad de contratar o no hacerlo (35)— es la contraparte, o sea, el pretense damnificado, quien debe probar que quien se apartó de las tratativas lo hizo violando el principio de buena fe. Esto es, normalmente, que entró o continuó una negociación que no tenía intención de concretar o que había suscitado una confianza tal en la concreción del negocio que le había impulsado a realizar gastos, habiéndola abandonado de manera abrupta (36). En esta orientación, se resolvió —durante

---

(35) Comp. LORENZETTI, Luis, “Tratado de los contratos. Parte general”, ob. cit., p. 397, quien afirma que el bien jurídico protegido no es la libertad de comercio, sino la confianza; por ello, hay responsabilidad si uno de los negociantes realiza actos que inducen a creer que el contrato se ha de perfeccionar.

(36) Así, se ha resuelto que corresponde hacer lugar a la demanda deducida por quien aduce haber sufrido daños y perjuicios con motivo de la frustración de un contrato de compraventa de un automotor, pues de las constancias de la causa surge que fue intempestivamente dejado sin efecto por la demandada sin justificativo alguno, sin informar al oferente su no realización, lo cual denota desinterés, desidia y se encuentra alejado de la buena fe contractual (CCiv., Com. y Lab. Presidencia Roque Sáenz Peña, 15/04/2009, “Pared, José Antonio c. Maurino SA y/o Q. R. R.”, LL AR/JUR/17192/2009); o cuando la demandada comunicó al potencial comprador el rechazo de la oferta, una vez vencido en exceso el plazo estipulado al efecto, pues dicha circunstancia permite tener por configurado un supuesto de culpa *in contrahendo* en virtud de haber mediado un ejercicio abusivo de la libertad de no contratar (el plazo para responder era de 48 horas, y la oferta de compra fue rechazada 26 días después) (CNCom., Sala C, 30/04/2010, “Gómez, María de los Ángeles c. Cordis SA y otro”, LL AR/JUR/21725/2010). Procede atribuir responsabilidad a una productora de televisión y al conductor de un programa por el incumplimiento del compromiso asumido públicamente por este último de hacer participar a la actora en el próximo ciclo de su programa, ya que se acreditó mediante un video la promesa expresada y la ausencia de verbo potencial que revelara que la participación ofrecida fuera facultativa o una posibilidad sujeta a discrecionalidad alguna, ni que se limitara a una oportunidad aislada, todo lo cual generó una expectativa razonable de trabajo en aquella y cuyo incumplimiento enmarca en el ámbito de la responsabilidad por ruptura de negociaciones precontractuales (CNCiv., Sala M, 13/11/2007, “Mussa, Nadia Yamila c. Ideas del Sur SA”, LL AR/JUR/10249/2007). El Estado provincial que omitió suscribir un contrato de obra pública debe reparar el daño precontractual irrogado a la adjudicataria, ya que incurrió en culpa *in contrahendo*, en tanto omitió realizar las diligencias apropiadas para acceder al perfeccionamiento del contrato en vías de promoción (en el caso, omitió extender el contrato con la forma exigida por la ley), pero no son indemnizables los gastos improductivos directos e indirectos deducidos por la adjudicataria de un contrato de obra pública que nunca se formalizó, ya que se trata de rubros indemnizatorios que están sujetos a la vigencia efectiva del contrato. Tampoco corresponde indemnizar el lucro cesante, dado que, hallándose la relación aún en etapa de formación, no podría pensarse en sumas que estuvieran ya comprometidas a título de ganancias (STJ Santiago del Estero, 12/05/2006, “Pereyra, Aldo Enerio Empresa Constructora c. Dirección Provincial de Recursos Hídricos”, LL AR/JUR/2819/2006).

la vigencia del Código hoy derogado— que la atribución de culpa precontractual a la empresa accionada es improcedente si el actor no demostró que existió un grado de avance importante de las conversaciones celebradas con relación a un proyecto que pretendía desarrollar, ni que con motivo de una conducta imputable a esta última se frustraron las expectativas ciertas de celebrar el contrato (37).

(iii) Desconocer los acuerdos alcanzados:

Se sostiene que puede haber responsabilidad si no se respetan los acuerdos ya alcanzados, aunque sean parciales, lo que sucede cuando una de las partes, no estando todavía concluido el contrato, pretende volver a discutir sobre un precio que ya había sido acordado (38). Es bien dudoso este ejemplo, pero es bueno estar alerta sobre estos acuerdos parciales, no solo por lo dispuesto en el art. 982 del Cód. Civ. y Com., sino porque exigen de los abogados que redactan un *memorandum of understanding* (MOU) o una minuta de una reunión que tengan bien en claro el alcance que quieren dar a estos instrumentos, ya que eventualmente pueden ser tomados como evidencia de acuerdos parciales, esto es, temas cerrados y sobre los cuales no se puede volver a discutir. La experiencia profesional enseña que en contratos sofisticados —y, por ende, complejos— todo está en discusión hasta el momento en que se firman.

## II.9. Innecesariedad de la oferta

El art. 991, Cód. Civ. y Com., permite atribuir responsabilidad aun cuando el abandono de las negociaciones se haya hecho antes de que hubiera existido una oferta. Esta es una solución que había sido adoptada por algunos fallos durante la vigencia del Código Civil derogado (39),

---

(37) CNCom., Sala F, 11/08/2011, “Mancinelli, Juan Carlos c. Siemens IT Solutions and Services SA s/ ordinario”, LL AR/JUR/53910/2011.

(38) LEIVA FERNÁNDEZ, “Comentario al art. 990”, ob. cit., p. 210.

(39) CNCiv., Sala B, 30/10/1959, ED 38-150; CNCiv., Sala F, 22/10/1981, ED 122-663; íd., íd., 02/07/1982, ED 102-357. Más próximo en el tiempo: la responsabilidad contractual se extiende a cualquier caso de brusca ruptura de los acuerdos preliminares, aun cuando estos no se hubiesen concretado todavía en oferta definitiva, siempre que se hubieran realizado trabajos preparatorios con la autorización expresa o tácita de la otra parte. En el caso, la demandada invitó a determinados estudios de arquitectura a presentar un anteproyecto, con imprecisión respecto al alcance del “premio” para el elegido, para luego desentenderse y atribuirle carácter de contribución voluntaria, lo que es encuadrable dentro de la responsabilidad precontractual, en tanto la demandante vio frustradas sus legítimas expectativas creadas en torno a la invitación formulada. De lo que se sigue que los gastos, trabajos y estudios en que incurrió una

aunque en otros casos se tuvo en cuenta para desestimar la responsabilidad que las negociaciones no habían avanzado a un grado tal como para generar la legítima expectativa de firmar el acuerdo (40).

Con esta solución, el Código Civil y Comercial parece acercarse a la elaboración ya centenaria de Fagella, para quien el período precontractual no comienza con la emisión de la oferta, sino que tiene su origen con el inicio de las meras tratativas, debiéndose desde entonces recíproca diligencia en el obrar los precontractantes y cerrándose una primera etapa con la formulación de aquella, y abriéndose una segunda a partir de ella, que terminaría con el perfeccionamiento del contrato, por lograrse el acuerdo de voluntades, o con la extinción de las negociaciones por des-acuerdo definitivo. Tanto la etapa anterior como la posterior a la oferta pueden generar responsabilidad, pero como la intensidad de la relación es distinta, también será diferente el deber de resarcir las consecuencias dañosas del actuar culposo de alguno o algunos de los involucrados en la situación precontractual (41).

## II.10. Otros casos relacionados con los deberes existentes en la etapa precontractual

La relación precontractual impone ciertos deberes que ya hemos enumerado. La violación de esos deberes puede causar la atribución de responsabilidad. Ya lo hemos visto con relación a la información y la custodia.

A los casos que hemos mencionado podemos agregar el del sujeto que oculta al otro una circunstancia que impide la celebración del contrato o causa su nulidad, como puede ser la inexistencia de una autorización administrativa o de otra especie para realizar el negocio; o, después de haberse arribado a un acuerdo, negarse a firmar el documento exigido como recaudo formal (42); la parte vendedora de un inmueble oculta que está sujeto a expropiación. La doctrina más autorizada recuerda que la jurisprudencia alemana consideró también que existe responsabilidad precontractual causada en la violación de los denominados deberes

---

de las partes deben serle resarcidos: CNCiv., Sala F, 02/03/2000, "Serra, Fernando H. y otro c. Piero SAlyC", LL AR/JUR/4022/2000.

(40) CNCiv., Sala D, 03/11/2015, "Quiroga, Javier y otros c. González, Raúl Ramón s/ daños y perjuicios", LL AR/JUR/62219/2015.

(41) CUIÑAS RODRÍGUEZ, Manuel, "Responsabilidad contractual y el nuevo Código", ob. cit.

(42) DÍEZ-PICAZO, "Fundamentos del derecho civil patrimonial...", ob. cit., nro. 9, p. 315.

de protección, por lo que atribuyó a una empresa la carga de indemnizar a la cliente que fue dañada por la conducta de un vendedor mientras aquella examinaba las mercancías ofrecidas (43).

### ***II.10.a. El valor protegido: la confianza motivada***

Si bien, a nuestro juicio, el ordenamiento debe privilegiar la libertad de contratar o no hacerlo, pues es una derivación del principio general de libertad que emana del art. 19, CN, lo cierto es que en la materia también está en juego la confianza como valor tutelado por el ordenamiento. De allí que para que exista responsabilidad de quien se retiró de una negociación se exige que el demandante haya confiado, sin su culpa, en la celebración del contrato.

Es un requisito que proviene de la jurisprudencia italiana y francesa, las que coinciden en afirmar que el sujeto que pretende la indemnización debe haberse visto frustrado en una confianza suficientemente motivada.

Es bien difícil determinar en los casos concretos cuándo existe esa “confianza tutelable”; algunos toman en cuenta la duración de las negociaciones, lo avanzado de ellas, los gastos que se han efectuado en miras a la celebración del contrato, el abandono de otras tratativas paralelas sobre objeto análogo, las anteriores relaciones entre las mismas partes, los acuerdos parciales que se pudieran haber alcanzado, etcétera.

Es, en definitiva, una cuestión de hecho, y la prueba debe convencer al juez de que la parte demandante confiaba seria y justificadamente en la celebración del contrato.

### ***II.10.b. Factor de atribución***

El factor de atribución es siempre subjetivo; será el dolo cuando la parte entró en las tratativas sin intención alguna de celebrar el contrato y lo hizo solo para impedir, por ejemplo, que la otra parte contrate con un competidor. Será la culpa cuando ha actuado negligentemente en la continuación de la negociación que estaba destinada al fracaso. Esta afirmación tan contundente no necesariamente es compartida por todos

---

(43) *Ibíd.*, nro. 10, p. 317.

los autores (44), y lo cierto es que el texto legal argentino no es suficientemente preciso.

### II.11. Carga de la prueba

La demostración de que una de las partes negoció de mala fe y, por ende, incurrió en responsabilidad civil corre a cargo de quien la invoca. Ya hemos anticipado sobre el punto que —en nuestra opinión— para preservar lo que es un principio cardinal —la libertad de contratar o no hacerlo— es el pretense damnificado quien debe probar que quien se apartó de las tratativas lo hizo violando el principio de buena fe.

De todos modos, en esta como en otras materias, puede aplicarse el criterio de las cargas dinámicas, que exige a cada parte proveer la prueba de que dispone, con lo que el demandado debería allegar los elementos con que cuente para demostrar que no entró en o continuó una negociación que no pensaba concretar, o las razones por las cuales desistió de continuar con la negociación en curso.

### II.12. El daño indemnizable

Todos los proyectos de reformas al Código Civil, incluso el Proyecto de 1998, limitaban la responsabilidad de quien ha frustrado el contrato

---

(44) Se descarta la aplicación de todo factor objetivo, como, sin embargo, lo ha propiciado alguna doctrina: MOSSET ITURRASPE, Jorge, "Responsabilidad civil", Ed. Hammurabi, Buenos Aires, 1992, p. 73, cit. por LORENZETTI, Luis, "Tratado de los contratos. Parte general", ob. cit., nota 76, p. 398; STIGLITZ, Rubén — STIGLITZ, Gabriel, "Responsabilidad precontractual", ob. cit., ps. 116/7; RUBÍN, Miguel, "La responsabilidad precontractual en el ámbito mercantil, en particular ante situaciones de abuso de la posición dominante", ED 240-899. CUIÑAS RODRÍGUEZ, Manuel, "Responsabilidad contractual y el nuevo Código", ob. cit., dice: "Ponderando entonces los intereses de la víctima del obrar u omitir antijurídico, por sobre los del agente de tales conductas, se entiende que el factor de atribución adecuado es el objetivo, bastando entonces por parte de aquel la acreditación de la ruptura intempestiva o arbitraria de las negociaciones, o el retiro indebido de la oferta o la conclusión inválida del contrato, por parte del segundo, para tener probado el presupuesto analizado. Se aplica entonces al obrar del precontractante al que se le atribuye el comportamiento antijurídico, el principio del riesgo creado por la actividad que fue desarrollando hasta producirse la extinción anormal de lo gestado previamente; y tal principio es, aplicado en forma directa, objetivo, si bien indirectamente subyacerá siempre o casi siempre una actitud subjetivamente culposa o dolosa del agente de la ilicitud, pero no resultando esto trascendente sobre la base de lo expuesto para quien padezca tal conducta y eventualmente accione por responsabilidad precontractual".

a la indemnización del daño al interés negativo (45). Es por lo demás la solución corriente en el derecho comparado (46). O sea que normalmente la reparación se limitaría a los gastos causados en la negociación; o, como se dijo en el calificado como *leading case* en la materia: "... La propuesta representa para el destinatario, mediante la aprehensión que él haga, un valor jurídico y económico y ese valor comprende: lo que la propuesta vale con relación a la formación del derecho contractual, el importe de los gastos y del trabajo en que el destinatario ha incurrido en las negociaciones y en la elaboración de la propuesta; cuanto el destinatario ha empleado en gastos y en trabajos para conservarla, preparar el nacimiento, la vitalidad y la existencia del derecho contractual; según lo anota el Dr. Alberto G. Spota, en JA 46-975" (47)(48).

Ello excluye de principio la indemnización del lucro cesante causado en las expectativas derivadas del negocio frustrado (49); y lo cierto es que casi no existen ejemplos en el mundo que autoricen la reparación del daño al interés positivo.

---

(45) En esta orientación: CCiv. y Com. Jujuy, Sala III, 29/11/2003, "Empresa del Milagro SRL c. D., G. C. y otro", LL AR/JUR/5793/2003.

(46) LARA AGUADO, Ángeles, "La responsabilidad precontractual...", ob. cit., nro. IV, ps. 655 y ss.

(47) CNCom., Sala B, 16/09/1953, "Litvak, Adolfo c. Olivetti Argentina SA", LL AR/JUR/6/1953.

(48) Cabe apuntar una observación a la sentencia "Litvak". En el caso, la inconducta de la demandada estaba plenamente acreditada: el Sr Litvak había sido despedido por su empleador, Olivetti, pero este le ofreció actuar como agente en alguna ciudad. El Sr. Litvak había elegido Salta, y Olivetti se comprometió a enviarle el contrato de agencia, así como la misma sociedad habíase constituido en fiador de la locación del local en que funcionaría la agencia y había enviado mercadería. Pero enterada Olivetti de que entre el personal contratado por Litvak se hallaba alguien que no era de su agrado, dio la instrucción de no enviarle el contrato y, más aún, de retirarle la mercadería que ya le había sido enviada. Sin embargo, el tribunal desestimó como rubro indemnizatorio las indemnizaciones que debió pagar el actor al personal que tenía contratado, lo cual constituye —a nuestro juicio— un gasto que, no nos cabe duda, era susceptible de ser incluido en la indemnización, pues tenía estricta relación con la frustración de la confianza depositada en la celebración del contrato.

(49) El lucro cesante resulta improcedente en el marco de la responsabilidad precontractual, pues la extensión del resarcimiento se limita al daño emergente representado por los gastos realizados durante las tratativas, pero no comprende las ganancias dejadas de percibir: CNCom., Sala D, 17/02/2010, "Neptan SA c. International Container Terminal Services y otros", LL AR/JUR/211/2010. También desestimando el lucro cesante: CNCom., Sala B, 16/09/1953, "Litvak, Adolfo c. Olivetti Argentina SA", LL AR/JUR/6/1953.



Pero el Código Civil y Comercial en los artículos que comentamos no contiene una previsión semejante, y ha desaparecido la categoría del daño al interés negativo, por lo que, en principio, serían atribuibles todos los daños que tengan una adecuada relación de causalidad con la conducta antijurídica, por aplicación de las reglas generales de la responsabilidad civil. Lo cual no necesariamente significa que deba repararse lo que se hubiera podido ganar si el contrato se hubiera celebrado, ya que, en definitiva, el negocio no se realizó, y lo cierto es que, aun cuando la negociación se hubiera conducido siempre con buena fe, nada aseguraba la concreción del negocio. Por lo que en el ámbito local algunos autores sostienen que no se trata de reparar el lucro cesante ni la chance, sino el lucro perdido ante la frustración de la posibilidad de haber celebrado un contrato con un tercero antes de la ruptura (50).

Y más aún, atento a que los textos vigentes no contienen previsiones explícitas que limiten los daños resarcibles al daño al interés negativo ni de ninguna otra manera, un autor sostiene: “En cuanto a la extensión del resarcimiento es iluminador el art. 1725, Cód. Civ. y Com., que prescribe, en su primera parte, que ‘cuanto mayor sea el deber de obrar con prudencia y pleno conocimiento de las cosas, mayor es la diligencia exigible al agente y la valoración de la previsibilidad de las consecuencias’, por lo que a mayor avance, verbigracia, de las tratativas, mayor será la posibilidad de imponer resarcibilidad de los daños padecidos por la víctima, y aún más si hubo oferta emitida y retractada indebidamente o contrato perfeccionado pero inválido. Asimismo, ‘cuando existe una confianza especial, se debe tener en cuenta la naturaleza del acto y las condiciones particulares de las partes’ en orden a mensurar las consecuencias de la frustración de las tratativas preliminares, tal como se establece por la segunda parte del mismo art. 1725, Cód. Civ. y Com.” (51).

En otras palabras, por el modo en que se ha legislado el tema, tiene cierto asidero la idea de la reparación integral, totalmente contraria a lo que siempre se ha sostenido en esta materia, desde los aportes doctrinarios fundacionales, pasando por los precedentes judiciales locales que hemos comentado y terminando en el derecho comparado.

---

(50) ROVIRA, Alfredo, “Tratativas preliminares al contrato y ruptura en el nuevo Código”, LA LEY 2015-C-906; v. también CARAMELO, Gustavo, “La regulación de las tratativas contractuales en el Código Civil y Comercial de la Nación”, LA LEY, *Supl. Esp.: Nuevo Código Civil y Comercial de la Nación. Contratos*, 2015 (febrero), p. 63; LLAR/DOC/180/2015.

(51) CUIÑAS RODRÍGUEZ, Manuel, “Responsabilidad contractual y el nuevo Código”, *ob. cit.*

Con respecto a la responsabilidad causada en la violación del deber de confidencialidad, tiene particularidades que ya hemos expuesto.

### III. EL DERECHO FRANCÉS

#### III.1. La reforma del derecho de los contratos

Ya hemos hecho una breve referencia a los antecedentes de la reforma al derecho de los contratos. Sobre su “filosofía” existen por supuesto múltiples criterios expuestos por los distintos autores. En general, puede calificarse de una reforma moderada, bastante diferente de los proyectos europeos, pues consagra la distinción entre los contratos *de gré à gré* —que podríamos traducir como contratos paritarios— y los de adhesión, limitando significativamente el control judicial sobre los primeros (52), aunque también se apunta que la formulación de múltiples principios dará cierto poder a los jueces (53).

#### III.2. Textos comprometidos

En lo que atañe a la materia que estamos estudiando, cabe consignar que se incluye un nuevo art. 1112, que dice: *“L’initiative, le déroulement et la rupture des négociations précontractuelles sont libres. Ils doivent impérativement satisfaire aux exigences de la bonne foi. En cas de faute commise dans les négociations, la réparation du préjudice qui en résulte ne peut avoir pour objet de compenser ni la perte des avantages attendus du contrat non conclu, ni la perte de chance d’obtenir ces avantages”* (54).

Este precepto se inserta en el capítulo sobre la formación del contrato y se complementa con otros dos artículos sobre los deberes de información y de confidencialidad.

Dicen así: art. 1112-1: *“Celle des parties qui connaît une information dont l’importance est déterminante pour le consentement de l’autre doit*

---

(52) SAVAUX, Eric, “El nuevo derecho francés de obligaciones y contratos”, ob. cit.

(53) AYNÉS, Laurent, “Le juge et le contrat: nouveaux rôles?”, *Revue des Contrats*, abril de 2016, p. 14.

(54) En castellano: “La iniciativa, el desarrollo y la ruptura de las negociaciones precontractuales son libres. En caso de culpa cometida en las negociaciones, la reparación del perjuicio que de ello resulte, no puede tener por objeto compensar ni la pérdida de ventajas esperadas del contrato no concluido, ni la pérdida de chance de obtener esas ventajas”.

*l'en informer dès lors que, légitimement, cette dernière ignore cette information ou fait confiance à son cocontractant. Néanmoins, ce devoir d'information ne porte pas sur l'estimation de la valeur de la prestation. Ont une importance déterminante les informations qui ont un lien direct et nécessaire avec le contenu du contrat ou la qualité des parties. Il incombe à celui qui prétend qu'une information lui était due de prouver que l'autre partie la lui devait, à charge pour cette autre partie de prouver qu'elle l'a fournie. Les parties ne peuvent ni limiter, ni exclure ce devoir. Outre la responsabilité de celui qui en était tenu, le manquement à ce devoir d'information peut entraîner l'annulation du contrat dans les conditions prévues aux articles 1130 et suivants" (55).*

Art. 1112-2: *"Celui qui utilise ou divulgue sans autorisation une information confidentielle obtenue à l'occasion des négociations engage sa responsabilité dans les conditions du droit commun" (56).*

De modo que el Código francés contiene ahora una regla general sobre las negociaciones, en la que comienza señalando la libertad de las partes para llevarlas adelante y para abandonarlas, siempre bajo el imperio de la buena fe. Y cuando se trata de su ruptura, precisa el factor de atribución —obviamente subjetivo— y se dirige a precisar cuáles son los daños indemnizables.

En los dos artículos siguientes trata con cierto detalle la obligación de información y el deber de confidencialidad.

Haremos un breve análisis de estos artículos para comparar sus soluciones con las del Código Civil y Comercial.

---

(55) En castellano: "Las partes que tengan conocimiento de información cuya importancia sea determinante para el consentimiento de la otra, deberán informarla cuando, legítimamente, esta ignore dicha información o confie en su cocontractante. Sin embargo, este deber de información no recae sobre la estimación del valor de la prestación. Tienen una importancia decisiva las informaciones que tienen un vínculo directo y necesario con el contenido del contrato o la calidad de las partes. Incumbe a la parte que alega que se le debía proveer una información probar que el deber era de la otra parte y a esta demostrar que la proporcionó. Las partes no pueden limitar ni excluir este deber. Además de la responsabilidad del obligado, el incumplimiento de este deber de información puede resultar en la anulación del contrato en las condiciones previstas en los arts. 1130 y ss."

(56) En castellano: "Aquel que utilice o divulgue sin autorización una información confidencial obtenida con ocasión de las negociaciones compromete su responsabilidad en las condiciones del derecho común".

### III.3. Negociaciones (art. 1112)

Como decíamos, el artículo comienza estableciendo lo que parece obvia consecuencia del principio de libertad: las partes son libres para iniciar, desarrollar y en su caso abandonar las negociaciones.

Ello sí, siempre actuando de buena fe.

En ello no encontramos diferencias con el derecho argentino, ni seguramente con ningún otro ordenamiento jurídico.

El art. 1112 no se detiene en tal formulación de principio, sino que además contempla las tratativas precontractuales desde el punto de vista de su ruptura, que algún autor califica como “brutal” (57). Señala el mismo autor que el artículo omite precisar los criterios que permitirían calificar como abusiva la conducta de quien ha roto la negociación.

Nuestro enfoque comparatista debe centrarse en dos aspectos cruciales de la materia que el Código francés aborda sin complejos.

El primero de ellos es el factor de atribución, que sin duda es subjetivo, en tanto se alude a la *faute commise dans les négociations*. Si bien en el derecho argentino predomina la idea de que el factor de atribución de responsabilidad es subjetivo, hemos visto que para algunos autores, tratándose del ejercicio abusivo del derecho de retirarse de una negociación, el factor de atribución sería objetivo. Tal debate no puede darse en el derecho francés vigente.

A esta altura del discurso cabe puntualizar que en el derecho francés la responsabilidad precontractual es —a diferencia del derecho alemán— de naturaleza extracontractual (58); es estéril debatir tal cuestión en derecho argentino, en tanto el Código Civil y Comercial ha unificado el régimen de la responsabilidad civil.

El segundo punto que el art. 1112 del Código francés asume es el de los daños indemnizables. En esto resuelve que “... *ne peut avoir pour objet de compenser ni la perte des avantages attendus du contrat non conclu, ni la perte de chance d’obtenir ces avantages*”. Adviértase qué curioso es el método que adopta el legislador francés, que en vez de decir qué es lo indemnizable, define lo que no es susceptible de reparación. Excluye por lo tanto las ventajas esperadas del contrato y la chance de obtener esas ventajas, con lo cual se entiende que excluye el lucro cesante y la

---

(57) LEVEAU, Grégory, “La réforme du droit des contrats...”, ob. cit.

(58) CABRILLAC, Rémy, “El nuevo derecho francés de los contratos”, ob. cit.

chance de obtener tal lucro. En definitiva, lo indemnizable será el daño, lo que nosotros calificamos como daño al interés negativo, comprensivo sustancialmente de los gastos y perjuicios que guarden una relación de causalidad adecuada con la negociación frustrada.

De este modo, nuevamente el derecho francés se distingue acabadamente del texto argentino, pues este no ha precisado ni qué es lo indemnizable ni menciona exclusión alguna, por lo que las elucubraciones de la doctrina van desde la limitación del daño indemnizable al interés negativo —como se predicaba durante la vigencia del Código hoy derogado— a la indemnización integral, asumiendo como pauta orientadora para el juez lo previsto en el art. 1725, Cód. Civ. y Com.

Pero al mismo tiempo el texto francés —como ha sido señalado— omite puntualizar los criterios bajo los cuales la conducta de quien se retira puede considerarse como “culpable”; adviértase que el art. 1112 se limita a concebir como causa de la reparación la *faute commise dans les négociations*. En este sentido, el Código Civil y Comercial es más ilustrativo, aunque no mucho; sin duda, el precepto de los Principios Unidroit aparece como el más descriptivo de las conductas ilícitas en este ámbito.

Algunos tribunales franceses ya han aplicado este dispositivo; así, una Corte de Apelaciones ha dicho que no hay responsabilidad si quien abandonó las negociaciones ha mantenido regularmente informada a la contraparte sobre su situación, de suerte que esta última no sufre una *mauvaise surprise* inesperada o repentina (59). Mientras que otra Corte resolvió que sí existía *faute* en abandonar la negociación existiendo una carta de intención en la cual las partes habían reafirmado su voluntad de continuar con los *pourparlers*, que esta carta de intención no era un puro paso metodológico y que, a partir del momento en que la parte víctima de la ruptura había satisfecho todas sus obligaciones, solo la mala fe podía justificar la conclusión de la negociación (60).

Las decisiones judiciales mencionadas podrían perfectamente ser iguales por aplicación del derecho argentino. En definitiva, la Corte de Pau recurre a la buena fe, como lo hacen el Código Civil y Comercial y también el texto francés.

---

(59) Cour d’Appel Poitiers, 28/01/2019, cit. por LEVEAU, Grégory, “La réforme du droit des contrats...”, ob. cit.

(60) Cour d’Appel Pau, 28/01/2019, cit. por LEVEAU, Grégory, “La réforme du droit des contrats...”, ob. cit.

De modo que a título de conclusión podemos decir que ambos ordenamientos aprehenden la misma conducta antijurídica, pero el texto francés es más preciso en los aspectos centrales que ya hemos señalado: la definición de lo no indemnizable y del factor de atribución, temas que en la interpretación del Código Civil y Comercial se tornan opinables.

### III.4. La obligación de información (art. 1112.1)

El nuevo art. 1112.1 da un espacio relevante a la obligación de información. Comentando los proyectos antecedentes del nuevo texto se dice que “el consentimiento se presenta como el elemento esencial del contrato y es en relación con el mismo que se contempla la denominada obligación precontractual de información (...). Con esta obligación se pretende que el consentimiento de las partes se forme con plena libertad y conocimiento de las consecuencias del contrato. Una correcta información antes de la celebración del contrato puede evitar que la otra parte incurra en error, sin que tenga que existir necesariamente reticencia dolosa y sin perjuicio de la responsabilidad delictual en que haya podido incurrir el que haya incumplido esta obligación” (61).

#### III.4.a. Antecedentes

Una obligación genérica de información no estaba reconocida en el *Code Civil*. Pero había varios casos particulares en que se aludía a ella; por ejemplo, el art. 1602 disponía que “*le vendeur est tenu d’expliquer clairement ce à quoi il s’oblige*”; y el art. 141-1 del *Code de Commerce* obliga a quien transmite un fondo de comercio a informar sobre los principales atributos y características del fondo.

Pero había sido la jurisprudencia la que desarrolló la idea e hizo de la obligación de información un principio cardinal del derecho común de los contratos (62).

#### III.4.b. La extensión de la obligación de información

Como se comentó al tratar el tema en el derecho nacional, lo complicado no es imponer una obligación de información, sino saber qué

---

(61) CABANILLAS SÁNCHEZ, Antonio, “La reforma del derecho de los contratos en Francia”, ADC 2012-1784.

(62) BAMDÉ, Aurélien, “L’obligation précontractuelle d’information (art. 1112-1, C. Civ.)”, disponible en <https://aurelienbamde.com/2017/01/11/lobligation-precontractuelle-dinformation-art-1112-1-c-civ/>.

y hasta dónde existe esa obligación. Algunos casos son claros, pero lo cierto es que los que llegan a los tribunales son siempre oscuros; y muchas veces las partes y sus abogados se encuentran sumidos en dudas sobre el alcance de esta obligación.

El art. 1112.1 pretende superar esa inquietud muy razonable diciendo que la obligación de informar comprende aquello *cuya importancia sea determinante para el consentimiento de la otra*, y más adelante en el mismo párrafo vuelve sobre el punto con la clara intención de precisarlo, diciendo: *Tienen una importancia decisiva las informaciones que tienen un vínculo directo y necesario con el contenido del contrato o la calidad de las partes.*

En definitiva, el texto legal vincula —como decíamos más arriba— la obligación de información con el consentimiento esclarecido, que constituye el fundamento de la obligatoriedad del contrato. Pero...

#### **III.4.c. La excepción**

Pero... el mismo texto contiene una excepción muy significativa; dice el artículo que estamos analizando: *Sin embargo, este deber de información no recae sobre la estimación del valor de la prestación.*

Esta es la consagración legal de la doctrina sentada por la Cour de Cassation en una sentencia conocida como *l'arrêt "Baldus"* (63).

Los hechos del caso eran sencillos: Baldus era un fotógrafo famoso y sus obras tenían un valor acorde con ello; el actor en el caso judicial había vendido decenas de fotografías tomadas por Baldus a otro que las compró por un precio irrisorio, conociendo el comprador este hecho. La Corte de Casación resolvió rechazar la demanda de anulación de la compraventa argumentando simplemente que ninguna obligación de información sobre el valor de la cosa pesaba sobre el comprador.

La doctrina de "Baldus" fue confirmada y extendida en otra sentencia de la misma Corte de Casación (64), pues en este segundo pronunciamiento se ha aclarado que "el adquirente, mismo profesional, no está ligado a una obligación de información sobre el valor del bien adquirido".

---

(63) Cour de Cassation, 1<sup>e</sup> Chambre Civile, 03/05/2000, <https://www.legifrance.gouv.fr/affichJuriJudi.do?idTexte=JURITEXT000007043587>.

(64) Cour de Cassation, 3<sup>e</sup> Chambre Civile, 17/01/2007.

El argumento para sostener esta doctrina se justifica en que el Código francés, tanto en su redacción original como en la vigente, desconoce la figura de la lesión.

#### *III.4.d. ¿Cómo se concilia esta solución con la reticencia dolosa?*

Ahora bien; los autores pronto vieron que el silencio del comprador —y sobre todo del comprador profesional— sobre el valor de la cosa ofrecida por el vendedor —sobre todo el vendedor no profesional— podría constituir una reticencia dolosa que como tal anulara el contrato en los términos del art. 1137 del *Code* reformado en 2016.

El texto —anticipo— original del *Code* según la versión de 2016 era: *“Le dol est le fait pour un contractant d’obtenir le consentement de l’autre par des manœuvres ou des mensonges.*

*“Constitue également un dol la dissimulation intentionnelle par l’un des contractants d’une information dont il sait le caractère déterminant pour l’autre partie”* (65).

Parece sumamente claro que el segundo párrafo del artículo comprende la omisión de advertir sobre el valor de la prestación, ya que este es un elemento determinante del consentimiento de las partes.

Con lo cual el art. 1137 aparecía notoriamente contradictorio con el art. 1112-1.

¿Qué hizo entonces el legislador? En 2018 agregó un párrafo al art. 1137, que dice: *“Néanmoins, ne constitue pas un dol le fait pour une partie de ne pas révéler à son cocontractant son estimation de la valeur de la prestation”* (66).

Con lo cual consagró definitivamente la doctrina de la Casación sentada a partir del caso “Baldus”.

---

(65) “El dolo es el hecho por el cual un contratante obtiene el consentimiento del otro por maniobras o mentiras. Constituye igualmente un dolo la disimulación intencional por uno de los contratantes de una información que él sabe es determinante para la otra parte”.

(66) En castellano: “Sin embargo, no constituye dolo el hecho de una parte de no revelar a su cocontratante su estimación del valor de la prestación”.



### III.4.e. Conclusiones

La comparación entre los textos argentino y francés nos inspira la siguiente reflexión: el Código francés ha sido más preciso que el nuestro a la hora de definir la existencia de una obligación precontractual de información. Pero la exclusión de la información sobre el precio despoja a ese deber de uno de sus contenidos principales. Particularmente si el comprador es un profesional y el vendedor es un profano, que aquel pueda aprovecharse de sus conocimientos y comprar algo por un valor mucho menor que el real es una solución absolutamente arbitraria y contraria a la buena fe que el mismo Código francés consagra como elemento vital de la contratación y de las negociaciones precontractuales. Quizás podría excluirse tal obligación si alguien compra un objeto en un mercado o en una subasta pública (67), pero en una venta privada no nos parece dudoso que el comprador debería estar obligado a informar al potencial vendedor sobre el valor de la cosa que está ofreciendo.

En derecho argentino, una venta en la cual el comprador —aprovechando sus conocimientos— paga mucho menos de lo que vale el objeto del contrato sería anulable tanto por dolo como por lesión. Y en esto la solución argentina nos parece indudablemente más valiosa que la francesa.

### III.5. La obligación de confidencialidad (art. 1112.2)

Nos limitaremos en este caso a señalar la mayor diferencia que existe entre las soluciones argentina y francesa.

Obviamente, ambas legislaciones afirman la existencia de un deber de confidencialidad sobre las informaciones recibidas en el marco de una tratativa. La diferencia radica en la extensión de la responsabilidad.

Mientras en el derecho francés la responsabilidad se juzga conforme al derecho común, en el argentino puede existir una medida de la reparación distinta y que está dada por la ventaja indebida obtenida por la parte que usó la información confidencial, la que está obligada a indemnizar *en la medida de su enriquecimiento*. De donde surge que, como anticipamos, no sería propiamente una indemnización de daños —como sugiere la redacción del art. 992—, toda vez que no se requeriría daño en la víctima, sino que esta se apropiaría de los beneficios obtenidos por el

---

(67) En el caso “Baldus”, la primera venta se hizo en subasta pública; en algún caso relacionado con obras de arte se tuvo en cuenta que el comprador había adquirido una tela muy valiosa en un mercado de pulgas.

infractor con la infracción. Lo que se justifica en que la propiedad intelectual de la parte agraviada puede haber sufrido una devaluación como consecuencia de la divulgación o utilización no autorizadas.

# LA ETAPA POSTCONTRACTUAL, EN REVISIÓN

POR LUIS F. P. LEIVA FERNÁNDEZ

## **I. REFERENCIA A LA PERSONALIDAD DE FÉLIX ALBERTO TRIGO REPRESAS**

La obra científica del Prof. Dr. Félix Alberto Trigo Represas es tan vasta y profunda como reconocida. Lo es en las universidades, en las bibliotecas y en las Academias; prueba de ello es la convocatoria en su homenaje que integra el presente ensayo.

Por eso dedico estas líneas iniciales a referirme a su personalidad, a su carácter.

Sin duda alguna es exacto afirmar que tenía la sencillez y humildad de los grandes, afirmada en el conocimiento de sus propios valores y en su bonhomía, expresada sobre todo en la sencillez de trato y afabilidad. Y en su compromiso sincero y desinteresado con los distintos roles que le fue otorgando la vida, sobre todo en la Universidad Nacional de La Plata.

El dolor ante la pérdida en algún momento debe novarse por la alegría de haberlo conocido, como padre, esposo, profesor, académico, autor, hombre público, en síntesis. En ese momento cabrá efectuarse la pregunta: ¿Qué hubiera sido de nuestro país, Universidad, Academia, ciencia del derecho, sin su aporte, si él nunca hubiese existido?

Félix A. Trigo Represas fue un buen ejemplo, tanto en su vida académica cuanto en su desempeño público y familiar.

Así lo recuerdo.

¿No es esa acaso una feliz memoria?

## II. SOBRE LA RESPONSABILIDAD PRECONTRACTUAL

Precontractual y postcontractual no son términos nuevos ni ignorados (1).

La responsabilidad precontractual no estaba prevista en el Código de Vélez Sarsfield, aunque era ampliamente conocida por la doctrina, pese a que su origen histórico poco tuvo que ver con la realidad que ahora se debate.

“Hoy se trata —en síntesis— de establecer quién y a qué título debe resarcir los perjuicios causados en una negociación que no concluye en contrato, sea irrogando algún daño, sea por generar algún gasto que deba enjugarse” (2).

Ese es el alcance que le asigna al tema el art. 1385 del nuevo Código Civil de Puerto Rico (3), la Regla 2.15 de los Principios Unidroit (4) y el art. 6° del Proyecto de Código Europeo de los Contratos elaborado por la Academia de Iusprivatistas Europeos (Grupo de Pavía) (5); y el art. 2:301

---

(1) V. LEIVA FERNÁNDEZ, Luis F. P., “La responsabilidad postcontractual”, LA LEY 2002-D-1336; LEIVA FERNÁNDEZ, Luis F. P., “Ensayos de derecho civil y técnica legislativa”, Ed. La Ley, Buenos Aires, 2007, p. 515; LEIVA FERNÁNDEZ, Luis F. P., “Responsabilidad precontractual”, en PÉREZ GALLARDO, Leonardo (coord.), *El derecho de los contratos en los umbrales del siglo XXI*, Ed. Academia Brasileira de Direito — MP Editora, San Pablo, 2007, ps. 393 y ss.; LEIVA FERNÁNDEZ, Luis F. P., “Responsabilidad precontractual: aportes para su estudio”, LA LEY 1998-D-1229; LEIVA FERNÁNDEZ, Luis F. P., “Tratado de los contratos”, Ed. La Ley, Buenos Aires, 2017, t. II, p. 239, nro. 195; *et al.*

(2) LEIVA FERNÁNDEZ, Luis F. P., “Tratado de los contratos”, *ob. cit.*, t. I, p. 207, nro. 180. Puede verse con provecho VALÉS DUQUE, Pablo, “La responsabilidad precontractual”, Ed. Reus, Madrid, 2012, p. 232, con citas de GARCÍA RUBIO, M. Paz, “La responsabilidad precontractual en el derecho español”, Ed. Tecnos, Madrid, 1991, p. 93, y de CABANILLAS SÁNCHEZ, Antonio, “El ámbito de la responsabilidad precontractual o culpa *in contrahendo*”, RCDI, nro. 628, mayo-junio de 1995, p. 761.

(3) Código Civil de Puerto Rico, art. 1286, *in fine*, en cuanto expresa: “la oferta revocada en forma intempestiva da lugar a responsabilidad precontractual”.

(4) Unidroit, art. 2.15: “*Negociaciones con mala fe*. 1) Cualquiera de las partes es libre de entablar negociaciones y no incurre en responsabilidad en el supuesto de que estas no culminen en acuerdo. 2) Sin embargo, la parte que ha negociado, o ha interrumpido las negociaciones con mala fe será responsable por los daños causados a la otra parte. 3) En especial, se considera mala fe el entrar en negociaciones o continuarlas con la intención de no llegar a un acuerdo”.

(5) Art. 6°: “*Deber de corrección*. 1) Cada una de las partes es libre de emprender negociaciones con vistas a la conclusión de un contrato, sin que se le pueda imputar responsabilidad alguna por la no celebración del mismo, salvo que su comportamien-

de los Principios de Derecho Europeo de los Contratos, elaborados por la Comisión de Derecho Europeo de los Contratos, presidida por el Prof. Ole Lando (6).

Más recientemente, el Borrador del Marco Común de Referencia para el Derecho Europeo de los Contratos (*Draft of Common Frame of Reference* —DCFR—) también lo recibe expresamente en su art. II.3:301 (7), así como los arts. 29 y 30 del Reglamento (CE) 864/2007 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 11 de julio de 2007, relativo a la ley aplicable a las obligaciones extracontractuales (Roma II).

En Europa, está recientemente regulado en el nuevo § 311 del BGB, en sus nros. 1 y 2; en el Código Civil italiano de 1942 está recibido en los

---

to haya sido contrario a la buena fe. 2) Actúa de modo contrario a la buena fe la parte que emprende o continúa los tratos preliminares sin intención de concluir el contrato. 3) Si, en el curso de los tratos preliminares, las partes han examinado los elementos esenciales del contrato, permitiendo ello prever la posible conclusión del mismo, la parte que haya hecho surgir en la otra una confianza razonable respecto de la conclusión del contrato dicho, obra de modo contrario a la buena fe cuando interrumpe los tratos preliminares motivo justificado. 4) En la hipótesis prevista en los apartados precedentes, la parte que obrado de modo contrario a la buena fe está obligada a indemnizar a la otra el daño que le haya ocasionado, en el límite de los gastos que esta última haya debido efectuar durante los tratos preliminares con vistas a la celebración del contrato, y también la pérdida de otras posibilidades negocio similares causada por la pendencia de los tratos preliminares referidos”.

(6) Art. 2301: “*Negociaciones contrarias a la buena fe*. Las partes tienen libertad para negociar y no son responsables en caso de no llegar a un acuerdo. Sin embargo, la parte que hubiere negociado o roto las negociaciones de manera contraria a las exigencias de la buena fe, será responsable de las pérdidas causadas a la otra parte. En especial es contrario a la buena fe que una parte entable negociaciones o prosiga con ellas si no tiene intención alguna de llegar a un acuerdo con la otra parte”.

(7) II-3:301: “*Negociaciones contrarias a la buena fe y a la honradez en los tratos*: 1) Toda persona es libre de negociar y no es responsable por no conseguir llegar a un acuerdo. 2) Una persona que está en negociaciones tiene el deber de negociar con buena fe y con honradez en los tratos y no debe romper las negociaciones de manera contraria a la buena fe y a la honradez en los tratos. Este deber no puede ser excluido o limitado por contrato. 3) Aquella persona que incurra en incumplimiento del deber es responsable por cualquier pérdida causada a la otra parte por incumplimiento. 4) En particular, es contrario a la buena fe y a la honradez en los tratos que una persona entre en o continúe con las negociaciones sin ninguna intención real de alcanzar un acuerdo con la otra parte”.

arts. 1337 y 1338 (8); en el portugués de 1966, en su art. 227 (9); en Francia se sustenta en las reglas generales de la responsabilidad civil extracontractual, con fundamento en los principios de equidad comercial y buena fe, y más recientemente los supuestos de ruptura intempestiva de las negociaciones en el abuso del derecho (10); en España, la propuesta de Anteproyecto de Ley de Modernización del Derecho de Obligaciones y Contratos, elaborada por la Comisión General de Codificación, Sección de Derecho Civil (11), desarrolla ampliamente el tema en su art. 1245, publicado en enero de 2009 en el *Boletín de Información* del Ministerio de Justicia (12).

---

(8) Art. 1337: “Las partes en el desarrollo de las negociaciones y en la formación del contrato deben comportarse de acuerdo a la buena fe”. Art. 1338: “La parte que conociendo o debiendo conocer la existencia de una causa de invalidez del contrato no lo ha comunicado a la otra parte está obligada a reparar el daño que esta ha sufrido por haber confiado, sin su culpa, en la validez el contrato”.

(9) Art. 227: “*Culpa en la formación de los contratos*. Quien negocia con otro para concluir un contrato debe, tanto en los preliminares como en su formación, proceder según las reglas de la buena fe, so pena de responder por los daños que culposamente cause a la otra parte”.

(10) Conf. VALÉS DUQUE, Pablo, “La responsabilidad precontractual”, ob. cit., ps. 35 y 36, con cita de FERNÁNDEZ ARROYO, Margarita, “Una aproximación al análisis comparativo de la llamada responsabilidad precontractual”, en *Jornadas sobre la Unificación del Derecho de Obligaciones y Contratos en el ámbito*.

(11) Art. 1245: “1. Las partes son libres para entablar negociaciones dirigidas a la formación de un contrato, así como para abandonarlas o romperlas en cualquier momento. 1. En la negociación de los contratos, las partes deberán actuar de acuerdo con las exigencias de la buena fe. 2. Si durante las negociaciones, una de las partes hubiera facilitado a la otra una información con carácter confidencial, el que la hubiera recibido solo podrá revelarla o utilizarla en la medida que resulte del contenido del contrato que hubiera llegado a celebrarse. 3. La parte que hubiera procedido con mala fe al entablar o interrumpir las negociaciones será responsable de los daños causados a la otra. En todo caso, se considera contrario a la buena fe entrar en negociaciones o continuarlas sin intención de llegar a un acuerdo. 4. La infracción de los deberes de que tratan los apartados anteriores dará lugar a la indemnización de daños y perjuicios. En el supuesto del apartado anterior, la indemnización consistirá en dejar a la otra parte en la situación que tendría si no hubiera iniciado las negociaciones”.

(12) Anteriormente la Comisión General de Codificación, Sección de Derecho Mercantil, elaboró un borrador de Ley de Modificación del Código de Comercio, en la parte general sobre contratos mercantiles y sobre prescripción y caducidad (aprobado por la Sección de Derecho Mercantil el 16/03/2004). El proyectado art. 51 propone: Art. 51: “1. Las negociaciones para celebrar un contrato mercantil deben hacerse de buena fe y con lealtad. 1. En el caso de que se hubieran entablado negociaciones para la celebración de un contrato mercantil, ninguna de las partes incurrirá en responsabilidad por el solo hecho de que no se consiga un acuerdo definitivo. 2. La parte que hubiera negociado o interrumpido las negociaciones con mala fe será responsable por

La etapa precontractual se abre con el primer *pourparler* y se cierra con la recepción de la aceptación por el oferente al perfeccionarse el contrato (13).

### III. SOBRE LA RESPONSABILIDAD POSTCONTRACTUAL

La responsabilidad postcontractual estaba prevista en un capítulo especial

—cap. XIII: “Postcontrato”—, en el art. 1063 del Proyecto de 1998 (14), pero no lo está en el Código Civil y Comercial (15).

Sostuve anteriormente que “considero postcontractual a la responsabilidad en la que se incurre por alguno de los exococontratantes con posterioridad a la satisfacción de las prestaciones principales de un contrato”.

---

los daños causados a la otra parte. En todo caso, se considera mala fe el hecho de entrar en negociaciones o de continuarlas sin intención de llegar a un acuerdo. 3. Cada una de las partes deberá mantener confidencialidad sobre la información reservada que reciba de la otra en el curso de las negociaciones. La parte que infrinja el deber de confidencialidad responderá de los daños y perjuicios que ocasione a la otra parte la infracción de ese deber”.

(13) Conf. ALBALADEJO, Manuel, “Derecho civil. Derecho de obligaciones”, Ed. Bosch, Barcelona, 1989, t. II, vol. 1, p. 401. V. también el Proyecto de Código Civil de 1998, art. 920; LEIVA FERNÁNDEZ, Luis F. P., “Responsabilidad precontractual: aportes para su estudio”, ob. cit.; íd., “Tratado de los contratos”, ob. cit., t. I, p. 214, nro. 183.

(14) Art. 1063: “*Deber de buena fe*. Con ulterioridad al cumplimiento de las obligaciones principales propias del contrato las partes deben continuar actuando de buena fe. Este deber regula: a) La determinación de la existencia y de los alcances de las obligaciones accesorias que subsisten, por estipulación de partes, o por estar virtualmente comprendidas en el contrato. b) La restitución y la reparación de daños, en cuanto correspondan una vez producida la extinción del contrato según lo previsto en el cap. XII de este Título. c) La interpretación y el cumplimiento de tales obligaciones”.

(15) V. LEIVA FERNÁNDEZ, Luis F. P., “Tratado de los contratos”, ob. cit., t. I, nro. 195, p. 239.

#### IV. DISTINTAS NATURALEZAS DE LA RESPONSABILIDAD POSTCONTRACTUAL

Los supuestos de responsabilidad postcontractual no obedecen a una única naturaleza, como no lo hacen los casos de responsabilidad precontractual.

Los de cada etapa, “pre” y “post”, solo tienen en común con los suyos la etapa en que se producen. Tanto como los pediatras o los geriatras no atienden únicamente enfermedades virales o bacterianas, sino de ambas etiologías.

La responsabilidad postcontractual se origina en la violación de un deber legal, o en las previsiones tácitas del contrato cuya violación lleve a frustrar la ventaja obtenida al celebrarlo, y es extracontractual en los demás casos” (16).

Son supuestos de responsabilidad postcontractual la violación del deber de confidencialidad (17), las garantías de saneamiento por evicción o vicios redhibitorios, la violación del deber de concurrencia, en caso de haber sido pactado, o el supuesto admitido por el art. 961 del Cód. Civ. y Com.

---

(16) LEIVA FERNÁNDEZ, Luis F. P., “La responsabilidad postcontractual”, ob. cit.; SPOTA, Alberto G. — LEIVA FERNÁNDEZ, Luis F. P., “Instituciones de derecho civil. Contratos”, 2ª ed., Ed. La Ley, Buenos Aires, 2010, t. V, nro. 1348, ps. 713 y ss.; LEIVA FERNÁNDEZ, Luis F. P., “Ensayos de derecho civil y técnica legislativa”, ob. cit., p. 515; LEIVA FERNÁNDEZ, Luis F. P., “Comentario al art. 992”, en ALTERINI, Jorge (dir.) — ALTERINI, Ignacio E. (coord.), *Código Civil y Comercial comentado. Tratado exegético*, 3ª ed., Ed. La Ley, Buenos Aires, 2019, t. V, p. 247.

(17) V. BOFFI BOGGERO, Luis M., “Tratado de las obligaciones”, Ed. Astrea, Buenos Aires, 1973, t. V, nro. 1938, p. 394, y t. II, nro. 472, p. 204; DUBOVE, Jorge P., “Responsabilidad postcontractual”, en *Enciclopedia Jurídica Omeba*, Ed. Omeba, Buenos Aires, 1967, t. XXIV, p. 962. SPOTA, Alberto G. — LEIVA FERNÁNDEZ, Luis F. P., “Instituciones de derecho civil. Contratos”, ob. cit., t. V, nro. 1348, ps. 713 y ss., con cit. de MAZEAUD — TUNC, “Responsabilidad civil”, t. I, vol. I, p. 170, nro. 122; MOSSET ITURRASPE, Jorge, “El ámbito de la responsabilidad contractual: lo extra, lo pre y lo postcontractual”, *Revista de Derecho Privado y Comunitario*, t. 17: “Responsabilidad contractual”, Ed. Rubinzal-Culzoni, Buenos Aires, p. 173. En nuestro medio se dio un caso análogo en CNCom., Sala B, 14/03/1980, “Brown Boveri Sudamericana SA c. Ruffa, Mario y otros”, LA LEY 1980-B-411, en el que se rechazó la demanda por comprobarse que la información utilizada estaba en los manuales del fabricante. V. CNCom., Sala B, 30/12/1981, “Coprave SA c. Asoc. de Coop. Ltda.”, Lexis 11/7673; CNCiv., Sala K, 07/06/2006, “Colliard, Alejandro M. c. Instituto Nacional de Cine y Artes Audiovisuales”, RCyS 2006-1374.



Como en el ámbito postcontractual la responsabilidad se origina en el incumplimiento de prestaciones de no hacer, incurre en responsabilidad postcontractual, v.gr., el vendedor de un inmueble que siendo dueño de la propiedad de otro contiguo evita que se edifique en este, de manera que desmerezca el valor del que fue objeto de la venta; o el exlocador que impide que el exlocatario deje en el inmueble un aviso escrito indicando su nueva dirección, para no quedar desconectado de la clientela ya ganada (18).

## V. LA ULTRA ACTIVIDAD DEL CONTRATO EXTINTO

Como se advierte, hay distintos tipos de responsabilidad postcontractual; algunos encuentran sustento inmediato en la ley, como el caso de saneamiento o la violación del deber de confidencialidad en la ley 24.766 (art. 3º).

Pero otros no.

Esos deberes que subsisten luego de extinguido el contrato y que se tratan bajo el nombre de responsabilidad postcontractual también se han denominado “efectos postcontractuales del contrato” (19) o “deberes de fuente contractual con eficacia ultraactiva” (20).

---

(18) PUIG BRUTAU, José, “Fundamentos de derecho civil”, Ed. Bosch, Buenos Aires, 1978, t. II, vol. 1, ps. 227-230; LEIVA FERNÁNDEZ, Luis F. P., “Tratado de los contratos”, ob. cit., t. II, nro. 713, p. 351.

(19) LARENZ, Karl, “Derecho de las obligaciones”, trad. de J. Santos, Ed. Revista de Derecho Privado, Madrid, 1958, t. I, p. 18, cit. por FACCO, Javier H., “Ultraactividad de ciertos efectos contractuales”, RCyS 2009-VII-16; y LEIVA FERNÁNDEZ, Luis F. P., “Tratado de los contratos”, ob. cit., t. II, § 87, nro. 716, p. 354.

(20) Conf. ESSER, J. — SCHMIDT, E., “Schuldrecht. Allgemeiner Teil”, Ed. Müller, Heidelberg, 1984, t. I, vol. I, § 4, p. 41, cit. por FACCO, Javier H., “Ultraactividad de ciertos efectos contractuales”, ob. cit. Conf. LEIVA FERNÁNDEZ, Luis F. P., “La responsabilidad postcontractual”, ob. cit.; LEIVA FERNÁNDEZ, Luis F. P., en ALTERINI, Jorge H. (dir.), “Código Civil y Comercial comentado...”, ob. cit., t. V, p. 221; y “Ensayos de derecho civil y técnica legislativa”, ob. cit., ps. 507 y ss. LEIVA FERNÁNDEZ, Luis F. P., “La responsabilidad postcontractual (un caso de ultraactividad de la ley)”, *Revista General de Legislación y Jurisprudencia*, Ed. Reus, Madrid, 2016, nro. 1. LEIVA FERNÁNDEZ, Luis F. P., “Tratado de los contratos”, ob. cit., , p. 354.

Es que, como expresa Jossierand, “toda situación jurídica deja supervivencias que a su vez son fermentos de vida” (21). Es el fundamento jurídico por el cual es posible atribuir a hechos posteriores.

A mi modo de ver, la responsabilidad postcontractual, en caso de no derivar en forma inmediata de la propia ley, constituye un supuesto de ultraactividad del contrato.

El artículo referido del Proyecto de Código Civil de 1998 lo previó, sin indagar en su naturaleza, como lo hago ahora.

El fundamento jurídico por el cual es posible atribuir a hechos posteriores, producidos luego de haberse extinguido el contrato, una naturaleza contractual, es que, a semejanza de la aplicación de la ley (norma general) que suscita supuestos de ultraactividad (22), también hay casos de ultraactividad del contrato, que, en definitiva, no es más que una norma singular surgida de la voluntad de las partes (23).

## VI. CUESTIÓN A DILUCIDAR EN ESTE ENSAYO

Como se ve en las líneas precedentes, la doctrina parece haberse dedicado casi exclusivamente a tratar lo precontractual y lo postcontractual en relación con la responsabilidad civil, preguntándose: ¿Se debe responder? ¿Con qué fundamento? ¿Desde cuándo? ¿Hasta cuándo?

No es ese el enfoque que abordo en este ensayo, sino lo atinente a la existencia, explicación y efecto de convenios surgidos antes, durante o después del contrato, que, aunque suelen traducirse en cláusulas contractuales, no hacen a su esencia, y cuya virtualidad subsiste aun luego de extinguirse el contrato, sin constituir nexo obligacional alguno.

Mi análisis, entonces, se ubica en el ámbito postcontractual, pero es ajeno al sistema de responsabilidad civil.

---

(21) JOSSIERAND, Louis, “De l’esprit des droits et de leur relativité”, nro. 149 cit. por DUBOVE, Jorge P., “Responsabilidad postcontractual”, ob. cit., p. 962.

(22) Art. 7° del Cód. Civ. y Com. y art. 3° del derogado Cód. Civil.

(23) LEIVA FERNÁNDEZ, Luis F. P., “La responsabilidad postcontractual...”, ob. cit.; LEIVA FERNÁNDEZ, Luis F. P., en ALTERINI, Jorge H. (dir.), “Código Civil y Comercial comentado...”, ob. cit., t. V, p. 221; y LEIVA FERNÁNDEZ, Luis F. P., “Ensayos de derecho civil y técnica legislativa”, ob. cit., ps. 507 y ss.; LEIVA FERNÁNDEZ, Luis F. P., “Tratado de los contratos”, ob. cit., t. II, § 87, nro. 716, p. 354.

## VII. LA FORMACIÓN DEL CONTRATO EN EL CÓDIGO DE VÉLEZ

Regulado el tema en el hoy derogado art. 1148, se establecía: “Para que haya promesa, esta debe ser a persona o personas determinadas sobre un contrato especial, con todos los antecedentes constitutivos de los contratos”.

El precepto establecía —en síntesis— dos requisitos: determinación del sujeto y de todos los elementos constitutivos del contrato.

Sobre el primero se concluyó interpretando que bastaba con señalar una posibilidad de determinar el sujeto beneficiario de la oferta, que de tal suerte pasa, en la comprensión de la norma, de ser determinado a resultar determinable.

En cambio, lo atinente a los elementos objetivos del contrato mantuvo en parte su rigidez. Así, se ha dicho: “Si una persona ofrece a otra venderle una cantidad determinada de carbón de piedra a tal precio, manifestando que el producto está en Inglaterra, pero no indica el lugar de entrega o quién va a cargar con los gastos de transporte, seguro y flete desde aquel país al nuestro, se puede decir que se ha formulado una oferta que no es completa. A la otra parte puede convenirle el precio ofertado pero siempre que el mineral se coloque sobre el puerto de Buenos Aires, y no, por ejemplo, sobre el de Liverpool. De manera, entonces, que aquella fórmula no cuenta con los elementos necesarios para adherirse o rechazar la propuesta. Hay indeterminación en los términos o en el alcance de la oferta: esta no es plena o autosuficiente” (24).

---

(24) De suerte que en este enfoque son necesarios todos los elementos necesarios, que en síntesis se reducen a objetos (prestaciones de ambas partes y causa, aunque no necesariamente debe estar expuesta en el contrato). Sobre la concurrencia de todos los elementos necesarios, v. SPOTA, Alberto G. — LEIVA FERNÁNDEZ, Luis F. P., “Instituciones de derecho civil. Contratos”, ob. cit., t. I, nro. 208, p. 489. Conf. VÁZQUEZ BOTE, Eduardo, “Tratado teórico-práctico y crítico de derecho privado puertorriqueño”, Ed. Butterworth. San Juan, 1992, t. IX, p. 78; VÉLEZ TORRES, José R., “Curso de derecho civil”, Ed. Univ. Interamericana de Puerto Rico, San Juan, 1990, t. IV, vol. II, ps. 36 y 37, quien expresa “todos”; PUIG BRUTAU, José, “Fundamentos de derecho civil”, ob. cit., p. 179; DÍEZ-PICAZO, Luis, “Fundamentos del derecho civil patrimonial”, Ed. Civitas, Madrid, 1993, t. I, p. 283; PUIG PEÑA, Federico, “Tratado de derecho civil español”, Ed. Revista de Derecho Privado, Madrid, 1974, t. IV, vol. 2, p. 58; DÍEZ-PICAZO, Luis — GULLÓN, Antonio, “Sistema de derecho civil”, Ed. Tecnos, Madrid, 1992, vol. II, p. 69; ALBALADEJO, Manuel, “Derecho civil. Derecho de obligaciones”, ob. cit., t. II, vol. 1, p. 407; ENNECCERUS, Ludwig — KIPP, Theodor — WOLF, Martin, “Tratado de derecho civil. Parte general”, trad. de José Puig Brutau, Ed. Bosch, Barcelona, 1950, t. I, vol. 2, p.158; LARROUMET, Christian, “Teoría general del contrato”, Ed. Temis, Bogotá, 1993, vol. I, p. 193; *et al.*

Del rigor formal se pasó a una postura más eficaz que, en definitiva, resultaba finalista en cuanto solo requería que el eventual aceptante estuviese en condiciones cognitivas de responder afirmativamente. “Una proposición vale como oferta cuando es completa, es decir cuando después de la respuesta del destinatario ya no es necesaria ninguna otra declaración de las partes para tener por concluido el contrato: a) El máximo de completividad se presenta cuando el contenido de la proposición permite al destinatario responder con un simple ‘sí’. b) Pero también la proposición es completa cuando deja ciertos puntos librados al destinatario con tal que fije los límites dentro de los cuales este podrá operar. Completa sería la siguiente proposición: ‘Le ofrezco una docena de unidades por \$ 12.000, o una media docena por \$ 7.000’ (doctrina del art. 1153 [del Cód. de Vélez]). Y completa sería la oferta que dijera ‘le compro esto por el precio que usted considere justo, entre \$ 10.000 y \$ 5.000’. Pero una proposición que no fijara límites y dejara totalmente librada la determinación de una cláusula esencial al criterio del destinatario, no constituiría una oferta sino una invitación a contratar” (25).

### VIII. ORIGEN Y TRASCENDENCIA DE LA TEORÍA DE LA *PUNKTATION*

El Código Civil y Comercial de la Nación recibe la teoría de la *Punktation*.

Esta teoría, según la cual el consentimiento se forma solo con el acuerdo sobre los elementos esenciales del contrato, aunque no exista sobre los secundarios, para que se otorgue sustento a la oferta (26) se originó en Alemania.

Pese a que la teoría de la *Punktation* fue expresamente rechazada por el Código Civil alemán (27) (BGB) en su art. 154 (28), trascendió en 1904

---

(25) LÓPEZ DE ZAVALÍA, Fernando J., “Teoría de los contratos”, Ed. Zavalía, Buenos Aires, 1997, § 8, p. 183.

(26) V. MOSSET ITURRASPE, Jorge, “Teoría general del contrato”, Ed. Orbir, Rosario, 1970, p. 118.

(27) OVSEJEVICH, Luis, “El consentimiento, sus términos”, en *Contratos. Cátedra de Derecho Civil del Dr. Federico N. Videla Escalada*, Ed. Zavalía, Buenos Aires, 1971, t. I, p. 281.

(28) Art. 154: “Mientras las partes no se hayan puesto de acuerdo sobre todos los puntos de un contrato sobre los cuales, según la declaración aun solamente de una parte, debe lograrse conformidad, en la duda no está concluido el contrato. La conformidad sobre puntos aislados no es vinculante, incluso si se ha realizado un bo-

al Código Suizo de las Obligaciones (29) de cuyo art. 2º del Código pasó al art. 153 del de China (30) de 1930 (vigente en Taiwán) y a la Convención de Viena sobre Compraventa Internacional de Mercaderías de 1980 —ley 22.765 (arts. 14.1 y 19.2)— (31).

---

rrador...”; en ENNECCERUS, Ludwig — KIPP, Theodor — WOLF, Martin, “Tratado de derecho civil. Parte general”, trad. de José Puig Brutau, Ed. Bosch, Barcelona, 1955, Apéndice, p. 29. Con el mismo alcance: “§ 154. *Ausencia clara de acuerdo; falta de educación notarial.* Hasta que las partes no se han puesto de acuerdo sobre todos los puntos del contrato sobre los cuales, según lo declarado incluso por solo uno de los contratantes, se debe llegar un acuerdo, en caso de duda el contrato no queda perfeccionado. El acuerdo sobre puntos concretos tampoco es vinculante a pesar de que se haya documentado el acuerdo. Si se ha pactado la escrituración del contrato planeado, en caso de duda el contrato se entiende concluido solo cuando la escrituración ha tenido lugar”. LAMARCA MARQUÈS, Albert (dir.), “Código Civil alemán. *Bürgerliches Gesetzbuch*”, Ed. Marcial Pons, Barcelona, 2013.

(29) Art. 2º: “*Si les parties se sont mises d'accord sur tous les points essentiels, le contrat est réputé conclu, lors même que des points secondaires ont été réservés. A défaut d'accord sur les points secondaires, le juge les règle en tenant compte de la nature de l'affaire. Sont réservées les dispositions qui régissent la forme des contrats*” (CO, arts. 11 y ss., 16). ROSSEL, Virgile, “Code Civil y compris le Code (révisé) des Obligations. Code des Obligations”, Ed. Librairie Payot & Cie., Lausanne, 1913.

(30) V. “The Civil Code of the Republic of China”, translated by Ching-Lin Hsia, James L. E. Chow y Yukon Chan, Ed. Kelly & Walsh Ltd., Shanghai, 1930, reed. 1976 by University Publications of America Inc., Arlington. El Código rige en Taiwán.

(31) V. LEIVA FERNÁNDEZ, Luis F. P., “Tratado de los contratos”, ob. cit., t. I, nro. 98, p. 133. Art. 14, ley 22.765 —Convención de las Naciones Unidas sobre los Contratos de Compraventa Internacional de Mercaderías—: “1. La propuesta de celebrar un contrato dirigida a una o varias personas constituirá oferta si es suficientemente precisa e indica la intención del oferente de quedar obligado en caso de aceptación. Una propuesta es suficientemente precisa si indica las mercaderías y, expresa o tácitamente, señala la cantidad y el precio o prevé un medio para determinarlos. 2. Toda propuesta no dirigida a una o varias personas determinadas será considerada como una simple invitación a hacer ofertas, a menos que la persona que haga la propuesta indique claramente lo contrario”. Art. 19: “1. La respuesta a una oferta que pretenda ser una aceptación y que contenga adiciones, limitaciones u otras modificaciones se considerará como rechazo de la oferta y constituirá una contraoferta. 2. No obstante, la respuesta a una oferta que pretenda ser una aceptación y que contenga elementos adicionales o diferentes que no alteren sustancialmente los de la oferta constituirá aceptación a menos que el oferente, sin demora injustificada, objete verbalmente la discrepancia o envíe una comunicación en tal sentido. De no hacerlo así, los términos del contrato serán los de la oferta con las modificaciones contenidas en la aceptación. 3. Se considerará que los elementos adicionales o diferentes relativos, en particular, al precio, al pago, a la calidad y la cantidad de las mercaderías, al lugar y la fecha de la entrega, al grado de responsabilidad de una parte con respecto a la otra o a la solución de las controversias alteran sustancialmente los elementos de la oferta”.

En nuestro país recibe ese concepto la ley 20.744 de Contrato de Trabajo, que en su art. 46 dispone: “*Enunciación del contenido esencial. Suficiencia.* Bastará, a los fines de la expresión del consentimiento, el enunciado de lo esencial del objeto de la contratación, quedando regido lo restante por lo que dispongan las leyes, los estatutos profesionales o las convenciones colectivas de trabajo, o lo que se conceptúe habitual en la actividad de que se trate, con relación al valor e importancia de los servicios comprometidos”.

También fue recibido por el art. 1147 propuesto en el Proyecto de Reformas de Código Civil de 1993 de la Comisión de Federal de la Cámara de Diputados (32) y en el Proyecto del Poder Ejecutivo (Comisión dec. 468/1992) de 1993 (art. 859, inc. 3º). El Proyecto de Código Civil de 1987 (ley 24.032, vetada por dec. 2719/1991) exigía para la oferta, en su art. 1147, inc. 3º, “contener las precisiones necesarias para individualizar las obligaciones que resultarán en caso de ser aceptada”.

Finalmente llego al antecedente directo del Código Civil y Comercial, que es el art. 916 del Proyecto de 1998 (33).

Tampoco las Reglas de Unidroit requieren la concurrencia de consenso sobre todos los elementos. En su art. 2.2 dispone: “*Definición de la oferta.* Una propuesta para celebrar un contrato constituye una oferta, si es suficientemente precisa e indica la intención del oferente de quedar obligado en caso de aceptación”.

El reciente Código Civil de Puerto Rico establece dos preceptos. En el art. 1237 dispone: “El contrato queda perfeccionado desde que las partes manifiestan su consentimiento sobre el objeto y la causa...”. Mientras que en el art. 1239 dispone: “La oferta es el acto jurídico unilateral, dirigido a una persona determinable, que contiene los elementos necesarios para la existencia del contrato propuesto, o el medio para establecerlos”.

---

(32) Art. 1147: “Para que haya oferta el oferente debe (...) 3. Contener las precisiones necesarias para individualizar el contrato que se quiere celebrar”. Cámara de Diputados de la Nación, orden del día nro. 1322, 1993.

(33) Art. 916: “*Acuerdos parciales.* Los acuerdos parciales de las partes concluyen el contrato si todas ellas, con la formalidad que en su caso corresponda, expresan consentimiento sobre los elementos esenciales particulares. En tal situación el contrato queda integrado, en las estipulaciones pendientes, mediante el posterior acuerdo de las partes y, en su defecto, por lo que resulta de la aplicación del art. 904. En la duda, el contrato se tiene por no concluido. No se considera acuerdo parcial la extensión de una minuta o de un borrador respecto de alguno de esos elementos, o de todos ellos”.

En nuestro medio, la teoría de la *Punktation* ha sido resistida con diversos fundamentos (34).

Uno de ellos es que la contratación a través del consentimiento solo sobre los elementos esenciales particulares, en caso de inactividad de las partes, conduce a que el juez deba llenar las lagunas de la convención.

Estas líneas no atienden a la necesidad de llenar esa laguna, sino a destacar que no toda el agua proporcionada por las partes es conducida a la laguna del contrato.

### IX. LA FORMACIÓN PROGRESIVA DEL CONTRATO EN EL CÓDIGO CIVIL Y COMERCIAL DE LA NACIÓN

El art. 982 del Cód. Civ. y Com. dispone en lo pertinente: “Los acuerdos parciales de las partes concluyen el contrato si todas ellas, con la formalidad que en su caso corresponda, expresan su consentimiento sobre los elementos esenciales particulares. En tal situación, el contrato queda integrado conforme a las reglas del cap. 1”.

Analizar esta regla requiere establecer qué alcance tiene la expresión “elementos esenciales particulares”.

Son “esenciales” los requisitos que necesariamente deben darse para configurar un determinado tipo contractual, como sería el precio en dinero y la cosa para el contrato de compraventa, el *opus* y el precio en el de obra. Elementos que, si fuesen cambiados, mudarían la figura contractual, que pasaría a ser otra, v.gr., donación o cesión de crédito (35). De modo que no se trata de un acuerdo sobre los elementos esenciales de los contratos en general, sino del tipo contractual de que trata ese contrato en particular (36).

---

(34) V. BORDA, Alejandro, “Los acuerdos parciales en el Código Civil y Comercial”, [http://reigadaborda.com.ar/publicaciones/alejandro\\_borda/alejandro\\_borda/acuerdos-parciales.pdf](http://reigadaborda.com.ar/publicaciones/alejandro_borda/alejandro_borda/acuerdos-parciales.pdf). También sosteniendo: “Esta normativa también puede ser vista como un avance sobre el débil jurídico que cree que está negociando cuando en realidad está contratando y por ende se está obligando”. KEES, Milton H., “Los acuerdos parciales en el Código Civil y Comercial”, DJ del 29/04/2015, p. 1.

(35) LEIVA FERNÁNDEZ, Luis F. P., “Tratado de los contratos”, ob. cit., t. I, nro. 15, p. 19, con cita de APARICIO, Juan M., “Contratos. Parte general”, Ed. Hammurabi, Buenos Aires, 2001, t. I, p. 65. En el mismo sentido, KEES, Milton H., “Los acuerdos parciales...”, ob. cit.

(36) BORDA, Alejandro, “Los acuerdos parciales...”, ob. cit.

Por su parte, son “particulares” aquellos a los que arriban las mismas partes sobre un mismo objeto y causa, que contengan los elementos esenciales de un contrato en particular (37).

La norma contenida en el art. 982 está tomada del Fundamento nro. 162 del Proyecto de 1998, no del art. 916 del mismo Proyecto.

Aunque el art. 978 del Cód. Civ. y Com. prevé la más común de las posibilidades mediante la que puede llegar a perfeccionarse un contrato: esto es, el intercambio de oferta y aceptación, la realidad negocial indica que no es la única forma de contratar.

No siempre los contratos se celebran mediante una oferta completa que puede aceptarse o no, sino que puede ocurrir que sean el resultado de acuerdos parciales que concurran a la formación de un contrato, reunidos por las mismas partes, sobre un mismo objeto y causa y que, sumados, contengan los elementos esenciales de un contrato en particular.

Muchos de tales convenios pueden exorbitar lo estrictamente esencial particular y resultar meramente instrumentales para conducir a la formación del contrato, y, una vez cumplidos, por haberse celebrado el contrato, pierden todo interés y operatividad (v.gr., establecer la sede de las negociaciones). Por eso no llegan a constituir cláusulas.

También hay acuerdos previos, coetáneos o posteriores (38) a la formación del contrato, que no constituyen elementos esenciales particulares ni —como los anteriores— hacen al *iter* que conduce a la formación del contrato.

Si estos últimos acuerdos —que no atañen a elementos esenciales particulares— no han sido previstos por las partes, o con posterioridad a celebrado el contrato no se logra consenso, el juez deberá integrar el contrato (39).

---

(37) LÓPEZ DE ZAVALÍA, Fernando, “Teoría de los contratos”, ob. cit., t. I, ps. 70 y ss.; BORDA, Alejandro, “Los acuerdos parciales...”, ob. cit.; LEIVA FERNÁNDEZ, Luis F. P., “Tratado de los contratos”, ob. cit., t. I, nro. 143, p. 173; *et al.*

(38) V. ARAUJO, María Alejandra — RAMONDA, Margarita, “La problemática de los acuerdos parciales”, [https://jndcbahablanca2015.com/wp-content/uploads/2015/09/Araujo-y-otro\\_LA-PROBLEMA%381TICA.pdf](https://jndcbahablanca2015.com/wp-content/uploads/2015/09/Araujo-y-otro_LA-PROBLEMA%381TICA.pdf).

(39) Ajustando su decisión a lo previsto en el art. 964 del Cód. Civ. y Com.: “*Integración del contrato*. El contenido del contrato se integra con: a) las normas indisponibles, que se aplican en sustitución de las cláusulas incompatibles con ellas; b) las normas supletorias; c) los usos y prácticas del lugar de celebración, en cuanto sean aplicables porque hayan sido declarados obligatorios por las partes o porque sean ampliamente



De estos últimos, algunos sirven para afrontar contingencias derivadas de la falta de cumplimiento del contrato, siendo a su vez contratos accesorios (de garantía) celebrados por alguna de las partes con terceros, y otros son meros acuerdos previos o posteriores sobre cuya naturaleza luego me expediré (40).

La mayoría de ellos (41) pasan a integrar el contrato, aunque puedan precederlo; y, como integran el contrato, fenecen con él.

Pero otros no.

#### **X. INAPLICABILIDAD DE LA FORMACIÓN PROGRESIVA EN CONTRATOS PREDISPUUESTOS Y, POR ENDE, EN CASI TODO EL DERECHO DEL CONSUMIDOR. LOS CONTRATOS SOLEMNES**

En los contratos simples y cotidianos — compra de periódico, alimentos o ropa— no se utiliza la formación progresiva del consentimiento (42).

Sean o no de consumo, la oferta y la aceptación —máxime si son entre presentes— son instantáneas, generalmente verbales y contienen todas los elementos del contrato. Sin embargo, ello no obsta a la existencia de acuerdos parciales en la etapa precontractual, que quedarán como tales si no se celebra el contrato, y como pactos en caso de celebrarse.

Se suelen iniciar y terminar al mismo tiempo, por lo que no suelen quedar acuerdos remanentes, ni se celebran otros que luego se integren como cláusulas del contrato.

---

conocidos y regularmente observados en el ámbito en que se celebra el contrato, excepto que su aplicación sea irrazonable”.

(40) Puede verse, sobre la realidad de la contratación progresiva y fraccionada, LOMBARDI, César E., “Los acuerdos parciales y los contratos preliminares en la regulación del nuevo Código”, [https://jndcbahiablanca2015.com/wp-content/uploads/2015/09/Lombardi\\_LOS-ACUERDOS.pdf](https://jndcbahiablanca2015.com/wp-content/uploads/2015/09/Lombardi_LOS-ACUERDOS.pdf).

(41) BORDA, Alejandro, “Los acuerdos parciales...”, ob. cit., quien refiere el lugar de cumplimiento, la fecha de pago, si el pago será al contado o en cuotas, si la entrega de la cosa se hará antes o después del pago, si el saldo de precio será garantizado, si la garantía será real o personal.

(42) ARAUJO, María Alejandra — RAMONDA, Margarita, “La problemática de los acuerdos parciales”, ob. cit.; la masificación contractual no deja margen a la discusión previa.

Lo que caracteriza esta circunstancia no es que se trate de contratos paritarios (43), sino la informalidad a la que conduce el menor valor.

Sin duda puede haber excepciones, incluso en el derecho del consumo. Tal el caso de quien acuerda dejar una seña penitencial mientras decida contratar o no hacerlo.

### **XI. ¿CÓMO SE DENOMINAN LOS ACUERDOS QUE SE LOGRAN EN LA ETAPA PRECONTRACTUAL Y LOS DE LA ETAPA CONTRACTUAL QUE INTEGRAN EL CONTRATO?**

Esta cuestión exhibe la conveniencia de especificar, en el reducido ámbito de este ensayo, el alcance de los términos empleados.

“Convención” es el mero acuerdo de dos o más personas sobre un objeto de interés jurídico, mientras que “contrato” es el acuerdo en que una o muchas personas se obligan hacia una o muchas personas a una prestación cualquiera. La convención es el género, y el contrato la especie (44).

Es el acuerdo de varias personas sin intereses contrapuestos, en el que, aun habiendo dos o más personas que expresan su voluntad, lo ha-

---

(43) V. LOMBARDI, César E., “Los acuerdos parciales y los contratos preliminares...”, ob. cit.

(44) V. AUBRY, Charles — RAU, Charles, “Cours de droit civil français. D’après la méthode de Zachariae”, 4ª ed., Ed. Imprimerie et Librairie Générale de Jurisprudence — Cosse, Marchal & Cie., Paris, 1871, t. IV, nro. 340, p. 283; BORDA, Guillermo A., “Tratado de derecho civil. Contratos”, Ed. AbeledoPerrot, Buenos Aires, 1979, t. II, p. 121; GIORGI, Jorge, “Teoría de las obligaciones”, Ed. Reus, Madrid, 1919, t. III, p. 22; SAVIGNY, Federico C. de, “Sistema del derecho romano actual”, Ed. F. Góngora y Cía., Madrid, 1879, t. II, nro. 140, p. 354; LÓPEZ DE ZAVALÍA, Fernando, “Teoría de los contratos”, ob. cit., t. I, p. 21; LÓPEZ SANTA MARÍA, Jorge, “Los contratos. Parte general”, Ed. Jurídica de Chile, Santiago, 1998, t. I, p. 17; VÁZQUEZ BOTE, Eduardo, “Tratado teórico-práctico...”, ob. cit., t. IX, p. 4; LAFAILLE, Héctor, “Derecho civil. Contratos”, Ed. Ediar, Buenos Aires, 1953, t. II, p. 10; LEIVA FERNÁNDEZ, Luis F. P., “Tratado de los contratos”, ob. cit., t. I, nro. 16, p. 20, LARROUMET, Christian, “Teoría general del contrato”, ob. cit., vol. I, p. 59, a propósito del art. 1101 del Cód. Civil francés. El día 01/10/2016 entró en vigencia la reforma del Código Civil francés dispuesta por la Ordenanza 2016-131 del 10 de febrero del mismo año, que dispuso modificaciones en el derecho de los contratos, el régimen general de la prueba y las obligaciones. El nuevo art. 1101 dispone: “*Le contrat est un accord de volontés entre deux ou plusieurs personnes destiné à créer, modifier, transmettre ou éteindre des obligations*”; et al.

cen con el mismo interés (45); v.gr., dos condóminos que deciden poner a la venta su propiedad (46).

Mosset Iturraspe señala que mientras el contrato resuelve un conflicto de intereses, la convención o mero acuerdo satisface intereses distintos pero concurrentes (47). También es convención el acuerdo que carece en forma directa (inmediata) de contenido patrimonial.

Tanto en el Código Civil histórico como en el vigente Código Civil y Comercial de la Nación existe, entre convención y contrato, una relación que se caracteriza según sea el ámbito que se le reserva al contrato, caracterizando a la primera como género y al segundo como especie (48).

Como la convención no es fuente de obligaciones, no puede demandarse su cumplimiento ni indemnizarse su incumplimiento por vía contractual (49).

---

(45) Conf. LÓPEZ DE ZAVALÍA, Fernando, "Teoría de los contratos", ob. cit., t. I, p. 19; BETTI, Emilio, "Teoría general del negocio jurídico", Ed. Revista de Derecho Privado, Madrid, 1943, p. 225; BORDA, Guillermo A., "Tratado de derecho civil. Contratos", ob. cit., t. II, p. 122.

(46) Conf. BETTI, Emilio, "Teoría general del negocio jurídico", ob. cit., p. 224; LA-RENZ, Karl, "Derecho civil. Parte general", Ed. Revista de Derecho Privado, Madrid, 1978, p. 430; PUIG PEÑA, Federico, "Tratado de derecho civil español", ob. cit., t. IV, vol. 2, p. 7; VÁZQUEZ BOTE, Eduardo, "Tratado teórico-práctico...", ob. cit., t. IX, p. 5.

(47) Conf. MOSSET ITURRASPE, Jorge, "Teoría general del contrato", ob. cit., p. 31.

(48) Conf. ESCRICHE, Joaquín, voz "Contrato", en *Diccionario...*, ob. cit., p. 514.

(49) *Ibidem*, voz "Convención", p. 518. "El consentimiento de dos ó más personas sobre una misma cosa o hecho. Convención, contrato y obligación no son términos sinónimos aunque en el uso se empelan indiferentemente los unos por los otros. La palabra convención ó pacto es un término general sobre una misma cosa ó hecho. Convención trato, obligación, no son términos sinónimos, aunque en el uso se emplean indiferentemente los unos por otros. La palabra convención ó pacto es un término general que significa toda especie de convenio ó acuerdo de dos ó más personas sobre una misma cosa, sea con intención, sea sin intención de obligarse (...). Contrato (...) es una especie de convención hecha con intención de obligarse de un modo perfecto, *animo contrahenda obligationis*. Una convención puede no ser obligatoria, pero el contrato siempre lo es: si tú y yo nos convenimos en salir á paseo juntos, hacemos una convención y no un contrato, porque tú no puedes compelerme á cumplir mi promesa, la cual no me deja legalmente obligado para contigo; mas si yo prometo formalmente darte dos mil reales, hacemos un contrato, porque yo quedo legalmente obligado y tú puedes exigirme el cumplimiento de la promesa. Como no hay contrato sin que medie acuerdo entre dos ó más personas, un contrato es siempre una convención; pero una convención no siempre es un contrato, pues que puede no ser obligatoria". LEIVA FERNÁNDEZ, Luis F. P., "Tratado de los contratos", ob. cit., t. I, nro. 16, p. 21.

“Acuerdo” es el mero consentimiento sobre un tema no necesariamente jurídico. No crea obligaciones.

“Cláusula” es una disposición particular que forma parte de un contrato.

“Pacto” es “el consentimiento o acuerdo de dos o más personas sobre una misma cosa...”; entre los romanos no producía acción, sino excepción (50). Pero en el uso actual la voz significa aquella estipulación secundaria que se agrega al acuerdo básico constitutivo de un contrato (51), es decir, una cláusula añadida al contrato luego de celebrado.

Así las cosas, lo acordado en la etapa precontractual, una vez celebrado el contrato, las más de las veces, pasa a integrar su normativa. Son cláusulas que, si contienen los elementos esenciales particulares, serán, en su caso, oferta o aceptación.

Otros acuerdos, a los que se arriba en la etapa contractual, integran el contrato en forma de cláusulas o pactos, si son posteriores a la celebración del contrato, pero vigente este.

Finalmente, hay acuerdos que, aunque formalmente lo integran como cláusulas, son convenciones o pactos en el sentido romano. No son contratos (52). Tampoco constituyen oferta ni aceptación, ni en el Código derogado ni en el Código Civil y Comercial de la Nación vigente (53). No hacen nacer obligaciones.

---

(50) ESCRICHE, Joaquín, voz “Pacto”, en *Diccionario...*, ob. cit., p. 1363, bien que a continuación considera que ya no hay vestigio de la distinción romana entre pacto y contrato...

(51) ALBALADEJO, Manuel, “Derecho civil. Derecho de obligaciones”, ob. cit., t. II, vol. 1, p. 390.

(52) Comp. ARAUJO, María Alejandra — RAMONDA, Margarita, “La problemática de los acuerdos parciales”, ob. cit.

(53) Conf. SANTARELLI, Fulvio, “La formación del consentimiento contractual, la oferta y la aceptación”, *LA LEY, Supl. Esp.: Nuevo Código Civil y Comercial de la Nación. Contratos* del 25/02/2015, p. 83; FREYTES, Alejandro E., “Caracterización del consentimiento contractual en el nuevo Código Civil y Comercial de la Nación”, *Revista de la Universidad Nacional de Córdoba*, vol. 7, nro. 1, 16/05/2016, Nueva Serie II, p. 116; también en <https://revistas.unc.edu.ar/index.php/refade/issue/view/1880>.

## XII. ¿CUÁNDO SE EXTINGUE EL CONTRATO? INICIO Y FIN DE LA ETAPA POSTCONTRACTUAL

Anteriormente (54) concluí que el período postcontractual se inicia al satisfacerse las obligaciones principales del contrato.

Si las prestaciones principales del contrato resultan insatisfechas, la responsabilidad será contractual —ni precontractual ni postcontractual— y el caso se resolverá por alguno de los tres supuestos de los arts. 730 y 731 del Cód. Civ. y Com.

En la oportunidad citada expresé: “El período postcontractual se extiende en el tiempo hasta un plazo indeterminado que a mi entender debe coincidir con el de la prescripción liberatoria” (55), concepto que especificaré durante el presente ensayo.

Aunque es comprensible que pueda existir alguna duda por la incidencia de los deberes de lealtad o las obligaciones de seguridad que se originan en el contrato (56), se entiende que el período postcontractual se inicia al satisfacerse las obligaciones principales del contrato (57), al cumplirse el fin buscado al celebrarlo: al satisfacerse la causa-fin.

Si, por ejemplo, se aplicasen estas ideas al saneamiento, puede advertirse que aunque las más de las veces la responsabilidad por saneamiento remite a un supuesto de responsabilidad postcontractual, también es posible que la situación que lo desencadena —sea evicción, sean vicios ocultos— se produzca o se advierta, en el caso de los vicios, aún pendiente alguna prestación principal, lo que excluye a tal supuesto de la aplicación de las reglas del postcontrato.

El *dies a quo* de la etapa postcontractual será el mismo, sea la previsión remanente una cláusula prevista para la etapa en que el contrato ha fenecido, o una mera convención. La etapa inicia al cumplirse o —definitivamente— no cumplirse las prestaciones principales del contrato.

---

(54) LEIVA FERNÁNDEZ, Luis F. P., “La responsabilidad postcontractual”, ob. cit., SPOTA, Alberto G. — LEIVA FERNÁNDEZ, Luis F. P., “Instituciones de derecho civil. Contratos”, ob. cit.; LEIVA FERNÁNDEZ, Luis F. P., “Ensayos de derecho civil y técnica legislativa”, ob. cit.

(55) LEIVA FERNÁNDEZ, Luis F. P., “La responsabilidad postcontractual...”, ob. cit.

(56) V. UBIRÍA, Fernando A., “Derecho de daños en el Código Civil y Comercial”, Ed. AbeledoPerrot, Buenos Aires, 2015.

(57) ALBALADEJO, Manuel, “Derecho civil. Derecho de obligaciones”, ob. cit., t. II, vol. 1, p. 492.

Pero el *dies ad quem* vinculado al vencimiento del plazo de la prescripción liberatoria no puede aplicarse a la convención, porque no hay allí prestación alguna que cumplir. La convención subsiste mientras las partes no acuerden lo contrario.

### **XIII. ACUERDOS QUE SE INTEGRAN AL CONTRATO A TRAVÉS DE SUS CLÁUSULAS**

Como señalé precedentemente, durante los *pourparler* las partes pueden ir elaborando acuerdos parciales que en caso de celebrarse el contrato pueden seguir diversa suerte; algunos que han tenido por fin la negociación o celebración del contrato se extinguen, v.gr., las representaciones de cada parte o los medios de comunicación previstos para negociar o cumplir el futuro contrato.

Otros se integran como cláusulas contractuales.

Pero, de estos, algunos son estrictamente de naturaleza contractual, generando obligaciones, mientras que otros contienen declaraciones unilaterales o meras convenciones.

### **XIV. CLÁUSULAS PREVISTAS PARA LA ETAPA POSTCONTRACTUAL**

Contratar implica prever tanto lo necesario para satisfacer la causa-fin de cada parte cuanto lo necesario para compeler a la otra a satisfacerla a través del cumplimiento de su prestación o a enjugar los daños previsibles.

De modo que lo natural es que algunas previsiones contractuales se enderecen a compeler al cumplimiento de la contraprestación y a enjugar los daños, en caso de producirse.

Han sido previstas en el contrato para ejercerse una vez extinguido definitivamente el contrato insatisfecho.

### **XV. LAS CLÁUSULAS CONTRACTUALES, SU NATURALEZA, EFICACIA Y FUNCIONES**

Sintetizando hasta aquí:

a) El período postcontractual se inicia al cumplirse las prestaciones principales del contrato o definitivamente no cumplirse.

b) Entre las cláusulas existen previsiones acordadas en la etapa precontractual (v.gr., oferta y aceptación) y otras incorporadas como pactos estando vigente el contrato ya celebrado. Son operativas para el cumplimiento del contrato y algunas —no todas— necesarias, a grado tal que si no se hubiesen acordado, o luego pactado, el juez debería integrarlas al contrato.

c) Entre las cláusulas hay también previsiones contractuales para asegurar el cumplimiento de las prestaciones o asegurar un resarcimiento por incumplimiento. Se incorporan al contrato para ejercerse cuando el contrato ya no existe, por haberse operado su definitivo incumplimiento.

d) Algunos acuerdos precontractuales que tenían por finalidad facilitar la celebración del contrato cumplieron su cometido al celebrarse el contrato y se extinguieron.

e) Todas las mencionadas en b) y c) son estrictamente de naturaleza contractual, generando obligaciones, mientras que otras cláusulas contienen declaraciones unilaterales o meras convenciones.

f) En orden a la responsabilidad postcontractual, el contrato extinto actúa ultraactivamente para habilitar supuestos de responsabilidad postcontractual, sin perjuicio de la concurrencia temporal con casos de responsabilidad postcontractual surgidos de la ley.

g) La eficacia de las previsiones contenidas en las cláusulas referidas en b) y c) queda sujeta a la prescripción liberatoria.

h) Las cláusulas referidas en e) no son afectadas por prescripción alguna.

Tal es el meollo de estas líneas.

No obstante, falta todavía despejar un término.

## **XVI. EL EXOSQUELETO NORMATIVO CONVENCIONAL (COLLEGAMENTO CONTRATUALE)**

A veces concurren deberes vinculados al contrato, a cumplirse pese a estar ya extinto.

Pero tales deberes no se originan en el contrato extinto, ni en la ley, sino en otras normas convencionales que le resultan conexas (58).

---

(58) V. arts. 1073 a 1075, Cód. Civ. y Com.

Explicaba Atilio Alterini: “Varios contratos pueden constituir un todo, digno de ser tenido en consideración, tan distinto de sus componentes, pero a la vez tan ligados entre sí, como 12 lo está con respecto a 7 y a 5” (59).

Son los contratos coligados, dependientes, las cadenas de contratos, los grupos de contratos o las redes contractuales.

En el caso que traigo a colación, la conexidad no es funcional, sino genética. Ambas normas coligadas surgen de la voluntad de las partes, pero, en principio, la suerte de uno no se aplica al otro.

Es el supuesto de los supermercados mayoristas, en los que para poder comprar a precios supuestamente convenientes se exige una membresía previa, que otorga un contexto que luce como exoesqueleto del contrato. Son contratos conexos y, en tal caso, el de compraventa se encuentra en alguna medida sostenido por reglas del contrato de membresía, de suerte que aun cuando el contrato de compraventa se extinga, las reglas de la membresía mantienen algunos aspectos vigentes.

Lo mismo sucedía hasta hace poco en MercadoLibre, que, luego de la adquisición de un bien a un tercero a través de su plataforma, enviaba un correo al usuario consultando si ya había recibido el producto. En caso afirmativo, el sistema automáticamente solicitaba una calificación —positivo, negativo o neutral— para el vendedor, indicando si se recomendaría o no. Cada vez que dos usuarios realizaban una operación tenían un plazo de 21 días para calificarse recíprocamente de forma positiva, negativa o neutral, según haya sido su experiencia (60). En este caso, el exoesqueleto normativo era el contrato de adhesión a la plataforma de MercadoLibre.

## XVII. EL DOMICILIO ESPECIAL CONTRACTUAL

Casi no hay contrato instrumentado por escrito que no prevea un domicilio especial constituido a los efectos contractuales. No me refiero al domicilio real autodenunciado por la parte de un contrato, sino al regu-

---

(59) ALTERINI, Atilio A., “Contratos. Civiles, comerciales, de consumo”, Ed. AbeledoPerrot, Buenos Aires, 1998, p. 194, con citas de Teyssie, Mestre y Cabrillac.

(60) Véase [https://www.mercadolibre.com.ar/seguro\\_calif.html](https://www.mercadolibre.com.ar/seguro_calif.html). El sistema se modificó en 2017: <https://culturageek.com.ar/mercado-libre-cambia-sistema-reputacion/>.



lado por el art. 75 del Cód. Civ. y Com. y anteriormente por el art. 101 del derogado Cód. Civil.

El domicilio establecido como especial contractual no dura únicamente mientras subsista el contrato, sino que rige mientras duran “los efectos del contrato” (61). Incluso se aplica a los efectos postcontractuales, como el reclamo por saneamiento luego de entregada la cosa o realizada la obra.

Sin embargo, aunque su eficacia subsiste aun fenecido el contrato (cuando seguramente cumple la función más destacada), y pese a ser formalmente una cláusula del contrato, no lo es substancialmente, porque no hubo en su decisión la solución de intereses contrapuestos, y, finalmente, puede modificarse en forma unilateral siempre que se ponga en conocimiento fehaciente de la contraparte.

Actúa durante la existencia del contrato y subsiste tras su extinción.

El domicilio especial contractual no prescribe, porque no genera ninguna obligación, no hay acreedor o deudor de un dar, hacer o no hacer, y si en algún caso se ha considerado que resultaba insuficiente para trabar la litis —como expresa Tobías—, parecen solo decisiones vinculadas a asegurar el derecho de defensa en juicio (62).

El domicilio, tanto como el nombre, es atributo de la personalidad del sujeto titular que lo denuncia, y mantenerlo depende de su voluntad.

Asimismo, el nombre artístico que se expresa por el contratante en un contrato de espectáculo —Palito Ortega, Mirtha Legrand— no es

---

(61) En tal sentido, v. BELLUSCIO, Augusto C. (dir.) — ZANNONI, Eduardo A. (coord.), “Código Civil comentado anotado y concordado”, Ed. Astrea, Buenos Aires, 1993, t. I, p. 447; DI FILIPPO, María Isabel, en RIVERA, Julio C., “Instituciones de derecho civil. Parte general”, Ed. AbeledoPerrot, Buenos Aires, 2013, t. I, nro. 698, ps. 694 y 695; TOBIÁS, José W., “Tratado de derecho civil. Parte general”, Ed. La Ley, Buenos Aires, 2018, t. I, p. 531; CNCiv. Sala B, LA LEY 1995-B-217; CNCiv., Sala A, LA LEY 1995-A-317; TOBIÁS, José W., “Comentarios al art. 75”, en ALTERINI, Jorge H. (dir.) — ALTERINI, Ignacio E. (coord.), *Código Civil y Comercial comentado...*, ob. cit., t. I, p. 935. También CNCiv., Sala D, 09/08/1973, LA LEY 162-216; CNCiv., Sala A, 10/02/1998, LA LEY 1999-A-105; DJ 1999-2-997.

(62) TOBIÁS, José W., “Comentarios al art. 75”, ob. cit., destaca que alguna jurisprudencia ha considerado que un largo transcurso del tiempo acarrea su cesación. C2ªCiv., LA LEY 44-401; C1ªCiv., JA 40-499. CS, 21/03/2017, “Estado Provincial y/o Gobierno de la Provincia de San Luis c. Instalaciones y Montajes Electromecánicos (IME) SA s/ daños y perjuicios - recurso de queja”, Fallos 340:212, LA LEY del 24/04/2017, p. 11; LLAR/JUR/2761/2017.

vinculante para el artista, que puede cambiarlo sin afectar el vínculo contractual. El contratante también puede mudar el domicilio especial contractual, que en ese ámbito viene a substituir los efectos del domicilio real. Y así como el que se denuncia como real puede mudar a voluntad del sujeto denunciante, también lo puede hacer el domicilio especial contractual.

### **XVIII. LA PRÓRROGA DE JURISDICCIÓN**

Muchas veces también suele pactarse una prórroga de jurisdicción, desplazando la que corresponde según caigan las cosas o las personas en una, en beneficio de otra acordada por las partes.

Esa prórroga de jurisdicción subsiste más allá de la subsistencia del contrato, cuando las prestaciones principales se consideran satisfechas o definitivamente insatisfechas.

Aunque es una cláusula contractual, a semejanza del domicilio especial contractual, no genera obligación alguna. No hay un dar, hacer o no hacer, a consecuencia de ella. Por ende, no prescribe. Es una mera convención.

Y si no prescribe, ¿cómo cesa el efecto de la prórroga de jurisdicción? De la misma forma que se acordó.

# DILIGENCIA EXIGIBLE

POR JOSÉ M. ORELLE

## I. CONCEPTO

El presupuesto filosófico y jurídico del tema es evitar dañar. El art. 1710 del Cód. Civ. y Com. establece: “*Deber de prevención del daño*”. Toda persona tiene el deber, en cuanto de ella dependa, de:

”a) evitar causar un daño no justificado;

”b) adoptar, de buena fe y conforme a las circunstancias, las medidas razonables para evitar que se produzca un daño, o disminuir su magnitud; si tales medidas evitan o disminuyen la magnitud de un daño del cual un tercero sería responsable, tiene derecho a que este le reembolse el valor de los gastos en que incurrió, conforme a las reglas del enriquecimiento sin causa;

”c) no agravar el daño, si ya se produjo”.

La producción del daño genera la obligación de resarcir (art. 1716, Cód. Civ. y Com.), y por ello cualquier acción u omisión que causa un daño es antijurídica (art. 1717, del mismo Código).

El concepto de diligencia se centra en la actitud, las precauciones y los cuidados, con el nivel de detalle correspondiente, que las personas debemos aplicar para actuar en la vida social en toda clase de acciones.

Marcelo J. López Mesa describe con su consabida profundidad los puntos esenciales del concepto de diligencia en el nuevo Código Civil y Comercial (1), de los cuales extraigo los siguientes:

---

(1) LÓPEZ MESA, Marcelo J., “La apreciación de la conducta según la capacidad y circunstancias del agente. La determinación de la diligencia exigible a cada uno de acuerdo con el nuevo Código Civil y Comercial”, ED 266-996, del 18/03/2016.

### **I.1. Vigencia de la doctrina y jurisprudencia anterior a la reforma**

La jurisprudencia elaborada por nuestros tribunales en derredor del art. 902 del Código de Vélez resulta enteramente aplicable al nuevo Código Civil y Comercial, dada la equivalencia de esa norma con el art. 1725, 1ª parte, del Cód. Civ. y Com., por lo que dichos criterios resultan plenamente aplicables luego de la entrada en vigencia del nuevo ordenamiento.

### **I.2. Principio rector de la valoración de la conducta**

El art. 1725 del Cód. Civ. y Com. establece: “*Valoración de la conducta.* Cuanto mayor sea el deber de obrar con prudencia y pleno conocimiento de las cosas, mayor es la diligencia exigible al agente y la valoración de la previsibilidad de las consecuencias. Cuando existe una confianza especial, se debe tener en cuenta la naturaleza del acto y las condiciones particulares de las partes. Para valorar la conducta no se toma en cuenta la condición especial o la facultad intelectual de una persona determinada, a no ser en los contratos que suponen una confianza especial entre las partes. En estos casos, se estima el grado de responsabilidad, por la condición especial del agente”.

### **I.3. Concepto de diligencia y negligencia**

La diligencia es una actitud, y no el encasillamiento en una idea preconcebida. Consiste en una actitud, la de buscar la verdad o el conocimiento de manera vigorosa, proactiva, sin pretender escudarse en excusas banales o quedarse en comodidades presuntamente cándidas.

Negligencia es la ausencia de la diligencia exigible. Y diligencia es la conducta requerida —de acuerdo con las circunstancias de tiempo, lugar y personas— para actuar en un caso de modo no reprochable y sin caer en responsabilidad. La diligencia indica discernimiento, una conciencia despierta, reflexiva, escrupulosa, atenta; evoca la actividad enfocada de quien aspira a un resultado, la tensión hacia el buen objetivo, la devoción en el actuar.

El nuevo Código Civil y Comercial, en su art. 1724, define a la culpa como “la omisión de la diligencia debida según la naturaleza de la obligación y las circunstancias de las personas, el tiempo y el lugar. Comprende la imprudencia, la negligencia y la impericia en el arte o profesión”.

La culpa se manifiesta como negligencia cuando el sujeto omite cierta actividad que habría evitado el resultado dañoso, no hace lo que debía o hace menos. Se caracteriza por cuatro notas esenciales o requisitos típicos:

(i) Ausencia de intención nociva o maléfica: la culpa difiere del dolo en que la imputación culposa requiere un conocimiento potencial, un conocimiento que se hubiera llegado a poseer si se hubiese actuado con la diligencia debida, mientras que el dolo presupone la actuación a sabiendas del daño que habrá de causarse, lo cual surge *a contrario sensu* del art. 1724.

(ii) Omisión de la conducta debida, positiva o negativa, para prevenir o evitar un daño a otro: la culpa siempre lleva implícito un defecto de conducta que se funda en que el sujeto debía hacer algo distinto de lo que hizo y le era exigible en esas circunstancias; consiste en no prevenir el daño, no obstante ser previsible; o bien en preverlo, pero sin tomar los recaudos u observar la conducta necesaria para evitarlo.

(iii) Imputabilidad de la actuación: la culpa presupone la imputabilidad del agente, esto es, capacidad para comprender, conocer y valorar las circunstancias fácticas en que el sujeto se encuentra y desenvuelve; *a contrario sensu*, no puede calificarse de culpable a quien no es imputable. Por ende, la actuación de quien no tiene discernimiento no puede ser calificada de culposa, a tenor de lo dispuesto en los arts. 260, 261 y 1724 del Cód. Civ. y Com.

(iv) Previsibilidad del resultado: es un hecho indiscutible que sin previsibilidad del resultado dañoso no hay ni culpa ni dolo. Sin previsibilidad no puede existir intención dañosa en el dolo ni omisión de diligencia en la culpa. Esta previsibilidad del resultado debe ser apreciada en concreto, de acuerdo con las circunstancias del dañador.

La culpa se aprecia en concreto, pero con una comparación con un modelo ideal o abstracto, es decir que se trata de una apreciación mixta, en parte concreta, en parte abstracta; este proceder apreciativo surge de los arts. 1724 y 1725. La conducta debe apreciarse con un criterio normal, ni benévolo ni en extremo exigente.

## II. LA DILIGENCIA APLICADA A LOS FACTORES DE LOS ACTOS

### II.1. La extraordinaria complejidad de la conducta humana

La humanidad, a través de un proceso antiquísimo que acompaña a la civilización desde su albor, ha creado de modo espontáneo una red compuesta de un entramado extraordinariamente rico en detalles, para facilitar la convivencia. Schutz refiere que a través de mi actitud natural presupongo este mundo como mi realidad. Debo comprenderlo para entenderme con él, actuar dentro y sobre él, y llevar a cabo los proyectos que tengo entre manos. En este sentido, el mundo está dado a mi experiencia y a mi interpretación. Esta interpretación la realizo con el acervo de mis experiencias. Percibo dicho mundo en parámetros de lugar y tiempo, conmigo como centro (2).

Habermas expresa que el mundo de la vida no posee la sublime importancia del cosmos o del orden ejemplar de las cosas, ni la sucesión ordenada de sucesos relevantes para la salvación. Nos abarca, nos lleva a relacionarnos nosotros como seres finitos, con lo que nos sucede en el mundo. Nos experimentamos performativamente, como sujetos socializados en relaciones prácticas y vitales y con otros sujetos activos que intervienen en el mundo (3). Por ello, esta clase de aprendizaje social no debe confundirse con el conocimiento científico, que reclama una síntesis de los resultados válidos provenientes de una investigación.

Debido a ello, el derecho exige un análisis técnico, pormenorizado, del tema, para responder satisfactoriamente a su finalidad de comprensión de la acción humana con la suficiente profundidad para facilitar el tratamiento y las respectivas consecuencias con la ponderación que corresponde.

---

(2) SCHUTZ, Alfred, "El problema de la realidad social. Escritos I", Ed. Amorrortu, Buenos Aires, 2015, p. 299.

(3) HABERMAS, Jürgen, "Mundo de la vida, política y religión", trad. de Jorge Seca Gil, Ed. Trotta, Madrid, 2015, p. 24.

## II.2. La “realidad” del mundo y aquello que podemos “conocer”

### II.2.a. La realidad

#### II.2.a.i. Contexto

Cualquier acontecimiento, para ser comprendido, exige que se lo ubique dentro de un contexto del cual forma parte (4). Así, respecto de un relámpago, el contexto sería la noche, la sequedad y las tinieblas que lo preceden, el estruendo del trueno anterior, el clima reinante en ese momento, el antes de la tormenta y el después. El mundo en su contexto designa una unidad de sentido a partir del cual puede ser comprendido e interpretado en el interior de un horizonte unitario. La historicidad también es otro elemento: un tren que llega a una estación aparece dotado de sentido dentro de una época y una cultura determinada, su construcción, puesta a punto, etc. El mundo designa la totalidad de posibilidades articuladas entre sí a partir de las cuales una interpretación es posible. El mundo es una enorme trama compuesta por una suma amplísima de factores: época, lugares, culturas, elementos físicos naturales, personas que interactúan, máquinas y construcciones, etc., y todo ello en un continuo movimiento y cambio.

#### II.2.a.ii. Elementos

El mundo físico se presenta ante nosotros como un continuo integrado por numerosos elementos:

a) Elementos físicos: personas, continentes, luz, oscuridad, aire, clima, humedad, sequedad, océanos, minerales, vegetales, animales, selvas, montañas, planicies, desiertos, ciudades, toda clase de vías de agua, insectos, olores, sabores, etc. Inclusive existen (así lo revelan instrumentos técnicos) frecuencias de sonidos, colores y otros elementos que nuestros sentidos no alcanzan a percibir. Además de los elementos naturales, operan en él toda clase de artefactos, máquinas y construcciones creadas por los seres humanos, que se entremezclan con los elementos naturales.

---

(4) ROMANO, Claude, “El acontecimiento y el mundo”, trad. de María Cristina Greve, Ed. Biblos Filosofía, Buenos Aires, 2016, p. 62.

b) El factor tiempo, que gobierna nuestra vida, sin que los científicos todavía hayan develado su esencia y comprensión científica (5).

c) La existencia y variedad de energías y fuerzas: dichas fuerzas y procesos son estudiados por sus respectivas disciplinas. A modo de ejemplo: la ciencia física estudia los temas de movimiento, las propiedades de la materia, calor, sonido, electricidad, magnetismo, luz, física atómica, nuclear (6). Por su parte, la ciencia mecánica se ocupa de las leyes del movimiento: espacio, tiempo, fuerzas, energía, impulsos, conservación, circuitos, oscilaciones, tipos de sistemas, el problema de los cuerpos, el caos y las ecuaciones que se aplican a dichos temas (7). Por cierto, es una mera referencia, porque la variedad de enfoques disciplinarios es inagotable, pero basta para visualizar uno de los planos de la inmensidad a que aludimos.

Dicho conjunto, que no pretende agotar la enumeración —además, en movimiento continuo y con infinitas posibilidades de combinaciones—, conforma una realidad inconmensurable, imposible de ser captada plenamente por los sentidos humanos. Solo podemos realizar “mapas” parciales para conducirnos en este mundo, pero sin pretender una captación total, absoluta.

Entonces, la realidad no es un ente; es una pluralidad abierta de entes y fuerzas en movimiento continuo. Es un contexto “acontecimiento”, es decir, fuente permanente de acontecimientos (8). En este contexto, el hecho o acontecimiento no es nada más que esa reconfiguración impersonal de mis posibles y del mundo que adviene en un hecho.

Schutz refiere que a través de mi actitud natural presupongo este mundo como mi realidad. Debo comprenderlo para entenderme con él, actuar dentro y sobre él, y llevar a cabo los proyectos que tengo entre manos. En este sentido, el mundo está dado a mi experiencia y a mi

---

(5) GUIBOURG, Ricardo A., “La construcción del pensamiento. Decisiones metodológicas”, Ed. Colihue Universidad, Filosofía, 2006, p. 49. El autor explica que el espacio y el tiempo han intrigado siempre a los filósofos. Uno de los problemas es que es imposible referirse al tiempo sin disponer de otros conceptos como antes, después, sucesión cronológica. Expresa que por ello Kant los llamaba formas de la intuición sensible.

(6) HEWIT, Paul G., “Física conceptual”, 10ª ed., Ed. Pearson, México, 2007, cap. 1 en adelante.

(7) VUCETICH, Héctor, “Introducción a la mecánica cuántica”, 1ª ed., Ed. Eudeba, 2007, caps. 1 y ss.

(8) ROMANO, Claude, “El acontecimiento y el mundo” ob. cit., p. 55.



interpretación. Mi percepción del mundo no es una mera acumulación de manchas, elementos, fuerza, sonidos, etc., sino un mundo de objetos bien delimitados con cualidades definidas, objetos entre los cuales me muevo y debo operar, y que me ofrece resistencias, que debo tener en cuenta para obtener mis finalidades. Percibo dicho mundo en parámetros de lugar y tiempo, conmigo como centro (9).

Por ello, reitero, el hecho en sí mismo es neutro en el plano del acontecer, pero simultáneamente, como luego veremos, es personal en el sentido de nacer como resultado de una decisión personal a la que doy sentido o significado sobre la base de mis intereses.

### ***II.2.b. La realidad y la posibilidad de su conocimiento por parte de los sujetos (teoría del conocimiento)***

#### *II.2.b.i. Realidad y convicción “ingenua”*

Los seres humanos desarrollamos nuestro proyecto existencial en lo que consideramos “mundo exterior”, “donde estamos”, “nuestra realidad, la de nuestros antecesores y la de nuestros sucesores”. Siempre fue así y seguirá siendo así. Esta convicción, por una parte ingenua —como veremos a continuación—, sin embargo está tan enraizada que a veces contamina la interpretación jurídica.

#### *II.2.b.ii. Realidad como percepción subjetiva*

Sin embargo, aquello que denominamos “realidad” no es más que un conjunto de relaciones con nuestra vida activa y emocional. La fuente de toda realidad es subjetiva; por ello, la palabra “real” es una orla de sentido (10). Todo algo perceptivo forma parte de un campo de comprensión. De allí que toda “cualidad determinada” no es un elemento, sino un objeto de conciencia. El mundo percibido comporta un sentido, una estructura significativa. Todo acontecimiento, aun el más elemental, está revestido de un sentido. Por ello la percepción no debe identificarse con una captación independiente, a la cual luego se le da sentido. Es a la in-

---

(9) SCHUTZ, Alfred, “El problema de la realidad social. Escritos I”, ob. cit., p. 299.

(10) SCHULZ, Alfred — LUCKMANN, Thomas, “Las estructuras del mundo de la vida”, 2ª reimp., Ed. Amorrortu, Buenos Aires, 2009, p. 42.

versa: el campo de significado es el que le da sentido a aquello en lo cual centramos nuestra atención (11).

Existen tantas realidades como finalidades del observador: mundo de la ciencia, de las relaciones ideales, de los ídolos, la mitología, la religión, etc. En la medida en que se les presta atención, cada uno de estos mundos es real a su manera. Por ello, se ha afirmado que los órdenes de la realidad no se constituyen mediante la estructura ontológica de su objeto, sino más bien por el sentido de nuestra experiencia (12).

### *II.2.b.iii. Realidad y conocimiento*

Desde el plano de la teoría del conocimiento (13) la relación de los sujetos con la “realidad” ha generado las siguientes respuestas básicas:

a) El dogmatismo, que da por supuesta la posibilidad y la realidad del contacto entre el sujeto y el objeto. Se sustenta en la confiabilidad de la razón humana, no debilitada por ninguna duda. Como actitud ingenua, el dogmatismo es la posición primera y más antigua, tanto psicológica como históricamente.

b) El escepticismo: es la posición opuesta, también extrema. Según esta doctrina, en su versión absoluta, el sujeto no puede aprehender el objeto; no lo “ve”. Se focaliza exclusivamente en el plano subjetivo. Otra forma más flexible no niega la relación de modo tan rotundo, afirmando que no hay certeza, solo probabilidad.

c) El subjetivismo y el relativismo: según esta posición, hay una verdad, pero tiene una validez limitada. No hay verdades universalmente válidas.

d) El pragmatismo: como el escepticismo, abandona el criterio de la concordancia entre el pensamiento y el ser, pero reemplaza el concepto de verdad, considerando que es aquello que es valioso o útil para el desarrollo de la vida. Según esta teoría, el hombre no es en primer término un ser teórico, pensante, sino un ser práctico, un ser de voluntad de ac-

---

(11) ÁLVAREZ, Ricardo, “Prólogo”, en MERLEAU PONTY, Maurice, *La fenomenología y las ciencias sociales*, 1ª ed., Ed. Prometeo Libros, 2011, ps. 10 y ss.

(12) SCHULZ, Alfred — LUCKMANN, Thomas, “Las estructuras del mundo de la vida”, ob. cit., p. 43.

(13) HESSEN, J., “Teoría del conocimiento”, trad. de José Gaos, 24ª ed., Ed. Losada, 1964, ps. 34 y ss. En la misma descripción, GRAJALES, Amos A. — NEGRI, Nicolás, “Argumentación jurídica”, Ed. Astrea, Buenos Aires, 2014, p. 63.

ción. El intelecto ha sido dado al hombre no para investigar y conocer la verdad, sino para poder orientarse en la realidad. Por ello, la verdad es la congruencia entre los pensamientos y los fines prácticos del hombre.

e) El criticismo: comparte con el dogmatismo la confianza en la razón humana, pero no lo hace de modo incondicional. Examina, pregunta, desarrolla una actitud reflexiva y crítica. El fundador de esta doctrina fue Kant, quien denomina a su filosofía como criticismo. Aplica el método de investigar las fuentes de las propias afirmaciones y objeciones y de las razones en que ellas descansan, método que da la esperanza de llegar a la certeza.

### *II.2.c. Conclusiones*

1. La naturaleza y sus fenómenos tienen su marco de influencia —por lo general— en las acciones.

2. A modo de ejemplo, la manera en que se afecta el modo de vivir en aquellas naciones o zonas geográfico-climáticas de mucho frío o mucho calor, que genera estilos de vida congruentes con dicha influencia climática.

3. En otro plano, los terremotos, inundaciones, nevadas, lluvias torrenciales, pueden producir situaciones de emergencia de tal repercusión que llevan a las personas a reaccionar de modo primitivo, fuera de su marco general de conducta.

4. Este plano de la naturaleza aporta uno de los elementos de la causalidad: el escenario geográfico, climático, y de las leyes que lo rigen. El otro elemento integrante de la causalidad es la acción humana en dicho escenario.

5. El mundo “real” es un continuo físico-temporal en constante movimiento, por imperio de las fuerzas de la naturaleza, de los movimientos mezclados de la totalidad de las personas que habitan el planeta y de los artefactos creados por el hombre. Esta característica tiene numerosísimas consecuencias:

a) Conforme a la naturaleza física de nuestro mundo y de nuestra propia realidad psicofísica, operamos en él regidos por dichas fuerzas, que nos imponen ciertos patrones: lugar, fecha, resistencias respecto a nuestras acciones, que el accionar deba desarrollarse conforme a cierto proceso que estudiaremos, etc. Por ello, aquello que denominamos “forma” alude a los modos en los cuales desarrollamos con movimientos

psicofísicos en el mundo exterior nuestras decisiones. Carnelutti denomina a la forma “elemento fisiológico del acto”, detallando que para que el acto exista, no basta la existencia del fin del sujeto; es preciso que sea actuado (14).

b) Además de cada uno de dichos fragmentos, cada observador selecciona algunos aspectos, descartando los que considera que no son relevantes para su fin. Por ejemplo, si analiza los segmentos físico-temporales de la compra de un periódico apuntando a describir lo relevante para la adquisición, descartará las sensaciones cenestésicas de la persona que realiza la compra, su estado de ánimo, los olores y sonidos del ambiente, el estado del clima, la cantidad de personas que encuentre en su camino, etc. En síntesis, realizamos un conjunto de selecciones; no respetamos la totalidad del conjunto.

c) Otros observadores efectuarán otras selecciones y otro conjunto de descartes.

d) Por ello, las descripciones jurídicas pueden realizarse desde diferentes estimativas: resaltando el resultado final, describiendo ciertos movimientos considerados importantes o eligiendo ciertos grupos de acciones, etcétera.

e) Además, si tomáramos con un artefacto una grabación de un sector temporal de la realidad, aparecerían solo aquellos elementos de la acción que la máquina o artefacto puede captar, del mismo modo que sucede con las captaciones humanas, que están limitadas por los límites de los sentidos humanos.

f) Hace más complejo el panorama el comprender que cada ser humano capta de la “realidad” aquello que su mundo interior (construcción social e individual) le permite percibir. O sea que captamos la “realidad” conforme a marcos de referencia personales, de los cuales algunos ni sabemos cómo son y cómo operan (los temas de lo inconsciente) y otros que en la mayoría de los casos no hemos indagado profundamente: educación, estilo de vida, absorción de enseñanzas familiares, sociales, de la clase social, de la adquisición de conocimientos, de nuestra aptitud para comprender, tolerar, colaborar, discutir, etcétera.

Ello opera fuertemente en el terreno de las creencias, que en la gran mayoría de los casos nos parecen “verdaderas”, “evidentes”, “ciertas”, cuando en realidad son un resultado de un panorama muy complejo y

---

(14) CARNELUTTI, Francisco, “Teoría general del derecho”, trad. de Francisco Javier Osset, Ed. Revista de Derecho Privado, Madrid, 1955, p. 353.

compuesto, que es el objeto de este estudio. No conocemos la realidad; construimos mapas personales como resultado del intento personal de cada persona para manejarse pragmáticamente en la vida.

g) Estos aspectos, y muchos otros que todavía los estudios jurídicos no han descubierto y analizado de modo más amplio, tienen una extraordinaria importancia para el tema de la comprensión profundizada de la conducta humana.

h) Una primera observación, muy somera, es la conveniencia de crear fórmulas de análisis de la conducta integradas por la diversidad de conocimientos que el tema requiere. Tengo la impresión de que contribuiría a obtener una mayor precisión y mayor justicia en las ponderaciones.

### **II.3. Factores esenciales de la conducta y su conexión con la diligencia**

Como consecuencia de los numerosos factores que inciden en la conducta, surge que la calificación de buena o mala acción depende del modo en el cual se combinan dichos factores. A modo de ejemplo, puede resultar una buena acción a partir de una decisión homicida (el tirador asesino que equivoca el blanco y mata a otro asesino de la persona elegida) o un mal resultado a pesar de la buena decisión, por caso fortuito (tormenta que impide un salvataje), o una buena decisión con error en la planificación que genera un mal resultado, etcétera.

Como contrapartida del buen obrar, el Código Civil y Comercial establece en el art. 1724 la culpa y el dolo. Se expresa en el texto que la culpa consiste en la omisión de la diligencia debida según la naturaleza de la obligación, y las circunstancias de las personas, de tiempo, y lugar. Comprende la imprudencia, la negligencia y la impericia en el arte o profesión. El dolo se configura por la producción de un daño en forma intencional o con manifiesta indiferencia por los intereses ajenos.

Esta realidad del accionar permite apreciar que la mención estática de los elementos de la diligencia es útil para el jurista como una guía orientadora, pero aquellos quedan subordinados al modo de combinarse en el caso concreto.

#### ***II.3.a. El mundo físico***

El mundo físico se presenta ante nosotros como un continuo integrado por numerosos elementos:

a) Elementos físicos: personas, continentes, luz, oscuridad, aire, clima, humedad, sequedad, océanos, minerales, vegetales, animales, selvas, montañas, planicies, desiertos, ciudades, toda clase de vías de agua, insectos, olores, sabores, etc. Inclusive existen (así lo revelan instrumentos técnicos) frecuencias de sonidos, colores y otros elementos que nuestros sentidos no alcanzan a percibir. Además de los elementos naturales, operan en él toda clase de artefactos, máquinas y construcciones creadas por los seres humanos, que se entremezclan con los elementos naturales.

b) El factor tiempo, que gobierna nuestra vida, sin que los científicos todavía hayan develado su esencia y comprensión científica (15).

c) La existencia y variedad de energías y fuerzas: dichas fuerzas y procesos son estudiados por sus respectivas disciplinas. A modo de ejemplo: La ciencia física estudia los temas de movimiento, las propiedades de la materia, el calor, sonido, electricidad, magnetismo, luz, física atómica, nuclear (16). Por su parte, la ciencia mecánica se ocupa de las leyes del movimiento: espacio, tiempo, fuerzas, energía, impulsos, conservación, circuitos, oscilaciones, tipos de sistemas, el problema de los cuerpos, el caos y las ecuaciones que se aplican a dichos temas (17). Por cierto, es una mera referencia, porque la variedad de enfoques disciplinarios es inagotable, pero basta para visualizar uno de los planos de la inmensidad a que aludimos.

Dicho conjunto, que no pretende agotar la enumeración —además, en movimiento continuo y con infinitas posibilidades de combinaciones— conforma una realidad inconmensurable, imposible de ser captada plenamente por los sentidos humanos. Solo podemos realizar “mapas” parciales para conducirnos en este mundo, pero sin pretender una captación total, absoluta.

El hecho en sí mismo es neutro en el plano del acontecer, pero simultáneamente, como luego veremos, es personal en el sentido de nacer como resultado de una decisión personal a la que doy sentido o significado sobre la base de mis intereses.

---

(15) GUIBOURG, Ricardo A., “La construcción del pensamiento...”, ob. cit., p. 49. El autor explica que el espacio y el tiempo han intrigado siempre a los filósofos. Uno de los problemas es que es imposible referirse al tiempo sin disponer de otros conceptos como antes, después, sucesión cronológica. Expresa que por ello Kant los llamaba formas de la intuición sensible.

(16) HEWITT, Paul G., “Física conceptual”, ob. cit.

(17) VUCETICH, Héctor, “Introducción a la mecánica cuántica”, ob. cit.

### *II.3.a.i. Zonas de alcance*

El concepto de espacialidad física está subordinado a otra limitación. Es imposible, aun con las limitaciones apuntadas, que una persona conozca la realidad total del planeta. Todos los seres humanos conocemos aquellas “zonas” de alcance durante nuestra vida. Nuestra experiencia se concentra en dicha zona: país, ciudad, barrio, ámbitos en los cuales transcurre nuestra vida. Aun quienes se mudan de país o de ciudad tienen acotada su experiencia vital en sus “zonas de alcance”.

### *II.3.a.ii. Incidencia de la diligencia respecto al mundo físico*

El obrar diligente comprende que el agente, al decidir la finalidad de sus hechos o actos, integre en el correspondiente cálculo de probabilidad las características del mundo físico.

### *II.3.b. El mundo social*

La necesidad de marcos de referencia es innegable: las personas no pueden afrontar el desarrollo de su vida en los muy diversos mundos (filosófico, social, ideal, artístico, religioso, moral, etc.) sin reglas orientadoras. Únicamente con ciertos patrones de referencia puede constituirse un mundo circundante, común y comunicativo inteligible. El mundo de la vida cotidiana es, por consiguiente, la realidad fundamental y eminente del hombre. Por mundo de la vida cotidiana debe entenderse ese ámbito de la realidad que el adulto presupone en la actitud de sentido común (18).

Adicionalmente, este conocimiento pragmático se ordena en estructuras de comprensión y reglas: relaciones familiares, grupos de edad, divisiones de trabajo, diferenciaciones según las ocupaciones, equilibrios de poder y de dominio: dirigentes y subordinados, y las tiene en todas sus jerarquías asociadas. Debido a la complejidad del mundo social, es evidente que su ordenamiento, aun pragmático, debe configurarse como una estructura de estructuras. De allí surgen zonas de operación, o sea, ámbitos y sus reglas, en las cuales puedo operar de modo racional, comprensible para mí mismo y mis semejantes.

---

(18) SCHUTZ, Alfred — LUCKMANN, Thomas, “Las estructuras del mundo de la vida”, ob. cit., p. 25.

El resultado de lo expuesto es que cada individuo recibe y además genera un marco de referencia social sobre varios puntos, entre los cuales, a modo de ejemplos, cito:

- Su identidad social.
- Su localización en el mapa general.
- Expectativas de desarrollo.
- Alternativas posibles, según su actitud ante los desafíos.
- Modos de ubicarse en el orden social.
- Modos y estilos de comunicación.

### *II.3.b.i. La diligencia y el mundo social*

El agente diligente debe tomar en cuenta las características de este mundo para la elaboración de su decisión, planificación y acciones.

### *II.3.c. Las reglas jurídicas*

El derecho, como muchas otras instituciones sociales, contribuye a superar dificultades que están relacionadas con ciertas circunstancias básicas de la vida humana. Esas circunstancias (escasez de recursos, vulnerabilidades, diferentes habilidades y creencias, etc.) generan conflictos que al mismo tiempo obligan a los agentes sociales a colaborar para eliminar o reducir los factores propios del enfrentamiento, del egoísmo, de la violencia. El derecho proporciona elementos y medios para superar estas dificultades, del mismo modo en que también lo proporcionan otras instituciones, tales como la moral y la religión.

Genera así un marco de referencia —que se presupone conocido por los súbditos— para las acciones de los integrantes de la comunidad social. En otras palabras, el derecho establece cuáles son las conductas libres, aquellas que requieren subordinación a ciertas pautas y las conductas reprochables, con diferentes grados de intensidad. Los encargados de resolver los previsibles conflictos interpretativos son los jueces, que reciben también la pertinente investidura para dicha función. Finalmente, los juristas, en diversos roles (investigadores, operadores jurídicos), elaboran dogmáticamente sistemas de interpretación que deben reunir numerosos requisitos técnicos para obtener, además de rigor técnico, una mejor aproximación a valores generalmente aceptados por



los súbditos: justicia, previsibilidad, adhesión, etc., y señalan en consecuencia, ante el mundo posible de cada caso, cuáles son las alternativas y consecuencias, señalando ciertos topes de rechazo o admisión de las conductas implicadas.

El art. 1725 del Cód. Civ. y Com. establece: “*Valoración de la conducta*. Cuanto mayor sea el deber de obrar con prudencia y pleno conocimiento de las cosas, mayor es la diligencia exigible al agente y la valoración de la previsibilidad de las consecuencias.

”Cuando existe una confianza especial, se debe tener en cuenta la naturaleza del acto y las condiciones particulares de las partes.

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

La doctrina ha creado diferentes patrones *standard* abstractos para servir de marco genérico a la apreciación de la conducta. Brevemente (19):

- a) Buen padre de familia.
- b) Buen hombre de negocios.
- c) Modelo de profesional o artífice.
- d) Modelo derivado del modo habitual de comportamiento de una persona respecto de sus propios intereses.
- e) El de la persona razonable y prudente.

Sostiene López Mesa que estos parámetros apreciativos deben ser utilizados para establecer mentalmente el nivel de diligencia que era exigible a ese agente particular. Luego, la comparación se hará en concreto.

### *II.3.c.i. Obrar diligente*

El agente debe observar las reglas para que su accionar sea jurídico. Como contrapartida, si no las respeta, su accionar será antijurídico, lo cual implica contraer responsabilidad por la ilicitud.

---

(19) LÓPEZ MESA, Marcelo J., “La apreciación de la conducta...”, ob. cit.

### *II.3.d. Los sujetos*

#### *II.3.d.i. El soporte físico-biológico*

Cada ser humano nace y se desarrolla conforme a pautas biológicas individuales, tales como salud o patologías, niveles de capacidad o inteligencia, sensibilidad, fenotipo, plasticidad biológica, etc. Estas características básicas constituyen el “soporte físico-biológico” de cada individuo e influyen en la integración con los otros “mundos” que se han referido. Un individuo con problemas trascendentes de salud tiene necesidades especiales, que influirán en su aptitud para desempeñarse en el mundo físico y condicionarán ciertos aspectos de su vida social.

#### *II.3.d.ii. Tipos psicológicos. Temperamento y carácter*

Los rasgos más comunes de la distinción entre temperamento y carácter son los siguientes:

El carácter es la manifestación objetiva de la personalidad humana, o es esta misma personalidad en su aspecto objetivo, tal cual se deja ver a través de la común experiencia humana o de las técnicas de investigación de la personalidad misma. Es el resultado de las elecciones efectuadas por un individuo, y consiste en las consecuencias observables de aquellas.

El temperamento es un dato puramente orgánico, inmutable y necesario (20). En síntesis, más allá de las diferencias de criterios, el intento de las clasificaciones es hacer posible la comprensión de las individualidades humanas y de sus relaciones con el espíritu objetivo y los valores, sin que ello equivalga a suponer que en la realidad existen tipos puros (21).

#### *II.3.d.iii. Lo consciente y lo inconsciente*

Según Basile, conciencia es el conjunto armónico de las funciones psíquicas y de la personalidad en pleno, que permite al individuo apreciar adecuadamente a través de las sensopercepciones, deliberar a través de la razón, enjuiciar a través del juicio y la crítica, resolver y ejecutar

---

(20) ABBAGNANO, Nicola, “Diccionario de filosofía”, 4ª ed. actualizada y comentada por Giovanni Fornero, Ed. Fondo de Cultura Económica, México, 2004, p. 141.

(21) FERRATER MORA, J., “Diccionario de filosofía”, Ed. Ariel Filosofía, Barcelona, 1994, t. Q-Z, p. 3512.

acciones a través de la cognición, con libertad o sin ella (cuando el individuo es sometido a coacción intimidatoria, sugestiva o por fuerza física irresistible) en el contexto de su mundo psíquico, de su existencia biológica y de su trascendencia social e histórica (22).

El componente que en el lenguaje cotidiano se denomina “inconsciente” alude a una estructura compuesta de emociones, sensaciones, creencias, convicciones, etc., que influye en la vida emocional, con una característica decisiva: es una estructura que influye, pero no se la conoce, y menos aún se la domina. De allí la denominación de “inconsciente”, es decir, fuera de la conciencia, entendiendo por conciencia el conocimiento, el dominio de aquella. Esta característica, que tiene cierto matiz de misterio, dota de cierta imprevisibilidad a las conductas, debido a la magnitud (desconocida, reitero) de la estructura.

En un apartado posterior profundizaré lo expuesto en este párrafo.

#### *II.3.d.iv. Lo racional*

Es la esfera de la deliberación interna, de las evaluaciones, análisis del pro y contra de cada decisión, que implica generalmente la decisión de informarse, asesorarse, efectuar consultas, cuya intensidad depende de las características de cada acto.

#### *II.3.d.v. La etapa psíquica de hechos y actos*

##### a) Los estímulos

El primer elemento generador de la acción es un estímulo, tanto sea interno o externo. Interno: una ocurrencia (comprar una bicicleta para viajar al trabajo); externo (responder una agresión, una invitación a una reunión).

##### b) La percepción del sujeto

Sin necesidad de ingresar en profundizaciones conceptuales propias de las investigaciones de la psicología, en lo concerniente a este estudio, lo referido permite aprehender que la captación sensorial de un estímulo integra grados acumulativos o etapas, que pasan de una “primera impresión” a elaboraciones mucho más refinadas, que son proporcionales al interés del sujeto y a la complejidad del objeto de que se trate. Esta cap-

---

(22) BASILE, Alejandro A., “Tratado de psiquiatría forense”, Ed. Cathedra Jurídica, Buenos Aires, 2019, p. 21.

tación integra a su vez disposiciones naturales, inconscientes, propias de cada sujeto, tanto como mapas comprensivos nacidos de su biografía.

c) Las reacciones al estímulo

(i) La reacción emocional

Depende del conjunto de marcos de referencia del sujeto, que constituyen el denominado “estilo de vida” o “modo de vida”. Es una energía sumamente poderosa, y en gran medida con fuentes desconocidas por las personas. A modo de ejemplo, desconocemos por qué ciertos estímulos (olores, sabores, escenas o escenarios de la vida cotidiana) nos generan fuertes reacciones, ya sea de adhesión, rechazo, peligro o atracción. Tienen una intensidad muy variable en cada sujeto. La reacción emocional es inmediata y con muchos grados de persistencia en cada persona.

(ii) La etapa racional

De modo similar al mundo emocional, las personas generamos un complejo “mundo racional”, alimentado desde la perspectiva de nuestro plan o estilo elegido de vida, que sirve de marco de referencia genérico para orientarnos.

1. Implica un proceso de análisis, evaluación, deliberación interna.
2. Considerar opciones, alternativas.
3. Determinar y examinar los medios.
4. Qué recursos se necesitan.
5. Asesorarse.
6. Evaluación de la energía propia para desarrollar objetivos.

(iii) La decisión

Podrá ser abandonar la ocurrencia (aspiración, deseo), postergarla con o sin fijación de plazo, o decidir accionar para la obtención del resultado apetecido u otra posibilidad elegida por el sujeto.

(iv) La planificación

Toda decisión humana, desde la compra de un diario hasta la construcción de una ciudad, requiere que las personas incluyan en su análisis la planificación o consciencia de una secuencia de pasos necesarios conforme a la clase de acción. Esta planificación también se desarrolla

en etapas: un primer esbozo y los necesarios ajustes posteriores, tanto sea en la planificación imaginaria como en la ejecución, para vencer las resistencias propias del mundo exterior y, eventualmente, la incidencia de la acción de otras personas. Implica un ejercicio de simulación mental del conjunto de puntos relevantes para el tipo de resultado que se pretende obtener.

#### **II.4. Sujetos y obrar diligente**

La “buena finalidad” debe acompañarse con una adecuada planificación. Es imposible efectuar un listado perfecto, por lo cual señalo algunas pautas básicas. II.4.a. La comprensión del tipo de acto que pretende realizar y sus consecuencias

a) La comprensión del acto que ha decidido realizar. No escapa al lector que dicha comprensión tiene prácticamente infinitos matices, conforme a la complejidad o simplicidad del estímulo y a las características del sujeto. Por ello, una vez más, la determinación precisa solo puede surgir del caso concreto.

b) Este requisito requiere un trascendente juicio de probabilidad respecto al desarrollo de las acciones, debido a las numerosas fuerzas que operan en el mundo exterior. Aquí juega un rol decisivo la caracterización jurídica sobre las consecuencias inmediatas, mediatas previsibles y remotas (arts. 1727 y 1728 del Cód. Civ. y Com.).

c) El factor de “dominabilidad” de los elementos que influyen en el accionar, incluyendo el azar. Hay ciertos actos que por su complejidad generan un campo de causalidad dentro del cual la acción humana tiene baja trascendencia: rescate de personas durante un terremoto, con hundimientos inesperados, edificios que se derriban, vehículos que desaparecen, personas huyendo sin control ni organización.

d) La experiencia también colabora o disminuye la posibilidad de la planificación.

e) La intensidad del estímulo. Varía mucho debido al tiempo de reacción que requiere del agente: casos de hundimiento o tsunami, casos “normales”, casos de mediana intensidad (ayuda a un accidentado en caso de que varias personas estén ayudando, y no depende solamente del agente).

### ***II.4.b. La planificación de las acciones***

El agente debe desarrollar un ejercicio de simulación mental respecto al objetivo que pretende:

a) Definir el objetivo con precisión de detalles conforme a las circunstancias.

b) Elegir los movimientos psicofísicos que requiere el objetivo.

c) Evaluar las resistencias que puede afrontar y el modo de neutralizarlas o al menos disminuirlas, de manera que no impidan la obtención del objetivo, los riesgos o peligrosidad de sus acciones. d) En caso de ser necesario, obtener más información, a quién consultar, actuar con asesores.

e) Tener en cuenta los recursos necesarios: el tiempo que tiene para afrontar el tema, prioridades, dinero, bienes.

f) Estar dispuesto a efectuar ajustes, correcciones, negociaciones y, según el caso, desistimiento total o parcial, si las resistencias son superiores a lo previsto.

### **II.5. La acción o “forma”**

Otra de las decisiones metodológicas adoptadas en el presente estudio es distinguir entre acciones o forma en cuanto expresiones espontáneas, naturales, propias de la vida cotidiana, y las solemnidades, que son imposiciones “artificiales”, producto de valoraciones jurídicas, que se imponen con la finalidad de disminuir o evitar ciertos riesgos específicos de algunos actos considerados de mayor trascendencia. Algunas de las solemnidades son la intervención de testigos, traductores o intérpretes, la imposición de intervención de agentes públicos, etcétera.

#### ***II.5.a. Concepto profundizado de acción jurídica o forma***

Es el modo de expresar en el mundo exterior la decisión o voluntad adoptada al finalizar un proceso psíquico, estructurada por un conjunto planificado de movimientos de un sujeto, conforme al tipo o clase de características del resultado, que constituye la finalidad decidida y programada por el sujeto; se realiza a través de diversas modalidades de movimientos “materiales”, de diversa entidad física, en etapas temporoespaciales, con incidencia de fuerzas físicas naturales, terceros, influencias sociológicas, económicas y políticas —algunas previsibles, otras

imprevisibles—, que generan diversas clases de resultados: algunos físicos, otros ideales, propios del derecho, susceptibles de calificaciones, clasificaciones y conceptos jurídicos, que pueden fijarse, registrarse e instrumentarse de diversos modos y efectos conforme al procedimiento que se aplique.

### ***II.5.b. Incidencia del contexto, el tipo de actos y sus circunstancias***

Es evidente que la acción, en cuanto a cantidad y naturaleza de los fragmentos seleccionados por el intérprete, tiene conexión directa con la complejidad y duración de los actos de los cuales se trate.

### ***II.5.c. Lugar***

La acción humana siempre se desarrolla en un lugar físico, cuyas características inciden en su desarrollo. El grado de incidencia dependerá del tipo de acto y del lugar. No es lo mismo un hecho o acto en plena naturaleza, que un hecho o acto en un local cerrado. Los factores propios del lugar: espacio físico, clima, ruidos, olores, colores, si fuera el caso sabores, personas, movimientos propios y ajenos, vehículos, leyes físicas (gravedad, las relativas al movimiento), grados de perceptibilidad del suceso, etc., generan consecuencias variables según el caso. Debe agregarse que dichos factores, además, están en constante movimiento. Como expresa Nino, la acción humana es fotográfica y cinematográfica (23).

### ***II.5.d. Tiempo***

El tiempo es otro de los factores constitutivos de la acción. Es una consecuencia de la inserción de los sucesos o eventos en un mundo exterior en continuo movimiento. Es inconcebible una acción instantánea, en el sentido riguroso del vocablo. Todos los hechos o actos, por mínimos que fueran, tienen una duración. Por ello es que se distingue entre inicio, desarrollo (etapas) y resultado.

---

(23) NINO, Carlos, "Introducción a la filosofía de la acción humana", Ed. Eudeba, Buenos Aires, 1987, p. 10.

### ***II.5.e. Procedimiento***

Es conveniente distinguir diferentes acepciones del vocablo “procedimiento”, en el sentido de una secuencia ordenada de acciones en un lugar y fecha determinados:

a) En un sentido amplio, general y abstracto, todo movimiento requiere algún tipo de secuencia témporo-espacial.

b) En un sentido jurídico específico, el vocablo “procedimiento” alude a la imposición por parte de la autoridad estatal de un orden de pasos obligatorios que deben seguir los agentes públicos, con la finalidad de obtener homogeneidad, previsibilidad, legalidad, eficacia y transparencia.

Generalmente, el vocablo “procedimiento” pareciera referirse exclusivamente al procedimiento judicial, pero se aplica a todos los actos públicos: actos administrativos, registrales, notariales.

### ***II.5.f. Desarrollo en etapas***

Los movimientos psicofísicos necesarios para la obtención del fin de un sujeto —o, en su caso, de varios—, configuran una estructura ordenada. No son aislados; son el resultado de nuestra experiencia, del modo en que podemos “movernos” en el mundo exterior, sobre la base de la influencia de energías naturales, la intervención de otras personas, etcétera.

a) Sucesos o eventos y etapas:

aun cuando pareciera obvio, cabe destacar que cualquier división en etapas del movimiento continuo en el cual desarrollamos nuestra existencia es una elección arbitraria del observador o intérprete.

b) La trascendencia de la visualización de etapas:

la segmentación en etapas resulta muy ilustrativa para los estudios y análisis descriptivos. Los ejemplos son innumerables: la reconstrucción de delitos, las etapas procedimentales, las pericias sobre accidentes que permiten reconstruir detalles de los siniestros. Dicha visualización tiene proyección sobre los elementos subjetivos: diligencia, error, culpa, dolo, lo imprevisible, etcétera.

c) En cada etapa hay elementos subjetivos y físicos:

he descrito —y reitero— que así como corresponde expresar que todo acto está compuesto por elementos subjetivos y objetivos, esta du-



plicidad integrativa se replica en cada etapa, ya que los movimientos no son una mera consecuencia mecánica abstracta, sino que requieren decisiones y movimientos.

### ***II.5.g. Las vicisitudes***

Las vicisitudes pueden provenir de diferentes fuentes: cambios o fatiga del mismo agente, sucesos naturales: terremotos, incendios, tormentas intensas; algunos pueden, en el caso específico (p. ej., lluvia, frío o calor), alterar el desarrollo de las etapas y aun la misma realización del hecho o acto, los hechos de terceros, de la autoridad, etcétera.

No puede descartarse en este punto la incidencia del azar o suerte, componente natural de las acciones humanas, que puede generar efectos inesperados: caso del tirador que opera con la firme decisión de cometer un homicidio y que, por un resbalón de la víctima, hiere a un agresor próximo, evitando el homicidio: ¿homicida o héroe? (24).

### ***II.5.h. Cálculos de probabilidad y causalidad***

La necesidad del cálculo de probabilidad del agente es resultado del marco social e individual que todo sujeto detenta por el hecho de vivir en sociedad, que lo lleva a internalizar que las acciones se desarrollan en un verdadero “campo de fuerzas”, debido a la convergencia de las leyes de la naturaleza, de las acciones de otras personas, de objetos, máquinas, vehículos, animales, etcétera.

En el plano de realización de las acciones, estas fuerzas operan de modo directo, real, no imaginario. Ello nos reinserta en el complejo tema de la causalidad, que alude a la relación entre el movimiento del agente y el resultado, las demás fuerzas o energías que operan, los resultados parciales y los posibles ajustes. El punto se conecta con variados temas jurídicos, entre los cuales se destacan: la imputabilidad o autoría, la responsabilidad por los resultados y los grados de dominabilidad de los factores de la acción.

Nino (25) sintetiza los temas esenciales de la causalidad en el concepto de acción, así:

---

(24) El tema de la incidencia del azar y la suerte es un punto extensamente tratado en la obra de SCHLEIDER, Tobías J., “Acción y resultado”, Ed. Didot, Buenos Aires, 2010, caps. I, II y IV.

(25) NINO, Carlos, “Introducción a la filosofía de la acción humana”, ob. cit., p. 90.

a) Un primer campo, intrínseco a la acción, es la relación entre las actitudes del agente y los movimientos corporales que constituyen su acción. La relación entre razones y acciones es necesariamente causal.

b) Otro tramo es la relación entre la acción, lo que se podría llamar el *input* de la acción, o sea, aquellos fenómenos fisiológicos, psicológicos, sociales, etc., que preceden a una acción, de un modo tal que suele sostenerse que ella es un resultado causal de esos fenómenos.

c) El tercer tramo es el que se refiere a aquello que se da entre los movimientos corporales constitutivos de cada acción y los eventos sucesivos que constituyen el *output* de la acción, y que suelen verse como los efectos causales de la acción. En este plano, refiere que los teóricos, sobre todo del derecho penal, han desarrollado varias teorías para explicar la naturaleza del vínculo causal entre acción y resultado: (i) la doctrina de la equivalencia de condiciones; (ii) la doctrina de la causalidad eficiente o próxima; (iii) la teoría de la causalidad adecuada; (iv) la teoría de la causa humana; (v) la teoría de la causalidad típica.

### ***II.5.i. Diligencia y accionar***

Como se ha visto, toda acción se despliega en un lugar, con etapas secuenciales, resistencias naturales y a veces imprevisibles. El accionar no siempre genera resultados exactos de acuerdo con la planificación.

Los movimientos psicofísicos, considerados de modo independiente, permiten detectar eventuales causas de desvío del resultado. Algunos pertenecen al mundo exterior: por ejemplo, al salir de mi casa me encuentro con una tormenta muy fuerte, o que no puedo viajar hasta el kiosco porque hay un accidente de tránsito. Otros son internos, subjetivos: me arrepiento, me acuerdo de un compromiso que me impide perder tiempo.

La diligencia aplicada a esta fase requiere por parte del agente un foco de atención dedicado a realizar cambios totales o parciales, ajustes, negociaciones, manteniendo una actitud de colaboración, cooperación, lealtad y equidad.

### **II.6. Los resultados. La generación de hechos y actos**

Los resultados de las acciones se dividen en varios planos.

### ***II.6.a. Un plano material o físico***

Un edificio, un objeto, un sembrado, etc. Estos elementos “materiales”, además de su corporeidad, generan aquello que Habermas ha denominado perspicazmente “efecto comunicativo de las acciones humanas”, que tiene profunda trascendencia para el derecho. Cuando un sujeto opera con sus movimientos en el mundo —alimentándose, corriendo, atacando—, informa, muestra, exhibe (con muy diversos grados de extensión) su voluntad, decisión o propósito. Es mucho más claro si lo hace con palabras que relatan íntegramente su voluntad, más parcial si son solo gestos.

### ***II.6.b. Efecto comunicativo de las acciones***

La expresión de voluntad siempre genera signos exteriores. Uno entre muchos de dichos efectos comunicativos puede apreciarse en la relación posesoria y en su antecedente causal, la tradición. El tema se vincula, entre otros, con el concepto de diligencia. Si una persona observa un predio (imaginemos que se trata de un interesado en comprarlo) y ve que hay personas en él, edificaciones, plantaciones, cercos, debe presumir (aunque en realidad no lo haga) que hay un ocupante y debe —con motivo de su interés— averiguar debido a qué título jurídico están ahí dichas personas.

Si bien en este caso aparece un matiz de ambigüedad (tema clásico de derechos reales), ya que la sola presencia no es demostrativa por sí misma de la causa jurídica de dicha presencia, ello no implica que el efecto comunicativo sea descartado. Los signos exteriores de las acciones humanas no son iguales; tienen infinitos grados de potencialidad demostrativa, tema que es clásico en materia de prueba, que lidia con dichos grados variables de precisión informativa.

### ***II.6.c. Resultados ideales***

Proviene de las diferentes disciplinas de conocimiento: sociológicas, éticas, antropológicas y tantas otras como disciplinas existan o sean creadas, tema que abordaré en un capítulo aparte. En el plano jurídico, me detengo en la naturaleza de los hechos jurídicos (empleo el vocablo en su acepción amplia: tanto hechos jurídicos en sentido estricto como actos y contratos).

### ***II.6.d. Efectos y consecuencias***

Tanto los hechos como los actos jurídicos generan créditos y obligaciones.

Un contrato de compraventa de mercaderías origina dos pares conceptuales de efectos:

para la parte vendedora, las obligaciones de entregar la mercadería, de protegerla mientras la conserve en su poder, de entregar la cantidad y especie prometida; para la otra parte, el crédito a recibir el precio en tiempo y lugar convenidos, al pago de la parte proporcional de costos de entrega, etcétera.

El hecho de embestir con un vehículo a otro genera:

- a) para quien embistió, las obligaciones de reparar daños u perjuicios;
- b) el crédito, una vez efectuada dicha reparación, relativo a la constancia de su buen obrar.

En consecuencia, la “cadena jurídica” de efectos puede describirse así:

- a) Las conductas generan hechos o actos.
- b) Hechos y actos generan la obligación de cumplir obligaciones, que son correlativas con los créditos.
- c) El cumplimiento de dichas obligaciones (activas y pasivas) genera nuevas conductas, las que son necesarias para dicho cumplimiento.

Este efecto implica remitir a los conceptos de situación y relación jurídica y de “cadena de consecuencias”.

En el caso de la compraventa de mercaderías, el proceso jurídico es el siguiente:

- a) La situación jurídica de titularidad de dominio del propietario de las mercaderías.
- b) La situación jurídica de titularidad de la moneda de pago por parte del futuro comprador.
- c) Al generarse el acto jurídico de compraventa, se generan las obligaciones y créditos (relaciones jurídicas) que hemos detallado.

d) Cumplidas las respectivas obligaciones, queda investido el comprador como titular de dominio de la mercadería, y el vendedor como titular de la moneda de pago pactada.

El emplazamiento de cada parte como nuevos titulares genera consecuencias para cada uno: la posibilidad de uso y goce de sus respectivas adquisiciones.

Desde el plano especulativo jurídico, podemos advertir que el concepto de consecuencia pareciera no tener límites, ya que en el continuo devenir de los actos humanos, todos los hechos aparecen encadenados en una casi infinita cantidad de eventos posteriores.

Debido a ello, el derecho fija en materia de responsabilidad que solo son objeto de diligencia del sujeto las consecuencias inmediatas y las mediatas previsibles (art. 1728). Agrega en el art. 1727 que las consecuencias de un hecho que acostumbran a suceder según el curso natural y ordinario de las cosas se llaman en este Código “consecuencias inmediatas”. Las consecuencias que resultan solamente de la conexión del hecho con un acontecimiento distinto se llaman “consecuencias mediatas”. Las consecuencias mediatas que no pueden preverse se llaman “consecuencias casuales”.

### ***II.6.e. La diligencia y los resultados y consecuencias***

a) El o los resultados, en principio, deben producirse conforme a la planificación.

b) Si hay desvíos, debe examinarse su causa y previsibilidad (magnitud variable). Si el grado de desvío es tal, debe tratarse, reiterando lo expuesto, con ajustes contractuales, indemnizaciones o con resolución parcial o total.

c) El punto se conecta con el complejo tema de la causalidad. Pueden surgir resultados diferentes a lo planeado por errores en la planificación o en el accionar, que generan responsabilidad del agente si le son imputables. Pero pueden surgir modificaciones de diversa magnitud por causas ajenas: caso fortuito, fuerza mayor (art. 1730 y excepciones del art. 1733), hecho del damnificado (art. 1729), hecho de un tercero (art. 1731), imposibilidad de cumplimiento (art. 1732), legítima defensa, estado de necesidad, ejercicio regular de un derecho (art. 1718). Pueden incidir asimismo la asunción de riesgos (art. 1719) y el consentimiento del damnificado (art. 1720). Los artículos citados corresponden al Código Civil y Comercial de la Nación. Otras causales surgen de leyes complementarias, como

las de transporte de pasajeros, de mercaderías peligrosas, la normativa sobre derechos del consumidor.

## II.7. Buena fe

Este elemento constituye una plataforma básica, que necesariamente debe ser acompañada por los que referiré posteriormente. No obstante, es básica pero esencial.

Marcos de Almeida Villaca Acevedo (26) explica que tradicionalmente cabe distinguir entre buena fe subjetiva y buena fe objetiva:- La buena fe subjetiva es un estado psicológico de la persona que cree estar en una situación regular. Por ejemplo, el poseedor de buena fe que ignora estar lesionando los derechos del propietario del inmueble. Menciona como ejemplos los casos de matrimonio putativo y adquisición de dominio sin título real. Es una creencia errónea excusable.

- La buena fe objetiva es un patrón jurídico que alude al comportamiento del hombre medio, del buen padre de familia, que actúa de manera normal y razonable, conforme a las circunstancias de cada caso específico. No se basa en el estado psicológico del sujeto, sino en una conducta conforme a los principios de lealtad, fidelidad, cooperación y respeto. Es un comportamiento en el cual cada sujeto no solo se ocupa de sus intereses, sino de los intereses y expectativas de la otra parte, actuando con lealtad, sin abusos, sin obstrucciones, sin ventajas excesivas, desproporcionadas. Es un modo promedio del buen accionar social. Se basa más bien en la intuición y en la experiencia. Busca obtener soluciones equitativas. Es una cláusula general, flexible. Parte de la base de considerar a los contratos como un microcosmos, una “pequeña sociedad”.

Debido a ello, sus derivaciones son: deber de informar, deber de confidencialidad, deber de custodia, deber de cooperación, deber de prudencia y diligencia.

Otra autora, Judith Martins-Costa (27) propone los siguientes puntos básicos para caracterizar la buena fe:

---

(26) DE ALMEIDA VILLACA ACEVEDO, Marcos, “Buena fe objetiva y los deberes de ella derivados”, en CÓRDOBA, Marcos M. (dir.) — GARRIDO CORDÓBERA, Lidia M. — KRUGER, Viviana (coords.), *Tratado de la buena fe en el derecho*, Ed. La Ley, 2004, tomo: “Doctrina extranjera”, p. 129.

(27) MARTINS COSTA, Judith, “La buena fe objetiva y el cumplimiento de las obligaciones”, en CÓRDOBA, Marcos M. (dir.) — GARRIDO CORDÓBERA, Lidia M. —

### ***II.7.a. Buena fe es autonomía privada***

Se refiere al contorno integrado, por una parte, por el reconocimiento de la autonomía privada y, por otra parte, por las limitaciones que corresponde respetar. Dice que el parámetro de la buena fe objetiva impone, a modo de ejemplo:

1. Optimizar el comportamiento de las partes en el desarrollo de su programa negocial que satisfaga la finalidad de sus protagonistas, así como la finalidad económico-social del negocio.

2. Corregir y equilibrar el contenido en el caso de que se viole la base negocial objetiva, la excesiva onerosidad, mensurar el cumplimiento satisfactorio, servir como ejemplo de no dañar, la responsabilidad por la ruptura intempestiva de las tratativas negociales o el ejercicio contradictorio de la posición jurídica, impedir el abuso del poder de resolución.

### ***II.7.b. Buena fe y concreción***

La buena fe objetiva no es un concepto concreto. Es un proceso que pretende equilibrar los factores en juego en cada relación jurídica, evitando excesos, injusticias, relaciones de poder asimétricas.

### ***II.7.c. Buena fe y culpa***

El principio de la culpa es central en el tema del cumplimiento. Como principio general, sin culpa no hay responsabilidad. Aquí se refiere al factor subjetivo de incumplimiento. Hay un desplazamiento a lo psicológico.

### ***II.7.d. Buena fe y concretización en una conducta debida***

#### ***II.7.d.i. La relación obligacional como relación de cooperación***

La relación obligacional no es solo el efecto del contrato. Implica integrar lo estático y lo dinámico. Es estructura, proceso, conductas. Y en todo este desarrollo debe mediar la buena fe. Esa buena fe comprende no solo cumplir con las prestaciones principales, sino con las accesorias, dentro de las circunstancias del cumplimiento. La guía es el principio de cooperación. Debe haber colaboración intersubjetiva. Se llega al con-

---

KRUGER, Viviana (coords.), *Tratado de la buena fe en el derecho*, ob. cit., tomo: "Doctrina extranjera", p. 95.

cepto de cumplimiento sustancial, evitando la resolución y admitiendo ajustes, reparaciones, indemnizaciones.

#### *II.7.d.ii. Buena fe y exactitud al cumplir la prestación*

Se trata del equilibrio entre la exactitud e integridad del cumplimiento de lo pactado, y la admisibilidad de un margen de tolerancia razonable conforme a las circunstancias.

#### *II.7.d.iii. Buena fe y la medida del esfuerzo exigible*

(i) Separa deberes principales o esenciales de la prestación de los deberes accesorios.

(ii) Incorpora el tema del incumplimiento parcial, proponiendo que se mida el grado de incumplimiento, para proporcionar las sanciones, evitando que un incumplimiento parcial mínimo admita la resolución total del contrato.

(iii) Toma como directiva básica el siguiente párrafo: “La distinción tendrá que ser extrajurídica: un cierto comportamiento podrá considerarse cumplimiento si bien inexacto, cuando a la luz del sentido común y de criterios de normalidad social, él aun pueda ser aproximado como comportamiento debido. Cuando tal no suceda, habrá incumplimiento. El filtro de análisis es el de la buena fe”.

Por su parte, Trigo Represas formula las siguientes precisiones (28). Luego de mencionar el tema de la buena fe objetiva y subjetiva se ocupa de describir su antítesis, o sea, la culpa y el dolo. Al describir sus reflexiones sobre la culpa, explica que previamente debe establecerse “qué se entiende” por diligencia, concluyendo que es el cuidado que el deudor debe emplear en el desenvolvimiento de su actividad, para ponerse en situación de poder cumplir exactamente con la obligación a su cargo. Respecto al concepto de culpa, enseña que su evaluación requiere necesariamente una comparación en los casos concretos: la conducta efectiva, real del sujeto, y un modelo abstracto, genérico, que el derecho ha construido: el buen padre de familia o aquello que normalmente una persona cuidadosa haría obrando bien. Relacionando el concepto con la

---

(28) TRIGO REPRESAS, Félix A., “La buena fe y su relación con la responsabilidad civil”, en CÓRDOBA, Marcos M. (dir.) — GARRIDO CORDOBERA, Lidia M. — KRUGER, Viviana (coords.), *Tratado de la buena fe en el derecho*, ob. cit., vol. I, ps. 209 y ss.



inmensa variedad de conductas, agrega que hay grados de negligencia o imprudencia: leve, grave y muy grave.

### III. LA DILIGENCIA Y LA CALIFICACIÓN JURÍDICA DEL ACCIONAR

#### III.1. Las “buenas acciones”

El ordenamiento jurídico brinda elementos o criterios de evaluación de las conductas de modo abstracto, en sus diferentes ramas (civil, penal, tributario, administrativo, laboral, etc.). No obstante, desde la teoría general del derecho, los elementos, aunque reciban diferente denominación lingüística en cada rama, son los mismos: sujetos, voluntad, objeto, causa, forma o acción, efectos y consecuencias.

Esta estructura facilita un marco de referencia para calificar las acciones en sus diversas modalidades, y —por las características del ordenamiento jurídico— facilita las herramientas para una ponderación profunda y sutil de los diversos grados calificadorios: autoría, imputación, vicios, factores de atribución, elementos de justificación, casos de imposibilidad de prever, de fuerza mayor, factores de atenuación, de mayor responsabilidad, la relación causal, daño, hecho consumado, tentativa, etcétera.

#### III.2. La valoración de las acciones

La valoración de las acciones es una estructura conceptual que se integra con los siguientes puntos:

- Qué acciones son objeto de análisis jurídico.
- El contexto dentro del cual se han originado las acciones.
- Quién es el autor o autores.
- La imputabilidad de los autores.- El daño u otro resultado generado por la acción.
- El nexo causal entre la acción y el resultado.
- Qué factores de atribución hay de las acciones.
- Posibles eximentes.
- Atenuantes y agravantes.

- Cuál es la solución justa.
- Qué fundamentos hay para la solución elegida.
- Qué elementos se emplean para la interpretación.

Nino (29) expresa que hay diferentes especies de valoraciones: moral, jurídica, económica, prudencial, estética, etc. Que la valoración sea de uno u otro de estos tipos depende de la clase de criterio, principios o norma que se toman en cuenta para la valoración.

En otro plano de consideraciones, cabe sostener que las valoraciones oscilan entre dos planos:

a) La valoración de la acción con independencia del agente. En este plano, puede sostenerse que la acción es estética (caso de la danza), benéfica (evitar un daño), perjudicial (generar un incendio). Estos juicios, reitero, se separan de la finalidad del agente, pero se conectan con ciertos puntos de referencia elegidos por el observador.

b) En otro plano, la valoración se focaliza en cuanto ella refleja ciertas cualidades, virtudes o vicios o inclinaciones del autor. En este caso, la acción tiene un valor positivo o negativo, según sea la manifestación de rasgos valiosos o disvaliosos del agente.

Desde un miraje estrictamente operativo, la metodología jurídica desarrollada respecto a la interpretación de las acciones se nutre de diversas herramientas o elementos, con la finalidad de obtener un juicio extremadamente equilibrado, ponderando los aspectos a considerar, sus matices e infinitas combinaciones de elementos.

Para tal finalidad, debe valerse de los textos expresos de la pirámide legislativa, de criterios axiológicos, de aportes de la doctrina, de los fines del legislador y fines de los textos seleccionados como relevantes, del derecho comparado, de la historia del caso en particular, de usos y costumbres, y numerosos criterios propios de la tarea de interpretar.

### **III.3. La finalidad**

La finalidad del intérprete brinda el marco de referencia que le es aplicable. Todas las personas, de hecho, opinan sobre multiplicidad de temas. Pero, en el campo jurídico, la interpretación presupone una tarea técnica, con una metodología consolidada por la doctrina. Debido a ello,

---

(29) NINO, Carlos S., "Introducción a la filosofía de la acción humana", ob. cit.

no corresponde aplicar el vocablo “interpretación” a quien opina sin conocer la metodología técnico-legal. Su expresión sería una mera opinión.

### **III.4. Influencia y trascendencia de la posición de quien interpreta**

Uno de los requisitos para interpretar acciones consiste en el grado de conocimiento de la realidad del hecho o acto. Desde este plano, algunas de las situaciones más relevantes son las siguientes:

#### ***III.4.a. Situación del autor de la acción***

Es el único que puede conocer en plenitud los referidos elementos, aunque —claro está— carecerá en la gran mayoría de los casos de la plena conciencia de aquellos, ya que ello exigiría una aptitud de comprensión reservada a los juristas.

Pero al menos, salvando dicha distancia, tendrá el grado de conciencia de un ciudadano común. Este conocimiento tiene particular importancia en el plano de lo subjetivo: podrá referir y dar cuenta de su finalidad, de la elección de objeto y causa, de su proceso psíquico, decisión y planificación.

#### ***III.4.b. Situación de los sujetos que han coparticipado en el hecho o acto***

En este plano, imaginemos un acto bilateral: los copartícipes conocerán las circunstancias del caso (lugar, fecha, declaraciones, consentimientos, nivel de detalle de lo pactado, acciones conjuntas, entregas, nivel de cumplimiento de obligaciones, etc.). No conocerán la “realidad” del proceso psíquico de la otra parte, solo —quizás— las declaraciones o gestos emitidos y los comportamientos durante la duración del hecho o acto.

#### ***III.4.c. Situación de los terceros***

Son aquellos que han sido ajenos al acto, pero que pueden tener interés en su realización (terceros interesados). Descarto el caso de los terceros sin interés, porque carecen de motivos para indagar en la realización de otras personas, salvo en el plano social de curiosidad o por ser entrometidos.

Los terceros —por regla general— solo podrán conocer referencias o comentarios, salvo en el caso de que hayan presenciado algunos fragmentos del hecho o acto: amigos, empleados de lugares en los cuales hayan transcurrido algunos eventos.

### III.5. Los factores objetivos y subjetivos de las decisiones. Psicoanálisis y derecho (30)

#### *III.5.a. Rol del derecho respecto a la protección de la convivencia*

El derecho es una eficaz técnica de organización social, una sofisticada técnica de control de las acciones de las personas, para contribuir a una convivencia organizada. El derecho surge como una exigencia de la civilización, que impone restricciones a los factores emocionales y reposa sobre el dominio de los instintos. El derecho trata de la objetividad. A tales fines, opera con enunciados que constituyen ficciones necesarias; por ejemplo: todos tienen la obligación de conocer la ley. Desde el plano de la realidad es imposible inclusive para los juristas más avezados, pero desde el plano del orden social es una ficción imprescindible. El autor mencionado cita al jurista francés Pierre Legendre, quien sostiene que el derecho surge de un doble registro: enunciados y representaciones. El derecho es una operación del discurso, y la normatividad solo funciona si dicho discurso es apropiado en la forma dogmática. Se entiende por “forma dogmática”: que “siempre dice la verdad”.

Algunas de dichas ficciones que resultan relevantes para el presente estudio son:

1. La “materialidad” y objetividad de los principios y valores jurídicos.
2. El concepto “idealizado” de persona. Toda persona es sujeto de derecho. Los textos jurídicos no remiten a la singularidad de cada sujeto. Adoptan un *standard* de “sujeto ideal” como resultado de dicho empleo de la ficción.
3. En relación con las conductas, conocen cómo deben actuar, pueden dominar sus emociones, efectuar evaluaciones racionales, adoptar decisiones legales y correctas, y accionar conforme a sus fines de modo

---

(30) Sigo en este tópico un claro trabajo del Prof. DA CUNHA PEREIRA, Rodrigo, “Derecho y psicoanálisis. La subjetividad en la objetividad de los actos y hechos jurídicos”, *Revista Aequitas*, nro. 24-2015, IJ-CCLIII-241.

adecuado, organizado y eficiente, obteniendo resultados acordes con la planificación necesaria.

4. El derecho parte de la premisa del obrar consciente de los sujetos.

5. Parte, asimismo, de la base del obrar “lógico”, “racional”, de las personas.

### ***III.5.b. Conducta y psicoanálisis***

El psicoanálisis parte de una estructura opuesta a la jurídica.

1. Considera a cada persona en su singularidad, en su individualidad, producto de sus factores biológicos, de educación, laborales, familiares, de sus vicisitudes personales, de su estado anímico en el momento de cada acto, edad, salud.

2. Investiga, explora y explica que cada sujeto está influido por pulsiones que derivan de su modelo de gozo personal. La palabra “goce”, desde el psicoanálisis, contrariamente a su acepción en el lenguaje cotidiano, incluye lo placentero y lo displacentero. Afirma que las personas buscan satisfacer sus pulsiones en el otro. En tal sentido, cada persona hace del “otro” un objeto. El gozo, según Lacan, tiene “apetito de muerte”. Las personas oscilan en la paradoja del placer y del displacer. En síntesis, a través del psicoanálisis aparece la otra dimensión de los seres humanos: el inconsciente. Surge la realidad de un sujeto dividido, diferenciado, único.

3. El inconsciente es un “lugar psíquico” particular que tiene sus contenidos, mecanismos y una energía específica. La dificultad es que no admite un modo de acceso directo. Solo podemos captarlo a través de ciertos fragmentos: sueños, actos fallidos, olvidos, pasaje al acto, impulsos desconocidos que generan conductas “irracionales”, sin que el sujeto pueda conocerlas ni dar cuenta de ellas. El inconsciente escapa, falla, tropieza y rompe de manera incomprensible la continuidad lógica del pensamiento y del accionar cotidiano.

4. Necesidad, deseo, gozo.

La necesidad es consciente y es un estado del que no se puede huir o prescindir: hambre, frío, enfermedad. Puede satisfacerse. En cambio, el deseo opera desde el inconsciente y jamás puede ser satisfecho. Es atemporal y, aun obtenida alguna finalidad inicial (logro laboral, económico, afectivo), reaparece a través de un infinito encadenamiento de otros “objetos”. La paradoja de no poseer todo lo que deseamos es lo que nos hace

vivir. La ilusión de la completitud es lo que nos hace movernos, por la ilusión de obtenerlo mediante objetos.

### **III.6. La trascendente potencialidad de la integración de ambas dimensiones para mejorar la aplicación del derecho**

Sobre la base de la referida composición de la naturaleza humana: lo consciente y lo inconsciente, es inexcusablemente deducible no solo la conveniencia, sino la necesidad de generar un amplio campo de estudios y de aplicación práctica de análisis profundizados. El autor que he citado, Rodrigo Da Cunha Pereira, sostiene que los operadores del derecho y los jueces podrían entender, con estudios integradores, que los actos judiciales tienen también una función simbólica de la mayor importancia en la vida de los sujetos involucrados en un proceso judicial. El acto de decidir también es un mandato: “paren de gozar”, cuando las partes —en vez de afrontar su verdadero interés, que es resolver el conflicto— se dedican a maniobras, muchas humillantes, agresivas, violentas, que constituyen un verdadero montaje perverso.

En la misma línea de integración disciplinaria, Juliana Grimalt (31) describe una trascendente experiencia en un Juzgado de Familia (cita más de 120 intervenciones profesionales), explicando la importancia de la escucha psicoanalítica de los infantes, que en muchas ocasiones suelen quedar cautivos y dañados por la actitud de los progenitores, sobre todo en casos de separaciones y divorcios. Describe con elocuencia que no solo se generan muchas veces daños psíquicos a los menores, sino adicionalmente posibles deformaciones del “niño interior” de los progenitores, que no son conscientes de sus propias construcciones psíquicas acerca del significado y la responsabilidad de la función paterna y materna, del modo de colaborar con la construcción de buenos vínculos filiales y de proteger sobre todo a los niños que están indefensos ante los conflictos de sus padres.

La función de los abogados debería ser separar la objetividad de la confusión de los elementos subjetivos, para ayudar a sus clientes a organizar la solución del conflicto.

Podría llamarse a este modelo “clínica jurídica”.

Conforme a las características del presente estudio, al cual excede el extenso desarrollo del punto, me limitaré a enunciar algunas propuestas:

---

(31) GRIMALT, Juliana, “La escucha psicoanalítica de infantes en situación de decisión judicial”, IJ-DCCCLII-796.

1. Crear grupos de estudio interdisciplinarios para la integración.
2. Generar nuevas herramientas para adoptar mejores decisiones: intervención de expertos en ciencias de la conducta, intensificar la instancia de la mediación, sancionar muy severamente las maniobras dilatorias, abusivas, desarrolladas con finalidad de generar daños y atrasos.
3. Generar protocolos preventivos de evitación de daños.
4. Crear protocolos integrados de valoración de la conducta.
5. Observatorios de aprendizaje. Mejora continua.
6. Mejorar estructuralmente el sistema carcelario. No cabe duda de que no se le han dedicado desde el Estado ni recursos ni estudios que permitan una considerable variedad de instituciones que superen la dualidad cárcel/internaciones.

### **III.7. Imparcialidad y neutralidad de intérpretes y magistrados**

El psicoanálisis también permite ampliar la mirada sobre el tema de la subjetividad de quienes interpretan. Ya desde la experiencia social, hemos aprendido que hay “personas severas”, “personas comprensivas” y “personas confusas”.

El abordaje psicoanalítico también permite separar los conceptos de imparcialidad y neutralidad.

La imparcialidad tiene un sesgo objetivo: parentesco, amistad, factores de cierta dependencia emocional, obsequios directos o indirectos, compromisos de diversas fuentes: exsocios, vínculos laborales anteriores, parejas, etcétera.

La neutralidad tiene un sesgo subjetivo, que es desconocido en diversos grados para cada sujeto: creencias, estilos, ideologías, valores morales, éticos, experiencias, rechazos, adhesiones, preferencias y, con especial intensidad, situaciones traumáticas. Todos estamos afectados por dichos factores, como consecuencia de nuestra integración con componentes emocionales y racionales.

La consecuencia inexorable es que ninguna persona puede ser neutral desde el plano subjetivo. Por ello, en el plano judicial, se advierte una diversidad de soluciones para casos semejantes.

El tema planteado revela otro desafío jurídico: cómo disminuir o, en lo posible, controlar esta incidencia, al menos en casos en los cuales la incidencia de lo subjetivo tiene consecuencias extremas.

Atienza cita el siguiente caso ocurrido en España, que ilustra el punto en examen (32):

Un preso de la organización terrorista ETA, mientras estaba cumpliendo una condena de 18 años de prisión por 25 asesinatos, había publicado dos artículos de prensa en los cuales había expresado que poner las manos en los integrantes de la organización implicaba muchos sufrimientos, y que quienes los condenaban “se quedarían sin las manos”.

La Audiencia Nacional lo había condenado a la pena de 12 años y 7 meses de prisión, considerando que el hecho de la publicación constituía una acción de terrorismo.

El Tribunal Supremo, según sentencia de la Sala en lo Penal, redujo la pena a tres años de prisión, entendiendo que el hecho no constituía amenazas terroristas, sino amenaza condicional. Votaron cuatro magistrados. Dos de ellos sostuvieron que el caso se configuraba como amenaza condicional. Los otros dos opinaron que no había amenaza alguna. La discusión versaba, en lo concerniente al tema de la realidad, sobre la calificación del hecho por parte de los jueces. Los que entendieron que no había amenaza consideraron que no había riesgo real, sino meras expresiones vacías, “litúrgicos recursos lingüísticos”, “iluminismo grandilocuente”.

El caso permite una gran cantidad de líneas de análisis, pero en el presente apartado me centraré en una sola de ellas: la relación entre “realidad” y “percepción de la realidad”. El análisis profundizado del tema se proyecta sobre casi todos los campos del conocimiento, y sin duda constituye uno de los grandes desafíos jurídicos, ya que implica responder a una pregunta fundamental: ¿es posible para los seres humanos captar la realidad de modo neutro, como un simple acontecer “exterior”?

Otro autor se refiere al tema específico de las sentencias judiciales; sostiene que la psicología permite comprender más cabalmente el funcionamiento de los procesos mentales de los operadores en la praxis jurídica (33). La indagación de los móviles psicológicos de los agentes que

---

(32) ATIENZA, Manuel, “Curso de argumentación jurídica”, Ed. Trotta, Madrid, 2013, p. 495.

(33) MOREA, Adrián O., “La psicología y el derecho. Una simbiosis positiva”, IJ del 11/07/2019; IJ-DCCLII-320, p. 13.



intervienen en el sistema judicial puede resultar relevante para esclarecer el alcance y sentido de los actos procesales. No se trata —explica el autor— de psicoanalizar a los actores de la administración de justicia, sino más bien de identificar los procesos psicológicos sobre los cuales se estructura y funciona el razonamiento jurídico objetivo. Una manifestación prístina de este tipo de cooperación podría darse en relación con el instituto de la arbitrariedad de las resoluciones judiciales.

La importancia extraordinaria del tema genera un imperativo de alta prioridad para los juristas, consistente en la creación de modelos interdisciplinarios, protocolos o fórmulas que faciliten a los intérpretes un modo racional, técnico, de aplicación consensuada y obligatoria que colabore con la elaboración de decisiones razonables, justas, ponderadas y equitativas.

#### **IV. LA TRASCENDENCIA DE LOS USOS Y COSTUMBRES PARA LA EVALUACIÓN DE LA DILIGENCIA**

Uno de los componentes para evaluar la diligencia, a veces no examinado —en mi opinión— en su debida trascendencia, es “aquello que las personas hacemos” en casos análogos. Parto de la base de la conducta promedio de un ciudadano promedio.

En parte como consecuencia del factor del mundo social que he descripto anteriormente, se han consolidado ciertos conocimientos o precauciones básicas que constituyen un saber colectivo, consolidado en costumbres promedio. Para adquirir o enajenar vehículos, obras de arte, inmuebles —en síntesis, objetos o bienes de trascendencia económica—, es conocido que se debe contar con asesoramiento de quienes se dedican o comercian habitualmente con dicha clase. Del mismo modo, quienes comercian granos, semillas, activos financieros, telas, artículos hogareños, etc., han generado un conjunto de prácticas que están profundamente difundidas en la sociedad. Contribuye además de modo impactante la proliferación de información a través de internet y la diversidad de redes sociales.

Ese saber colectivo tiene mucha relevancia, porque, más allá de los *standards* jurídicos abstractos (padre de familia, buen ciudadano, ciudadano medio), quien interpreta los comparte, y constituyen una guía pragmática muy útil para evaluar la conducta.

**V. GRADOS POSIBLES DE CONOCIMIENTO DE LOS FACTORES  
POR PARTE DEL SUJETO Y SU PROYECCIÓN RESPECTO A LA  
DILIGENCIA EXIGIBLE**

1. Como se ha visto, tanto la diligencia como su contrapartida, la negligencia, toman como elemento relevante esencial el conocimiento que los sujetos puedan o deban tener de posibles vicios o limitaciones de los derechos sobre los que operan.

2. Este conocimiento tiene grados de posibilidad conforme a las circunstancias, que trascienden sobre la diligencia. Estos grados oscilan entre dos extremos: el pleno conocimiento (el de los protagonistas o quienes estuvieron presentes) y el caso de imposibilidad total (p. ej., los elementos del proceso psíquico de los sujetos: buena o mala fe, desinformación, impulsividad, violencia).

3. Tiene relevancia examinar qué puede o debe tener a mano el sujeto que negocia: documentos (de diferentes niveles de autenticidad), comentarios, información (del mismo modo, con diferentes niveles de credibilidad), investigaciones profesionales.

4. En este punto, tienen suma importancia las costumbres y los usos en la contratación de cada clase de bien: granos, inmuebles, automotores, mercaderías, que conforman “estatutos” comerciales que se consideran razonables por quienes se desenvuelven en dicha clase de negocios. Estas pautas son aplicables no solo a los actos comerciales, sino a toda clase de actos: actos profesionales, actos públicos en sus diversas ramificaciones.

5. Algunos ejemplos permiten una mayor visualización, descriptos en sus rasgos esenciales:

a) Está muy consolidado ya el estatuto de precauciones que debe adoptar un adquirente de inmuebles: tener a la vista el título de quien enajena, verificar el estado de ocupación, tener a la vista los certificados de dominio e inhibiciones de los titulares, el estudio de títulos.

b) En el caso de los automotores, efectuar el pago en el mismo acto de obtención de la registración constitutiva del rodado, asesorarse en caso de rodados usados sobre el estado del vehículo (hay numerosos establecimientos de verificación técnica), asesorarse jurídicamente, cumplir con la verificación técnica obligatoria.

c) En caso de tratar con sucesores universales, verificar el expediente sucesorio, la investidura para actos de disposición mediante la declaratoria de herederos, contar con orden de inscripción.

d) En el caso de la adquisición de obras de arte, contratar asesores especializados en la clase de obras de que se trate.

e) En el caso de la adquisición de bienes muebles no registrables, adquirirlos de personas, empresas o locales que habitualmente ofrecen la clase de bienes de que se trate.

6. En síntesis, en cada caso, con sus circunstancias, la exigencia de recaudos para la debida diligencia debe ser equilibrada, proporcional, evitando los excesos referidos. La sociedad ha configurado, en una lenta pero acumulativa creación, los estatutos a los cuales me he referido. Retiro el equilibrio entre los bienes jurídicos protegidos: los recaudos que deben adoptarse (protección de la seguridad) y el escenario razonable para la circulación de los bienes (seguridad dinámica).

7. Por ello, los intérpretes o calificadores de la conducta deben subordinarse a estos aspectos fundamentales para fundamentar sus conclusiones, evitando arbitrariedades.

## **VI. DILIGENCIA Y ROL DE ESTADO, LAS INSTITUCIONES Y LOS CIUDADANOS**

Considero que el Estado, a través del derecho, ha generado respecto al tema de la conducta social una actitud prioritariamente sancionatoria. Es necesario generar un amplio campo preventivo para disminuir fuertemente las conductas disvaliosas.

Los puntos esenciales, que ciertamente serán ampliados mediante un trabajo planificado, organizado, son:

a) El abordaje multidisciplinario del tema. De ningún modo es tarea exclusiva de los juristas, ya que no tienen los conocimientos necesarios para un tema de tamaño amplitud, extensión y complejidad.

b) Mínimamente, deben integrarse equipos con filósofos, sociólogos, psicólogos, terapeutas de conductas, expertos en ciencias de la conducta y neurociencia.

c) Estos equipos podrán generar potentes herramientas de prevención (test, informes de instituciones variadas: escuelas, grupos familia-

res, instituciones laborales, y toda otra fuente) que permitan detectar personalidades generadoras de riesgos, para colaborar, asistirles y tratarlas, insertándolas en la sociedad.

d) Lo preventivo debe comenzar desde todas las instancias de la escolaridad, enseñando el modo de tramitar los conflictos, las emociones, las tensiones. Hay muchos estudios y material existente para incorporarlo pragmáticamente.

e) También es necesaria una amplia difusión programada hacia la sociedad para obtener la colaboración y participación ciudadana. Todos los integrantes de la sociedad debemos unirnos para afianzar el contrato social, tan desgastado actualmente. No es un tema exclusivo del Estado. Todos debemos colaborar desde todos los ámbitos posibles.

# EL DAÑO MORAL Y LAS INDEMNIZACIONES SUSTITUTIVAS Y COMPENSATORIAS POR LAS CONSECUENCIAS EXTRAPATRIMONIALES. EL PRECIO DEL BIENESTAR EMOCIONAL

POR JORGE M. GALDÓS

## **I. EL HOMENAJE AL PROF. DR. ALBERTO TRIGO REPRESAS**

Participar en una obra colectiva en homenaje al Dr. Félix Alberto Trigo Represas constituye un motivo de enorme orgullo; recordar al maestro supone reconocer y celebrar, una vez más, la valía jurídica y personal de uno de los mayores civilistas del derecho argentino. En Félix A. Trigo Represas se conjugaba —de modo inusual— el profesor, el académico, el doctrinario que abrió ancha huella en el derecho de las obligaciones y de la responsabilidad civil y, sobre todo, una excepcional persona —humilde, generoso, sencillo, de trato afable—. De modo particular, rindo homenaje y recuerdo con afecto y admiración a mi profesor de Derecho de las Obligaciones en la querida Facultad de Derecho y Ciencias Sociales de la Universidad Nacional de La Plata. ¡Gracias maestro!

## **II. EL DAÑO MORAL EN EL CÓDIGO CIVIL Y COMERCIAL DE LA NACIÓN**

### **II.1. Introducción**

Nos proponemos formular brevemente algunas reflexiones sobre la indemnización por daño moral, por lo que, luego de referirnos a su noción conceptual, abordaremos el significado y alcance del precio del bienestar emocional, temáticas ambas en las que está presente la incidencia de las neurociencias.

## II.2. El concepto normativo de daño moral

El Prof. Trigo Represas sostenía que “el daño moral es el que se causa a los sentimientos, a la integridad física o espiritual o a las afecciones legítimas, en suma, el que se causa en los bienes ideales”. Participaba de la tesis de que el daño moral es el que “se infiere a los derechos personalísimos o de la personalidad, es decir protegen como bien jurídico los atributos de la personalidad del hombre: la paz, la privacidad, la libertad, la salud e integridad psicofísicas, lo que puede resumirse en la ‘seguridad personal’ y las ‘afecciones legítimas’ del primitivo art. 1078, Cód. Civil” (1).

El daño moral, extrapatrimonial o no patrimonial, previsto en el art. 1741 del Cód. Civ. y Com., consiste en la lesión a un interés no reprobado por el ordenamiento jurídico (daño-lesión) que acarrea consecuencias en el ámbito extrapatrimonial (daño-consecuencia; arts. 1737, 1738 y ccds., Cód. Civ. y Com.) y que recae sobre la persona (v.gr., afectando sus derechos personalísimos, la integridad física y psíquica, etc.), el patrimonio (conculcando intereses inmateriales, por ejemplo, el robo de un anillo de valor afectivo) o sobre un derecho colectivo (v.gr., el daño moral colectivo; p. ej., art. 27 de la ley 25.675 General del Ambiente) (2).

## II.3. El daño moral y el neuroderecho. La reformulación del daño moral a partir del aporte de las neurociencias

Conforme al actual aporte de las neurociencias y la psicología cognitiva, y en caracterización totalmente compatible con la tipificación normativa del Código Civil y Comercial, sostuvimos antes que el daño moral es el que distorsiona los pensamientos, las emociones y los sentimientos,

---

(1) CAZEAUX, Pedro N. — TRIGO REPRESAS, Félix A., “Derecho de las obligaciones”, 3ª ed. aumentada y actualizada, Ed. Platense, La Plata, 1987, ps. 456, 460 y 470.

(2) Abordamos el tema y remitimos a GALDÓS, Jorge M. — VALICENTI, Exequiel (colab.), “La responsabilidad civil. Análisis exegetico, doctrinal y jurisprudencial. Arts. 1708-1780, Cód. Civ. y Com.”, Ed. Rubinzal-Culzoni, Santa Fe, 2021, t. II, p. 357; GALDÓS, Jorge M., “Hacia una nueva noción conceptual del daño moral. El aporte de las neurociencias”, LA LEY del 28/09/2020, p. 1, LL AR/DOC/2903/2020; y “Daño moral y neurociencias”, Rubinzal Online RC D 101/2021. Remitimos también a GALDÓS, Jorge M., “El daño moral (como ‘precio del consuelo’) y la Corte Nacional”, RCyS 2011-VIII; “Afección al espíritu de la persona. Legitimados para reclamar el daño moral”, en *Protección jurídica de la persona. Homenaje al Dr. Julio César Rivera*, Ed. La Ley, Buenos Aires, 2010, p. 145; “Daños a las personas”, RCyS 2005-35; “Daños a las personas en la provincia de Buenos Aires”, RDD 2004-3: “Determinación judicial del daño - I”, p. 31; y “Otra vez sobre los daños a las personas en la provincia de Buenos Aires”, RDD 2005-3: “Determinación judicial del daño - II”, p. 89.

generando conductas que evidencian un estado vivencial displacentero. El daño moral, en cuanto lesión a un interés lícito que repercute negativamente en la esfera no patrimonial, consiste en la alteración o menoscabo que incide disvaliosamente en la trilogía de los pensamientos, las emociones y los sentimientos, produciendo afectaciones corporales, anímicas, psíquicas y mentales que se externalizan mediante conductas reveladoras de esa situación vivencial negativa. La afectación de los pensamientos produce la distorsión de la cosmovisión propia (la personal de la víctima misma), la percepción de los demás y la del mundo circundante, y genera emociones negativas (ira, miedo, tristeza, infelicidad, etc.), las que, a su vez, determinan sentimientos desagradables (culpa, enojo, envidia, etc.), que se traducen en conductas o comportamientos reveladores de una situación vivencial displacentera (malestar, padecimiento, dolor, etc.) (3). En esta resignificación o reformulación del daño moral como “precio del bienestar emocional”, la secuencia temporal se produce a partir de un hecho o evento dañante que inicia el siguiente proceso: los pensamientos son activados negativamente; ello produce una repercusión nociva que involucra a la mente, la psiquis, el espíritu, el cuerpo y las emociones; y de las emociones se traslada y consolida en los sentimientos. Los pensamientos (no los hechos) son el punto de partida del proceso cognitivo; los pensamientos, percepciones e interpretaciones dan origen a las emociones, y las emociones, a los sentimientos. Dice Damasio: “Nuestros pensamientos desencadenan estados emocionales y engendran sentimientos y sensaciones” (4).

En síntesis: el daño moral produce el desequilibrio (físico, cerebral, mental y/o espiritual) del pensamiento, percepción, emociones y sentimientos, que determina estados vivenciales negativos —internos y externos—, y que se traduce en la alteración de la propia subjetividad y del sistema de creencias, esto es, la propia percepción de sí mismo, de los demás y del mundo, produciendo malestar, dolor, padecimientos, tristeza, impotencia, desolación, desamparo, etc. En consonancia con los estudios de las neurociencias, podemos afirmar que el daño moral en sentido jurídico comprende todos los detrimentos espirituales, emocio-

---

(3) Reiteramos que los fundamentos que explican la afectación de la trilogía pensamientos, emociones y sentimientos, según los estudios neurocientíficos, están desarrollados en GALDÓS, Jorge M. — VALICENTI, Exequiel (colab.), “La responsabilidad civil. Análisis exegético...”, ob. cit., p. 357, y en GALDÓS, Jorge M., “Hacia una nueva noción conceptual...”, ob. cit. Ver también: MOREA, Adrián, “La deconstrucción del daño moral desde la perspectiva neurocientífica. Un fallo con vocación interdisciplinaria”, RCCyC 2021 (junio), p. 145; LL AR/JUR/108/2021.

(4) DAMASIO, Antonio, “En busca de Spinoza. Neurobiología de la emoción y los sentimientos”, Ed. Paidós, 2014, ps. 17, 18, 38, 39, 65, 102, 103.

nales, mentales, de la conciencia y de los sentimientos no incapacitantes; dolor, aflicciones, padecimientos, desconsuelo, desdicha, congoja, que generan malestar grave y que alteran —reiteramos— la trilogía de pensamientos, emociones y sentimientos, generando reacciones internas y externas reveladoras de un estado de ausencia de bienestar y de esa situación vivencial negativa. Se trata de una vivencia experiencial, subjetiva y personal, con reducción de la energía vital o existencial, que —enfaticamos— se exterioriza mediante síntomas corporales o mentales (tristeza, impotencia, desolación, desamparo, abatimiento, pesimismo, desgano, desinterés, dificultades para tomar decisiones) (5). Procede recordar, para fortalecer esta postura, que la Organización Mundial de la Salud describe a la salud como “el estado de completo bienestar físico, mental y social, y no solo de ausencia de enfermedad. Su tutela, por lo tanto, abarca un aspecto estático (la integridad psicofísica considerada en sí misma) y un aspecto dinámico (la manifestación o expresión cotidiana del bien salud en sus múltiples proyecciones laborales y extralaborales)” (6).

Debe destacarse —brevemente— que la irrupción de las neurociencias en el derecho no solo confiere fundamento científico a la concepción del daño moral como precio del bienestar emocional, sino que también revela su compatibilidad con su conceptualización jurídica (7). En efecto, Zavala de González afirma que el daño moral consiste en toda “modificación disvaliosa del espíritu en el desenvolvimiento de su capa-

---

(5) CCiv. y Com. Azul, 06/05/2019, “Degenhart, Yesica c. Cannaniz, Omar y otro s/ daños y perjuicios - incumplimiento contractual”, causa 63.411 S; 06/2019, “P., S. K. y ots. c. Benigni, César y ot. s/ daños y perjuicios”, causa 6.391.019; 07/03/2017, “Corradi, Débora c. Cardozo Arana, Edgar Isabelino y otros s/ daños y per.”, causa 2-6159-2016; 07/03/2017, “Latú, Patricia y otros c. Corradi, Débora S. y otros s/ daños y perjuicios”, causa 2-61.417-2016; 21/05/2018, “Zampatti, Pablo c. Petroccelli, Jimena A. Z. y otros s/ daños y perjuicios”, causa 2-62.485-2017; 21/05/2018, “Gorozo, Oscar c. Luna Mirta y ot. s/ daños y perjuicios”, causa 2-62.567-2017; 29/04/2008, “Abonjo, Hernán y otro c. Quenard, Carlos y otro s/ daños y perjuicios”, causa 51.466; 29/04/2008, “Gorostidi de Sorondo, María c. Abonjo, Hernán Manuel y Abonjo, Alberto Mario s/ daños y perjuicios”, causa 51.467; 23/08/2011, “Torres, Elsa y otro c. Bustingorry, Alejandro y otros s/ daños y perjuicios”, causa 54.530; CCiv. y Com. Santa Fe, Sala I, 29/09/2020, “T., A. M. c. Nessier, Hugo Orlando y otro s/ ordinario”, Rubinzal Online RC J 7564/20; CCiv. y Com. Azul, Sala II, 04/02/2021, “Peroggi, Ciro Gabriel y otros c. Boulanger, Eduardo Aníbal y otro/a s/ daños y perjuicios. Automotor c/ les. o muerte”, RCCyC 2021 (junio), p. 145, LL AR/JUR/108/2021, con nota aprobatoria de MOREA, Adrián, “La deconstrucción del daño moral..”, ob. cit.

(6) TOBÍAS, José W., “Hacia un replanteo del concepto (o el contenido) del daño moral”, LA LEY 1993-E-1227; LL AR/DOC/20709/2001; *Responsabilidad civil. Doctrinas esenciales*, t. III; LA LEY del 01/01/2007, p. 33; RCyS 2015-VII-219.

(7) Ver MOREA Adrián, “La deconstrucción del daño moral..”, ob. cit.



cidad de entender, querer o sentir, que se traduce en un modo de estar de la persona diferente, a consecuencia del hecho y anímicamente perjudicial” (8). En la idea de la “lesión a los sentimientos” se contemplan “los desequilibrios existenciales”, “descartando la equivocada limitación al sufrimiento o dolor” (9). “La víctima cambia la manera de estar en sí y en el mundo (...), se empeora su existencia” (10). La Suprema Corte de Buenos Aires, siguiendo esa doctrina, refiere que “todo cambio disvalioso del bienestar psicofísico de una persona configura un daño moral” (11). Pizarro, en su última obra, sostiene que el daño no patrimonial “es una minoración en la subjetividad de una persona, derivada de la lesión a un interés no patrimonial individual o colectivo”; añade (coincidiendo con la jurista mencionada) que consiste en la modificación disvaliosa del espíritu (afectando la capacidad de entender, querer o sentir), tal como lo sostuvo —junto a otros autores— en un antiguo evento jurídico (12). Pizarro luego hace hincapié, con Zavala de González, en el “disvalor subjetivo”, y con Mosset Iturraspe, en que la modificación disvaliosa del espíritu proviene de que “la persona humana es cuerpo y espíritu” (13), lo que —agrega el maestro santafesino— “encuentra remedio en los bienes que la propia vida nos puede brindar” (14).

(8) ZAVALA DE GONZÁLEZ, Matilde, “Resarcimiento de daños. Cuánto por daño moral”, Ed. Hammurabi, Buenos Aires, 2005, t. 5-A, p. 21; en igual sentido, MOSSET ITURRASPE, Jorge, “Responsabilidad por daños”, t. 4, p. 91; ZAVALA DE GONZÁLEZ, Matilde, “¿Cuánto por daño moral?”, JA 1987-IV-1006; LA LEY 1998-E-1050; LL Patagonia 199-1068.

(9) ZAVALA DE GONZÁLEZ, Matilde, “Resarcimiento de daños. Integridad psicofísica”, Ed. Hammurabi, Buenos Aires, 1990, t. 2, p. 35.

(10) ZAVALA DE GONZÁLEZ, Matilde, “Tratado de daños a las personas. Resarcimiento del daño moral”, Ed. Astrea, Buenos Aires, 2009, ps. 1 y 5.

(11) SCBA, 19/09/1995, “Toledo”, Ac. L55.728, AyS 1995-III-635; 20/09/1994, “Colman”, Ac. 53.110, DJBA 147-299, JA 1995-III-183, AyS 1994-III-737; CCiv. y Com. Azul, Sala II, 25/02/2003, “Santillán”, causa 45.193; 28/10/2004, “Escobar”, causa 47.417; 23/03/2011, “Miranda”, causa 54.862; 29/08/2013, “Moyano de Córica”, causa 57.332; 17/11/2016, “Espil”, causa 60.647.

(12) PIZARRO, Ramón D., “Daño moral. Reparación. Prevención y punición de las consecuencias no patrimoniales”, 3ª ed. ampl. y actual., Ed. Rubinzal-Culzoni, Santa Fe, 2021, t. I, p. 37, nota 70; PIZARRO, Ramón D., “Cuantificación judicial de la indemnización del daño moral”, LA LEY 2020-E-654, LL AR/DOC/2371/2020; PIZARRO, Ramón D., “Tres cuestiones vinculadas con el daño moral y su indemnización”, ED 290, del 26/03/2021, ED-MLVIII-310, nota al fallo “B., J. A. c. Agrosalta Cooperativa de Seguros Ltda. s/ ordinario”.

(13) PIZARRO, Ramón D., “Daño moral. Reparación...”, ob. cit., p. 37, nota 70.

(14) MOSSET ITURRASPE, Jorge — PIEDECASAS Miguel, “Responsabilidad por daños. Código Civil y Comercial de la Nación. Ley 26.994”, Ed. Rubinzal-Culzoni, Santa Fe, 2016, t. V: “Daño no patrimonial a la persona”, p. 29.

Alferillo afirma que es necesario un replanteo “del concepto de daño moral a la luz de la evolución de la ciencia que estudia al hombre en su esencia (medicina —en especial la psiquiatría, la neurociencia, etc.—, psicología, antropología, etc.) que permita conceptualizarlo antológicamente”, y lo concibe como “el menoscabo que sufre una persona en su bienestar psíquico (espiritual) sin que ese estado negativo sobreviniente (tristeza, dolor, amargura, inseguridad, angustia, etc.) llegue a configurar una situación patológica (...). Es un estar disvalioso de la psique no patológico”, “una secuela del quebranto del bienestar espiritual acaecido como consecuencia del menoscabo que se produce a un bien de la persona sea patrimonial o de la esfera de su integridad psicofísica/social” (15). De ahí que también —en último aporte doctrinario— lo denomine “daño al bienestar o integridad espiritual” (16). La Corte Nacional, al referirse a la valoración del daño moral, sostuvo que “debe tenerse en cuenta el estado de incertidumbre y preocupación que produjo el hecho” (17), “la lesión en los sentimientos afectivos” (18), el

---

(15) Ver ALFERILLO, Pascual E., “Reflexiones sobre el concepto y carga probatoria del daño moral”, RCyS 2012-II-128, nota a fallo TSJ Córdoba, Sala Penal, 13/06/2011, “Bernaola, Walter Alberto y otro s/ p.ss.aa. homicidio, lesiones leves, etc. - recurso de casación”, LL AR/DOC/165/2012; ver también ALFERILLO, Pascual E., “Daño a la vida. Valoración. Cuantificación. Acción resarcitoria”, Ed. Jurídicas Cuyo, Mendoza, 2009, p. 716; ALFERILLO, Pascual E., “El desvínculo del menoscabo psíquico del daño moral”, RDD 2009-3, Ed. Rubinzal-Culzoni, p. 29; “Trascendencia de la valuación en la cuantificación de los daños a la persona”, DJ 2007-3-298, LA LEY 2008-A-159; ALFERILLO, Pascual E., “El daño moral contractual y el origen de la ilicitud”, nota a fallo C2ªCiv., Com., Minas, Paz y Trib. Mendoza, 29/11/2010, “R. A. J. y ots. c. V. M. y ots.”, LL Gran Cuyo 2011 (marzo), p. 113, LL AR/DOC/479/2011; ALFERILLO, Pascual E., “Reflexiones sobre la vinculación de la ‘mala fe’ con los factores de atribución subjetivos”, en CÓRDOBA, Marcos M. (dir.) — GARRIDO CORDOBERA, Lidia M. — KLUGER, Viviana (coords.), *Tratado de la buena fe en el derecho*, Ed. La Ley, 2004, p. 219; ALFERILLO, Pascual E., “Reflexiones en torno al concepto de daño y su clasificación”, RCyS 2019-4-3.

(16) ALFERILLO, Pascual E., “Cuantificación del daño al bienestar o integridad espiritual. Daño moral”, RDD 2021-1: “Cuantificación del daño - I”, p. 323.

(17) CS, 21/03/1995, “Rebesco, Luis M. c. Estado Nacional - Policía Federal”, Fallos 318:385.

(18) CS, 19/10/1995, “Badín, Rubén y otros c. Provincia de Buenos Aires”, LA LEY 1996-C-585, con nota de Jorge BUSTAMANTE ALSINA.

sufrimiento (19), comprendiendo “las angustias, inquietudes, miedos, padecimientos y tristeza” (20).

A modo de conclusión: asistimos a la verificación científica y empírica de que la concepción jurídica de daño moral prevaleciente tiene sólido fundamento en los aportes de las neurociencias, la neurobiología, las ciencias del comportamiento y la psicología cognitiva. Es que la afectación de los sentimientos, la modificación del espíritu, el estado negativo sobreviniente, etc., auspiciada por la doctrina y la jurisprudencia, representan lo que la neurobiología califica como alteración negativa de los pensamientos, las emociones [“miedo, ira o rabia, alegría, tristeza, asco, sorpresa, desprecio o desdén” (21) y “alegría, felicidad, pena, miedo, vergüenza, simpatía”] (22) y los sentimientos displacenteros (culpa, vergüenza, odio, envidia). Creemos que en la actualidad la ciencia y el neuroderecho (esto es, la aplicación de las neurociencias al derecho) permiten explicar desde otra perspectiva las precursoras caracterizaciones de la siempre compleja problemática del daño moral. Por eso preferimos identificar a las “satisfacciones sustitutivas y compensatorias”, más que como precio del consuelo —acepción que hemos defendido y seguimos haciéndolo—, como “precio, valor o costo del bienestar emocional”, expresión que es científicamente correcta (23).

---

(19) CS, Fallos 321:1117; 323:3614; 325:1156; 308:1109. CS, 17/04/1997, “Savarro de Caldara, Elsa I. y otros c. Empresa Ferrocarriles Argentinos”, Fallos 320:536. CS, “Migoya”, Fallos 334:1821, consid. 23.

(20) CS, 10/08/2017, “Ontiveros, Stella Maris c. Prevención ART SA y otros s/ accidente - inc. y cas.”, LA LEY 2017-D-652, voto concurrente del Dr. Lorenzetti, con nota de Ramón D. PIZARRO; RCyS 2017-X-90, con nota de Carlos A. CALVO COSTA.

(21) LÓPEZ ROSETTI, Daniel, “Emoción y sentimientos”, Ed. Planeta, Buenos Aires, p. 19.

(22) DAMASIO, Antonio, “Y el cerebro creó al hombre. ¿Cómo pudo el cerebro generar emociones, sentimientos, ideas y el yo?”, cit. por DAMASIO, Antonio, “En busca de Spinoza...”, ob. cit., ps. 17, 51, 107 y ccdd.

(23) La denominación que propiciamos es el género que comprende una especie, el bienestar espiritual, que es la acepción propiciada por Alferillo. ALFERILLO, Pascual E., “Cuantificación del daño al bienestar...”, ob. cit., p. 323.

### III. CRITERIOS PARA VALORAR Y CUANTIFICAR EL DAÑO MORAL (24)

Antes de la sanción del Código Civil y Comercial se proponían distintos criterios de cuantificación del daño moral. Si bien ahora se aplica el criterio de la indemnización sustitutiva o precio del bienestar emocional, algunos de aquellos parámetros mantienen actualidad y lo complementan. Esos criterios, expuestos brevemente, son los siguientes:

#### III.1. La determinación de la cuantía en atención al daño patrimonial

Este método acude a un porcentual del daño patrimonial. Sobre la base del daño patrimonial, y en función de la prudencia judicial y las circunstancias del caso, se fija un monto proporcional por daño moral. Esta postura carece de razonabilidad y fundamentación; es arbitraria y no representa cabalmente el *quantum* del daño. Ha sido rechazada por la Corte Nacional (25).

#### III.2. La determinación sobre la base del criterio subjetivo del juzgador o la prudencia judicial

El criterio propio y subjetivo del juez es el parámetro de cuantificación. Se otorga al juez un “voto de confianza”, como afirma Morello (26). Sin embargo, dejarlo librado solo y únicamente a su libre apreciación, a su absoluta discrecionalidad, desentendiéndose de pautas objetivas y confiando en su prudencia y sensibilidad, resulta reprobable, porque puede conducir a la arbitrariedad, impidiendo a las víctimas y a los victimarios conocer el razonamiento valorativo que sustenta la decisión y el monto. No son aceptables las referencias genéricas y abstractas, vagas, que aluden exclusivamente a que “el monto es justo y equitativo”. Por ello esencialmente se deben considerar parámetros objetivos: “la gravedad

---

(24) Seguimos aquí las ideas expuestas en GALDÓS, Jorge M. — VALICENTI, Exequiel (colab.), “La responsabilidad civil. Análisis exegético...”, ob. cit., t. II, p. 357.

(25) Se había fijado en el 20% del daño patrimonial, CS, 04/06/2013, “V., G. B. c. Hospital Vicente López y Planes - Unidad Hospitalaria de General Rodríguez s/ accidente de trabajo”, LL AR/JUR/21752/2013.

(26) MORELLO, Augusto M., “Carácter resarcitorio y punitivo del daño moral. En pro de una concepción funcional”, JA 1975-27-342.

objetiva del daño y las consecuencias extrapatrimoniales (personales) que produjo en los damnificados” (27).

### **III.3. La determinación de la cuantía en atención a los precedentes judiciales**

Creemos y confiamos en la utilidad de este procedimiento, pero no aplicado aisladamente, sino en conjunción con la gravedad objetiva de la falta y la ponderación de los elementos objetivos y las circunstancias del caso, y complementando al precio del bienestar emocional. Se trata de “brindar pautas orientativas que sean públicas y accesibles para todos, mediante la publicidad del precedente judicial con todas las variables que puedan tomarse en cada caso” (28).

### **III.4. La determinación de la cuantía sobre la base de la tarifación legal o judicial**

Varios autores han propuesto técnicas que intentan elaborar modelos más uniformes, cuya utilización y adaptación a cada caso permiten arribar a montos más homogéneos y estándares.

Zavala de González propuso confeccionar legislativamente un catálogo de casos típicos de afecciones morales, partiendo de los supuestos más comunes y tangibles (daño a la integridad psicofísica y supresión de la vida humana), fijándole valores económicos traducidos en montos, unidades de medidas o porcentuales comparativos o combinaciones, atendiendo a los precedentes judiciales anteriores, lo que se debe completar con encuestas de opinión a abogados y jueces (29). La escuela cordobesa propone el método de la cuantificación indicativa también sobre la base de escalas que tipifican —de modo similar— los sucesos dañosos usuales, que son difíciles de mensurar, pero que comparados impersonalmente tienen contenido valorativo parecido. Luego se crean escalas de resarcimiento, atadas a una unidad de cuenta (“unidad de

---

(27) SCBA, 11/02/2015, “M. G. y otros c. Cardozo, Martiniano Bernardino y otros s/ daños y perjuicios y su acumulada”, LLBA 2015 (julio), p. 651; LLBA 2015 (septiembre), p. 823, con nota de Juan Cruz SCOLLES; RCyS 2015-XI-33; LL AR/JUR/12189/2015.

(28) ABREVAYA, Alejandra D., “Desmitificando la cuantificación uniforme del daño moral y la visión materialista de la indemnización”, LA LEY del 18/10/2018, p. 1; LL AR/DOC/1844/2018.

(29) Ver *in extenso* el desarrollo y fundamentos ZAVALA de GONZÁLEZ, “Resarcimiento de daños. Daños a la persona”, t. 4: “Presupuestos y funciones del derecho de daños”, Ed. Hammurabi, Buenos Aires, 1999, p. 533.

daño moral”), con mínimos y máximos para cada tipo de daño (como las escalas penales), que —se sugiere— sean del valor de una vivienda básica para cuatro personas en la jurisdicción en la que se resuelve el conflicto y con características normativamente relevantes para justificar el importe indemnizatorio dentro de la escala propia de cada tipo indemnizatorio. Propone en definitiva un sistema de tipificación de los posibles daños morales (diez tipos indemnizatorios), ordenados en función de la gravedad y en escala decreciente, considerando la intensidad del dolor, partiendo de la muerte del hijo, luego la pareja o cónyuge y así sucesivamente.

Guibourg también propone pautas objetivas, unidades variables, consistentes en el valor de un día de ingreso de la víctima, criterio que —dice— debe ser sometido a la crítica pública y ajustado a cierto consenso. Su propuesta de cuantificación del daño moral se divide en dos sistemas: uno anterior al alta médica (categoría en la que incluye la internación, el tratamiento, el tratamiento ambulatorio y el dolor sufrido en esa etapa), y en el que se tarifa un número de días de ingreso según el porcentaje de incapacidad; y el daño moral posterior al alta médica, conforme a una fórmula matemática que desarrolla (30). Ossola, afirmando que el Código Civil y Comercial se quedó a mitad de camino, en propuesta de parecido tenor, sugiere que se establezcan “presunciones valorativas de daño moral”, de carácter legislativo, para casos graves, con carácter *iusuris tantum* y vinculadas a montos fijos o variables, con la finalidad de que sirvan como pautas indicativas para los jueces (31).

A favor de estas técnicas, se sostiene que “constituyen un importante y necesario avance en la elaboración de un modelo de cuantificación del daño no patrimonial con una mayor justificación y fundamentación de los que la jurisprudencia en general actualmente está utilizando” (32). “Los baremos, para esta clase de daños, tienen una doble ventaja; permiten conocer fácilmente los valores con que se compensará cada tipo de daño y ahorran costos a la hora de calcular si emprender o no una actividad; y permiten la crítica tendiente a modificarlos. Estas ventajas persis-

---

(30) Ver *in extenso* GUIBOURG, Ricardo A., “Reflexiones sobre la cuantificación del daño”, RDD 2021-1: “Cuantificación del daño - I”, Ed. Rubinzal-Culzoni, Santa Fe, 2021, ps. 28 a 30.

(31) OSSOLA, Federico A., “El daño resarcible y la cuantificación judicial del daño moral. Dificultades y propuestas”, RCyS 2017-XI-11.

(32) MARCELLINO, Leonardo, “Valoración y cuantificación de la indemnización del daño extrapatrimonial”, RDD 2018-3: “Responsabilidad por daño no patrimonial”, Rubinzal Online RC D 226/2019.

ten aun cuando se trate de baremos indicativos, de los cuales los jueces puedan apartarse —en más o en menos— para casos excepcionales” (33).

Otro criterio alude a la cuantificación estimativa judicial, y los cálculos o escalas son elaborados jurisdiccionalmente. Peyrano propuso una “tarifación judicial indicativa”, teniendo como punto de inicio la cuantía por el máximo dolor humano, el fallecimiento del hijo, y de ahí en sentido decreciente tabular los otros detrimentos, para permitir decidir sobre la base de lo resuelto en casos similares, procurando una estimación con cierta uniformidad, previsible, que facilite evaluar la conveniencia de demandar, allanarse o efectuar acuerdos extrajudiciales (34). Incluso a raíz del nuevo Código Civil y Comercial también se propone “la elaboración de esquemas orientativos, la necesaria generalización (razonamientos inductivos: de lo particular a lo general) porque deviene inevitable que en la praxis judicial se vayan paulatinamente elaborando tipos, categorías, clases, grados y escalas” (35).

Ambos métodos (cuantificación legal y judicial) tienen en común ponderar decrecientemente la tipología, según su gravedad y entidad.

### III.5. La determinación de la cuantía atendiendo a la gravedad objetiva del hecho

En varios pronunciamientos de la Corte Nacional se hace referencia a ese parámetro de ponderación, aunque de modo complementario con otros.

---

(33) ACCIARRI, Hugo A. — CASTELLANO, Andrea — BARBERO, Andrea, “¿Se debe indemnizar el dolor de las víctimas del 11 de septiembre? Un análisis económico del daño moral”, *Working Paper*, nro. 210, Barcelona, abril de 2004, [www.indret.com](http://www.indret.com). Ver también RASCHETTI, Franco, “Cuatro pautas para la procedencia de la indemnización de las consecuencias no patrimoniales en materia contractual”, RCyS 2020-VI-3; RASCHETTI, Franco, “Extinción contractual, indemnización de consecuencias no patrimoniales y daño punitivo por incumplimiento de una compraventa de consumo”, RCCyC del 14/06/2021, p. 243, LL AR/DOC/1303/2021, nota a fallo CCiv., Com., Lab. y Minería General Pico, Sala B, 09/02/2021, “Fresno, Valeria Liz c. Frávega, SACIEI s/sumarísimo”, LL AR/JUR/636/2021.

(34) PEYRANO, Jorge W., “De la tarifación judicial *iuris tantum* del daño moral”, JA 1993-I-877.

(35) GONZÁLEZ ZAVALA, Rodolfo M., “Satisfacciones sustitutivas y compensatorias”, RCCyC 2016 (noviembre), p. 38; LL AR/DOC/3436/2016.

### III.6. Las indemnizaciones sustitutivas y compensatorias

Es el método que prevé el Código Civil y Comercial, al que nos referimos seguidamente.

## IV. LAS INDEMNIZACIONES SUSTITUTIVAS Y COMPENSATORIAS POR DAÑO MORAL. EL PRECIO DEL BIENESTAR EMOCIONAL

### IV.1. Síntesis introductoria

Las “indemnizaciones sustitutivas y compensatorias” por daño moral a las que se refiere el art. 1741, Cód. Civ. y Com., constituyen las gratificaciones, gozos, regocijos, deleites, contentamientos o placeres que mitigan o compensan el padecimiento de la víctima, procurando revertir el estado de displacer vivencial y restaurar el bienestar emocional afectado. El fundamento jurídico se sustenta en los siguientes parámetros: 1) el daño moral tiene naturaleza satisfactiva y compensatoria, tal como afirman los Fundamentos del Anteproyecto de Código Civil y Comercial; 2) el dinero es el medio para obtener esa satisfacción sustitutiva; 3) las gratificaciones sustitutivas se procuran mediante los bienes o experiencias destinados a compensar dicho displacer existencial.

Señalamos que, pese al notorio avance que representa el art. 1741, Cód. Civ. y Com., la complejidad y las múltiples facetas de la cuantificación del daño extrapatrimonial revelan la existencia de algunas cuestiones problemáticas y conflictivas (cómo determinar el valor de la indemnización satisfactiva, qué método de cálculo debe utilizarse, etc.) (36).

Las neurociencias, la psicología cognitiva, las ciencias del comportamiento, la teoría de las decisiones, podrán efectuar valiosos aportes a partir de los estudios científicos sobre el bienestar y la felicidad. Se trata este de un territorio a explorar y profundizar.

### IV.2. Del precio del consuelo al precio del bienestar emocional

Díez-Picazo expresa que la concepción del daño moral como “precio del dolor” se remonta al derecho antiguo, que, además del resarcimiento patrimonial, reconocía “la indemnización del dolor o dinero del dolor”,

---

(36) Ampliamos y actualizamos nuestra opinión expuesta en GALDÓS, Jorge M. — VALICENTI, Exequiel (colab.), “La responsabilidad civil. Análisis exegético...”, ob. cit., t. II, p. 357.



que se pagaba a quien siendo sospechoso el juez aplicaba tortura sin indicios suficientes, en cuyo caso se estaba obligado a resarcirle por los dolores infligidos (37). En el derecho argentino, la expresión “precio del dolor” está asociada a una postura restrictiva del daño moral de Llam-bías, que la relaciona con el sufrimiento. El precio del consuelo como parámetro valorativo de la procedencia y cuantificación del daño moral fue introducido en el derecho argentino por Héctor P. Iribarne, quien afirma que el *pretium consolationis* procura “la mitigación del dolor de la víctima a través de bienes deleitables que conjugan la tristeza, la desazón o las penurias”. Sobre la base de fundamentos filosóficos, sostiene que se trata “de proporcionarle a la víctima recursos aptos para menguar el detrimento causado”, de permitirle “acceder a gratificaciones viables”, confortando el padecimiento con bienes idóneos para consolarlo, o sea, para proporcionarle alegría, gozo, alivio, descanso de la pena (38); “procura la mitigación o remedio del dolor de la víctima a través de bienes deleitables (por ejemplo, escuchar música) que conjugan la tristeza, desazón, penurias” (39). Toda vez que se persigue superar o mitigar el displacer emocional, creemos que, conforme a los estudios científicos interdisciplinarios, la designación de precio, costo o valor del bienestar emocional (o también espiritual, según a su acepción más difundida) representa la denominación que más atiende a la incidencia de las neurociencias en el daño moral.

La jurisprudencia también da cuenta de que el daño moral “comprende no solo el dolor sino a todas las aflicciones, preocupaciones y pesares a los que el dinero puede compensar en cierta medida, reemplazando en el patrimonio moral el valor que del mismo ha desaparecido”, como medio de “obtener contentamientos, goces y distracciones para reestablecer el equilibrio de los bienes extrapatrimoniales” (40). Consiste “no solo en el dolor, padecimiento o sufrimiento espiritual del individuo”, sino también en la “privación de momentos de satisfacción y felici-

---

(37) DÍEZ-PICAZO, Luis, “El escándalo del daño moral”, Ed. Civitas, Madrid, 2008, p. 60.

(38) IRIBARNE, Héctor P., “De los daños a la persona”, Ed. Ediar, Buenos Aires, 1993, ps. 143 153, 401, 599 y especialmente p. 401; ídem, “Ética, derecho y reparación del daño moral”, ED 112-280, nota a fallo; ídem, “La cuantificación del daño moral”, RDD 1999-6: “Daño moral”, p. 197.

(39) Ídem.

(40) CNCiv., Sala F, 24/08/2009, “Contreras Mamani, Gregorio y otros c. Muñoz, Cristian Edgardo y otros”, RCyS 2009-X-99, voto del Dr. Zannoni, entre otros muchos. CNCiv., Sala F, 12/03/2004, “García, Ramón Alfredo c. Campana, Aníbal s/ daños y perjuicios”, elDial AA1F9C; CNCiv., Sala F, 03/08/2004, “T., V. O. y ots. c. M. C. B. A. s/ daños y perjuicios”, RCyS 2004-1238.

dad en la vida del damnificado —víctima o reclamante— y que en definitiva influyen negativamente en la calidad de vida de las personas” (41). La Corte Nacional, a partir de la causa “Baeza”, aun antes de la vigencia del actual art. 1741, Cód. Civ. y Com., resolvió que para la cuantificación del daño extrapatrimonial puede acudirse al dinero y a otros bienes materiales como medio para obtener satisfacciones y contentamientos para “compensar, en la medida posible, un daño consumado” (42).

### IV.3. El daño moral tiene naturaleza satisfactoria. El rol instrumental del dinero. La opinión de Trigo Represas

A diferencia del daño patrimonial, que tiene naturaleza reparatoria, el detrimento no patrimonial es compensatorio o sustitutivo del padecimiento a las afecciones espirituales, mentales y emocionales (43). Esa es la doctrina de la Corte Nacional cuando decidió que “la evaluación del perjuicio moral es tarea delicada, pues no se puede pretender dar un equivalente y reponer las cosas a su estado anterior; el dolor humano es apreciable y la tarea del juez es realizar la justicia humana; no se trata

---

(41) HIGHTON, Elena I. — GREGORIO, Carlos G. — ÁLVAREZ, Gladys S., “Cuantificación de daños personales. Publicidad de los precedentes y posibilidad de generar un baremo flexible a los fines de facilitar decisiones homogéneas y equilibradas”, RDPyC 21: “Derecho y economía”, p. 127, en reenvío a jurisprudencia de la Cámara Nacional Civil, Sala M.

(42) CS, 12/04/2011, “Baeza, Silvia Ofelia c. Buenos Aires, Provincia de y otros s/ daños y perjuicios”, con nota GALDÓS, Jorge M., “El daño moral...” ob. cit., p. 259. CS, 10/08/2017, “Ontiveros, Stella Maris c. Prevención ART SA y otros s/ accidente - inc. y cas.”, LA LEY 2017-D-652, voto concurrente del Dr. Lorenzetti, con nota de Ramón D. PIZARRO; RCyS 2017-X-90, con nota de Carlos A. CALVO COSTA; CCiv. y Com. Azul, Sala II, 30/11/2016, “O., H. S. y otro/a c. Pietrafesa, Catalina Mariel s/ daños y perjuicios”, causa 60.877, entre otras.

(43) PARELLADA, Carlos A., “Daños al proyecto de vida”, RDD, 2021-1: “Cuantificación del daño - I”, p. 259; OSSOLA, Federico A., “El daño resarcible y la cuantificación judicial...”, ob. cit.; MARCELLINO, Leonardo, “Valoración y cuantificación de la indemnización...”, ob. cit.; GONZÁLEZ ZAVALA, Rodolfo M., “Satisfacciones sustitutivas y compensatorias”, ob. cit.; CNCiv., Sala A, 22/08/2012, “R. F. E. c. Bayer SA y otros s/ daños y perjuicios”, MJJ74846, voto del Dr. Picasso. En el régimen del Código Civil era la postura de CAZEAUX, Pedro N. — TRIGO REPRESAS, Félix A., “Derecho de las obligaciones”, Ed. La Ley, Buenos Aires, 2010, t. I, p. 409; PIZARRO, Ramón D., “Daño moral. Prevención. Reparación. Punición. El daño moral en la diversas ramas del derecho”, Ed. Hammurabi, Buenos Aires, 2004, p. 103; BUSTAMANTE ALSINA, Jorge, “Teoría general de la responsabilidad civil”, Ed. AbeledoPerrot, Buenos Aires, 1989, ps. 208/209; ORGAZ, Alfredo, “El daño resarcible”, Ed. Lerner, Córdoba, 1992, ps. 212 y ss.; BORDA, Guillermo A., “Tratado de derecho civil. Obligaciones”, 9ª ed. actualizada por Alejandro Borda, Buenos Aires, 2008, t. I, p. 199.

de una especulación ilícita con los sentimientos” (44). Con palabras de Orgaz: “no se trata de poner ‘precio’ al dolor o a los sentimientos, pues nada de esto puede tener equivalencia en dinero, sino de suministrar una compensación a quien ha sido herido en sus afecciones” (45). Algunos autores —sobre la base de que el art. 1740, Cód. Civ. y Com., al regular la reparación plena del daño, no formula distingos— afirman que el daño no patrimonial tiene carácter reparatorio. Márquez prefiere aludir a la reparación para no crear un problema interpretativo, a veces meramente semántico (46). También se sostiene que se configura un “enriquecimiento con causa” para la víctima, que mejora su patrimonio, concebido ello como dato económico (47). En nuestra opinión, dada su función compensatoria, no hay enriquecimiento del damnificado, porque el dinero procura la mitigación y superación de la afección extrapatrimonial. Su naturaleza satisfactiva y compensatoria significa que ingresa al patrimonio de la víctima para sustituir o reemplazar el valor de la afección no patrimonial.

Sobre el tema, el Prof. Trigo Represas, anticipatoriamente, expresaba que “la reparación del daño moral es eminentemente satisfactoria (...). No se pretende con esto, en modo alguno, cotizar en dinero al dolor. Ante la lesión inferida a los sentimientos, el derecho recurre al único medio a su alcance para atenuar, en cierta medida, los efectos causados por aquella. No tenemos por qué suponer que esta indemnización dineraria signifique una concesión al hedonismo. El dinero, en sí mismo, es neutro desde el punto de vista ético. Todo depende del destino que se le dé. Y si la víctima puede satisfacer con él móviles egoístas, no debemos rechazar la perspectiva de que lo destine al cumplimiento de objetivos altruistas, que con sus recursos ordinarios quedaban fuera de su alcance. Esta es la tendencia mayoritaria en la jurisprudencia de nuestros tribunales” (48).

Iribarne y Tobías explican que el concepto de dolor en la tesis punitiva supone una aspiración de “heroicidad”, incompatible con la realidad de la vida, pues “la naturaleza humana es refractaria a los sufrimientos”;

---

(44) CS, 12/04/2011, “Baeza, Silvia Ofelia c. Buenos Aires, Provincia de y otros s/ daños y perjuicios”, con nota GALDÓS, Jorge M., “El daño moral...”, ob. cit., p. 259.

(45) ORGAZ Alfredo, “El daño resarcible”, Buenos Aires, 1952, p. 226.

(46) MÁRQUEZ, José F., “Reparación del daño moral a través de satisfacciones sustitutivas y compensatorias”, RCyS 2020-III-40; LL AR/DOC/336/2020.

(47) GONZÁLEZ ZAVALA, Rodolfo M., “Satisfacciones sustitutivas y compensatorias”, ob. cit.; OSSOLA, Federico A., “El daño resarcible y la cuantificación judicial...”, ob. cit.

(48) CAZEAUX, Pedro N. — TRIGO REPRESAS, Félix A., “Derecho de las obligaciones”, ob. cit., ps. 456 y 470.

que la tradición judeocristiana no impide mitigar el sufrimiento con bienes idóneos e impone, por el contrario, aliviar caritativamente los pesares de los semejantes, auxiliando a la víctima para mitigar su dolor; confortar a la víctima de sus sufrimientos mediante bienes materiales no constituye una especie de “prostitución del dolor”, pues el dinero “es neutro respecto del bien o del mal”: todo depende del uso que se haga de él y de los fines a que se lo subordine. Es que el dinero es solo un medio —el único posible, a falta de otro mejor— para obtener distracciones, goces o contentamientos que permiten “confortar” a la víctima, contribuyendo a mitigar o atenuar su dolor (49). “No se trata de borrar el dolor con el placer —acota otro autor—. Ni de compensar sufrimientos con gozos”, sino que “la víctima o sus familiares, a través del empleo del capital recibido, podrían, razonablemente, superar una escasez, una limitación, una falta de bienes o servicios y ello contribuye a dar calidad a la vida” (50). Enfatizamos que esta es la postura de la Corte Nacional, precedida por algunos precedentes judiciales que auspiciaban esa posición (51).

#### IV.4. Los antecedentes doctrinarios relevantes. La postura de Trigo Represas

La doctrina en general se pronunció favorablemente acerca de la incorporación en el art. 1741, Cód. Civ. y Com., de la indemnización sustitutiva y compensatoria, aunque algunos señalan su insuficiencia o formulan objeciones parciales. En cambio, una posición minoritaria, propiciada por Alferillo, la crítica severamente, afirmando que no es posible inferir que un bien recomponga el bienestar; que el art. 1741, Cód. Civ. y Com., no determina cómo debe ser resarcido; que lo decisivo es que la indemnización debe ser plena y en dinero, según el art. 1740; que se sigue un criterio materialista que desplaza al humanismo, abriendo paso a cuantías arbitrarias y distintas para padecimientos similares (52).

---

(49) IRIBARNE, Héctor P., “Ética, derecho y reparación del daño moral”, ob. cit.; IRIBARNE Héctor P., “De los daños a la persona”, ob. cit., ps. 143, 153, 401, 599 y especialmente p. 401; TOBÍAS, José W., “Hacia un replanteo del concepto...”, ob. cit.; IRIBARNE, Héctor P., “La cuantificación del daño moral”, ob. cit., p. 197.

(50) MOSSET ITURRASPE, Jorge, “Diez reglas sobre cuantificación del daño moral”, LA LEY 1994-A-728; *Responsabilidad civil. Doctrinas esenciales*, t. III; LA LEY del 01/01/2007, p. 181; LL AR/DOC/19501/2001.

(51) CS, 12/04/2011, “Baeza, Silvia Ofelia c. Provincia de Buenos Aires y otros”, RCyS 2011-VIII-176, con nuestra nota citada; CNCiv., Sala F, 12/03/2004, “García, Ramón Alfredo c. Campana, Aníbal s/ daños y perjuicios”, voto de la Dra. Highton de Nolasco, elDial AA1F9C.

(52) ALFERILLO, Pascual E., “Cuantificación del daño al bienestar...”, ob. cit., p. 323.

La respuesta a esta posición, que no compartimos, puede hallarse en pioneras corrientes de opinión, vertidas incluso con anterioridad a la reforma de 1968 del Código Civil, postura en la que se enrolaba Trigo Represas. En efecto, en el Tercer Congreso Nacional de Derecho Civil de 1962 se suscitó un interesante debate. Borda distinguió entre “daño moral puro” y “las consecuencias patrimoniales de un daño moral” (por ejemplo, la cicatriz en un rostro), que son casi siempre indemnizables, lo que confería amplitud al concepto; ello mereció la réplica de LLambías, quien categorizó al daño moral como el género representado por la lesión en los sentimientos por el sufrimiento o dolor que padece alguien, y al “agravio moral” como una especie consistente en la lesión intencionada, que era el único indemnizable (53). Afirmaba que no se debía computar el “daño moral puro”, pues el dolor no “podía ser un título de lucro”; que se “trocarían los bienes personales conculcados por una suma de dinero”; que “se desvirtúa la función de la indemnización y convierte al dolor experimentado en título de adquisición de bienes” y “se hace jugar a la indemnización de daño moral como una pena”. Por ello, la reparación de daños morales solo procede “cuando el comportamiento del responsable lo haya hecho merecedor de semejante sanción, pues toda pena ha de ser condigna a la gravedad de la falta y a la malicia de la intención del agente” (54). Brebbia, en posición que compartía Trigo Represas, respondió que no se trata de “validar o legitimar la cesión”, pues esos bienes son “por esencia intransferibles”, y sobre el temor a la cuantificación judicial explicó que “una cosa es la discrecionalidad” para su ponderación (la que, por ejemplo, existe en materia de lucro cesante), y otra cosa es la arbitrariedad (55). Este autor, como miembro informante de la Comisión, al fundamentar el carácter resarcitorio del daño moral, sostuvo —siguiendo a Ihering— que el dinero no solo cumple una función compensatoria, que se manifiesta al producirse menoscabo en los bienes patrimoniales, sino que también cumple un rol de satisfacción. Y añadió lo que hoy conforma el sustento dogmático del “precio del bienestar emocional”: “el agravio moral, por su especial naturaleza, no puede ser apreciado adecuadamente en metálico pero con el dinero producto de la indemnización, el damnificado puede obtener

---

(53) “Tercer Congreso Nacional de Derecho Civil”, t. II, p. 652, y LLAMBÍAS. Jorge J., ponencia en el “Tercer Congreso Nacional...”, ob. cit., t. II, p. 652, con remisión a su trabajo “El precio del dolor”, JA 1954-III-358, que mantuvo luego en “Estudio de la Reforma del Código Civil. Ley 17.711”, Buenos Aires, 1969, nro. 4, p. 146.

(54) LLAMBÍAS, Jorge J., ponencia en el “Tercer Congreso Nacional...”, ob. cit., t. II, p. 652; y “El precio del dolor”, ob. cit.

(55) En el mismo sentido que la mayoría, BUSSO, Eduardo B., “Código Civil anotado. Obligaciones”, Ed. Ediar, Buenos Aires, 1958, t. III, nro. 105, p. 417.

ciertas satisfacciones y goces espirituales que compensen el desasosiego sufrido” (56). Las conclusiones del Tercer Congreso Nacional inspiraron la reforma del Código Civil del año 1968 (57). Trigo Represas luego reiteró el concepto en su ponencia en las Segundas Jornadas Sanjuaninas de Derecho Civil, sosteniendo que, conforme lo preveía el art. 1083, Cód. Civil, la reparación puede hacerse *in natura*, en cuyo caso el dinero, “al cumplir un rol de satisfacción, posibilita al damnificado distracciones u otro tipo de sensaciones agradables, que le permitan olvidar o al menos mitigar las experiencias dolorosas ya sufridas” (58).

#### IV.5. Nuestra opinión

Pensamos, como lo dijimos antes, que el daño moral puede “medirse” en una suma de dinero destinada a la adquisición de bienes o a la realización de actividades, quehaceres, tareas o experiencias sociales que proporcionen gozo, satisfacciones, distracciones, esparcimiento. Por ejemplo, salir de vacaciones, practicar deportes, concurrir a espectáculos o eventos artísticos, culturales o deportivos, escuchar música, acceder a la lectura, etc. El dinero permite adquirir bienes de consumo, v.gr., un televisor muy moderno, un automóvil, una lancha, etc., servicios informáticos y acceso a las nuevas tecnologías (desde un celular de úl-

---

(56) “Tercer Congreso Nacional...”, ob. cit., t. II, p. 65.

(57) GARRIDO, Roque — ANDORNO, Luis, “Reformas al Código Civil. Ley 17.711 comentada”, ob. cit., p. 87 (comentario al art. 522) y ps. 99/100 (comentario al art. 1078); TRIGO REPRESAS, Félix, “Resarcimiento del daño causado por los actos ilícitos”; CAZEAUX, Pedro N., “El daño moral en la inejecución contractual”, ambos en MORELLO, Augusto — PORTAS, Néstor (coords.), *Examen y crítica de la Reforma del Código Civil*, t. 2: “Obligaciones”, ps. 161 y 65; BORDA, Guillermo A., “La reforma de 1968 al Código Civil”, Ed. AbeledoPerrot, Buenos Aires, 1971, ps. 201 y 227; SMITH, Juan C., “Consideraciones sobre la reforma del Código Civil”, LA LEY 130-1016; MOISSET DE ESPANÉS, Luis, “El daño moral en los Proyectos de Reforma del Código Civil”, en *Daño moral*, ob. cit., p. 49; CICHERO, Néstor, “La reparación del daño moral y la reforma civil de 1968”, ob. cit.; RAMELLA, Anteo, “Naturaleza de los daños resarcibles”, en A.A.VV., *Reformas del Código Civil (ley 17.711)*, Ed. Orbis, 1968, p. 99; BUSSO, Eduardo, “Código Civil anotado. Obligaciones”, ob. cit., t. III, ps. 417 y 429; SALAS, Acdeel E., “La responsabilidad en la reforma del Código Civil”, JA 1969-421, Secc. Doctrina, y “Obligaciones. Contratos y otros ensayos”, Ed. Depalma, Buenos Aires, 1982, p. 367.

(58) TRIGO REPRESAS, Félix, ponencia para el tema 5: “Daño moral”, en las Segundas Jornadas Sanjuaninas de Derecho Civil, 1984. En el mismo sentido, ORGAZ, Alfredo, “El daño resarcible: actos ilícitos”, 2ª ed. revisada y actualizada, Ed. Omeba, Buenos Aires, 1960, p. 187; CIFUENTES, Santos, “Naturaleza jurídica del daño moral y derivaciones de su concepción”, en *Estudios en homenaje al Dr. Guillermo A. Borda*, Ed. La Ley, Buenos Aires, 1985, ps. 84 y ss.; BORDA, Guillermo A., “La vida humana ¿tiene por sí sola un valor económico resarcible?”, ED 114-849.

tima generación hasta un libro digital) (59), o “el acceso a actividades de esparcimiento” (60), una temporada de descanso, una mejora de la casa, un fin de semana de veraneo o en el campo (61), el disfrute del arte, las actividades recreativas, los *hobbies*, el cuidado del cuerpo (62), realizar un viaje (63). De modo que el “precio del bienestar emocional” representa la suma que se destinará a adquirir bienes o realizar actividades placenteras para restaurar el equilibrio emocional.

Desde las neurociencias deberá también considerarse que, según la teoría del comportamiento y la psicología cognitiva, a veces produce mayores efectos benéficos que la compra de bienes de consumo la realización de experiencias sociales placenteras, porque tienen un efecto más duradero que los bienes materiales (en cuyo caso se produce el fenómeno de “adaptación hedónica” o habituación). También se habla de los “pequeños placeres” de disfrute, no concretados en una sola vez, sino prolongados en el tiempo, y de consolidar el “capital social”, efectuando obsequios a otros o realizando actividades comunitarias.

#### **IV.6. La importancia del método de ponderación de la cuantificación del daño moral. Nuestra opinión. Los criterios jurisprudenciales vigentes. La indemnización y la riqueza de la víctima**

El punto de partida, reiteramos, es la dificultad para mensurar el daño moral, que es eminentemente subjetivo, sufrido por la víctima en su esfera íntima, y cuya entidad y dimensión se desprenden de síntomas o indicios reveladores (la aflicción, el dolor, la pesadumbre, la afección a la salud, el trauma, etc.) y de presunciones *hominis*, que acuden a lo que sucede de ordinario, según el curso ordinario, habitual y natural de las cosas; es decir, a las reglas de la experiencia (doc. arts. 1727, Cód. Civ. y Com., y 384, Cód. Proc. Civ. y Com.). Por lo demás, el tema se vincula con uno de los aspectos más álgidos: cómo evitar que las gratificaciones

---

(59) CCiv. y Com. Azul, Sala II, 11/08/2011, “Etcheverry Juan A. y o. por Daniela S. Etcheverry c. Cala, Orlando L. y o. s/ daños y perjuicios”; CCiv. y Com. Azul, Sala II, 17/10/2017, “D., N. c. Mugueta, Miguel Ángel s/ daños y perjuicios”.

(60) CCiv. y Com. Azul, Sala II, 18/02/2015, “Rolodán, José Luis c. Víctor Masson Transportes Cruz del Sur SA s/ daños y perjuicios”.

(61) IRIBARNE, Héctor P., “De los daños a la persona”, ob. cit., p. 158.

(62) SANTARELLI, Fulvio G., “La cuantificación del daño extrapatrimonial”, RDD 2009-3: “Daños a la persona”, Rubinzal Online RC D 2102/2012.

(63) CNCiv., Sala A, 04/10/2018, “V. M. A. c. Volkswagen Argentina SA s/ cobro de sumas de dinero”, MJJ114951, voto del Dr. Picasso.

varíen desproporcionadamente de acuerdo con la pertenencia social de la víctima, toda vez que para la persona de fortuna la gratificación generalmente podría llegar a ser cuantitativamente más alta que para otra más humilde. Por ello se debe evitar “enriquecer al rico y empobrecer al pobre”.

En la doctrina y la jurisprudencia se propician tres posturas: el criterio subjetivo o concreto, el objetivo o abstracto y el mixto. En realidad, y en definitiva, se advierte cierta aproximación en el criterio mayoritario, con diferencia de matices.

El criterio subjetivo postula que la apreciación del daño debe efectuarse en concreto, no en abstracto, atendiendo a la mayor sensibilidad de la víctima, a sus datos reales e individuales (64). Pizarro sostiene que el juez “debe ponderar en términos de razonabilidad atendiendo al caso concreto, sobre la base del estándar de la causalidad adecuada y luego ‘ajustar’ el razonamiento y la conclusión indemnizatoria (en más en menos) en función de las particularidades del caso” (65). Se tata —dice— de ponderar “cómo era la víctima concreta —y no una abstracta— antes del hecho dañoso y cómo ha quedado la misma persona después del hecho generador”.

El criterio objetivo es defendido por Picasso, quien afirma que “el juez debe razonar sobre la base objetiva de las sumas fijadas para procurar placeres compensatorios de una persona media y no necesariamente a ese damnificado en concreto (criterio objetivo)” (66). “Debe ponerse el parámetro abstracto (la persona media) en la situación en que se encuentre la víctima; este criterio objetivo pasa por considerar las satisfacciones de una persona media”, aunque luego añade: “puesto naturalmente en la misma situación del damnificado”, lo que —creemos— podría implicar la subjetivación del daño (67). Pita y Depetris auspician un criterio objetivo, de acuerdo con “lo que suele suceder como consecuencia de esta clases de hechos”, “desde la perspectiva de una condición patrimonial media, con prescindencia de la que ostente particularmente el

---

(64) MOSSET ITURRASPE, Jorge — PIEDECASAS, Miguel A., “Responsabilidad por daños...”, ob. cit., t. V, p. 235.

(65) PIZARRO, Ramón D., “Daño moral. Reparación...”, ob. cit., t. I, p. 32; PIZARRO, Ramón D., “Cuantificación judicial de la indemnización...”, ob. cit.; PIZARRO, Ramón D., “Tres cuestiones vinculadas...”, ob. cit.

(66) PICASSO, Sebastián — SÁENZ, Luis, “Tratado de derecho de daños”, Ed. La Ley, Buenos Aires, 2019, t. I, p. 481; PICASSO, Sebastián, “El método de las satisfacciones compensatorias para cuantificar el daño moral”, RDD 2021-1: “Cuantificación del daño - I”, p. 391.

(67) PICASSO, Sebastián, “El método de las satisfacciones compensatorias...”, ob. cit., ps. 414 y 417.



damnificado” (68). El modelo de la persona media, que resuelve el problema del costo diferenciado de las indemnizaciones substitutivas según la fortuna o pertenencia social del dañado, es propiciada por González Zavala, cuando sostiene, con citas doctrinarias y jurisprudenciales, que “la cuantificación objetiva no está estrictamente vinculada con aspiraciones íntimas de las víctimas, que la utilidad decreciente del dinero (mientras más tengo, menos impacta el dinero que me ingresa) no es relevante a los fines del art. 1741, que las circunstancias ajenas al daño en sí, como cuán rica es la víctima, en general resultarán irrelevantes”. En consecuencia —concluye—, “se deben elaborar pautas objetivas valorando la condición patrimonial media del damnificado, una condición económica media y la gravedad objetiva del daño, para evitar soluciones discriminatorias: ‘subindemnizar’ los daños morales de víctimas que estaban en mala situación económica” (69).

La posición que toma como punto de referencia directa y exclusivamente a la persona media, sin reparar en la singularidad de la víctima y en la entidad y gravedad del hecho lesivo y su repercusión, prescindiría de la ponderación de las circunstancias concretas y particularizadas del dañado, apartándose del principio de la individualización del daño (70). Esa tesis se conecta con los criterios de determinación legal o judicial basados en escalas matemáticas estandarizadas, que servirán como base del cálculo considerando un estándar medio. Marcellino da cuenta de esa compatibilidad entre el *quantum* indemnizatorio de un damnificado abstracto y los modelos teóricos de tablas indemnizatorias o baremos (71).

En el marco del tercer criterio, el mixto, se propone un método objetivo-subjetivo; por un lado —dice Marcelino, con adhesión de Pizarro—, determinar en abstracto los elementos o circunstancias relevantes; y, por otro lado, en forma posterior, efectuar el juicio axiológico en concreto, teniendo en consideración la influencia que aquellas han tenido en la magnitud del menoscabo sufrido personalmente por la víctima con-

---

(68) PITA, Enrique M. — DEPETRIS, Carlos E., “La cuantificación de los daños por incapacidad y extrapatrimoniales en el Código Civil y Comercial de la Nación (a propósito de los cinco años de su vigencia)”, RCCyC 2021 (febrero), p. 149; LL AR/DOC/4058/2020.

(69) GONZÁLEZ ZAVALA, Rodolfo M., “Satisfacciones substitutivas y compensatorias”, ob. cit.

(70) PIZARRO Ramón D., “Daño moral. Reparación...”, ob. cit., p. 32.

(71) MARCELLINO, Leonardo, “Valoración y cuantificación de la indemnización...”, ob. cit.

forme a las características particulares del caso (72). Coincidentemente con estas ideas, Ossola dice que, en primer lugar, se deben computar parámetros objetivos (la situación dañosa, las circunstancias contextuales en que se produjo, las consecuencias disvaliosas, todo según las reglas de la sana crítica) y, en segundo lugar, el análisis concreto de la víctima, las repercusiones individuales que le ocasionó (73).

Nosotros somos partidarios de un criterio mixto objetivo-subjetivo que compute residualmente como parámetro orientativo el modelo de la persona media. En efecto, primero deben considerarse las denominadas circunstancias abstractas o generales (la naturaleza e índole del hecho dañoso y sus consecuencias, estimadas de modo impersonal) y luego las subjetivas, es decir, las propias de la víctima, las que atienden a sus singularidades. Sobre esta base, la referencia como parámetro de cierre al estándar de la persona media resultará útil y de valía en caso de configurarse situaciones difíciles: por ejemplo, una persona con una mala situación económica que aspira a una gratificación desmesurada (v.gr., irse de viaje a Europa veinte días, o a vivir al campo, criando ganado), o una persona de fortuna que reclama como indemnización sustitutiva bienes cuantiosos.

El estándar de la persona media es un parámetro residual y orientativo para adecuar el costo del bienestar a la situación anterior de la víctima, conforme a sus placeres o contentaciones habituales, pero sin desmesuras, e incluso podrá en algunas ocasiones utilizarse como “base” y “techo”. Un autor, calificado defensor de los derechos de las víctimas, hace tiempo propuso una fórmula matemática para arribar a un modelo abstracto que tenía tres variables: “a) la ubicación temporal del damnificado, en cuanto a su edad cronológica o, mejor aún, determinados períodos de su vida; b) la ubicación en el espectro económico, social y cultural, es decir, la clase social de pertenencia e identidad, y c) la medición de la intensidad del daño moral por medio de los síntomas, lo que sin duda efectuará el perito psicólogo” (74). Pensamos que la referencia a la persona media podrá resultar más equitativa que la pertenencia de origen, aunque el autor citado también apreciaba las posibilidades de ascenso o de movilidad social ascendente o descendente. La cuantía de la condena debe guardar correspondencia, fundamentalmente, con el *statu quo* anterior de la víctima, con el contexto general en el que se

---

(72) Ídem. PIZARRO, Ramón D., “Daño moral. Reparación...”, ob. cit., p. 36, nota 75.

(73) OSSOLA, Federico A., “El daño resarcible y la cuantificación judicial...”, ob. cit.

(74) GHERSI, Carlos A., “Valuación económica del daño moral y psicológico”, Ed. Astrea, Buenos Aires, 2000, ps. 154 a 156.

emplaza su situación personal y material, con el ajuste mencionado del parámetro medio.

En conclusión: la determinación cualitativa y cuantitativa del precio del bienestar debe ser apreciada sobre una base de un parámetro objetivo, aunque subjetivado en el caso concreto, complementado con otros criterios y con la pauta de la persona media como marco referencial residual. De ahí se desprende la importancia de considerar la gravedad objetiva del menoscabo (no es lo mismo una injuria proferida individualmente que la efectuada por medios masivos y con amplia difusión), las circunstancias particulares de la víctima, la naturaleza del perjuicio (75), los criterios y montos otorgados para casos análogos, cotejándolos con los propios de esa y de otras jurisdicciones, la efectividad de la identificación del medio de contentamiento, los fundamentos y argumentos del juez que expliquen y justifiquen la razonabilidad de su decisión y el resultado final. En tal sentido, no podrá soslayarse la importancia del razonamiento y de la resolución jurisdiccional, toda vez que un mismo bien o experiencia social, objeto de gratificación y restaurador del bienestar (v.gr., un auto o un viaje), admite múltiples variantes que requieren de la apreciación razonada y razonable (art. 3º, Cód. Civ. y Com.); no es lo mismo un auto usado, uno 0 km o uno de alta gama, ni un viaje al sur del país por pocos o muchos días.

#### IV.7. Otros aspectos relevantes

##### *IV.7.a. El precio del bienestar no es el único método de ponderación*

Algunos autores señalan que las directivas del art. 1741, Cód. Civ. y Com., son las únicas pautas para cuantificar el daño no patrimonial (76). Nosotros pensamos que la utilización del método “del precio del bienestar emocional” es obligatorio para el juez, pero que su resultado económico no es matemática y mecánicamente vinculante, y que —por supuesto— debe ser cualitativa y cuantitativamente adecuado a la realidad acreditada del daño moral, por lo que siempre operará la apre-

---

(75) CS, 24/09/1996, JA 1997-III-142. Ver PIZARRO, Ramón D., “La cuantificación de la indemnización del daño moral en el Código Civil”, ob. cit., ps. 337-348.

(76) PARELLADA, Carlos A., “Daños al proyecto de vida”, ob. cit., p. 259; PITA, Enrique M. — DEPETRIS, Carlos E., “La cuantificación de los daños por incapacidad y extrapatrimoniales...”, ob. cit.; PICASSO, Sebastián, “El método de las satisfacciones compensatorias...”, ob. cit., p. 391; MÁRQUEZ, José F., “Reparación del daño moral...”, ob. cit.

ciación judicial razonada. Resulta insoslayable acudir al arbitrio —que no es arbitrariedad— judicial. Por ende, si bien la entidad del hecho, las circunstancias de la víctima, etc., siempre se valoran a la hora de la determinación y cuantificación del precio del bienestar, el método del placer sustitutivo podrá ser integrado y complementado con algunos de los restantes y usuales parámetros.

De ahí que el “debe” del art. 1741, Cód. Civ. y Com., dirigido al juez para fijar el precio del bienestar, debe ser interpretado en sentido amplio, de modo análogo al “debe” del art. 1746, Cód. Civ. y Com., para la indemnización del daño patrimonial por incapacidad. En suma: la indemnización compensatoria puede, en caso de resultar necesario, integrarse con otros elementos de ponderación, lo que siempre ocurrirá con la argumentación judicial razonada.

#### **IV.7.b. La parte debe alegar cuál es el bien satisfactivo**

Para que la reparación sea idónea —adecuada— se deben identificar los bienes de consuelo y su significación económica para obtener un beneficio, si no similar, que al menos proporcione tranquilidad (77). Ello como derivación general del principio de la carga de alegación y prueba (arts. 1734 y 1744, Cód. Civ. y Com.), considerando las singularidades del daño moral (y su frecuente carácter de daño *in re ipsa*). “La parte debe alegar y probar los costos de los hechos que estima satisfactivos en las particulares circunstancias del damnificado” (78), lo que no excluye que la cuantificación la concrete el juez atendiendo a los hechos notorios o de fácil y sencilla mensuración (por ejemplo, consultando informes oficiales en internet). En principio, el juez no podrá apartarse de la gratificación alegada y probada como idónea para la compensación del detrimento, pero deberá adecuarla al resultado de la prueba producida y a su ajuste cuando la pretensión, la prueba producida o su ausencia revelan que ella no se corresponde con la realidad existencial de la víctima. Es importante la función del juez como nivelador de la razonabilidad de la pretensión en dinero, que se traduce en el costo del placer sustitutivo, operando ampliamente las reglas de la sana crítica. En ausencia de alegación de parte, el juez está habilitado para inferir, particularmente de la entidad y naturaleza del detrimento (por ejemplo, si se trata de una vulneración de derechos personalísimos), cuál es el bien, servicio, experiencia o actividad que utilizó para medir el precio del bienestar emocional.

---

(77) SANTARELLI, Fulvio G., “La cuantificación del daño extrapatrimonial”, ob. cit.

(78) PARELLADA, Carlos A., “Daños al proyecto de vida”, ob. cit., p. 259.

#### ***IV.7.c. El deber legal de fundar la sentencia***

Se trata no solo de un mandato expreso derivado del art. 3º, Cód. Civ. y Com., sino también de afianzar la previsibilidad de los fallos judiciales, la justificación de su razonabilidad, la simplificación para que las partes y las instancias superiores puedan evaluar esa razonabilidad. Son elocuentes las reflexiones del juez De Lázzari: “la tan anhelada racionalidad es, en este punto, siempre cuestionable; la mucho más apropiada razonabilidad es solo aproximativa y conjetural. Solo la propia experiencia vital, el mantener la congruencia con anteriores pronunciamientos, el conocimiento concreto de la situación general de nuestra sociedad, las particulares circunstancias acreditadas en la causa y una buena dosis de sentido común, pueden resultar una guía en este momento” (79). En otras palabras: “la prudencia de los magistrados, no los autoriza a prescindir de uno de los requisitos de validez de los actos judiciales, cual es la fundamentación” (80), y “no deben desatenderse las reglas de la propia experiencia y del conocimiento de la realidad...” (81).

#### ***IV.7.d. La cuantificación constituye una deuda de valor***

La cuantía debe fijarse en el momento más próximo a la sentencia y reviste la naturaleza de una deuda de valor, en los términos de los arts. 772 y ccds., Cód. Civ. y Com.

#### ***IV.8. Bienestar, felicidad y neurociencias. Nuestra opinión***

La aplicación de las neurociencias, la economía del comportamiento, la ciencia cognitiva, la psicología, la sociología, etc. (esto es, el denominado neuroderecho), al daño extrapatrimonial, al igual que la inteligencia artificial en otras áreas, no obedece a una “moda”, sino a una necesidad de ampliar interdisciplinariamente el enfoque de los fenómenos jurídicos. Tan es así que se utilizan en la implementación de políticas públicas, como lo señaló el Banco Mundial en el año 2015, en el “Informe sobre el Desarrollo Mundial: Mente, sociedad y conducta”. Dice allí que “si se presta atención al modo en que los seres humanos piensan (los procesos de la mente) y al modo en que la historia y el contexto configuran el pensamiento (la influencia de la sociedad), se puede mejorar el diseño y la implementación de las intervenciones y las políticas de desarrollo que

---

(79) SCBA, 08/04/2015, “Faúndez, Daiana c. Morinigo, Adrián s/ daños y perjuicios”, opinión personal del Dr. De Lázzari.

(80) CS, 04/10/1994, JA 1995-II-19.

(81) CS, 10/11/1992, JA 1994-I-159.

se centran en la elección y la acción (conducta). Para expresarlo de otra manera, ha llegado el momento de rediseñar las políticas de desarrollo a partir de una consideración minuciosa de los factores humanos” (82).

Las neurociencias no solo confieren el sustrato científico al concepto normativo y jurídico del daño moral como precio del consuelo o del bienestar emocional, ya analizado, sino que también resultan relevantes para el abordaje del bienestar. Explica Morea que “los estudios de las neurociencias sobre la economía de la felicidad dan cuenta de que la felicidad tiene su correlato neuronal con la activación de sistemas de recompensas y que las experiencias positivas no son neutras a nivel neuronal, sino que influyen significativamente sobre tales sistemas. Recientes estudios de neuroimágenes funcionales han permitido observar que la corteza orbitofrontal, una región de nuestro cerebro desarrollada tardíamente en términos de evolución de la especie humana, se relaciona con reportes positivos de placer” (83). En experimentos de laboratorio, se comprobó que en la condición de felicidad se activa la región de las cortezas prefrontales del cerebro, las que se desactivan en condición de tristeza (84).

A ello se añade la comprobación empírica de que las experiencias sociales producen más bienestar que la compra de bienes de consumo. En consecuencia, podremos encontrar nuevas respuestas, aportes y también algunos interrogantes acerca del tradicional empleo del dinero como medio para obtener gratificaciones asociado a los bienes materiales. Ahora se puede plantear el destino del dinero en otras experiencias, situaciones, vivencias sociales y comunitarias que complementen o reemplacen a los criterios clásicos.

Muchos desarrollos científicos se ocupan del bienestar en su correlación con la felicidad. “La felicidad es un sentimiento caracterizado por un estado anímico de bienestar sostenido en el tiempo, como consecuencia de la percepción subjetiva de la calidad de vida alcanzada. El pensamiento y el razonamiento juegan un papel importante en la cons-

---

(82) BANCO MUNDIAL, “Informe sobre el Desarrollo Mundial 2015: Mente, sociedad y conducta”, cuadernillo del *Panorama general*, Ed. Banco Mundial, Washington DC, 2015.

(83) MOREA, Adrián, “La deconstrucción del daño moral...”, ob. cit., nota al fallo CCiv. y Com. Azul, Sala II, 04/02/2021, “Peroggi, Ciro Gabriel y otros c. Boulanger, Eduardo Aníbal y otro/a s/ daños y perjuicios. Automotor c/ les. o muerte”, RCCyC 2021 (junio), p. 145, LL AR/JUR/108/2021, con reenvío a MANES, Facundo — NIRO, Mateo, “Usar el cerebro”, Ed. Planeta, Buenos Aires, 2016, ps. 198 y ss.

(84) DAMASIO, Antonio, “En busca de Spinoza...”, ob. cit., p. 117.

trucción de la felicidad. Cuando el bienestar se manifiesta en una expresión de alegría, estaríamos hablando de una emoción, de una vivencia mental y física positiva transitoria, limitada en el tiempo, como toda emoción (...). La felicidad, en cambio, es un sentimiento, un emergente vivencial consciente, la consecuencia de emociones y el procesamiento personal que hacemos de ellas a modo de balance en nuestra historia vital” (85). Algunos autores incluso pretenden elaborar un algoritmo para medir la felicidad (86). Las denominadas emociones sociales positivas, señala Damasio, desencadenadas a partir de una base fisiológica y de un estímulo exterior competente (EEC), como la simpatía o la compasión ante a otro individuo que sufre o necesita ayuda, producen alivio y restablecimiento del equilibrio en el otro o en el grupo; la admiración o el reconocimiento en otros o en uno mismo actúa sobre la recompensa y activa la cooperación o refuerza la tendencia a la cooperación, generando gratitud y orgullo (87).

Se suele vincular la felicidad y el bienestar con el dinero. Sin embargo, media coincidencia y comprobación científica de que, satisfechas las necesidades básicas y “superado el umbral del acceso a los bienes esenciales, la correlación entre dinero y felicidad decrece muy rápido hasta volverse casi nula” (88). Numerosos estudios explican científicamente esta ecuación, trasladada también a la medición de la felicidad de las naciones, la que, de acuerdo con las variables computadas, no siempre depende del ingreso *per capita* de la población y de la prestación gratuita y eficiente de servicios públicos (salud, educación), sino también del desarrollo de los lazos sociales y los vínculos de amistad entre los ciudadanos, del sentimiento de equidad en la distribución de la riqueza, en las condiciones de la naturaleza (por ejemplo, países con bajo o escaso contacto con la luz solar, de clima agreste, etc.). El bienestar opera a nivel individual, social y de los habitantes en los países desarrollados o no desarrollados (89). Otros estudios relacionados con el efecto compen-

---

(85) LÓPEZ ROSETTI, Daniel, “Emoción y sentimientos”, ob. cit., ps. 206, 207 y 213.

(86) DESSAL, Gustavo, “El delirio de medir”, *Revista Tecnología y Sociedad*, Ed. Centro de Estudios sobre Ingeniería y Sociedad de la Facultad de Ingeniería y Ciencias Agrarias de la UCA, nro. 7, 2018, p. 65.

(87) DAMASIO, Antonio, “En busca de Spinoza...”, ob. cit., p. 117.

(88) BILINKIS, Santiago, “Guía para sobrevivir al presente”, 1ª ed., Ed. Sudamericana, Buenos Aires, 2019, p. 256; KREIMER, Roxana, “La vuelta al mundo con filosofía”, 1ª ed., Ed. B, Buenos Aires, 2016, ps. 29 y 30; ESTUPINYA, Pere, “El ladrón de cerebros”, 1ª ed., Ed. Debate, Buenos Aires, 2017, ps. 312 y 313.

(89) Ver los estudios que menciona BILINKIS, Santiago, “Guía para sobrevivir al presente”, ob. cit., p. 260.

satorio del dinero dan cuenta del ingreso vinculado “con la percepción del bienestar que no es el absoluto sino el relativo” (90): el que surge de comparar la situación económica propia con la de otros, variando según quién se compute como punto de referencia; “el grado de satisfacción no es cuánto gana sino cómo se compara con los que lo rodean” (91).

Desde la filosofía, Spinoza pensaba que “la música, el teatro e incluso los deportes conducían a la felicidad del individuo” (92). Bilinkis destaca que las investigaciones científicas dan cuenta de que la felicidad está asociada, más que a las pertenencias y posesiones, a experiencias y vivencias, como viajes, visitas a museos, idas al cine, teatro o conciertos, cenas especiales, etc., que generan mayor satisfacción que la adquisición de bienes durables (93). Las experiencias sociales positivas y gratificantes producen a largo plazo mayor bienestar duradero que los bienes de consumo, sobre los que opera el proceso “de habituación o acostumbriamiento hedónico”. “El dinero puede incrementar la sensación de bienestar cuando en lugar de comprar objetos lo invertimos en experiencias (una clase, una película, un viaje) o en los demás (un acto filantrópico o invitar a un amigo a comer), ya que en estos casos padecemos menos los efectos del principio de adaptación hedónica, uno de los grandes enemigos del bienestar humano” (94).

Incluso en el territorio de las experiencias se distingue también su duración: “la experiencia pasajera (ir de buceo) produce a largo plazo más felicidad que la constante (comprarse un sofá)” (95), más aún si con frecuencia se activa la evocación o el recuerdo placentero de esa experiencia. Kahneman profundizó sus investigaciones sobre la incidencia del recuerdo (“el yo del recuerdo”) en la percepción de las experiencias gratificantes (“el yo que experimenta”) (96).

La adaptación hedónica “es el proceso de habituación (los lugares que vivimos, nuestras casas, etc.), de estabilización emocional en el que desaparecen las iniciales percepciones positivas y negativas”. En materia

---

(90) KREIMER, Roxana, “La vuelta al mundo con filosofía”, ob. cit., p. 29.

(91) BILINKIS, Santiago, “Guía para sobrevivir al presente”, ob. cit., p. 260.

(92) DAMASIO, Antonio, “En busca de Spinoza...”, ob. cit., p. 282.

(93) BILINKIS, Santiago, “Guía para sobrevivir al presente”, ob. cit., p. 290.

(94) KREIMER, Roxana, “La vuelta al mundo con filosofía”, ob. cit., p. 2.

(95) ARIELY, Dan, “Las ventajas del deseo. Cómo sacar partido de la irracionalidad en nuestras relaciones personales y laborales”, Ed. Ariel, Barcelona, 2010, p. 170.

(96) KAHNEMAN, Daniel, “Pensar rápido, pensar despacio”, 3ª ed., Ed. Debate, Buenos Aires, 2013, p. 28.



de bienes, se suele ejemplificar con el placer de comprar un auto nuevo, “cuyo efecto positivo se desvanece pasado un plazo corto en que se busca otra cosa nueva”. De ahí que se sostiene que las experiencias son más duraderas que los bienes, propiciándose, por ejemplo, ralentizar el placer efectuando “compras intermitentes” (se revitaliza constantemente la satisfacción por las sucesivas compras) (97).

Un aspecto no demasiado abordado radica en la incidencia de la autonomía individual: “tener capacidad de decisión”, lo que es definido por los investigadores como “la sensación de que la vida, actividades y hábitos son elegidos e impulsados por uno mismo”, aunque obviamente concurren otras variables; “los estudios señalan que el individualismo extremo disminuye la felicidad, pero que la sensación de tener bajo control el máximo de factores que condicionan tu vida y puedes tomar tus decisiones es lo que genera mayor bienestar” (98). Retomando la opinión de Bilinkis, y a modo de cierre, destaca la importancia de las experiencias sociales (más que las pertenencias o bienes de consumo) y menciona: la generosidad hacia los otros, acompañada de la amabilidad y los gestos de gentileza; el agradecimiento que expresado explícitamente tiene un efecto mayor que el silencioso; la disponibilidad de tiempo; la motivación intrínseca en el trabajo (la que proviene de la tarea en sí misma) más que la meramente extrínseca (la recompensa monetaria, los ascensos, etc.); el desarrollo de sólidos vínculos de amistad, familiares y comunitarios; el propósito vital (99); las etapas de la vida y las relaciones de pareja que también inciden en la percepción y el afrontamiento de la realidad existencial (100).

Sobre la base de lo expuesto, cabe referir que en la jurisprudencia, si bien predomina el método del precio del bienestar para adquirir bienes de consumo, automóviles y casas o viviendas, también se recurre con frecuencia a los viajes, categoría que encuadra en las experiencias gratificantes. Cabe acotar que en la mayoría de esos pronunciamientos dichas gratificaciones se concedieron de oficio por la inexistencia de alegación de la parte. Resulta insoslayable mencionar el docente *leading case* que resolvió un caso de singulares matices: un padre fue privado de su libertad durante 22 días y enfrentó otros graves padecimientos por la falsa denuncia penal de su exesposa, que le atribuyó abuso sexual del hijo menor de ambos. Para cuantificar el daño moral se ponderaron fac-

---

(97) ARIELY, Dan, “Las ventajas del deseo...”, ob. cit., p. 162.

(98) ESTUPINYA, Pere, “El ladrón de cerebros”, ob. cit., p. 312.

(99) BILINKIS, Santiago, “Guía para sobrevivir al presente”, ob. cit., p. 290.

(100) Ver KAHNEMAN, Daniel, “Pensar rápido, pensar despacio”, ob. cit., p. 28.

tores externos que permitan “trocar el sufrimiento por alegría o placer y producir nuevamente la armonización perdida”, considerando que con esa suma el padre podrá: “a) por la privación de su libertad personal por el lapso de veintidós días, gozar de unas vacaciones recorriendo el país durante idéntico lapso de tiempo, porque esas vacaciones son la máxima expresión de la libertad, el opuesto contradictorio al encierro, tesis que recepta el precio del consuelo compulsivo que padeció; b) por la privación del contacto con su hijo menor durante años obtener una mejora estructural y/o de comodidades en su casa, generando un más confortable ámbito donde pueda disfrutar placenteramente con su hijo muchos hermosos momentos a lo largo de su vida; c) por su severa afectación al honor adquirir algún objeto material que le reporte placer, que según los gustos podría ser un cambio de automóvil, una lancha, un equipo de audio, o audio-video de categoría, etcétera” (101).

Pasando a los criterios judiciales más usuales, se suele recurrir a: 1) la adquisición de bienes (televisores, aparatos informáticos, equipos de audio, etc.) (102); 2) automóviles: “de media a alta gama 0 km” (103); un automóvil 0 km para cada progenitor por la muerte del hijo (104); “un automotor o un lote, según precios publicados en los diarios de mayor circulación en la provincia” (105); 3) a la compra de casas o viviendas: “la adquisición de una vivienda con las comodidades necesarias, ven-

---

(101) CCiv. y Com. Bahía Blanca, Sala II, 19/09/2006, “B. G. M. c. A., M. E. s/ daños y perjuicios”, voto del Dr. Peralta Mariscal, quien ha sido de los primeros jueces en aplicar este criterio.

(102) C8ªCiv. y Com. Córdoba, 20/12/2018, “Rodríguez, Raquel y otros c. Superior Gobierno de la Provincia de Córdoba - ordinario - cobro de pesos”, elDial.com AA-B67F; en el mismo sentido C8ªCiv. y Com. Córdoba, 03/11/2016, “Charriol de Forconi, Claudia Beatriz c. Municipalidad de Córdoba y otros - ordinario - otros - 1.653.481/36”, elDial.com AA9D9F; CCiv. y Com. Azul, Sala II, 23/04/2020, “Cuesta, Luciana Paola y otro/a c. Zya SA s/ cumplimiento de contratos civiles/comerciales”; CCiv. y Com. Azul, “Cardoso, María Liliana c. Transportes Automotores Plusmar SA s/ daños y perj. Autom. c. les. o muerte (exc. Estado)”.

(103) CNCiv., Sala A, 18/10/2017, “L., G. M. del C. c. F., Á. A. y otros s/ daños y perjuicios”, Rubinzal Online RC J 2758/21, del voto en disidencia parcial del Dr. Picasso.

(104) CCiv., Com., Minas, Paz y Trib. Mendoza, 12/12/2016, “Montivero, Miguel, Ángel c. Provincia de Mendoza, s/ daños y perjuicios”.

(105) CCiv., Com., Minas, Paz y Trib. Mendoza, Sala II, 07/12/2017, “R. P. R. c. Provincia de Mendoza s/ daños y perjuicios”, MJ-JU-M-108568-AR. La sentencia señala que se utilizó el mismo criterio en “Rivas, Juan Eduardo y otros c. López Pasten, Luis Alberto y otros p/ d. y p.”, del 08/06/2015; “La Hoz, Ana Alejandra c. Serrano, Ana María p/ d. y p.”, del 13/08/2015; “Obredor Gallardo, Ángel Andrés y ots. c. Obras Sanitarias Mendoza”, del 28/09/2015.

diendo la que ya poseían” (en el caso de la muerte de un hijo) (106); “la adquisición de una vivienda con las comodidades necesarias, vendiendo la que ya poseían (en el caso de la muerte de un hijo) (107) ; una casa “sencilla pero propia” (108); 4) viajes o vacaciones: los registros jurisprudenciales en este sentido son abundantes; se otorgaron: el valor actual aproximado de un viaje a un balneario del Uruguay por 10 días con todo pago (109); el costo del traslado y el alojamiento para un viaje a un balneario de la Costa Atlántica (como Pinamar o Mar del Plata) durante un fin de semana largo (110); el valor actual aproximado del traslado y alojamiento para un viaje a un balneario de la Costa Atlántica durante un fin de semana largo (111); el valor de un viaje a un balneario del Uruguay (como La Paloma o La Pedrera) por una semana con todo pago (112); “un fin de semana ‘largo’ de vacaciones con servicios de muy buen nivel en algún punto turístico tradicional del país, como la Costa Atlántica o las sierras de Córdoba, acompañada de su pareja o con alguna amiga” (113); el importe para contratar una cabaña en localidades cercanas a fin de compartir con sus hijos, o bien adquirir elementos de tecnología, herramientas, o renovar electrodomésticos que le reporten bienestar (114). En otros precedentes se confirió “la suma representativa del monto máximo de la línea de créditos personales para jubilados que otorga el Nuevo

---

(106) C3ªCiv., Com., Minas, Paz y Trib. Mendoza, 05/12/2016, “Camargo, Gerardo Mauricio c. Panasite, Antonio Javier p/ d. y p.”

(107) Ídem.

(108) CCiv. y Com. Bahía Blanca, Sala II, “B. L. A c. Municipalidad de la ciudad de Bahía Blanca s/ indemnización de daños y perjuicios”.

(109) CNCiv., Sala A, 17/10/2017, “Hunko, Mariela N. y otro c. Vergara, Ricardo y otros s/ daños y perjuicios”, Rubinzal Online RC J 2756/21.

(110) CNCiv., Sala A, 30/04/2020, “Jefimowicz, Bárbara Graciela y otro c. Tavarone, Guido Miguel y otro s/ daños y perjuicios”, Rubinzal Online RC J 2757/21, del voto del Dr. Picasso.

(111) CNCiv., Sala A, 04/12/2017, “C. M. J. c. Federación Médica Gremial de la Cap. Fed. (FEMEDICA) s/ daños y perjuicios”, RCCyC 2018 (marzo), p. 158; LL AR/JUR/89985/2017, del voto en disidencia parcial del Dr. Picasso.

(112) CNCiv., Sala A, 30/04/2020, “Blanco, Marcelo Jesús c. Perticone, Sebastián Alejandro y otros s/ daños y perjuicios”, Rubinzal Online RC J 2749/21, del voto en disidencia parcial del Dr. Picasso.

(113) C1ªCiv. y Com. Bahía Blanca, 28/08/2014, “Castelli, María Cecilia c. Banco de Galicia y Buenos Aires SA s/ nulidad de acto jurídico”.

(114) CCiv. y Com. 1ª Nom. Córdoba, 03/12/2018, “Schippert, Daniel Alberto c. Cocco, Beatriz Marta - ordinario - daños y perj. Otras formas de respons. extracontractual”.

Banco de Santa Fe SA a través de canales digitales” (115); el monto necesario para que la víctima, que era actor, tomara clases de teatro (reduciendo a \$ 20.000 la suma fijada en \$ 90.000) (116); ponderar, en ausencia de alegación, que la prueba revela que el damnificado desde muy joven quería ser conductor de camiones (117).

Las reflexiones expuestas revelan, también, la existencia de algunos interrogantes. Si bien el bienestar consiste en una vivencia subjetiva, y cabe atender prioritariamente a la identificación de la gratificación individualizada por la víctima, ello no excluye que jueguen un rol importante los aportes de las neurociencias sobre el bienestar emocional. Se debe partir de la base de que la gratificación permite asignar un destino preferente al monto de condena, por lo que el núcleo de la indemnización radica en la determinación cualitativa y cuantitativa del detrimento en relación con la afectación del dinero. De ahí que cuando las pretensiones no se hayan probado (v.gr., se adujo que el actor era músico y reclamó un instrumento musical), la prueba rendida desmienta la petición (se acreditó que el actor no era músico), la cuantía que representa el bien sea excesiva en comparación con el detrimento (se reclamó un viaje a Europa y se concede uno al interior del país), entre otras situaciones, el juez podrá, razonada y fundadamente, otorgar la indemnización sustitutiva, conforme lo hemos visto, receptando el aporte de las neurociencias y las conclusiones acerca de cómo opera el dinero en el bienestar de las personas.

Creemos que el daño moral y el bienestar constituyen otro aporte valioso de las neurociencias en el campo de la cuantificación del precio del bienestar emocional —que deberá ser profundizado y ampliado—.

#### **IV.9. Síntesis conclusiva: la indemnización del daño al bienestar emocional**

Como corolario de lo expuesto, señalamos las tres conclusiones más importantes:

- El daño moral produce la alteración del equilibrio de la secuencia (física —cerebral—, mental y espiritual) del pensamiento, emociones y sentimientos, determinando estados vivenciales displacenteros, y que se

---

(115) CCiv. y Com. Santa Fe, Sala I, 29/09/2020, “T., A. M. c. Nessier, Hugo Orlando y otro s/ ordinario”, Rubinzal Online RC J 7564/20.

(116) CCiv., Com., Minas, Paz y Trib. Mendoza, Sala I, 20/03/2021, “Serpa, Alejandro c. La Barraca Mall SA”.

(117) CCiv., Com., Laboral y Minería Río Gallegos, 16/02/2017, “Nahuelguer, Edgardo Rubén c. Administración General de Vialidad Provincial s/ laboral”.

---

traduce en la alteración de la propia subjetividad y del sistema de creencias, esto es, la propia percepción de sí mismo, de los demás y del mundo.

- El criterio mixto de valoración de la existencia del daño moral primero evalúa las denominadas circunstancias objetivas (la naturaleza e índole del hecho dañoso y sus consecuencias, estimadas de modo impersonal) y luego las subjetivas, es decir, las propias de la víctima, que atiende a sus singularidades, acudiéndose de manera residual o remanente al estándar del hombre medio como padeciente del daño moral.

- El daño moral puede concebirse como el precio del consuelo emocional, es decir que procura el consuelo, la compensación o satisfacción de la víctima, y su cuantificación se concreta atendiendo al rol instrumental del dinero para afectarlo a la adquisición de bienes (v.gr., un televisor muy moderno, un automóvil, una lancha, celular de última generación, libro digital, etc.), teniendo marcada relevancia las comprobaciones científicas acerca del bienestar, especialmente el efecto de la realización de actividades, quehaceres o tareas que proporcionen gozo, satisfacciones, distracciones (salir de vacaciones, practicar un deporte, concurrir a espectáculos o eventos artísticos, culturales o deportivos, etc.).



# LA RECEPCIÓN DEL DAÑO MORAL EN EL CÓDIGO CIVIL Y COMERCIAL

POR JUAN CARLOS HARIRI

## I. INTRODUCCIÓN. EL DR. FÉLIX TRIGO REPRESAS

Realizamos esta nota para materializar un sentido respeto al Dr. Félix A. Trigo Represas, el cual fue designado Académico el 18 de junio de 1987 y director del Instituto de Derecho Civil desde 1998 a 2004, y subdirector el Académico Dr. Santos Cifuentes, quien lo sucedió en el cargo. También se desempeñó como secretario académico de la corporación en el período comprendido entre 2001 y 2004, y luego fue vicepresidente desde marzo de 2012 a marzo de 2013.

Se desempeñó como decano de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales de la Universidad Nacional de La Plata, donde se lo distinguió como profesor titular de Derecho Civil II —Obligaciones—; también fue profesor titular de Derecho Privado I de la Facultad de Ciencias Económicas y profesor emérito de la Facultad de Derecho de la Universidad Católica de La Plata.

También por su destacado ejercicio profesional se lo nombró vicepresidente del Colegio de Abogados de La Plata y presidente del Tribunal de Disciplina.

Su trayectoria como tratadista fue sobresaliente; así lo demuestran, entre otras obras, el “Tratado de la responsabilidad civil”; “Responsabilidad civil de los profesionales”; “Responsabilidad civil por accidentes de automotores”; “Reparación de daños por mala praxis médica”, y muchas otras más.

La obra del Dr. Trigo Represas tiene una gran singularidad, consistente en que antes de proceder a su lectura se tiene convencimiento sobre su significado, pues representa la culminación de un proceso de

investigación científica, donde queda expuesto el asunto jurídico sobre el que trata el desarrollo de la obra.

Pero debe destacarse la claridad de su exposición, el lenguaje preciso empleado, conciso, dejando a un costado argumentos inútiles e innecesarios y demostrando un estilo propio que debe destacarse.

Fueron muchos los premios y las distinciones que recibió, pero no es del caso recordarlos, pues su nombre en el mundo del derecho lo dice todo.

## II. EL DAÑO MORAL

Corresponde destacar que los bienes que pertenecen a los hombres pueden ser agredidos a través de conductas ilícitas que cometen otras personas, contra su libertad, su honor, su vida, su salud, etc.

Pero un aspecto singular de este tipo de daño es aquel que permite marcar la separación entre el dolor íntimo que padece el sujeto pasivo del agravio y la transgresión de la norma que representa el bien jurídico protegido, lo que lleva a una determinación objetiva.

El comportamiento ilícito, en el caso, se da por una invasión dentro del ámbito de protección, de respeto, y cuando ellos no son honrados determinan, sin ninguna duda, el daño moral, lo cual da origen al derecho a condenar a quien invadió esos valores y, por tanto, a pagar una indemnización.

Como dice von Ihering (1), el que sufre un perjuicio debe ser reparado, no solamente por las pérdidas pecuniarias, sino también por las restricciones llevadas a su bienestar, a sus conveniencias, por los disgustos, las agitaciones del espíritu, etc., que le han sido causadas.

“Sin perjuicio de no hay, ni puede haber, responsabilidad civil, por ausencia de interés que es la base de las acciones” (2).

Debemos decir que en nuestra historia jurisprudencial la reparación del daño moral antes del dictado de la ley 17.711 tuvo carácter excepcional.

---

(1) “Oeuvres choisies”, t. II, ps. 154, 155, y 179

(2) Trigo Represas, Félix, “Los presupuestos de la responsabilidad civil”, en Historia de la Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Buenos Aires, 2014, p. 747.



Empero, la doctrina se escribió rápidamente para sostener su reparación (3).

En el fallo plenario sentenciado el 15/03/1943 por la Cámara Civil se estableció la doctrina según la cual en las obligaciones derivadas de delitos o cuasidelitos civiles no procedía la indemnización del daño moral (4).

No obstante el pronunciamiento del plenario que señalamos, es imprescindible recordar la postura que mantuvo el Dr. Abel M. Fleitas, precisamente en contra de lo allí dispuesto (5).

El Dr. Fleitas fue nombrado juez en la Cámara Civil en 1956 y desde entonces participó, entre otros temas, para abrir el camino de la indemnización por daño moral, el cual debía recepcionarse ante la ruptura contractual.

Así, en el plenario del 14/05/1964 de la Cámara Nacional en lo Civil, este juez sostuvo: "... Que todo acto ilícito civil, aun cuando no constituya delito del derecho criminal, obliga a la reparación del daño moral (...). Ello implica, pues, mi solidaridad con la posición amplia de un calificado sector de nuestra doctrina, a cuyo frente coloco a esos grandes maestros de derecho civil que fueron Alfredo Colmo y Héctor Lafaille, consagrada también hace poco tiempo por la Corte Suprema de la Provincia de Buenos Aires y por otros tribunales de la República...".

Entendemos que los tribunales no pueden encontrarse inactivos frente a las realidades que se nos presentan, de manera tal que corresponde proceder a la reparación de un daño que agravia el espíritu y la tranquilidad de una persona que necesariamente afectará su propia moral.

Fue así que el art. 1078 del derogado Cód. Civil, ampliado por la ley 17.711, incluyó expresamente la responsabilidad para indemnizar el daño moral.

Corresponde poner de relieve que un aspecto singular es aquel que permite destacar la separación entre el dolo íntimo que padece el sujeto pasivo del agravio y la transgresión de la norma que representa el bien jurídico protegido, lo cual lleva a una determinación objetiva del régimen.

Por ello, se ha sostenido que la protección jurídica alcanza a la criatura humana en todos sus aspectos: corporal, moral, civil, y con ello a las

---

(3) Cazeaux, P. M., "El daño moral en la inejecución contractual", Ed. Platense, t. 2, p. 65

(4) CCiv., 15/03/1943, "Iribarren, Fernando c. Sáenz Briones y Cía.", La Ley, Tº 29, pág. 704)

(5) LA LEY 45-890/903 La Ley, Tº 45, pág. 890/903

circunstancias que lo rodean, el honor, la dignidad, el pudor. De ese modo, los agravios morales al alma tienen igual intensidad que los del cuerpo.

Naturalmente, esos hechos objetivos, cuando han sido agravados, otorgan a su titular el derecho a obtener la reparación consiguiente (6).

Téngase en cuenta que el honor de las personas es un bien legalmente protegido y digno de preservar.

Es así que cuando se viola un derecho extrapatrimonial se provoca un daño también extrapatrimonial, y el derecho también debe protegerlo.

Por tanto, podemos definirlo como la privación o la disminución de aquellos bienes que tienen un valor fundamental en la vida del hombre y que son la paz, la libertad, la tranquilidad, la integridad física, el honor y los más sagrados afectos (7).

La tendencia del individuo de hoy es obtener una indemnización por todo perjuicio sufrido. Ha desaparecido la mentalidad del hombre de otrora de considerar a un accidente como un infortunio con el que debía cargar. Hoy se busca un responsable que repare el daño ocasionado (8).

De este modo, la legislación civil y comercial establece sanciones contra la imprudencia, la desatención, la negligencia y la torpeza, siempre que el hecho determinante de la responsabilidad sea un comportamiento ilícito.

La doctrina moderna, después del dictado de la ley 17.711, dispuso que la víctima de un hecho ilícito reciba una indemnización completa, criterio que también se ve reflejado en el Código Civil y Comercial vigente desde agosto de 2015.

Se ha dicho que el daño moral importa la violación de uno o varios de los derechos inherentes a la personalidad y que se caracterizan por la privación o disminución de la libertad individual, la integridad física, el honor y los más sagrados afectos.

Pero un aspecto singular es aquel que permite destacar la separación entre el dolor íntimo que padece el sujeto pasivo del agravio y la trans-

---

(6) Brebbia, R. H., "El daño moral", 1967, p. 59

(7) Acuña Anzorena, A., "Estudio sobre la responsabilidad civil", Ed. Platense, p. 64

(8) Borda, G. A., "Tratado de derecho civil. Obligaciones", t. II, nro. 1305, p. 232). Editorial Perrot 1983

gresión de la norma que representa el bien jurídico protegido, lo cual lleva a una determinación objetiva del régimen.

Cuando a un hombre de bien se le ocasiona una ofensa, mucho mayor es su dolor.

El ordenamiento vigente establece un sistema de protección de la vida íntima de las personas, cuya violación motiva un daño que debe ser reparado.

Desde otro ángulo, también debe valorarse que cuando se abusa de los derechos reconocidos por la Constitución Nacional a los ciudadanos, ello constituye otra fuente de responsabilidad que se suma al daño moral.

Por ello, entendemos que debe tenerse en cuenta la gravedad objetiva del daño, la difusión que tuvo y también la personalidad de la víctima que lo padeció.

Evidentemente, existe daño cuando se viola algún derecho subjetivo mediante un hecho voluntario ilícito cometido por otra persona.

La responsabilidad tiene origen en la transgresión de una norma legal y se fundamenta en derecho en la culpa o dolo del agente que lo produjo.

Debe recordarse que el derecho debe proteger no solo al patrimonio, sino también todos los derechos, pues de otro modo la vida resultaría imposible, y advertimos cómo se van ampliando, lo que permite las indemnizaciones.

Por tanto, las personas pueden ser lesionadas por lo que son y por lo que tienen, su cuerpo, su libertad, su honor y en lo que ella posee en sus relaciones con el mundo exterior.

Se caracteriza como una lesión sufrida en los derechos extrapatrimoniales. Es incontestable que su titular tiene el señorío sobre su cuerpo y espíritu y que la norma, directa o indirectamente, se encarga de otorgarlo y de conferir las defensas necesarias para su preservación (9).

También, Georgi (10) dice con absoluta claridad: “nadie duda: a quien se le ha robado un asno debe resarcírsele el daño. Al que se le roba el honor, la tranquilidad, la libertad ¿no se le debe nada?”.

---

(9) Cifuentes, S., Revista del Notariado, 1973, t. III, p. 38

(10) “Teoría de las obligaciones”, Madrid, 1911, p. 251

El derecho no solo protege a la persona en su integridad de su patrimonio económico, sino también en su patrimonio moral y afectivo. Cuando se afecta el honor, la paz, la dignidad, el pudor, etc., su autor debe repararlo (11).

En nuestra doctrina, el concepto de indemnización del daño moral tiene vieja data. Ya en el Congreso Nacional de Derecho Civil de 1927 se reconoció la necesidad de repararlo y se reiteró posteriormente en el año 1961.

En la doctrina extranjera prevalece ampliamente la tesis favorable a su resarcimiento, así como en la legislación comparada (12), de tal manera que la incorporación del agravio moral en la reforma de 1968, aceptado con anterioridad por la jurisprudencia, obedeció a un sentimiento uniforme de proteger a la persona en lo que ella tiene de más digno y superior: su patrimonio moral.

El Pacto de San José de Costa Rica, del 01 de marzo de 1984 (ley 23.054), dejó establecido que toda persona tiene derecho a que se le respete su integridad física, psíquica y moral (art. 5º), su honra y el reconocimiento de su dignidad.

Nadie puede ser objeto de injerencias arbitrarias o abusivas en su vida privada, en la de su familia, en su domicilio o en su correspondencia, ni de ataques legales en su honra y reputación. Toda persona tiene derecho a la protección de la ley contra esas injerencias o esos ataques (art. 11).

De tal manera que no puede dudarse de la reparación de este daño.

Su naturaleza es resarcitoria y persigue el saneamiento de los padecimientos anímicos y espirituales sufridos en ocasión de un determinado acontecimiento (13).

En consecuencia, la compensación del agravio moral "... pertenece a la categoría donde la indemnización desempeña una función de satisfacción, actuando como un equivalente o sucedáneo de la imposibilidad de compensarle a la víctima el daño sufrido" (14).

---

(11) Morello, A. M., "Indemnización del daño contractual", 1967, t. II, p. 46

(12) Fleitas, Abel M., "La indemnización del daño moral y el pensamiento de Héctor Lafaille", Estudios, p. 285

(13) Cám. Nac. Civil y Comercial Federal, Sala I, E.D. Tº 118, pág. 503

(14) H: Lafaille: "Curso" Tº I, pág. 43 y Tº II, págs. 129 y 130

Téngase en cuenta que cuando se ha cometido daño moral resulta imposible volver las cosas al estado anterior. Pero no puede dejarse a la víctima sufrir el daño sin remedio.

Es necesario compensarlo, dándole un equivalente al perjuicio que sufrió, y para ello la única manera que puede acordar el órgano judicial es fijar una suma de dinero, la cual, si bien no hace desaparecer el perjuicio, permite, en su condición de nominador común de los valores, compensar los daños sufridos (15).

La indemnización, en tanto sea posible, puede compensar al perjudicado por el menoscabo sufrido en su vida, en sus sentimientos, en su paz, y ello importa concederle, al mismo tiempo, una satisfacción consecuente al perjuicio sufrido y al acto realizado en consecuencia (16).

Con relación al honor, existen: uno subjetivo, el cual surge del propio sujeto, como consecuencia de su auténtica dignidad; y otro objetivo, que consiste en la fama que tiene una persona dentro del medio en que actúa, basada en la estima de los demás, en su talento, sus virtudes, etcétera.

De tal modo, las personas que lograron a través de sus estudios, su trabajo, sus esfuerzos, obtener una elevada consideración de sus semejantes, cuando se ven atacadas en esos íntimos afectos, se les provoca un grave daño; por ese motivo, cuanto más famosa sea una persona cuando se le ataca en su honor, mayor es ese daño (17).

Por tal motivo, se ha dicho que la indemnización del daño moral es una “satisfacción de reemplazo”, de suerte que los jueces indemnizaran a la víctima del ataque sufrido en sus sentimientos como modo de compensar los padecimientos (18).

En consecuencia, debe procederse de la manera indicada, pues de lo contrario no solamente se violarían principios de la ley civil, sino también del orden constitucional. De este modo debe entenderse el principio expresado en el Preámbulo de nuestra Constitución, donde se establece que deben asegurarse para todos nosotros y nuestra posteridad las li-

---

(15) A. Acuña Anzorena: “Estudios sobre la Responsabilidad Civil”, pág. 63, ed. Plátense, año 1963

(16) Brebbia, R. H., “El daño moral”, ob. cit., p. 157

(17) S. Cifuentes: “Elementos de Derecho Civil”, Parte General, pág. 54, ed. Astrea; R.H Brebbia: “El Daño Moral”, pág. 261

(18) J. Ripperet - Boulanger: “Obligaciones”, Segunda Parte, Tº V, pág. 94 y ss., nº 998, ed. La Ley, año 1965

bertades, que se entienden —para que tengan efectividad conducente— como la posibilidad de defenderse frente a su ataque, y así, quien ofende la paz y la seguridad está atacando la libertad que todos debemos gozar, y naturalmente de ello se desprende el derecho a obtener el resarcimiento, sin limitaciones.

Insistimos en cuanto a que el daño moral tiene carácter resarcitorio, y por ello deberá ponderarse la gravedad objetiva y la extensión material del agravio.

De tal modo, la suma dineraria que se otorgue al perjudicado deberá permitirle obtener bienes de otra especie que compensen los sufrimientos y disgustos padecidos.

Acreditada la existencia del agravio moral, no es necesaria la producción de una prueba sobre el monto del daño, pues por su índole queda establecido por la sola realización del hecho dañoso, que comporta la presunción de existencia de la afección en los sentimientos (19).

Es una prueba *in re ipsa*, correspondiente a un obrar que necesariamente tuvo que lesionar sentimientos ajenos.

La causa es, en definitiva, una herida a la delicadeza, a la sensibilidad, al decoro, a las realizaciones espirituales de quien recibe semejante ofensa.

También se lesionan el estado anímico y la posición social, y se provoca injustamente preocupación cuando se reciben los hechos que generan el padecimiento moral.

Teniendo en cuenta el comportamiento ofensivo, la indemnización que da origen por la comisión de ese delito civil debe ser la más amplia que el derecho conoce, máxime si se ha cometido con dolo, pues no es lo mismo juzgar la conducta de quien por negligencia comete un daño que la de quien obra con el deliberado propósito de producirlo.

Aunque corresponda una indemnización dineraria, el daño que se infringe perdurará necesariamente en el tiempo, pues la ofensa a la paz, a la libertad, a la tranquilidad, a la integridad física y al honor, que constituyen los más sagrados afectos en la persona, no desaparece ni tiende a atenuarse en el tiempo. Si bien el recuerdo no será permanente, cuando reaparece es como si volvieran a repetirse los hechos.

---

(19) (L.D. De Gásperi en colaboración con A. M. Morello: “Tratado de Derecho Civil”, Tº IV, pág. 96, y fallo citado en nota nº 151; Cám. Nac. Civil, Sala G: E.D. Tº 112, pág. 139 y ss.

El art. 1725 del Cód. Civ. y Com., siguiendo lo dispuesto por el art. 902 del Cód. Civil, dispone: “Cuanto mayor sea el deber de obrar con prudencia y pleno conocimiento de las cosas, mayor es la diligencia exigible al agente y la valoración de la previsibilidad de las consecuencias. Cuando existe una confianza especial, se debe tener en cuenta la naturaleza del acto y las condiciones particulares de las partes. Para valorar la conducta no se toma en cuenta la condición especial, o la facultad intelectual de una persona determinada, a no ser, en los contratos que suponen una confianza especial entre las partes. En estos casos, se estima el grado de responsabilidad, por la condición especial del agente”.

De tal modo, deberán tenerse en cuenta los “conocimientos especiales de la persona”. La superior aptitud, el mayor alcance de ese conocimiento por la preparación o por el título, califican la actitud por prudencia y previsión. En este caso, la previsibilidad del agente es superior a la que corrientemente es dable juzgar (20).

Esta norma demuestra la conducta que deben observar las personas para lograr el mantenimiento de sus derechos. Quien no obra de esta manera deberá reparar el daño que provoque.

“El daño moral, aquella especie de agravio, implicado por la violación de alguno de los derechos inherentes a la personalidad, o sea de esos derechos (subjctivos), que protegen como bien jurídico las facultades o presupuestos de la personalidad: la paz, la tranquilidad de espíritu, la libertad individual, la integridad física, etc., todo lo cual se resume en el concepto de seguridad personal; y el honor, honra, sagrados afectos, etc., o sea, en una palabra, las afecciones legítimas” (21).

Son daños no resarcibles pero sí indemnizables. El cuerpo era inestimable desde el derecho romano; posteriormente, el derecho canónico implementó el principio de la “restitución”, que se acogió en la doctrina de los derechos de la personalidad desde el siglo XIX

Otra definición traída por Jorge Bustamante Alsina (22) señala lo siguiente: “La vida del hombre es un derecho de la personalidad que el

---

(20) S. Cifuentes: “Código Civil Comentado y Anotado”, Tº I pág. 631, ed. La Ley, año 2003

(21) Cazeaux, Pedro -Trigo Represas, Félix A.: “Compendio de Derecho de las Obligaciones”, pág. 400, ed. Platense, año 1996

(22) “Responsabilidad civil y otros estudios”, Ed. AbeledoPerrot, Buenos Aires, 1992, ps. 13 y ss.; “El resarcimiento del daño compensatorio”, en Duque Gómez, José N. (comp.), El daño, 2ª ed., Bogotá — Caracas — Panamá — Quito, 2001, ps. 218 a 220

orden jurídico ampara junto con la integridad física, la salud, la libertad, el honor, y el secreto de la vida privada (...). La vida es, en el orden de los derechos de la personalidad, el primero, y por ello, el principal entre todos ellos pues si se suprime la vida dejan de existir los demás derechos personalísimos que, como atributos o calidades adjetivas del ser humano, comienzan y terminan con su existencia. (...). Desde el punto de vista axiológico todos los derechos de la personalidad son valores de igual jerarquía, porque el interés jurídico que protegen es el goce o satisfacción que los bienes que se busca preservar producen a la persona cuya unidad como ser ético-físico no tolera el ataque o desconocimiento de cualquiera de ellos que son parte inescindible de su existencia misma. Aunque la existencia física no experimenta daño alguno, el desmedro de los otros bienes significaría privación o lesión de su goce, frustrándose un interés legítimo que el orden jurídico no puede dejar de repudiar como un agravio a la dignidad el hombre". Define los derechos de la personalidad como "aquellos que constituyen manifestaciones determinadas, físicas o espirituales de la persona, objetivadas por el ordenamiento normativo y llevadas al rango de bienes jurídicos".

La vida es un bien jurídico, porque a través de la existencia la persona obtiene la satisfacción de intereses legítimos, es decir, amparados por la ley, o sea, de todos aquellos intereses que proporcionan al hombre utilidad, goce o disfrute de necesidades o beneficios materiales o meramente espirituales.

Dice Vélez Sarsfield en la nota al art. 2312, citando a Duranton, Toullier y Marcade: "Hay derechos y los más importantes, que no son bienes, tales son ciertos derechos que tienen su origen en la existencia del individuo mismo a que pertenecen, como la libertad, el honor, el cuerpo de la persona, la patria potestad, etc. Sin duda, la violación de estos derechos puede dar lugar a una reparación, que constituye un bien, jurídicamente hablando; pero en la acción no hay nada de personal, es un bien exterior que se resuelve en un crédito. Si los derechos personales pueden venir a ser la causa o la ocasión de un bien, ellos no constituyen por sí mismos un bien *in iure*."

"Lo mismo se puede decir de las facultades del hombre, de su aptitud, de su inteligencia, de su trabajo. Bajo una relación económica, las facultades del hombre constituyen sin duda la riqueza, mas jurídicamente ellos no hacen parte de esos bienes (...). En la jurisprudencia solo se considera bien lo que puede servir al hombre, lo que puede emplear este en satisfacer sus necesidades, lo que puede servir para sus usos y placeres, lo que puede en fin entrar en su patrimonio para aumentarlo o enriquecerlo (...). El patrimonio de una persona es la universalidad jurídica de



sus derechos reales y de sus derechos personales bajo la relación de un valor pecuniario, es decir como bienes...”.

### **III. ¿LAS PERSONAS JURÍDICAS PUEDEN SER AFECTADAS POR DAÑO MORAL?**

Entendemos que las personas jurídicas como tales carecen de afectos, pues no tienen subjetividad, de modo tal que no pueden afectarse sentimientos que de ningún modo poseen.

Empero, pueden ser atacadas sobre derechos de origen extrapatrimonial que produzcan consecuencias en su patrimonio, de manera tal que se provocarían daños materiales.

Este criterio es el que sostienen las distintas Cámaras Nacionales en reiteradas sentencias (23).

No obstante esta teoría, la doctrina francesa acepta, en su gran mayoría, que estas personas jurídicas tienen aptitud para recibir agravios morales.

Debemos señalar que el Dr. Félix Trigo Represas entendió: “... Daño moral es el que se infiere al violarse alguno de los ‘derechos personalísimos’ o de la ‘personalidad’, que protegen como bien jurídico a los presupuestos o atributos de las personas, debemos igualmente concluir que siempre que se atente contra ellos, se puede llegar a configurar un verdadero agravio moral, independientemente que el sujeto pasivo sea una persona física o jurídica. Por otra parte, tampoco interesa por cierto indagar sobre la posibilidad de que las personas ideales pudiesen llegar a sentir o experimentar algún especial estado emocional, ya que ello de ninguna manera resulta ser un elemento caracterizante del referido daño moral” (24).

Este autor, en la obra que señalamos precedentemente, participa del criterio de que también hay daño moral grupal, colectivo o difuso.

---

(23) L.L. Tº 1984 B, pág. 406; L.L. Tº 1986 A, pág. 620; L.L. Tº 1986 E, pág. 703; L.L. Tº 1989 B, pág. 625

(24) F. Trigo Represas: “Casos Dudosos de Legitimación Activa en la Acción por Resarcimiento del Daño Moral”, “Estudios sobre Daño Moral”, pág. 191. Serie IV, Instituto de Derecho Civil nº 5, año 1998. Biblioteca de la Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Buenos Aires

#### IV. PROTECCIÓN CONSTITUCIONAL DEL DAÑO MORAL

El Preámbulo de la Constitución indica, con toda claridad, “promover el bienestar general”, de modo tal que las acciones que lo afecten van a generar la obligación de resarcirlo, pues ello tiende a “afianzar la justicia”.

El art. 14 de la CN dispone: “Todos los habitantes de la Nación gozan de los siguientes derechos conforme a las leyes que reglamentan su ejercicio; a saber: de trabajar y ejercer toda industria lícita; de navegar y comerciar; de peticionar a las autoridades; de entrar, permanecer, transitar y salir del territorio argentino; de publicar sus ideas por la prensa sin censura previa; de usar y disponer su propiedad; de asociarse con fines útiles; de profesar libremente su culto; de enseñar y aprender”.

Así, el agravio moral puede proyectarse, sin ninguna duda, contra estos derechos.

También puede vulnerarse lo dispuesto por el art. 16, que prevé la igualdad como base de los impuestos y de las cargas públicas; cuando ellos se violan, también pueden provocar daño moral.

En igual sentido, el art. 17 de la CN dispone la inviolabilidad de la propiedad; cuando ello ocurre, también se provocará un daño moral.

Cuando el art. 18 de la CN no es respetado en su indicación de que nadie puede ser penado sin juicio previo fundado en ley anterior al hecho del proceso, también genera la responsabilidad de indemnizar el daño moral que se ocasione.

“Nuestra nueva ley asigna un medio concreto de protección a lo que ya otorgaba el art. 19 de la CN tendiente a que las personas puedan exigir que sus asuntos, privados y personales no sean difundidos sin su consentimiento, reconociéndose la dignidad del aislamiento en tanto no medie un justificado interés público superior excluyendo dolo o culpa del agresor del derecho” (25).

Quien cometa actos contra el orden constitucional dispuesto en los arts. 36 y 39 de la Constitución, además de la responsabilidad que cabe asignarle, deberán responder también por el daño moral que ocasionen contra la Nación, acción esta que consideramos imprescriptible.

---

(25) Martínez Ruiz, Roberto, “Lo permanente y lo nuevo en el derecho civil”, en Historia de la Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Buenos Aires, 2014, p. 123

Cuando se perturba el ambiente “sano”, “equilibrado” y apto para el desarrollo humano, estamos frente a la protección del medio ambiente y al daño ambiental que puede causarse (art. 41 de la CN); deberá responderse igualmente por el daño moral.

Si se alteran o perjudican los derechos de los consumidores y usuarios previstos por el art. 42 de la CN, igualmente deberá repararse el daño moral ocasionado.

Los arts. 53, 59 y 60 de la CN hacen responsables por daños y perjuicios a quienes fueron condenados por juicio político, que deberán responder, además, por el menoscabo provocado y también por el daño moral ocasionado al Estado.

Los ministros del Poder Ejecutivo son responsables por los actos que dictan (art. 102 de la CN) y, por tanto, son causantes personalmente o en forma solidaria cuando provoquen perjuicios al Estado o a los ciudadanos, debiendo responder por esos actos ilícitos.

#### **V. TRATADOS FORMALIZADOS CON ORGANIZACIONES INTERNACIONALES Y OTRAS NACIONES**

“Los diferentes tratados y convenciones en cuanto tienen disposiciones operativas integran nuestro derecho suprallegal con igual jerarquía que la Constitución (art. 75, inc. 22 de la CN)” (26).

#### **VI. EL DAÑO MORAL EN EL CÓDIGO CIVIL Y COMERCIAL**

No encontramos antes de la vigencia del nuevo Código Civil y Comercial conceptos que hayan caducado por el transcurso del tiempo; más bien creemos que los originales que abarcan el daño moral se fueron extendiendo a las nuevas situaciones que presenta la vida, fundamentalmente sobre el comportamiento social.

Entendemos comprensivo de este daño lo dispuesto por los arts. 3º; 51 a 61; 71; 587 y 1725 al 1748, especialmente estos últimos.

---

(26) J. J. Carneiro: “La Constitución de 1994 del Daño Moral”, pág. 13, en “Estudios sobre Daño Moral”, Serie IV -Instituto de Derecho Civil- n° 5, año 1998, Biblioteca de la Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Buenos Aires

Adviértase que la protección del daño moral abarca a la persona humana en toda su extensión.

Debemos recordar que Vélez Sarsfield en su Código Civil —art. 1068— diferenció el daño físico del moral.

Ahora la regulación del daño moral otorga a los jueces una gran amplitud para su valoración, pues si su “... decisión es razonablemente fundada”, tal como lo prevé el art. 3º del Cód. Civ. y Com., contará con el respaldo legal necesario.

Por tanto, la reparación completa de este daño dependerá del criterio que empleen los magistrados. No podemos establecer una regla única para ello, debiendo tenerse en miras los antecedentes jurisprudenciales que hayan incursionado sobre este daño y las directivas que otorgan los artículos que señalamos anteriormente.

No creemos que el nuevo Código deje el tema del daño moral en el presentimiento de los magistrados, pues ello, sin duda, sería contrario a lo dispuesto por el art. 3º citado.

Téngase en cuenta que la “decisión razonablemente fundada” tiene un gran margen de discrecionalidad, pues las sentencias que condenen el resarcimiento del daño moral deberán ser ampliamente fundadas sobre criterios de razonabilidad, valorando las circunstancias objetivas y demostrables sobre hechos ciertos.

Así, el art. 51 del Cód. Civ. y Com. expone la inviolabilidad de la persona humana indicando que en cualquier circunstancia tiene derecho al reconocimiento y respeto de su dignidad.

Por tal razón, “la persona humana lesionada en su intimidad personal o familiar, honra o reputación, imagen o identidad, o que de cualquier modo resulte menoscabada en su dignidad personal, puede reclamar la previsión y reparación de los daños sufridos conforme a lo dispuesto en el Libro Tercero, Título V, cap. I (art. 52)”.

De este modo se contemplan los efectos que ocurren cuando se ven agraviados la dignidad y los derechos personalísimos.

Quien reproduce la imagen o la voz de una persona sin contar con su consentimiento (LA LEY 122-159, nro. 55.371) serán pasibles de reparar el daño moral que causen, más allá de otros que puedan probarse (art. 53).

El ejercicio de la acción para proteger el nombre de una persona, también, dará derecho a que se repare el daño moral ocasionado por aquel que haya hecho un uso indebido en desmedro de otro.

También se sanciona a quien no reconozca al hijo y, por cierto, deberá comprender asimismo el daño moral que se provoca (arg. art. 587 del Cód. Civ. y Com.).

Cuando no se respete lo dispuesto por los artículos 1726 al 1736 del Código citado corresponderá que se otorgue el resarcimiento por el daño moral causado.

El art. 1737 dispone el concepto de daño: “Hay daño cuando se lesiona un derecho o un interés no reprobado por el ordenamiento jurídico, que tenga por objeto la persona, el patrimonio, o un derecho de incidencia colectiva”.

La norma citada también sigue en líneas generales lo dispuesto por el art. 1068 del Cód. Civil.

El art. 1738 establece: “La indemnización comprende la pérdida o disminución del patrimonio de la víctima, el lucro cesante en el beneficio económico esperado de acuerdo a la probabilidad objetiva de su obtención y la pérdida de chances. Incluye, especialmente, las consecuencias de la violación de los derechos personalísimos de la víctima, de su integridad personal, su salud psicofísica, sus afecciones espirituales legítimas y las que resultan de la interferencia en su proyecto de vida”.

Como se advierte, la nueva legislación le dio al daño moral una noción más extensa, donde se incluyen otras en sus distintas categorías. Así, advertimos la separación entre daños patrimoniales y extrapatrimoniales o morales.

En cuanto a su naturaleza, reiteramos que participamos del criterio que lo considera como “resarcitorio”, por oposición a aquella que lo trató como “sanción ejemplar”.

En efecto: “La reparación del daño moral tiene carácter resarcitorio, el que surge de los textos legales expresos (arg. arts. 522 y 1078 del Cód. Civil)” (27).

---

(27) “Santa Coloma, Luis F. y otros c/Empresa Ferrocarriles Argentinos”, C.S.J.N., agosto 5 de 1986; E.D. Tº 120, pág. 640 comentado por el Dr. Guillermo A. Borda

Tampoco puede valorarse como “precio del consuelo”, como lo entendió el art. 1322 del Código Civil de Perú: “*Indemnización por daño moral*. El daño moral, cuando él se hubiere irrogado, también es susceptible de resarcimiento”.

Esta calificación abarca el incumplimiento de cualquier obligación, para que el reclamante pueda ser patrimonialmente resarcido con carácter pecuniario.

Nuestro Código Civil y Comercial prevé que “la reparación del daño debe ser plena” y, además, para el supuesto de que se trate de daños derivados que ofendan al honor, la intimidad o la identidad de una persona, el juez puede, a pedido de parte, ordenar la publicación de la sentencia o de sus partes pertinentes, a costa del condenado (art. 1740).

Se encuentra legitimado para peticionar una indemnización de las consecuencias no patrimoniales el damnificado directo. Empero, si resultó su muerte o padeció una importante discapacidad en tal supuesto, también pueden peticionarlo los ascendientes, los descendientes, el cónyuge y quienes convivan con aquel que hayan recibido trato familiar ostensible.

En ese supuesto, el monto de la indemnización, cuya naturaleza es resarcitoria, debe fijarse ponderando satisfacciones sustitutivas y compensatorias que puedan producir las sumas de dinero otorgadas (arg. art. 1741).

Debe tenerse presente que al disponerse la indemnización ella puede ser atenuada si es equitativa en función del patrimonio del deudor, la situación de la víctima y las circunstancias del hecho (art. 1742). Es decir, la ley contempla de algún modo al que ocasionó el daño por negligencia o imprudencia, pero excluye explícitamente de esta atenuación a quien obró con dolo.

Por cierto, el daño debe necesariamente ser probado por aquel que lo invoca, excepto que la ley lo impute o presuma, o que surja notorio de los propios hechos (prueba *in re ipsa*).

El art. 1745 en sus tres incisos previó aquello que debe comprender cuando la indemnización ocurre por fallecimiento.

No podemos dejar de señalar la casuística que trae el art. 1746 cuando se debe indemnizar por lesiones o incapacidad física o psíquica: “En caso de lesiones o incapacidad permanente, física o psíquica, total o parcial, la indemnización debe ser evaluada mediante la determinación

de un capital de tal modo que sus rentas cubran la disminución de la actitud del damnificado para realizar actividades productivas o económicamente valorables y que se agote al término del plazo en que razonablemente pudo continuar realizando tales actividades. Se presumen los gastos médicos, farmacéuticos y por transporte que resultan razonables en función de la índole de las lesiones o la incapacidad. En el supuesto de incapacidad permanente se debe indemnizar el daño aunque el damnificado continúe el ejercicio de una tarea remunerada. Esta indemnización procede aun cuando otra persona deba prestar alimentos al damnificado”.

Respecto de la descripción que realiza el artículo, creemos oportuno recordar el aforismo —tal vez un poco irónico, pero que trae una inmensa realidad— que expuso el jurista cubano don José Antolín del Cueto: “La ley reina y la jurisprudencia gobierna”.

De tal modo, entendemos que será casi imposible cumplir la casuística que trae el art. 1746, tal como está redactado, que será variable atendiendo a las circunstancias del caso.

Empero, debemos recordar que la utilidad de la regla de la matemática financiera que dispone el artículo fue empleada por algunos magistrados, aunque no tenía una regulación como la que se describe ahora.

“No soluciona de fondo la posibilidad de llegar a sentencias más o menos uniformes, por cuanto la fórmula de matemática financiera tiene en cada componente variables que el juez debe definir y cuál sea el criterio ideológico jurídico que adopte al tomar cada definición será el incremento o disminución de la cuantía final...” (28).

Y dentro de esta obra no podemos dejar de indicar la opinión de los Dres. Alterini en la segunda edición: “La inconsistencia del art. 1746 con los mandatos de los tratados internacionales referidos en nuestra glosa al art. 1745, hace que no pueda calificarse como temerario algún planteamiento de inconstitucionalidad para enervar las tesis fríamente economicistas que hizo suyas la norma en análisis”.

También deberá ponderarse que el resarcimiento del daño moratorio es acumulable al del daño compensatorio o al valor de la prestación y, en su caso, a la cláusula penal indemnizatoria, no obstante la facultad morigeradora que tienen los jueces cuando tal acumulación resulte ob-

---

(28) Jorge H. Alterini: “Código Civil y Comercial Comentado”; “Tratado Exegético”; Tº VIII, pág. 322 y sig., ed. La Ley, año 2016

jetivamente abusiva (art. 1747) y que el curso de los intereses tiene origen cuando ocurre el perjuicio.

Así las cosas, somos de opinión de que a los efectos de cuantificar el daño moral debe recurrirse a un método que derive de la prudencia y la equidad, sin llevar elementos rígidos, pues “el juez debe resolver los asuntos que sean sometidos a su jurisdicción mediante una decisión razonablemente fundada” (art. 3º del Cód. Civ. y Com.), aplicándose el criterio dispuesto por los arts. 1725 y ccdd. del Código.

Por tanto, resulta indispensable tener presente aquello que indica la experiencia y el desenvolvimiento de la realidad y proyectarlo como medios para obtener la valorización del monto indemnizatorio por daño moral.

Repetimos una vez más que la cuantía que otorgan los jueces en forma resarcitoria debe tener en cuenta para ello otras satisfacciones sustitutas y que compensen de alguna manera el dolor padecido.

Empero, entendemos que no existe un camino único y uniforme, máxime con la distorsión económica que lamentablemente desde hace tiempo nos rige.

En consecuencia, es de absoluta justicia que aquel que ocasionó un daño moral lo repare en toda su extensión, pues se trata de uno de los presupuestos fundamentales que sostiene la armonía social.

Deben distinguirse el daño patrimonial propiamente dicho y los efectos morales que pueda provocar, por cuanto estamos en presencia de dos daños, los cuales serán reparados económicamente de manera independiente.

## VII. LEGISLACIÓN COMPARADA

El daño moral ha sido recibido por la mayoría de la legislación extranjera; por tanto, citaremos alguna para demostrar la regulación que tuvo.

a) El Código Civil alemán, en el art. 847, dispuso: “1. En el caso de lesión al cuerpo o a la salud, o en el caso de privación de libertad, la persona perjudicada también puede exigir la indemnización equitativa en dinero por un daño que no es un daño patrimonial. 2. Una pretensión similar corresponde a una mujer contra la que se comete un crimen o un delito inmoral, o que es seducida con fraude, amenazas o en abuso de una relación de dependencia a permitir la cohabitación extramatrimonial”.



También, se le asigna acción a la mujer. De este modo, el derecho germánico resulta ser demasiado estricto en su comprensión.

Empero, este artículo fue derogado en el año 2002, dejando sin protección, en principio, al daño moral que afecte otros derechos que no estén amparados. No se admite indemnizar por ese concepto los daños a la propiedad ni al patrimonio.

No obstante, esa regulación se incluyó dentro del art. 253 y se previó así la indemnización del daño moral cuando ocurran lesiones dentro del ámbito de la responsabilidad contractual, pero sin referencia a derechos que emanen de la personalidad. La reforma referida, en determinadas circunstancias, otorga indemnizaciones sobre la salud, la libertad, la integridad física y demás daños que afecten los sentimientos.

En general, la jurisprudencia germana, de algún modo y ante determinados padecimientos, admite una indemnización por daño moral, por cierto con absoluta estrictez y dentro del ámbito extracontractual.

Esta doctrina ha sostenido que el nuevo art. 253 no constituye una norma imperativa, no es de orden público, de modo que las partes de un contrato pueden incluir cláusulas que dispongan indemnizar el daño moral cuando se presenten incumplimientos que deberán estar previstos, según nuestra interpretación.

b) El Código Suizo de las Obligaciones, en el art. 28, incs. a), b), c), d), e), f), g), h), i) y k), considera el daño moral, pero solamente protege al damnificado directo y no al indirecto.

c) El Reino de España, en la Ley Orgánica 1/1982 del 05 de mayo, también receptó el daño moral dentro del art. 9º, inc. 3º: “Estas medidas se entenderán sin perjuicio de la tutela cautelar necesaria para asegurar su efectividad (...). La existencia de perjuicio se presumirá siempre que se acredite la intromisión ilegítima. La indemnización se extenderá al daño moral, que valorará atendiendo a las circunstancias del caso y a la gravedad de la lesión efectivamente producida, para lo que se tendrá en cuenta, en su caso, la difusión o audiencia del medio a través del que se haya producido. El importe de la indemnización por el daño moral, en el caso de los tres primeros apartados del art. 4º, corresponderá a las personas a que se refiere su apart. 2º y, en su defecto, a sus causahabientes, en la proporción en que la sentencia estime que han sido afectados. En los casos del art. 6º la indemnización se entenderá comprendida en la herencia del perjudicado”.

En ese país, la jurisprudencia moderna del Tribunal Supremo admite la resarcibilidad del daño no patrimonial, regulando su Código Civil, en su art. 1902: “El que por acción u omisión causa daño a otro, interviniendo culpa o negligencia, está obligado a reparar el daño causado”, a lo que se suma la promulgación de la Ley Orgánica 1 de 05 de mayo de 1982, de Protección Civil del Derecho al Honor, a la Intimidación Personal y Familiar y a la Propia Imagen.

La doctrina española acepta que el juez que resuelva el caso, al momento de estimar la cuantía de que se trate, ha de realizar siempre un análisis casuístico del supuesto, al fundarse la reparación del daño moral en la llamada reparación integral del daño, que es el objeto del sistema de responsabilidad extracontractual.

Tengamos presente que tanto en la ley como en la doctrina del Reino de España la clasificación tradicional de daños patrimoniales y extrapatrimoniales, corporales y morales, y los perjuicios económicos que derivan de los corporales tienen cabida dentro del artículo 1902 que como dijimos regula la responsabilidad civil extracontractual, la cual es reparadora.

Siguiendo la distinción clásica en responsabilidad civil entre “daños patrimoniales” y “daños no patrimoniales” o “extrapatrimoniales”, los daños morales se identifican con esta segunda categoría y, por tanto, cualquier daño que no pueda incorporarse dentro de la primera categoría será considerado daño moral.

Podemos citar un fallo del Tribunal Supremo del 24/06/2002 (RJ 2002/5970), que afirma este derecho: “... El derecho al resarcimiento de las consecuencias derivadas de infracción penal no tienen naturaleza hereditaria sino que es *iure proprio* que corresponde a quien acredita un perjuicio real derivado de la misma (lucro cesante para quien depende económicamente de la víctima, gastos ocasionados con sepelio o ‘daño moral’ real, efectivo y suficientemente acreditado)”.

d) Código de Francia: distintos autores observaron que en la legislación francesa, no obstante la existencia del art. 1382, se brindaron diversas interpretaciones sobre la concepción del daño.

Emplea una distinción entre el concepto de daño material y el extrapatrimonial o moral.

También se tuvo en cuenta el resarcimiento por daño moral a los perjudicados indirectos.

El daño, en términos generales, involucra las acepciones de daño material y moral, y se crea esta argumentación luego de un discurso ante el cuerpo legislativo francés, a propósito del art. 1382: “Esta disposición abraza en su vasta amplitud, todos los géneros de daños...”, incluyendo el daño moral.

Por otra parte, Joseph Bertrand de Greuille, para enfatizar que no se admitía el perjuicio moral dentro de la categoría de daño del art. 1382 del Cód. Civil francés, señalaba: “Todo individuo es garante de su hecho (...); de donde se sigue que, si ese hecho le causa a otro cualquier daño, es preciso que esté obligado a repararlo aquel por cuya culpa ha sucedido”. La reparación “de todos los géneros de daños, tiene por medida el valor del perjuicio sufrido”.

La doctrina de Bertrand de Greuille se funda sobre la reparación que debe el que causó el daño, por ser el garante ante la consecuencia de un hecho que genere perjuicios.

Lo difícil es acreditar la medida del valor sufrido: “El daño moral sí es cuantificable patrimonialmente, aun cuando su valuación sea difícil, desde que el interés del acreedor puede ser patrimonial o no, cuestión que no debe confundirse con el carácter patrimonial de la obligación; el demandante en la misma situación jurídica en que se encontraría si la obligación hubiese sido cumplida; en el caso de autos, el demandado ha cumplido pagar tardíamente la suma del capital, de lo que se colige que la responsabilidad del recurrente no se encuentra enmarcada dentro de los supuestos a que se contrae el art. 1321 del Cód. Civil, pues esta norma establece que queda sujeto al pago de una indemnización por daños y perjuicios quien no ejecuta sus obligaciones por dolo, culpa inexcusable o culpa leve, elementos que no se presentan en el caso de autos en el que existe una obligación determinada por sentencia en otro proceso en cuya ejecución es factible exigirse el pago de los intereses, costas y costos del proceso, por lo que el recurso en este extremo resulta amparable, y revocándose la sentencia declara infundada la demanda de indemnización por daño moral” (29).

Obsérvese que Ripert, Boulanger y Carbonnier, frente al daño moral, apuntan a dos sentidos distintos de la indemnización: en un caso se muestra como suma sancionadora, que se otorgaría bajo la titulación de “pena privada”; en el otro caso, partiendo de la premisa de que el daño moral “no produce detrimento patrimonial alguno”, la indemnización

---

(29) Cas. 1278-2003, “Tacna”, Jurisprudencia Civil del 31/03/2004, t. 2: “Normas legales”, SAC, p. 361

tendría la connotación de un “enriquecimiento gratuito a favor de la víctima”, dada la falta de correspondencia entre el derecho que se lesiona y la suma entregada; faltaría la sanción de la conducta al ofensor.

Estas dos posiciones o respuestas frente a la indemnización del daño tienen un punto interesante para resaltar: la condición tangible, referida exclusivamente al patrimonio y a la observable o palpable de los sentidos, que caprichosamente indemniza los rubros verificables materialmente, mientras los intangibles —el daño moral o *pretium doloris*— no se indemnizan; se sancionan con una pena privada o se reprende al ofensor. La entrega de dinero raya dentro de la teoría del enriquecimiento sin causa, pues no le ubican una causa material, y de allí sus soluciones.

e) Código de Italia: repara el daño moral, al que alude en el art. 2059, exclusivamente en los casos de infracciones penales.

Se categoriza el daño en el ordenamiento italiano de este modo: daño patrimonial *stricto sensu* (alude al campo netamente económico y patrimonial resarcible y cuantificable), que se indemniza también en su art. 2043, Cód. Civil —daño al “bien persona” (que sería el daño patrimonial)—; y daños morales provenientes de infracciones penales.

Adriano De Cupis (30), en relación con la redacción del art. 2059 del Cód. Civil, que regula el daño no patrimonial, consideró lo siguiente: “El daño no patrimonial debe ser resarcido solo en los casos determinados por la ley”; los supuestos de dicho artículo se refieren a los generados por el hecho delictual, consagrado en el art. 185 del Cód. Penal italiano.

Sobre la base de tales normas jurídicas se concluye que se protege exclusivamente el interés público, cuando se toca la esfera del derecho penal tratándose de bienes no patrimoniales, dejando por fuera otras situaciones que planteó Scognamiglio y que comprometían a los derechos de la personalidad.

La medida del daño patrimonial es el lucro cesante y el daño emergente, y el daño no patrimonial no se ha regulado por ley, la que se ha desentendido de expresar los criterios para medir el daño una vez circunscrito; tal labor se ha dejado al arbitrio judicial: será el juez quien concertará la medida, partiendo de criterios propios del ordenamiento jurídico.

---

(30) “Teoría General de la Responsabilidad Civil”, pág. 364, n° 49 y s.s., ed. Bosch, Barcelona, año 1975

De Cupis critica la ausencia de criterios legales, pues ha sido el juez quien ha venido a llenar tal vacío de interpretación.

Dice este autor: “La antijuridicidad puede significar también desconocimiento de un derecho subjetivo. A propósito conviene tener presente que un acto no puede ser contrario al derecho subjetivo si no es contrario a su vez al derecho objetivo: esto es, depende de la correlación en que aquel se encuentra respecto a este. Mas esta no implica siempre que del derecho objetivo derive al derecho subjetivo, por lo que la antijuridicidad no comporta necesariamente la contrariedad del derecho subjetivo” (31).

Tampoco lo lícito e ilícito agota la totalidad de los hechos relevantes; la conducta humana no es lícita o ilícita. El derecho de tutela involucra el interés humano; así: “Atribuyéndole la prevalencia frente a un interés opuesto, o bien subordinándolo a un interés opuesto pero estableciendo al mismo tiempo consecuencias dirigidas a compensar su sacrificio”.

Se concede “el dinero del dolor” tan solo en los casos determinados por la ley, así: el art. 2059 del Código citado regula lo siguiente frente al daño no patrimonial: “El daño no patrimonial debe ser resarcido solo en los casos determinados por la ley”. Los casos que indica este artículo se refieren a las vertientes doctrinarias del daño moral o *pretium doloris* y a los generados por el hecho delictual, consagrados en el art. 185.2 del Cód. Penal italiano.

“Lo que el derecho tutela, el daño vulnera. Si el derecho tutela un determinado interés humano, este puede ser atacado por un daño, en sentido jurídico (daño jurídico), en cuanto contra él apresta el derecho. (32).

Sobre la base de tales normas jurídicas se concluye que se protege exclusivamente el interés público cuando se toca la esfera del derecho penal tratándose de los bienes no patrimoniales. Se indemniza el daño moral únicamente en los casos indicados por la ley.

f) El Código Civil de Japón, que entró en vigencia en 1896, prevé en su art. 709: “Acto ilícito —compensación por daños—. La persona que viole intencionalmente o negligentemente el derecho de otra está obligada a hacer una compensación por el daño derivado de ello”.

También el art. 710: “Daño no pecuniario: La persona que es responsable de la indemnización por daños de acuerdo con las disposiciones del

---

(31) “El daño”, ob. cit., p. 87

(32) “El daño”, ob. cit., p. 109

artículo precedente, indemnizará en consecuencia incluso con respecto a un daño no pecuniario, independientemente de si esa lesión fue a la persona, la libertad o reputación de otra o a sus derechos de propiedad”.

Y el art. 711 nos dice: “La persona que ha causado la muerte de otro responde de la indemnización por daños a los padres, cónyuge e hijos del fallecido aun en los casos en que no se haya vulnerado ningún derecho de propiedad”.

No resulta difícil sostener que, aun sin nombrar el derecho a reparar el daño moral, esta legislación lo contempla acabadamente y obliga a satisfacer una indemnización resarcitoria a quien lo viole por haber causado un perjuicio en los sentimientos.

g) El Código de la República de Panamá decide en su art. 1644, inc. a): “... Por daño moral se entiende la afectación que una persona sufre en sus sentimientos, afectos, creencias, decoro, honor, reputación, vida privada, configuración y aspecto físico, o bien en la consideración que de sí misma tienen los demás. Cuando un hecho u omisión ilícitos produzcan un daño moral, el responsable del mismo tendrá la obligación de repararlo, mediante una indemnización en dinero, con independencia de que se haya causado daño material, tanto en materia de responsabilidad contractual, como extracontractual...”.

El artículo también prevé la posibilidad de una publicación de un extracto de la sentencia a través de medios informativos.

h) El Código Civil de Colombia, en el art. 2341, ordena que todo perjuicio causado a un tercero debe ser reparado: es decir, “la ley no distinga entre perjuicio patrimonial y extrapatrimonial” (33), por lo cual no es la fuente de la que emana la responsabilidad el criterio que permite otorgar el pago de la indemnización integral del perjuicio, sino más bien las consecuencias que del hecho dañoso se derivan, lo cual supone restablecer las condiciones tanto económicas como personales de la víctima.

La jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia de ese país ha establecido que “la naturaleza patrimonial o no patrimonial del interés afectado, no determina de suyo la naturaleza del daño, porque consecuencias de naturaleza económica, y por lo tanto un daño patrimonial puede derivar, tanto de la lesión de un bien patrimonial, cuanto de la lesión de un bien de naturaleza no patrimonial” (34).

---

(33) Tamayo Jaramillo, 2007, p. 487

(34) CSJ Bogotá, Sala de Casación Civil, 18/09/2009, “M. P. William Namén Vargas”

Planteamiento que, a su vez, es reforzado por las leyes procesales, como el art. 16 de la ley 446 de 1998, en el cual se señala: “dentro de cualquier proceso que surta ante la administración de justicia, la valoración de daños irrogados a las personas y a las cosas, atenderá los principios de reparación integral y equidad y observará los criterios técnicos actuariales”.

i) Código de Cuba: opina Puig Brutau que los derechos de la personalidad existen por su propia naturaleza, con independencia de que el legislador los haya proclamado, de lo que se deduce que si ellos existen desde siempre y se lesionan, parece evidente que habrá que indemnizar a su titular.

No caben dudas acerca de que cuando se vulnera algún derecho inherente a la personalidad se genera un daño al titular del derecho subjetivo, lo que ha de conllevar que se imponga responsabilidad al responsable que lo ocasionó por haber cometido ese ilícito civil.

No podemos dejar de lado lo previsto por el art. 2º, el cual, en definitiva, sujeta todas las normas de los 547 artículos que contiene este Código.

Así, dice el art. 2ª: “Las disposiciones del presente Código se interpretan y se aplican de conformidad con los fundamentos políticos, sociales y económicos del Estado cubano expresados en la Constitución de la República”.

En definitiva, se podrá reparar el daño moral si el Estado así lo quiere, como también cualquier otro derecho.

j) Código de Brasil: también el Código Civil de este país admite la posibilidad de resarcimiento del daño moral, al regular: “... Que aquel que por acción u omisión, que sean tanto intencionales, imprudentes o negligentes violen algún derecho o causen algún daño, aun cuando sea moral, incurre en un acto ilícito...”.

k) Código Civil de Bolivia: “*De los hechos ilícitos. Art. 984 (resarcimiento por hecho ilícito). Quien con un hecho doloso o culposo, ocasiona a alguien un daño injusto, queda obligado al resarcimiento*”.

De este modo, advertimos cómo la ley boliviana también incluye la reparación del daño moral, aun en forma indirecta, pero operativa.

l) Código de la República Oriental del Uruguay: se analizará el concepto de “valor de afección”.

Este Código, en su art. 1611, lo considera un interés que merece tutela: “En los juicios sobre obligaciones civiles, procedentes de delito, o cuasidelito o dolo, puede el juez deferir el juramento al demandante, con las circunstancias y efectos siguientes: 1º) El delito, cuasidelito o dolo han de resultar debidamente probados. 2º) La duda del juez ha de recaer sobre el número o valor real y de afección de las cosas o sobre el importe de los daños o perjuicios. 3º) El juez no estará obligado a pasar por la declaración jurada del demandante sino que podrá moderarla según su prudente arbitrio”.

Podemos afirmar que en este país la jurisprudencia sobre la materia tiene fundamental trascendencia, pues se apoya esencialmente en las pruebas sobre los efectos emocionales que padeció la persona, y de ese modo ponderará el daño moral ocasionado.

Desde otro ángulo, los montos dinerarios de condena su fundan principalmente en los antecedentes jurisprudenciales, teniendo en cuenta el padecimiento de la víctima junto al dolor provocado y demás circunstancias que tengan relevancia para fundar la sentencia que se dicte.

m) El Código Civil paraguayo legisla en el art. 418: “La prestación que constituye el objeto de la obligación debe ser susceptible de valoración económica y corresponder a un interés personal, aun cuando no sea patrimonial del acreedor”.

Y el art. 452 manda: “Cuando se hubiese justificado la existencia del perjuicio pero no fuese posible determinar su monto la indemnización será fijada por el juez”.

De este modo, queda consolidado que se admite la indemnización por el daño que pueda sufrirse en los sentimientos y el honor de una persona.

n) El Código Civil del Perú ordena en su art. 5º: “El derecho a la vida, a la integridad física, a la libertad, al honor y demás inherentes a la persona humana son irrenunciables y no pueden ser objeto de cesión. Su ejercicio no puede sufrir limitación voluntaria salvo lo dispuesto en el art. 6º”.

Y el art. 1322 dispone: “Que el daño moral, cuando él se hubiera irrogado, también es susceptible de resarcimiento”.

“La reparación del daño moral debe abarcar el proveniente del incumplimiento de cualquier obligación, siendo así el interés del reclamante puede ser patrimonial o no, cuestión que no debe confundirse



con el carácter pecuniario de la prestación, ya que la ley protege no solamente los intereses patrimoniales, sino también los de naturaleza extrapatrimonial, sea que se causen perjuicios económicos o no” (35).

“El daño moral sí es cuantificable patrimonialmente, aun cuando su valuación sea difícil, desde que el interés del acreedor puede ser patrimonial o no, cuestión que no debe confundirse con el carácter patrimonial de la obligación; el demandante en la misma situación jurídica en que se encontraría si la obligación hubiese sido cumplida; en el caso de autos, el demandado ha cumplido pagar tardíamente la suma del capital, de lo que se colige que la responsabilidad del recurrente no se encuentra enmarcada dentro en los supuestos a que se contrae el art. 1321 del Cód. Civil, pues esta norma establece que queda sujeto al pago de una indemnización por daños y perjuicios quien no ejecuta sus obligaciones por dolo, culpa inexcusable o culpa leve, elementos que no se presentan en el caso de autos en el que existe una obligación determinada por sentencia en otro proceso en cuya ejecución es factible exigirse el pago de los intereses, costas y costos del proceso, por lo que el recurso en este extremo resulta amparable, y revocándose la sentencia declara infundada la demanda de indemnización por daño moral” (36).

Se destaca así la manera en que la ley peruana protege el daño moral provocado, impidiéndose su renuncia, y la cesión y la valoración que hace la jurisprudencia.

## VIII. CONCLUSIONES

El daño moral, que ocurre por el deterioro que padece una persona en su honor, su dignidad, su pudor, sus sentimientos, la paz, la tranquilidad, la libertad, en una palabra, sobre sus afectos, que constituyen los valores más profundos que llevan en su integridad y en el desenvolvimiento de su vida en relación (37), debe repararse patrimonialmente, aunque resulte dificultoso disponerlo.

Se trata de la protección de la ley a los derechos subjetivos, sobre los que puede cometerse también un abuso de derecho (art. 10 del Cód. Civ.

---

(35) Cas. 1125-95, Arequipa, “El Peruano”, 05-07-1998, pág. 1389, editorial Jurista Editoriales, año 2009

(36) Cas. N° 1278-2003 “Tacna”, publicada el 31-3-2004, Jurisprudencia Civil, T° 2, Normas Legales SAC, pág. 361, editorial Jurista Editores, año 2009

(37) Trigo Represas, F. A., “Legitimación para accionar en los casos de daños causados a las personas”, Estudios de Derecho Civil, Ed. Instituto de la Academia, p. 7

y Com.), pues "... el derecho protege a los titulares en sus particulares relaciones con respecto a los bienes y no a los bienes en sí mismos" (38).

Advertimos cómo el daño moral se recibió en el nuevo Código Civil y Comercial a través de la protección que se le otorgó a la persona humana, habiéndose recepcionado acertadamente aquello que la jurisprudencia y la doctrina desarrollaron con singular intensidad, incluyendo también a quienes lo sufren de manera indirecta, y para ello nuestros tribunales resuelven los asuntos en su jurisdicción mediante una decisión razonablemente fundada (conf. art. 3º del Cód. Civ. y Com.), pues si así no ocurriera se daría por tierra con este concepto, el cual es recibido en forma amplia.

También señalamos cómo la Constitución Nacional protege el daño moral, y la doctrina extranjera lo recibió con características propias, pero dando la reparación correspondiente a quien fue atacado en sus derechos extrapatrimoniales, con sus propias normas, todas ellas con carácter resarcitorio.

En suma, esta nota tiene por fin recordar al Prof. Félix Trigo Represas, quien desempeñó una trayectoria jurídica que enorgullece y enaltece todo el sistema jurídico argentino.

---

(38) Compagnucci de Caso, Rubén H., "Daño moral. Concepto y legitimación activa", p. 61, con cita de De Cupis, Adriano, "Estudio sobre daño moral", Serie IV, Ed. Instituto de Derecho Civil, nro. 5, 1998

# LOS DAÑOS PUNITIVOS

POR MANUEL CORNET Y GUILLERMO P. B. TINTI

## I. INTRODUCCIÓN

Agradecemos a la Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Buenos Aires la invitación a participar del justo homenaje a Félix Alberto Trigo Represas, de quien tenemos un gratísimo recuerdo como jurista y auténtico señor.

Nunca imaginamos, cuando cursábamos la carrera de Abogacía y estudiábamos Derecho Civil II utilizando la obra “Derecho de las obligaciones” de Trigo Represas y Cazeaux, que varios años después íbamos a compartir tribuna con el maestro y a trabar una gran amistad con él y su simpática esposa Mabel.

En homenaje al querido amigo, hemos elegido examinar la cuestión de los “Daños punitivos”, ya que nuestro homenajeado, entre otros temas, cultivó ampliamente el derecho de daños y ya en el año 1995 publicó un trabajo sobre el tema en el libro homenaje al profesor Dr. Isidoro H. Goldemberg (1).

## II. EL TEMA

La ley 24.240 de Defensa del Consumidor incorporó al derecho positivo nacional la figura del daño punitivo, que define de este modo en el art. 52 bis: “*Daño punitivo*. Al proveedor que no cumpla sus obligaciones legales o contractuales con el consumidor, a instancia del damnificado, el juez podrá aplicar una multa civil a favor del consumidor, la que se graduará en función de la gravedad del hecho y demás circunstancias

---

(1) “La responsabilidad. Homenaje al Profesor Doctor Isidoro H. Goldemberg”, Ed. AbeledoPerrot, Buenos Aires, 1995.

del caso, independientemente de otras indemnizaciones que correspondan. Cuando más de un proveedor sea responsable del incumplimiento responderán todos solidariamente ante el consumidor, sin perjuicio de las acciones de regreso que les correspondan. La multa civil que se imponga no podrá superar el máximo de la sanción de multa prevista en el art. 47, inc. b), de esta ley”.

Figura prácticamente desconocida en nuestro derecho civil durante los siglos XIX y XX, en el proyecto de Código Civil de 1998 se previó como art. 1587 una norma que establecía: “*Multa civil*. El tribunal tiene atribuciones para aplicar una multa civil a quien actúa con grave indiferencia respecto de los derechos ajenos o de los intereses de incidencia colectiva. Su monto se fija tomando en consideración las circunstancias del caso, en especial los beneficios que aquel obtuvo o pudo haber obtenido con su conducta y tiene el destino que le asigne el tribunal por resolución fundada”. Luego la figura se fue nutriendo con doctrina y legislación extranjera, e irá, seguramente, cobrando mayor vigencia con el correr de los años.

Vamos a analizar el instituto del daño punitivo considerando, en primer lugar, cómo ha sido introducido a la legislación argentina mediante la Ley de Defensa del Consumidor.

### III. NOCIÓN Y DENOMINACIÓN

Los daños punitivos han sido definidos como “sumas de dinero que los tribunales mandan a pagar a la víctima de ciertos ilícitos, que se suman a las indemnizaciones por daños realmente experimentados por el damnificado, que están destinados a punir graves inconductas del demandado y a prevenir hechos similares en el futuro” (2).

Para Colombres, “son una herramienta tendiente a disuadir las prácticas de conductas desaprensivas por parte de los actores económicos, castigando las mismas, al enviar a pagar a quien resulte afectado por las consecuencias de dichas prácticas, una suma en concepto de multa civil, la cual se adicionará a la fijada en concepto de resarcimiento del daño” (3).

Para Félix Trigo Represas, los llamados “daños punitivos” son uno de los institutos que más se ha vinculado con la función preventiva de

---

(2) PIZARRO, Ramón D., “Daño moral”, Ed. Hammurabi, Buenos Aires, 1996, p. 453.

(3) Colombres, Fernando M., “Los daños punitivos en la Ley de Defensa del Consumidor”, LL 2008-E-1159

la responsabilidad civil (“La prevención y el daño punitivo”, *Revista de Derecho de Daños*, 2008-2, Ed. Rubinzal-Culzoni, ps. 27 y ss.).

Cabe señalar que los montos que los jueces pueden imponer en concepto de daño punitivo a favor del consumidor afectado van desde los \$ 100 hasta los \$ 5.000.000 y son adicionales a cualquier otra indemnización que le corresponda al consumidor (4).

Se ha utilizado también la denominación “daños ejemplares” (de la locución inglesa *exemplary damages*) para destacar la característica de que se originaron para constituir un castigo ejemplificador para determinados incumplimientos especialmente dañinos. La designación “daños punitivos” (punitivo: del latín *punitum*, supino de *punire*, castigar) puede ser incorrecta desde el punto de vista semántico, ya que lo que se sanciona no es el daño en sí mismo, sino en todo caso la conducta del dañador. Sin embargo, ese nombre ha sido ya adoptado con aceptable consenso y, en el ámbito jurídico cuanto menos, se sabe a ciencia cierta a qué nos referimos al emplear dicha denominación.

El Anteproyecto de Ley de Defensa del Consumidor que trata el Senado, en su art. 118, los denomina “sanción punitiva por grave menoscabo hacia los derechos del consumidor”.

Por su parte, en el Proyecto que trata la Cámara de Diputados, en el art. 118 se los denomina “daño punitivo”.

Por nuestra parte, discrepamos de quienes cuestionan la denominación “daño punitivo”, sin perjuicio de reconocer que esta denominación es equívoca, porque no se sanciona el daño sino la conducta del dañador, pero tiene carta de ciudadanía y así se conoce en todo el mundo de habla española.

Por esto mismo, la denominación “sanción económica disuasiva” que proponía el Anteproyecto de Código Civil y Comercial de la Nación no nos parece conveniente, ya que cuando decimos “daño punitivo” todos saben de qué se trata, al igual que pacto comisorio o daño moral.

En contra de lo precedente, Facundo Martínez Paz nos dice que “la denominación más acertada es la de ‘sanción pecuniaria disuasiva’, que incluía el Proyecto de Código Civil Comercial del año 2012, en su art. 1714 (...), enfatiza la naturaleza de sanción dineraria que caracteriza al instituto, pero a diferencia de aquella, reemplaza el término ‘multa’

---

(4) Suma que, debido a la inflación crónica que padece la Argentina, ha quedado muy desactualizada.

que es propio del derecho penal o administrativo, por el de ‘sanción pecuniaria’, más asimilable al derecho civil” (5).

Por su parte, Maximiliano N. G. Cossari nos dice: “Así, si bien es ampliamente sabido que hablar de ‘daños punitivos’ resulta impropio, lo cierto es que la nomenclatura utilizada por la normativa vigente viene siendo largamente utilizada de manera consistente en la jurisprudencia argentina, y ya es parte del vocabulario jurídico de los profesionales del derecho. Asimismo, tanto la noción ‘sanciones pecuniarias disuasivas’ como ‘sanciones punitivas’ no son contradictorias y, en sustancia, apuntan a reflejar características sustanciales del instituto. Podemos decir entonces que, sin perder de vista las críticas y la pureza que debe primar en los textos especializados, en la práctica jurídica cotidiana no resulta inconveniente utilizar todos ellos como sinónimos” (6).

Coincidimos con Díaz Cisneros en que “la voz ‘daños punitivos’ es correcta para designar la figura: a) con el sustantivo ‘daños’ enseña que es un componente de la indemnización; b) con el adjetivo ‘punitivos’ a su función específica dentro de la indemnización, cual es reformar su fuerza retributiva” (7).

Concluimos que la denominación de “daños punitivos” viene impuesta por el uso en la lengua española y no hace falta cambiarla, ya que todos saben de qué se trata.

#### IV. REQUISITOS

Del concepto extraemos tres notas características de la figura, que podemos elevar a la categoría de requisitos, sin perjuicio de los que surgen de la Ley de Defensa del Consumidor.

Las exigencias generales para poder reclamar el daño punitivo serían:

- a) la existencia de una víctima del daño;

---

(5) MARTÍNEZ PAZ, Facundo, “Los daños punitivos en el derecho argentino. Primeras aproximaciones”, *Microjuris* MJD13691.

(6) “Daños punitivos: comentarios en base a las conclusiones de las XXVII Jornadas Nacionales de Derecho Civil”, [www.elderechodigital.com.ar](http://www.elderechodigital.com.ar).

(7) DÍAZ CISNEROS, Adriano P., “Los bien llamados daños punitivos. Apuntes sobre su naturaleza jurídica”, *JA* 2020-III-38.

- b) la finalidad de sancionar graves inconductas;
- c) la prevención de hechos similares para el futuro.

Resulta entonces necesario que alguien haya experimentado un daño injusto; es decir, la figura de los daños punitivos tiene cabida en el ámbito de la responsabilidad por daños, ante lo cual descartaríamos la posibilidad de aplicación sin la existencia de damnificados (8).

Expresa López Herrera que los daños punitivos son un agregado, un plus a la indemnización por daños sufridos, algo que se concede a título distinto de la mera indemnización del daño sufrido, que puede tener una finalidad preventiva y también satisfactiva o sancionatoria (“Los daños punitivos”, Ed. AbeledoPerrot, Buenos Aires, 2008, p. 21).

Fernando Shina, refiriéndose al “negocio de responder”, siguiendo a Matilde Zavala de González (9), sostiene: “Se destaca que las indemnizaciones no hacen justicia de por sí y, al contrario, pueden contribuir a aumentar los daños debidos a la protección que brinda el seguro y a la posibilidad empresarial de trasladar costos de primas y de resarcimiento a los precios. A partir de ello, la responsabilidad se transformaría en un incentivo para mantener el daño en niveles de rentabilidad” (10).

Como segundo requisito, sería imprescindible que exista una grave inconducta, que es lo que se quiere sancionar; o que se haya causado un daño obrando con malicia, mala fe, grosera negligencia. Deben existir, como expresa Pizarro, circunstancias agravantes relativas al dañador (11).

Samir A. Dayoub concluye su comentario jurisprudencial expresando: “la moralidad de la sanción decaerá, si los consumidores se encuentran habilitados para requerir su aplicación, ante cualquier in-

---

(8) CORNET, Manuel — RUBIO, Gabriel A., “Daños punitivos”, *Anuario de Derecho Civil*, Ed. Facultad de Derecho de la Universidad Católica de Córdoba — Alveroni, Córdoba, 1997, t. III, p. 32.

(9) ZAVALA DE GONZÁLEZ, Matilde, “La responsabilidad civil en el nuevo Código”, t. I, p. 98.

(10) SHINA, Fernando, “Los primeros diez años de los daños punitivos. Apuntes críticos al Anteproyecto de Reforma de la Ley de Defensa del Consumidor. No dejemos que sean los últimos”, *Microjuris* MJD15057, del 27/09/2019.

(11) PIZARRO, Ramón D., “Daño moral”, ob. cit., p. 459. El autor sigue ejemplificando: temeridad, malicia, mala fe, malignidad, intencionalidad, perversión, actitud moralmente culpable o grosera negligencia, son algunos de los calificativos que la jurisprudencia utiliza para justificar la sanción.

cumplimiento, que solo podrá desvirtuarse acreditando la causa ajena. Dejará de ser una herramienta disuasoria para convertirse en un recurso fecundo para ensanchar el bolsillo de los usuarios y consumidores. Y allí también habrá una ecuación perversa” (12).

La jurisprudencia al respecto ha resuelto en autos “Ricci, Mariana Karina c. Banco de la Ciudad de Buenos Aires y otros s/ ordinario” (CN-Com., Sala F, 21/08/2020, Microjuris MJJ128098): “Si bien es cierto que ha sido criticado el alcance amplio con el que ha sido legislada la multa civil, en cuanto alude a cualquier incumplimiento legal o contractual, existe consenso dominante en el derecho comparado en el sentido de que las indemnizaciones o daños punitivos solo proceden en supuestos de particular gravedad, calificados por el dolo o la culpa grave del sancionado o por la obtención de enriquecimientos indebidos derivados del ilícito o, en casos excepcionales por un abuso de posición de poder, particularmente cuando ella evidencia menosprecio grave por los derechos individuales o de incidencia colectiva”.

Por último, no puede dejar de reclamarse como requisito aquella finalidad contenida en el instituto: la necesidad de desterrar este tipo de conductas, es decir, se pretende disuadir ulteriores hechos análogos. En otras palabras, lo que se intenta es evitar que esa conducta que aparece reprobada pueda ser reincidente, con más razón si se detecta que a las empresas infractoras les resulta más lucrativo indemnizar a aquellos damnificados que puntualmente han reclamado la aplicación de la ley que desistir de su práctica lesiva.

## V. LA FINALIDAD

La finalidad que perseguida con esta particular especie de sanción no es solo castigar un grave proceder, sino también prevenir —ante el temor que provoca la multa— la reiteración de hechos similares en el futuro. También contribuye —como sostienen varios autores— al desmantelamiento de los efectos de ciertos ilícitos. La idea es que “frente al riesgo de sufrir la sanción, deje de ser económicamente atractivo enriquecerse a costa de vulnerar derechos ajenos” (13).

---

(12) DAYOUB, Samir A., “El daño punitivo y la ‘tolerancia cero’”, *www.elderechodigital.com.ar*.

(13) SIMARI, Virginia, “Daños punitivos: una herramienta eficaz”, ED 182-1621.



Los daños punitivos participan de la naturaleza de una pena privada, accesoria y excepcional que se impone al demandado a título preventivo o como sanción y satisfacción al ofendido en virtud de haber incurrido en conductas consideradas sumamente disvaliosas.

Los daños punitivos nacieron con una finalidad de servir de castigo o punición para determinadas conductas consideradas ultrajantes o indignantes.

Recordemos que el ordenamiento jurídico nacional conoce penas privadas pecuniarias, como la cláusula penal, los intereses sancionatorios, los intereses punitivos y las *astreintes*, y penas no pecuniarias, como la pérdida de la patria potestad, ahora responsabilidad parental, o la indignidad para suceder.

Así, la figura del daño punitivo ha sido prevista por la ley teniendo en miras:

- 1) Sancionar inconductas graves.
- 2) Prevenir futuras inconductas semejantes (por temor a la sanción).
- 3) Restablecer el equilibrio emocional de la víctima.
- 4) Reflejar la desaprobación social frente a las graves inconductas.
- 5) Proteger el equilibrio del mercado.
- 6) El desmantelamiento de los efectos de ciertos ilícitos.

Siguiendo en todo este punto a Pizarro, podemos decir que muchas veces la vías resarcitorias habituales no resultan suficientes para estos fines, “principalmente en aquellos supuestos en los cuales el dañador obtiene un beneficio buscado a través de la comisión del ilícito, aun después de pagar las indemnizaciones pertinentes” (14).

Recordemos uno de los primeros precedentes en el derecho norteamericano (Court of Appeal of California, Fourth Appellate District, division two, “Grimshaw vs. Ford Motor Company”, 119 Cal. App. 3 D. 757; 174 Cal. RPTR 348), donde se le impuso a la empresa automotriz una sanción punitiva de 125 millones de dólares para motivar la reparación serial de un defecto de fabricación del automóvil Ford Pinto situado en el tanque de combustible del rodado, dado que podía provocar una explosión en determinadas circunstancias. Sobre la base de un cálculo costo-benefi-

---

(14) PIZARRO, Ramón D., “Daño moral”, ob. cit., ps. 461 y 464.

cio, la reprochable decisión empresarial fue la de no subsanar ni proceder a realizar las modificaciones necesarias, ello porque le resultaba más oneroso realizarlas que abonar los costos por los daños específicos que se produjeran. El caso justificaba plenamente la aplicación de la sanción.

## **VI. LOS DAÑOS PUNITIVOS EN LA LEY 24.240: EXIGENCIAS. LA GRAVEDAD DEL HECHO**

La ley 26.361 incorporó esta figura, situándola (a nuestro criterio, equivocadamente) en el marco de la regulación sobre acciones judiciales.

De acuerdo con el texto de la norma, la única exigencia para que los daños punitivos resulten aplicables sería “que el proveedor no cumpla con sus obligaciones legales o contractuales para con el consumidor”. Esto solo, insistimos, de acuerdo con el texto de la ley, resultaría suficiente, sin requerirse —al parecer— nada más para que la pena pueda ser impuesta.

Coincidimos con Facundo Martínez Paz (15) en que “estas once palabras constituyen la única referencia a los presupuestos de procedencia de la sanción, se trata del punto más álgido, y el que mayores críticas ha recibido”.

Transcribimos al comienzo el art. 52 bis de la Ley de Defensa del Consumidor, y de dicho texto deseamos subrayar y resaltar el párrafo que menciona expresamente la “gravedad del hecho”.

El daño punitivo debe ser entendido como una figura de excepción, que requiere de un factor subjetivo agravado como condición para su aplicación. Con el texto actual de la norma, y sin perjuicio de la deficiente técnica legislativa, aquel deberá interpretarse como un “todo”, es decir, tomando la gravedad del hecho que cita la norma, no únicamente como pauta de graduación, sino también como condición de procedencia del daño punitivo.

El elemento subjetivo debe ser agravado; la mera negligencia no es suficiente para imponer daños punitivos, siempre siguiendo la jurisprudencia de los Estados Unidos (López Herrera, “Los daños punitivos”, ob. cit., p. 22).

---

(15) MARTÍNEZ PAZ, Facundo, “Elementos configurativos de los daños punitivos en el derecho argentino”, *Microjuris* MJD13703.

Se ha dicho en tal sentido, en afirmación que compartimos: “El presupuesto de hecho que determina la aplicación de la indemnización punitiva es de una extrema laxitud y se encuentra en pugna con todos los antecedentes de la figura en el derecho comparado. La ley dispone su procedencia con relación al proveedor que no cumpla con sus obligaciones legales o contractuales con el consumidor, sin exigir ningún otro requisito, lo cual es absolutamente excesivo. No cualquier ilícito (contractual o extracontractual) debería ser apto para engendrar una sanción tan grave, sin riesgo de un completo desquiciamiento del sistema. Existe consenso dominante en el derecho comparado en el sentido de que las indemnizaciones o daños punitivos solo proceden en supuestos de particular gravedad, calificados por el dolo o la culpa grave del sancionado o por la obtención de enriquecimientos indebidos derivados del ilícito o, en casos excepcionales, por un abuso de posición de poder, particularmente cuando ella evidencia menosprecio grave por derechos individuales o de incidencia colectiva. Es, de tal modo, poco serio —y atenta contra la esencia misma de la figura y contra la eficacia de su regulación— abrir sus puertas frente a cualquier incumplimiento o ilícito extracontractual” (16).

Reiteramos, coincidiendo con Samir A. Dayoub, que para nosotros la procedencia de los daños punitivos se halla justificada frente a conductas “desaprensivas, recalcitrantes, de trascendencia social y potencialmente riesgosas. Incluso también se ha dicho que sirven para neutralizar los efectos nocivos de las ecuaciones perversas y el negocio de reparar” (17).

## VII. LEGITIMACIÓN PASIVA

Son pasibles de ser sancionados los proveedores que no cumplen con obligaciones legales o contractuales; la norma asume un criterio genérico y flexible, que permite utilizar el instrumento frente a cualquier incumplimiento del proveedor, aunque ello no quiere decir que siempre deba aplicarse la multa civil, si no se reúnen los recaudos generales que caracterizan la figura.

Dispone la ley que cuando más de un proveedor sea responsable del incumplimiento responderán todos solidariamente ante el consumidor,

---

(16) STIGLITZ, Rubén S. — PIZARRO, Ramón D., “Reformas a la Ley de Defensa del Consumidor”, LA LEY 2009-B-949.

(17) DAYOUB, Samir A., “El daño punitivo y la ‘tolerancia cero’”, ob. cit.

sin perjuicio de las acciones de contribución (arts. 840 y 841 del Cód. Civ. y Com.) que les correspondan. Agregamos nosotros que ello será así si todos los proveedores son sancionados, pues en una misma relación de consumo puede ocurrir que no todos los empresarios incurran en conductas que se juzguen merecedoras de una multa civil.

### VIII. PETICIÓN DE PARTE Y DESTINO DE LA MULTA

La ley dispone que la aplicación de la sanción deberá ser a instancia de parte, y define que será a favor del consumidor.

Esta última especificación aborda uno de los puntos críticos de la figura (el destino de la pena); según Alterini, esta decisión legislativa da sustento a las críticas fundadas en el enriquecimiento sin causa del consumidor beneficiario, por lo que plantea que hubiera sido más racional asignar el producido de la multa al Fondo Especial creado por el art. 47 de la ley (18).

Analizando el Anteproyecto de Código Civil y Comercial de la Nación, Daniel R. Vítolo afirmaba que “no es feliz la propuesta respecto a la modificación del destino de la sanción pecuniaria, pues al proponer que sea el juez quien decida cuál es el destino de la misma, por resolución fundada, se abre un espectro muy amplio en materia de discrecionalidad, cuya revisión posterior parece también una cuestión demasiado abierta, al no hacer referencias —por parte de la ley— del criterio para la elección del destinatario, dejándolo como una decisión de mérito y conveniencia para los tribunales, lo que hace sumamente cuestionable la iniciativa” (“Daños punitivos y Código Civil y Comercial”, LLBA del 04/09/2013).

Por nuestra parte, opinamos que el beneficiado debe ser el damnificado, como dispone la ley 24.240, ya que coincidimos con Colombres cuando sostiene: “estamos de acuerdo con la solución de la norma. En primer lugar vemos, en el beneficio que se le concede al consumidor —víctima— actor, un premio a su lucha, a su compromiso, a su paciencia (los que pleiteamos habitualmente sabemos el largo camino que se recorre hasta la consecución de una sentencia firme) y por qué no —no obstante ya haber sido dañado— su capital en miras a perseguir al culpable” (Colombres, Fernando M., “Los daños punitivos...”, ob. cit.).

---

(18) ALTERINI, Atilio A., “Las reformas a la Ley de Defensa del Consumidor. Primera lectura, 20 años después”, LA LEY del 09/04/2008, p. 1.

En caso contrario, ¿por qué un consumidor se arriesgaría a solicitarlos?

### IX. FACULTADES DEL JUEZ

La ley postula que el juez “podrá” aplicar una multa civil, lo que daría a entender que se trata de una facultad discrecional del magistrado.

Entendemos que, más allá de la amplitud del margen de apreciación según el sano arbitrio judicial, si se reúnen las condiciones generales de la figura, el juez deberá aplicar la sanción, y su decisión en contrario podrá ser recurrida.

El Anteproyecto de Ley de Defensa del Consumidor, en su art. 118, inc. 3º, establece: “La sanción tiene el destino que le asigne el juez por resolución fundada”.

Estimamos que el beneficiario debe ser el damnificado; consideramos equivocado y disvalioso lo proyectado, porque la magistratura argentina en términos generales no goza de mucho prestigio, por múltiples razones, entre las cuales señalamos la situación feudal de muchas provincias argentinas, la dependencia del Poder Judicial respecto del Poder Ejecutivo y —coincidiendo con López Mesa— la tendencia de algunos jueces de hacer caridad con bolsillo ajeno, lo que este autor denomina la “ideología de la reparación” (“Tratado...”, ob. cit., t. I, ps. 17 y ss.).

Coincidente con nuestra opinión, tenemos que el art. 64 de la ley 27.742 de Defensa de la Competencia prescribe: “Las personas que incumplan las normas de la presente ley, a instancia del damnificado, serán pasibles de una multa civil a favor del damnificado que será determinada por el juez competente y que se graduará en función de la gravedad del hecho y demás circunstancias del caso, independientemente de otras indemnizaciones que correspondan”.

### X. QUANTUM DE LA SANCIÓN

La Ley de Defensa del Consumidor contiene dos precisiones al respecto. La graduación de la multa se establecerá en función de la gravedad del hecho y demás circunstancias del caso, lo que impone una evaluación integral del contexto en que se produce la conducta sancionada; a su vez, el máximo de la multa se correlaciona con el del art. 47, inc. b), para las sanciones pecuniarias impuestas en sede administrativa.

Alterini (19) señala que debería haberse optado por un sistema de multa global (una sola multa por causa generadora, y no tantas como consumidores afectados haya), pero sin techo cuantitativo (pues el previsto puede resultar exiguo en relación con la infracción cometida).

En definitiva, la legislación que estudiamos sobre el daño punitivo confiere al juez la posibilidad de imponer una multa civil a favor del damnificado, que se graduará en función de la gravedad del hecho y las circunstancias del caso, independientemente de otras indemnizaciones que correspondan. La gravedad debe ser apreciada teniendo en cuenta las circunstancias del caso: el tipo de producto o servicio, la alteración, el tipo de consumo, a quién está destinado, la cantidad, etcétera.

Es por ello que queda librada a la apreciación judicial, puesto que no se pueden establecer reglas fijas al respecto. Por otra parte, la amplitud que tiene el juez para determinar dicha multa permitirá adecuar la solución a las circunstancias del caso.

Respecto al máximo o tope del daño punitivo, se debe buscar un mecanismo que no quede desactualizado por la inflación, como el “argentino oro”, el *jus*, el sueldo de un Camarista, etcétera.

Respecto a la cuantificación, coincidimos con la Excma. Cámara Nacional de Apelación en el caso “Franco, Maximiliano Daniel c. Aira SA s/ordinario” (MJJ108663): “habría sido preferible que el legislador, amén de tener en cuenta para la cuantificación del monto, la gravedad del hecho y demás circunstancias del caso, hubiera considerado puntualmente, como dispone el art. 49 de la ley 24.240. Para las sanciones previstas en el art. 47, el perjuicio resultante de la infracción para el consumidor o usuario, la posición en el mercado del infractor, la cuantía del beneficio obtenido, el grado de intencionalidad, la gravedad de los riesgos o de los perjuicios sociales derivados de la infracción y su generalización, la reincidencia y las demás circunstancias relevantes del hecho. En definitiva, ‘es de esperar’: a) Que la praxis jurisprudencial de la multa civil sea prudente; b) Que su función ‘moralizadora del mercado’ se concentre como corresponde en la protección de valores superiores como la vida, la salud, la integridad física y la reputación; c) Que se atienda al principio de proporcionalidad, que implica no establecer otras penas que las ‘estricta y evidentemente necesarias’; d) Que se tenga en cuenta que la magnitud de la multa debe ser confrontada con las garantías constitucionales; y e) Que en todo caso sean desalentados los cazadores de pena privada”.

---

(19) Ídem.

## XI. CINCO REGLAS PARA DETERMINAR EL DAÑO PUNITIVO

Empleando por analogía algunas normas que contenía el Código Civil de Vélez Sarsfield relativas a institutos que presentan semejanza con los daños punitivos, proponemos las siguientes reglas para su determinación y cuantificación:

a) *Considerar la “índole del hecho generador”*: El antiguo art. 522 del Cód. Civil, relativo a la indemnización del daño moral por incumplimiento contractual, presentaba una importante semejanza con los daños punitivos, pues remite su determinación a la apreciación judicial o al prudente arbitrio judicial. Esta norma, al igual que el art. 52 bis de la Ley de Defensa del Consumidor, empleaba el giro “el juez podrá”, por lo que algunos interpretan que es facultativo del juzgador conceder o no la indemnización, y otros —nos incluimos— sostienen que, acreditada la existencia de responsabilidad —y siempre que medie petición de parte—, el juez deberá ordenarla. Resultaría aplicable a los daños punitivos la frase que apela a sentenciar “de acuerdo con la índole del hecho generador de la responsabilidad y las circunstancias del caso”.

El hecho generador de la responsabilidad será, naturalmente, el incumplimiento, pero la norma está pidiendo que el juez además preste atención a cómo ha sido ese incumplimiento. Así, “índole” se define como condición e inclinación natural propia de cada persona; o “naturaleza, calidad y condición de las cosas”, con lo cual el juez tendrá que analizar cómo ha sido la inejecución, si —por ejemplo— se trata de un incumplimiento definitivo o ha existido imposibilidad imputable, si es conducta reiterada el cumplimiento irregular o defectuoso y la mora o retardo en el cumplimiento.

El desarrollo y las características de la conducta incumplidora merecen entonces ser valorados para la cuantificación.

Cobra importancia para la determinación del daño punitivo lo mismo que en el daño moral por el incumplimiento contractual: que la labor individualizadora del juez, sea en atención “a las circunstancias del caso”, sea “en la concreta aplicación de las normas jurídicas”, que muestran al arbitrio judicial como un vehículo formal y materialmente vertebrado dentro del ordenamiento jurídico y apoyado en la ciencia, permita lograr la objetividad de la decisión judicial. En ese acto de creación del juez, por más amplio o extenso que resulte en definitiva su arbitrio, no se colige que ello sea producto de una voluntad caprichosa, si es conforme a una crítica reflexión, que necesariamente debe concordar o armonizar con las particularidades que presenta cada inejecución.

b) *Proporcionalidad con la gravedad de la falta*: Puede emplearse también por analogía la regulación dada en el Código Civil a la cláusula penal, de naturaleza similar a los daños punitivos, pues se trata también de una sanción o una pena civil, por retardar o no ejecutar la obligación, tomando en cuenta que se autoriza a los jueces a reducir las penas cuando sea “su monto desproporcionado con la gravedad de la falta que sancionan...”.

De allí podemos extraer *a contrario sensu*, y de manera muy adecuada a los fines del instituto del daño punitivo, que la sanción debe guardar proporción con la falta cometida y que se pretende sancionar. En consecuencia, el juez debería evitar penas ínfimas, meramente simbólicas o desproporcionadas por exorbitantes.

c) *Valor de las prestaciones. Cuantía del daño material*: A esos fines puede tener en cuenta —esto, a nuestro parecer, no como una regla inconvencional— el “valor de las prestaciones y demás circunstancias del caso”. El valor de las prestaciones o el monto de las indemnizaciones por el daño resarcible podrían ser un referente o un indicador para cuantificar el daño punitivo.

Es decir, puede tenerse en cuenta —cuidado: solo como un dato más; no necesariamente como una tarifación que hay que buscar ni como una relación obligatoria a establecer— el valor de las prestaciones implicadas en el caso de que se trata.

d) *El caudal económico de quien debe satisfacer*: Buscando por analogía, en las *astreintes* encontramos un elemento de valioso auxilio para la determinación del daño punitivo. En efecto, el instituto de las *astreintes* presenta importantes semejanzas con los daños punitivos: las sanciones conminatorias dispuestas en el art. 804 del Cód. Civ. y Com. son vías compulsivas indirectas que la ley autoriza aplicar en contra de un incumplidor mediante la imposición de un castigo en su patrimonio, buscando mover la voluntad del remiso a fin de lograr que cumpla con lo ordenado. El Código dispone que las condenas se graduarán “en proporción al caudal económico de quien deba satisfacerlas” (art. 804, Cód. Civ. y Com.), norma que marcaba una pauta importante: La situación patrimonial del obligado debe ser tenida en cuenta. Podría decirse que, a mayor patrimonio del condenado, mayor debería ser el monto de la sanción. Sin duda, es un punto de referencia importante.

Podría añadirse, por último, como pauta evaluadora para justipreciar el monto de la sanción, la incidencia que el incumplimiento tenga en la vida del acreedor, aumentando el *quantum* del daño punitivo de



verificarse efectos directos beneficiosos e inmediatos; o morigerándolo de ser más remotos.

e) *La equidad como regla para establecer los montos*: Sin perjuicio de que habrá casos en los que todos estos criterios puedan resultar insuficientes, pensamos que la regla de la equidad debe ser un elemento que tenga incidencia a la hora de determinar el monto de la sanción. Puede por analogía recurrirse al art. 1742 del Cód. Civ. y Com., que menciona: (i) el patrimonio del deudor, (ii) la situación personal de la víctima y (iii) las circunstancias del hecho.

Podríamos expresarlo así: ni una sanción pecuniaria tan alta que parezca una confiscación arbitraria, ni tan baja que por insignificante no cause efecto alguno en el sujeto obligado: Que sea la equidad la base de la estimación. Ubicar la equidad en el lugar preciso, que es cuando juega con máximo espacio la discrecionalidad del juzgador. Se ha dicho en tal sentido que, no obstante una fuerte mirada hacia el perjudicado, “el juez no puede prescindir de la situación de un dañador no intencional o doloso (...). El derecho no es indiferente a la incidencia que el pago del resarcimiento puede originar en el causante del perjuicio y en su familia. Se busca, por esta vía, evitar su ruina, la quiebra de una empresa, el cierre de un establecimiento” (20).

## XII. ACUMULACIÓN CON INDEMNIZACIONES

Si bien ello es característico de la naturaleza sancionatoria (no resarcitoria) de la multa civil, la ley aclara expresamente que esta sanción se impondrá “independientemente de otras indemnizaciones que correspondan”.

## XIII. CRÍTICA AL SISTEMA

Sebastián Picasso (21), más allá de su oposición teórica a la incorporación de los daños punitivos al derecho argentino, ha formulado di-

---

(20) MOSSET ITURRASPE, Jorge — PIEDECASAS, Miguel A., “Código Civil comentado. Responsabilidad civil”, Ed. Rubinzal-Culzoni, Santa Fe, 2003, art. 1069, p. 44.

(21) PICASSO, Sebastián, “Nuevas categorías de daños en la Ley de Defensa del Consumidor”, LA LEY, *Supl. Esp.: Reforma de la Ley de Defensa del Consumidor*, 2008 (abril), p. 123.

versas críticas al sistema normativo, algunas de las cuales (a su juicio) determinarían la inconstitucionalidad del sistema.

Señala: (i) que la norma no establece condiciones especiales a fin de la aplicación de la sanción (que, como hemos visto, son exigidas por la doctrina), por lo que irracionalmente se podría punir cualquier incumplimiento del proveedor; (ii) que el tipo del art. 52 bis es excesivamente abierto (y, por ello, inválido), pues no describe con precisión la conducta prohibida, ni requiere un factor subjetivo de atribución, ni precisa las pautas mínimas que habrán de guiar la graduación de la sanción; (iii) que la multa civil podría superponerse a una sanción de igual naturaleza impuesta al responsable por la autoridad de aplicación de la Ley de Defensa del Consumidor, en ejercicio de las atribuciones que le confiere el art. 47, con lo que se incurriría en una doble sanción penal por el mismo hecho.

Por nuestra parte, creemos que las censuras precedentes son sustentables en un marco de técnica legislativa, pero pueden ser corregidas por una aplicación racional, prudente y condicionada de estas sanciones por los magistrados.

Como expresa Carlos A. Brun: “Mucha agua ha corrido bajo el puente desde que los daños punitivos fueron incorporados al estatuto consumeril mediante la ley 26.361 (promulgada el 03/04/2008); doce años en los que la doctrina y la jurisprudencia han tenido (y siguen teniendo) una incansable labor hermenéutica, que tiende a que la aplicación del instituto cumpla con las finalidades para las que fue creado, en el derecho inglés, primero, y en el de los Estados Unidos de Norteamérica, después” (22).

#### **XIV. PROYECTOS DE REFORMA**

Actualmente en el Congreso de la Nación se tratan dos proyectos de reforma de la Ley de Defensa del Consumidor.

En el año 2018, por encargo del Ministerio de Justicia y Derechos Humanos de la Nación, la Comisión designada, integrada por Gabriel A. Stiglitz, Fernando Blanco Muiño, María Eugenia D'Archivio, Carlos A. Hernández, María Belén Japaze, Leonardo Lepíscopo, Federico A. Ossola, Sebastián Picasso, Cósimo G. Sozzo, Carlos E. Tambussi, Roberto Vázquez Ferreyra y Javier H. Wajntraub, elevó el Anteproyecto de Ley de

---

(22) BRUN, Carlos A., “Si los daños punitivos solo sirven para sancionar, no sirven para nada”, LA LEY del 29/10/2020, p. 5.

Defensa del Consumidor, que pretende la sustitución de la actual ley por una nueva norma de 186 artículos.

El art. 118 del Anteproyecto prescribe:

Art. 118: “*Sanción punitiva por grave menosprecio hacia los derechos del consumidor*. El juez tiene atribuciones para aplicar una sanción pecuniaria al proveedor que actúa con grave menosprecio hacia los derechos del consumidor. Se aplican las siguientes reglas:

”1. Pueden pedirla el consumidor y el Ministerio Público Fiscal. En las acciones colectivas, puede solicitar la sanción punitiva cualquiera de los legitimados activos para promoverlas. Sin perjuicio de ello, el juez puede también imponer la sanción de oficio. A tal efecto, la resolución que dispone correr traslado de la demanda debe advertir al demandado acerca del posible ejercicio de esta facultad;

”2. El monto de la sanción se fija tomando en consideración las circunstancias del caso, en especial, la gravedad de la conducta del sancionado, su repercusión social, los beneficios que obtuvo o pudo obtener, los efectos disuasivos de la medida, el patrimonio del dañador, y la posible existencia de otras sanciones penales o administrativas. El importe de la multa no puede ser superior al doble del máximo previsto para la sanción de multa por el art. 157, inc. 2º, o al décuplo del importe total de la ganancia obtenida por el proveedor como consecuencia del hecho ilícito, si este último resultare mayor;

”3. La sanción tiene el destino que le asigne el juez por resolución fundada;

”4. Si dos o más proveedores son autores de la conducta que ha dado lugar a la sanción punitiva, su responsabilidad es solidaria;

”5. La obligación de pagar la sanción punitiva no es asegurable”.

Este Proyecto fue motivo de tratamiento en las XXVII Jornadas Nacionales de Derecho Civil, celebras en la ciudad de Santa Fe los días 26, 27 y 28 de septiembre de 2019.

Posteriormente, en el año 2020, en la Cámara de Diputados de la Nación se debatió otro Proyecto, presentado por los diputados Alfredo Cornejo, Diego Mestre, Gabriela Lena, Alfredo Cacace, Albor Á. Cantard, Ezequiel Fernández Langan y Jimena Latorre, el que proyecta un art. 118 realmente superador de las críticas.

En este Proyecto, actualmente en tratamiento en la H. Cámara de Diputados de la Nación, se propone:

Art. 118: “*Daño punitivo*. Se aplicará una sanción pecuniaria al proveedor que actúa con grave menosprecio, dolo o culpa grave hacia los derechos del consumidor, según las siguientes reglas:

”1. En las acciones individuales pueden pedirla el consumidor y el Ministerio Público Fiscal. En las acciones colectivas, puede solicitarla cualquiera de los legitimados activos para promoverlas.

”2. El monto de la sanción se fija tomando en consideración las circunstancias del caso, en especial, la gravedad de la conducta del sancionado, su repercusión social, los beneficios que obtuvo o pudo obtener, los efectos disuasivos de la medida, el patrimonio del dañador, la reiteración o reincidencia en que haya incurrido el proveedor, la conducta que haya observado durante el proceso y la posible existencia de otras sanciones penales o administrativas. Dicho monto nunca podrá ser inferior a veinte [20] Salarios Mínimos Vitales y Móviles;

”3. Cuando sea solicitada por los consumidores, en acciones individuales o colectivas, la multa civil será aplicada a favor de estos. En el caso de los restantes legitimados activos, se destinará a un fondo especial que será administrado por la ANCON si la acción se sustancia en el Fuero Federal, o la autoridad de aplicación provincial correspondiente si la acción se sustancia ante los tribunales provinciales, las que deberán implementar políticas de prevención en la comisión de conductas similares a las que dieron origen a la sanción, en un plazo de 90 días de percibido su importe, informando públicamente todo lo obrado al respecto;

”4. Si dos o más proveedores son autores de la conducta que ha dado lugar a la sanción punitiva, su responsabilidad es solidaria;

”5. La obligación de pagar la sanción punitiva no es asegurable”.

En los Fundamentos que acompañan este Proyecto se expresa, en la parte pertinente:

“Este Proyecto de Código de Defensa del Consumidor tiene como antecedente inmediato, aunque con varias modificaciones, al Proyecto de Ley de Defensa del Consumidor presentado en el Senado de la Nación. Dicho Proyecto es a su vez fruto de un Anteproyecto que, presentado por sus autores en diciembre de 2018 (su elaboración tuvo lugar durante un año y medio, y en la que intervinieron juristas y profesores de derecho de varios puntos del país, lo que refuerza su carácter federal), fue objeto

de múltiples análisis, tanto bibliográficos, como en congresos, encuentros científicos y audiencias públicas, de todo lo cual surgieron ajustes de importancia, en aras a mejorarlo. Tuvo como antecedentes no solo el texto de la ley 24.240 (varias de sus normas se mantienen), sino también la mejor doctrina y jurisprudencia nacionales, como así también las principales normas internacionales en la materia”.

## XV. JURISPRUDENCIA

a) *Informe sobre datos personales. Incumplimientos anteriores a la vigencia de la ley.* En la causa “Cañadas Pérez, María Dolores c. Bank Boston NA s/ daños y perjuicios” (CNCiv., Sala F, 18/11/2009) se estableció que “los incumplimientos anteriores a la entrada en vigencia de la mencionada ley no pueden ser sancionados con daño punitivo” (se intentó sancionar la publicación por parte de la entidad bancaria de información crediticia errónea de la actora) (23).

De todos modos, el tribunal también se pronunció —*obiter dicta*— sobre la posibilidad de la procedencia de los daños punitivos por la difusión de datos: “Resulta oportuno recordar que el derecho a la protección de datos fue gradualmente adquiriendo el reconocimiento individual de carácter personalísimo, tanto en la doctrina como en la legislación. El núcleo del tema es la libertad del individuo frente al procesamiento de datos, es decir, la protección de la persona contra la evolución técnica de la informática. En tal sentido, la Declaración de Derechos y Libertades Fundamentales de 1989, aprobada por el Parlamento Europeo, reconoce a las personas el derecho a la intimidad en su art. 6º y les confiere el derecho al acceso y de rectificación de los datos que les afecten en los documentos administrativos (...). Los daños punitivos son una institución originaria del derecho inglés muy extendida en la práctica judicial norteamericana, en cambio, son una prácticamente desconocida en nuestro sistema de responsabilidad civil, hasta la actualidad que se encuentra contemplada en la ley de protección al consumidor”.

b) *Exigencia de gravedad en la conducta del sancionado.* En esa misma sentencia, la Cámara estableció: “El grave reproche a la conducta del dañador es el principal requisito para que proceda la figura de los daños punitivos”.

---

(23) Véase elDial.com AA59F6.

También la Cámara Primera de Apelaciones en lo Civil y Comercial de Córdoba ratificó la procedencia de la figura del daño punitivo, prevista por la Ley de Defensa del Consumidor (LDC, 24.240) (24), como uno de los ítems que deberá indemnizar, además del daño emergente y del daño moral, el propietario de una empresa fabricante de muebles a medida por haber incumplido con una entrega en las condiciones en que se había pactado.

El tribunal rechazó el recurso de apelación promovido por el demandado (en su carácter de dueño de la firma “Todo en Algarrobo”) y, por ende, confirmó la sentencia dictada en primera instancia por el juez Leonardo González Zamar (a cargo del Juzgado en lo Civil y Comercial de 49ª Nominación). Dicho magistrado había condenado al propietario de la empresa a pagar 6.400 pesos: 400 en concepto de daño emergente; 3.000 pesos por daño moral, y 3.000 pesos por daño punitivo. La causa tuvo como origen la demanda entablada por quien había encargado la fabricación de un mueble de madera para cocina (con determinadas medidas) y, en la ocasión, había entregado 400 pesos a cuenta del precio, pese a lo cual, y ante numerosos reclamos, no logró que le entregaran lo convenido.

El coautor de este trabajo, vocal Guillermo P. B. Tinti, tras precisar que “la demandada tuvo un trato desconsiderado hacia su cliente, el que se revela en los reclamos infructuosos que debió realizar y los meses que transcurrieron sin que la firma diera una respuesta a su petición”, consideró que era pertinente la aplicación del art. 52 de la LDC, cuyo art. 52 bis recepta la figura del daño punitivo que, más allá de la denominación, “no sanciona el daño en sí mismo, sino la conducta del dañador”. “Los daños punitivos han sido definidos como sumas de dinero que los tribunales mandan a pagar a la víctima de ciertos ilícitos, que se suman a las indemnizaciones por daños realmente experimentados por el damnificado, que están destinados a punir graves inconductas del demandado y a prevenir hechos similares en el futuro”, esgrimió el magistrado, a quien adhirió su par, Julio C. Sánchez Torres. Luego, el camarista fijó cuáles son los requisitos para que proceda la indemnización por daño punitivo: 1) La existencia de una víctima. 2) La finalidad de sancionar graves inconductas. 3) La prevención de hechos similares en el futuro. “Se persigue así la necesidad desterrar este tipo de conductas; es decir, se pretende disuadir ulteriores hechos análogos. En otras palabras, lo

---

(24) CCiv. y Com. 1ª Nom. Córdoba, 27/10/2011, “Navarro, Mauricio José c. Gilpin Nash, David Iván. Abreviado”, *Novedades Judiciales*, [justiciacordoba.gov.ar](http://justiciacordoba.gov.ar); [http://www.tribunales.gov.ar/cargawebweb/\\_news/news.aspx](http://www.tribunales.gov.ar/cargawebweb/_news/news.aspx); y también en el Centro de Información Judicial de la Corte Suprema, <http://www.cij.gov.ar/nota-8433>.

que se intenta es evitar que esa conducta que aparece reprobada pueda ser reincidente, con más razón si se detecta que a las empresas infractoras les resulta más beneficioso económicamente indemnizar a aquellos damnificados que puntualmente han reclamado la aplicación de la ley, que desistir de su práctica lesiva”, argumentó.

Asimismo, el vocal aseveró que “los jueces deben ser en extremo prudentes y cuidadosos en el momento de establecer la sanción por daño punitivo”, razón por la que precisó que “algunas reglas que pueden tenerse en cuenta para fijar el importe son: que la sanción guarde proporcionalidad con la gravedad de la falta. Considerar el valor de las prestaciones o la cuantía del daño material, el caudal económico de quien debe resarcir el daño, y siempre la equidad como regla”.

c) *Procedencia de la sanción por incumplimiento de deberes legales.* En la causa “Machinandiarena Hernández c. Telefónica de Argentina” (CCiv. y Com. Mar del Plata, Sala II, 27/05/2009, LL 2009-D-647) se resolvió aplicar una multa civil de treinta mil pesos a la empresa Telefónica por carecer de una rampa de acceso para discapacitados. El tribunal consideró: “se encuentra acreditado el incumplimiento a normas de distinta jerarquía (universales, regionales, nacionales, provinciales y municipales) en el marco de la relación de consumo que ligaba a las partes y un derecho superior menoscabado del consumidor al no proporcionarle un trato digno en los términos del art. 8° bis de la ley 24.240, lo que determina la aplicación de la multa civil (conf. art. 52 bis)”.

d) *Defectos en productos elaborados.* En la causa “Teijeiro, Luis Mariano c. Cervecería y Maltería Quilmes” (JCiv. y Com. 5ª Nom. Córdoba 23/03/2011, expte. 1.639.507/36, sentencia 97), la demanda fue motivada en la compra de una botella de gaseosa de la marca “Pepsi”, en la cual se encontró un envoltorio de gel íntimo para preservativos, abierto y usado.

Consideramos que en este fallo —como en otros en los que se condenó a Coca Cola, Pepsi o empresas similares— los daños punitivos fueron mal aplicados, pues, como expresa Dayoub, puede “percibirse que la solución final punitiva se encuentra inspirada en el principio de ‘tolerancia cero’, elevado como estandarte en algunos antecedentes jurisprudenciales” (25).

---

(25) DAYOUB, Samir A., “El daño punitivo y la ‘tolerancia cero’”, ob. cit., p. 4. Recomendamos la lectura de este breve trabajo, en donde el autor expresa que este principio es inaplicable para la procedencia de los daños punitivos, porque se trataría de una responsabilidad objetiva, lo cual es cierto.

e) *Incumplimiento del contrato*. En la causa “Ríos, Juan Carlos c. Lemano SRL - Altas Cumbres s/ sumarísimo” (CCiv., Com. y Minería, General Roca, Río Negro, 2ª Circ., 26/03/2010, sentencia 16) se sostuvo: “De todo ello se deduce que para el caso de autos no solo se ha acreditado el incumplimiento de una relación contractual en la órbita de los derechos del consumidor por parte de la demandada, sino que se ha agravado por el desdén que ella ha demostrado, frente al derecho invocado, con su silencio e incomparecencia (...). Como consecuencia corresponde modificar el fallo de primera instancia y hacer lugar al daño punitivo reclamado por la parte actora condenando a la demandada en la suma de \$ 3.000 con más sus intereses”.f) *Otros casos*. También se consideró procedente la aplicación de estas sanciones ante la realización de débitos indebidos en tarjetas de crédito (26), la falta de entrega de equipos telefónicos (27), el incremento automático de la cuota de una empresa de medicina prepaga por razones de edad (28), el cambio unilateral de titularidad de la línea telefónica (dejando incomunicado al usuario original) y la realización de intimaciones bajo apercibimiento de inclusión en un registro de morosos (29), la omisión de respuesta frente a pedidos de baja y transferencia de servicios telefónicos (30).

En cambio, se rechazó la aplicación de la multa en un caso en que el fabricante y el comercializador de un automóvil defectuoso brindaron al cliente una asistencia específica mediante un servicio oficial y procuraron una solución definitiva, lo que se juzgó excluyente de una conducta reprochable por haber actuado con dolo o culpa de tal entidad que amerite sanciones (31).

---

(26) CCiv., Com. y Minería General Roca, 26/03/2010, “Ríos, Juan Carlos c. Lemano SRL - Altas Cumbres”, RCyS 2010-XII-22.

(27) JCiv. y Com. Nº 11 Salta, 05/04/2010, “Gramajo Salomón, Juan Pablo c. Telefónica Móviles Argentina SA (Movistar)”, LLNOA 2011 (abril), p. 252.

(28) JCiv. y Com. Nº 14 San Isidro, 12/07/2010, “Anglada, Noemí Ángela y otro c. Bristol Medicine SRL”, LL AR/JUR/53450/2010.

(29) CCiv. y Com. Rosario, Sala II, 29/07/2010, “Rueda, Daniela c. Claro AMX Argentina SA”, LA LEY del 29/11/2010, p. 9.

(30) CCiv. y Com. Salta, Sala I, 13/04/2011, “P., D. H. c. Telecom Personal SA”, LA LEY del 06/05/2011, p. 5.

(31) CCiv. y Com. Concepción del Uruguay, 04/06/2010, “De la Cruz, Mariano Ramón c. Renault Argentina SA y otra”, LLLitoral 2010 (diciembre), p. 1264.



## XVI. CONCLUSIÓN

Antes de la introducción de la figura a la Ley de Defensa del Consumidor, hace más de 25 años, finalizaba su trabajo Trigo Represas, coincidiendo con Daniel Pizarro en que “no existe obstáculo para que una ley pueda autorizar puciones pecuniarias en casos de graves inconductas; ni para que dichos montos se destinen a los propios damnificados. Se podrá discutir la conveniencia o inconveniencia de propiciar tal criterio, pero ello representa una cuestión distinta”, que, por cierto, excede del cometido del presente trabajo (32).

Concluimos este aporte en homenaje al admirado y querido maestro Trigo Represas, expresando nuestra opinión favorable a los daños punitivos, siempre y cuando ellos sean aplicados en casos excepcionales, con suma prudencia y frente a conductas gravemente reprochables que haya que desalentar y sancionar.

---

(32) PIZARRO, Ramón D., “Daño moral”, ob. cit., p. 291.



# LOS CONTRATOS DE LARGA DURACIÓN (UN TEMA INCONCLUSO)

POR OSVALDO J. MARZORATI

## I. ANTECEDENTES

El cap. V del Libro Tercero del Código Civil y Comercial, vigente desde el 01 de agosto de 2015, trata del objeto de los contratos; contiene ocho artículos, el último de los cuales es el art. 1011, que tiene como subtítulo “Los contratos de larga duración”. Este tipo de contratos no tenía antecedentes en anteriores proyectos de reforma, como el de 1998; sí se conocían en la doctrina italiana como contrato de *lunga durata* o *lungo termine*. Se los caracteriza en nuestra legislación como aquellos donde “el tiempo es esencial para el cumplimiento del objeto, de modo que se producen los efectos queridos por las partes, o se satisfaga la necesidad que los indujo a contratar”.

Las partes deben ejercitar sus derechos conforme con un deber de colaboración, respetando la reciprocidad de las obligaciones del contrato, consideradas en relación con su duración total.

La parte que decide la rescisión debe dar a la otra la oportunidad razonable de renegociar de buena fe, sin incurrir en ejercicio abusivo de sus derechos.

Esta definición ha provocado un sinnúmero de comentarios, por cuanto este artículo da un concepto, pero no una definición; es una suerte de umbral donde corresponde indagar sus alcances, comenzando por el objeto (1).

---

(1) Conf. ALTERINI, Jorge, “Código Civil y Comercial comentado”, t. V, p. 347. “Un contrato no es de larga duración porque el tiempo sea esencial sino que está en juego la teleología propia de esta categoría negocial”, lo que lo hace concluir que “lo que está en juego es la finalidad, no el objeto”.

### *I.1. Diferenciación de los contratos de larga duración con los de ejecución instantánea*

En efecto, una primera aproximación al tema permite excluir de los contratos de larga duración a los contratos *do ut des* o de prestaciones simultáneas, cuyo ejemplo habitual es la permuta: doy una cosa por otra cosa, o la compraventa: entrego una cosa contra un precio cierto en dinero. En ambos contratos, las prestaciones de las partes se efectivizan en el mismo acto. Así, al comprar una corbata, la recibo y abono su precio, pero en la compraventa muchas veces, por razones de oferta, el precio es diferido y se paga en cuotas, que se instrumentan en pagarés o simplemente firmando con una tarjeta de crédito, por lo que el emisor de la tarjeta honra las cuotas en la medida en que existan fondos disponibles o dando crédito al comprador.

Pero si en lugar de comprar una cosa mueble compro un avión, que es un mueble registrable, a pagar en cinco años con una garantía bancaria, tampoco queda desvirtuada la operación de compraventa si el pago queda diferido en el tiempo; ello no altera la existencia de un contrato de compraventa ni lo hace de larga duración. Pero si compro un inmueble a pagar a 30 años con una hipoteca, una de las prestaciones se vuelve lejana en el tiempo, y no cabe duda de que ambas partes tenían la intención de celebrar esa operación y conocían desde el comienzo las condiciones de financiación de la operación; por lo tanto, si el comprador no paga al vendedor, este no continúa con la operación, sino que ejecuta la hipoteca para hacerse del saldo insoluto de la operación. En efecto, la colaboración con el cumplimiento no era una condición de la operación y, por ende, tampoco había una obligación de renegociar la deuda, que prevé el tercer apartado del art. 1011. En esas condiciones, ¿era esta operación un contrato de larga duración, con las características del art. 1011? Mi respuesta es negativa: el objeto de la operación era vender a plazo y cobrar lo adeudado en las condiciones pactadas, que incluían la ejecución judicial de la deuda a un plazo final, variable en función de la fecha de incumplimiento. Y así se cumplían el objeto y la finalidad del contrato. Este contrato tenía previsto cómo ejecutarlo de ser incumplido, como la agencia o la franquicia, que no tienen la obligación de renegociarlo.

### *II.2. El objeto del contrato, la esencialidad del tiempo y el deber colaboración*

El art. 1003 dispone que el objeto de un contrato debe ser lícito, posible, determinado o determinable, susceptible de valoración económica y corresponder a un interés de las partes, aunque no sea patrimonial. En cambio, los contratos de larga duración pretenden, a la luz del concepto,

ser un género o categoría contractual que abarca contratos de duración y colaboración con diferentes objetos (2), pero cuya finalidad se relaciona con que el tiempo es *esencial* para cumplir su finalidad.

En el derecho internacional, así como en el contrato de compraventa internacional previsto en la Convención de Viena, el concepto “esencial” es traducción del vocablo “fundamental” de la versión inglesa, definido como un impedimento que las partes no contemplaron al celebrarlo para permitir una resolución del contrato (3), como si fuera una condición resolutoria.

Por otra parte, si consideramos que cuando habla del “objeto” debemos considerar la finalidad del contrato, debemos recordar que todo contrato debe tener en todo momento, según el Código, su finalidad vigente. Cuando el contrato carece de finalidad, puede ser anulado. ¿Cómo juega este concepto señalado por el Prof. Alterini cuando el concepto de larga duración se vincula con la colaboración y la finalidad? Podría argüirse que su causa se realiza con el objeto querido por las partes, mientras la satisfacción que los indujo a contratar constituya una causa legítima, pero cualquier contrato tiene que satisfacer la necesidad que los llevó a contratar, tanto en el *common law* como en el *civil law*. Otro distinguido autor (4) sostiene lo contrario, pero identifica que las prestaciones a lo largo del tiempo hacen a la causa del contrato.

Y esa prestación diferida y continuada es esencial. También se ha señalado que en cualquier contrato las partes pueden pactar que el cum-

---

(2) Si tomamos el concepto de que se trata del objeto, abarcará contratos con diferentes objetos; por ejemplo, podemos considerar —en principio— al contrato de suministro, el de tiempo compartido, el de una obra social con diferentes prestaciones médicas o contratos cuyo objeto involucra un derecho real, como el de superficie, que es de larga duración, sin duda, o al usufructo de por vida.

(3) Esa misma consecuencia —la del incumplimiento esencial de la entrega— permite el pago y también permite a una parte declarar el incumplimiento esencial de las cuotas futuras, si existe causa suficiente a juicio de esa parte, ya que el contrato de compraventa es un contrato de prestaciones simultáneas, aunque una puede ser diferida en el tiempo.

(4) RIVERA, Julio C., “Código Civil y Comercial de la Nación comentado”, Ed. La ley, Buenos Aires, t. III, p. 520, sostiene que el tiempo no es un elemento accidental, sino esencial, porque “sin el necesario transcurso del tiempo las partes no logran satisfacer la causa del contrato, obteniendo sus beneficios, amortizando sus inversiones”. Existe una infinidad de contratos en los que una de las prestaciones se efectúa en forma continuada o periódica, como la prestación de servicios médicos o, en determinadas condiciones, el suministro. Quien recibe la prestación la espera en forma continuada en el tiempo.

plimiento del término es esencial, pero ello no lo convierte automáticamente en un contrato de larga duración. En la compraventa, el vendedor transfiere la propiedad de una cosa, y el comprador satisface su precio en dinero, en forma simultánea, pero el pago puede ser diferido por un tiempo acordado. Ello no cambia la esencia del contrato, que es de ejecución simultánea. El contrato queda perfeccionado, pero una de las partes está autorizada a cumplir toda o una parte de su prestación en forma diferida; sin embargo, esa condición —tan habitual estos días, cuando todo se financia en muchas cuotas, por la necesidad de vender *stocks* acumulados por el efecto del aislamiento— no hace de la compraventa un convenio de larga duración.

Tampoco lo sería la permuta, si la entrega de la cosa fuese diferida por un tiempo pactado entre las partes. Un reconocido autor italiano afirma que, en contraposición con los contratos de ejecución simultánea, se perfila la categoría de contratos de duración, de tracto sucesivo o de ejecución continuada o periódica, que, al dilatarse el cumplimiento en el tiempo, producen el efecto querido por las partes y satisfacen la necesidad durable o continuada que los indujo a contratar. La duración no es tolerada por las partes, sino querida por ellas, por cuanto la utilidad del contrato es proporcional a su duración, y sería inconcebible la ejecución del contrato en un acto único (5); como si fuera un contrato de duración antes de la vigencia del Código Civil y Comercial y de larga duración conforme al art. 1011, ya mencionado.

A esta altura, el lector puede sentirse confundido, porque no se está señalando un tiempo mínimo —por ejemplo, más de 10 años, para dar un pauta de tiempo—. Si buscamos en el Código, tenemos una lista de diferentes contratos que cumplen esos requisitos. Por ejemplo, el de locación con destino habitacional no puede exceder de 20 años, y hasta 50 para otros destinos; el usufructo oneroso se extingue a los 40 años; el uso tiene el mismo plazo que el usufructo por remisión. Es claro, a mi juicio, que el legislador no quiso poner un plazo mínimo; se preocupó en dar un concepto, pero al mismo tiempo ese concepto fue muy breve, como veremos al comentar los fundamentos, escuetos y —para algunos— insuficientes. Me propongo sugerir que los contratos son de

---

(5) ALTERINI, Jorge, “Código Civil y Comercial comentado”, ob. cit., con cita de MESSINEO, t. V, p. 344. El término es esencial para las partes y no es un elemento accesorio, porque durante su vigencia se determina la cantidad de la prestación o prestaciones que es la finalidad del contrato, y así como es inconcebible que la prestación sea un acto único, de cancelarse la ejecución anticipadamente y al retirarse la ejecución, la finalidad del contrato cesa abruptamente; desaparece un elemento causal y también determina el momento en que el contrato concluye.

“duración”, término que tenía aceptación y era bien distinguible, pero el Código, al legislar sobre los contratos de larga duración, creó un concepto que abarcaría a todo contrato que no fuera de prestaciones simultáneas y, por ende, encuadraría como de larga duración. Pero ocurre que los contratos de duración tienen soluciones propias para su rescisión o extinción, pautadas y definidas. Si ese contrato de duración queda ahora englobado en la categoría de larga duración, queda sujeto a una renegociación de buena fe y sin abusar de sus derechos, por imperio de la ley, lo que a primera vista parece un despropósito abusivo del rescindido que cobró una indemnización.

Es claro que esa solución implicaría que, luego de terminar un contrato cumpliendo las pautas que el Código prevé, debería renegociarlo para eventualmente llegar a una readecuación del contrato, que tenía su solución, propia; esto es un resultado disvalioso y dejaría siempre desamparada a una parte, salvo que la jurisprudencia disponga: a) que el art. 1011, párr. 3º, no se aplica a los contratos de duración que tienen una solución propia prevista en la misma ley; b) que la renegociación prevista el párr. 3º del art. 1011 puede ser dejada sin efecto por voluntad de las partes, por no ser una norma imperativa, sino solamente facultativa para ellas, con lo que —a mi juicio— se salvaría el contrasentido, pero al mismo tiempo el art. 1011 carecería de todo sentido y efecto. Y además quedaríamos atrasados con otros países que han legislado al respecto, como Italia, Perú o Colombia.

Pero si la solución del párr. 3º es una norma imperativa y el contrato debe ser renegociado, existiría un contrasentido, ya que quien notificó y canceló un agente y pagó una indemnización por la terminación del contrato debería seguir vinculado con su contraparte, que le impone una renegociación no deseada.

Por otra parte, de existir esa colisión, una parte se beneficiaría con una indemnización y luego procuraría volver atrás, indicando que debe aplicarse esa solución al contrato. Creo que la solución menos gravosa es disponer por legislación que a los contratos de duración que tienen un sistema propio de rescisión no se les aplica la normativa de los contratos de larga duración, y que la rescisión es irrevocable. Contrastaremos más adelante esta solución, al estudiar un contrato típico de duración, legislado por primera vez en el Código Civil y Comercial, para ver qué otros temas propios de dicho contrato generan problemas adicionales en su *iter* de duración, como la suspensión, la resolución y el derecho de preferencia.

El párr. 2º del art. 1011 declara que las partes deben ejercitar sus derechos, conforme con un deber de colaboración, respetando la reciprocidad de las obligaciones del contrato, considerada en relación con su duración total. Es una suerte de solidaridad —que es la base de la obligación de renegociar— con el que decide ejercer la acción de rescisión, para dar a la otra parte la oportunidad razonable de llegar a un acuerdo sobre las condiciones pactadas. Esto nos señala que, de acuerdo con la reciprocidad, las obligaciones deben ser ejercidas cooperando ambas partes para lograr la finalidad que las motivó a contratar.

El deber de colaboración entre las partes existe en otros contratos, como he señalado respecto de los contratos de concesión comercial, donde se exige un plazo mínimo de cumplimiento y una colaboración entre las partes, o en el de franquicia, que obliga a una de las partes a prestar asistencia durante la vigencia del contrato. El plazo mínimo no se exige en los contratos de larga duración, pero, concluido dicho plazo mínimo, las partes no tienen obligación de renovarlo, y además lo pueden cancelar anticipadamente pagando una indemnización pautada y prevista, sin tener que renegociar el contrato —art. 1011, *in fine*—, cuando la rescisión es incausada, tanto en la agencia como en la concesión o en la franquicia, quedando pendiente una polémica doctrinal sobre si ella se aplica a los contratos de distribución.

Todos estos son contratos de duración o de duración indeterminada, en cuyo caso una de las partes podía rescindirlos con causa legítima o sin causa, resolviéndose con una indemnización tarifada, según lo prevé el Código Civil y Comercial para la agencia, la concesión y la franquicia.

## II. LA RENEGOCIACIÓN

Respecto de los convenios de larga duración, el artículo mencionado del Código contiene un párr. 3º, que sí prevé la rescisión, disponiendo que “la parte que rescinde debe dar a la otra la oportunidad razonable de renegociar de buena fe, sin incurrir en ejercicio abusivo de los derechos”.

Por último, a riesgo de abrumar al lector con esta diversidad de posibilidades sobre el concepto, sus alcances y las consecuencias que acarrea, la doctrina ha señalado que estos contratos crean una reciprocidad dinámica que reformula su contenido, debido a cambios de tecnologías, precios o servicios (6), que es lo que los caracteriza. Por otra parte,

---

(6) LORENZETTI, Ricardo L., “Tratado de los contratos. Parte general”, Ed. Rubinzal-Culzoni, Buenos Aires, 2015, ps. 730 y 747. Hay una adaptación constante: no se



se ha señalado que un contrato no es de larga duración porque el tiempo sea esencial para el cumplimiento de su objeto, sino que está en juego la finalidad y no el objeto (7), lo que desvirtúa al tiempo como esencial, ya que esa circunstancia está presente en todo contrato; interpretamos que cuando se refieren a la finalidad se trata de la finalidad objetiva y subjetiva, sobre la base del art. 281 (causa-fin), y así deben interpretarse las expresiones nebulosas o hasta erróneas incluidas en el art. 1011.

Estos juristas basan esta afirmación categórica en que el sustento de los contratos de largo término reside en que su extensión condiciona su extinción (8), crítica que complementan con que su descripción resulta oscura, tema que comparto.

Es interesante esta puntualización, porque pone de manifiesto la diversidad de opiniones sobre la redacción del art. 1011, que fue incorporado y mencionado particularmente en los Fundamentos del Anteproyecto. Así, al tratar el objeto del contrato tradicional clásico, se explica que las partes fijan sus derechos al celebrar el contrato como “una fotografía estática”. Hoy en día los contratos tienen una ejecución extensa, que no puede mantenerse en el tiempo, por lo que se afirma que “su estudio se parece más a una película capaz de captar el dinamismo”. La ecuación de *reciprocidad* “surge en el momento en que el contrato se celebra”, pero el concepto “no puede ser mantenido en un vínculo extenso: los contratos se reformulan en la medida del cambio de tecnologías, precios, servicios, y sería insensato obligar a las partes a cumplir puntualmente con lo pactado en el sinalagma original”.

De esta manera, la Comisión Redactora concluye que no parece prudente desarrollar una compleja regulación de este tema novedoso, afirmando: “hemos optado por un solo artículo breve” (9).

---

trata de un cambio de objeto, sino de reglas procedimentales para determinarlo.

(7) ALTERINI, Jorge, “Código Civil y Comercial comentado”, ob. cit., donde atribuye su afirmación a la teleología propia de esa categoría negocial.

(8) *Ibidem*, p. 349.

(9) “Fundamentos del Anteproyecto de Código Civil y Comercial”, Comisión Redactora, comentario 5: “Objeto”: se propone una regulación del objeto de los contratos de larga duración.

### III. EL COVID-19 Y LOS CONTRATOS DE LARGA DURACIÓN

Es clara la intención de los juristas y, según los Fundamentos, de los autores del art. 1011 de concretar en un breve artículo la problemática de los contratos de larga duración, al señalar que no se trata del objeto, sino que debemos leer “la finalidad” —en lugar de referirse al tiempo en su transcurso, que altera las condiciones pactadas al celebrarlos, y conducente con su finalidad—. Esta diferencia se empaña totalmente en tiempos de COVID-19, por el desastre económico que ha generado la intervención del Poder Ejecutivo al distinguir la actividad económica en dos categorías: esenciales y no esenciales. Las primeras podían desarrollar su actividad; las segundas —las no esenciales— no podían abrir sus negocios ni operar. Pero, de hecho, el mercado fue mucho más adelante que el legislador y, en la medida de las limitaciones legales, dio por sentado que quien no podía operar, habiendo desarrollado correctamente su operación, debía renegociar, condonando intereses y postergando pagos. Ello sucedió por plazos que el Estado fue prorrogando, en desmedro de las actividades no esenciales. No se ejecuta a un quebrado que cesa su actividad y entra en cesación de pagos por un acto de gobierno que le prohíbe operar. Nadie negó la posibilidad de renegociar, pero la pandemia —que aún está vigente— generó más solidaridad que la prevista por la ley.

El Código prevé la duración de muchos contratos. Comparto esa finalidad, pero advierto que el concepto de larga duración no ha sido logrado para diferenciarlos. El Código también contiene derechos reales, y todos tienen plazo máximo de duración. Los autores optaron por no fijar un plazo. Es lícito preguntarse entonces si todos los contratos de duración, que pueden rescindirse en determinadas condiciones y efectos, tienen que cumplir con la pauta de renegociarlos de buena fe. ¿Qué renegociación se debe efectuar cuando la ley otorga el derecho de rescindirlos sin causa, y en realidad la causa existió, y podría ser encuadrada en el art. 1091 del Cód. Civ. y Com.? Allí —en definitiva—, la solución consiste en que las partes, por una alteración extraordinaria de las circunstancias existentes al tiempo de su celebración, corrijan el desbalance de las prestaciones originales (10), de común acuerdo o resolviéndolo judicialmente.

---

(10) Art. 1091 del Cód. Civ. y Com.: para un contrato conmutativo de ejecución diferida o permanente —que abarca claramente a los contratos de duración—, dispone la solución planteando, extrajudicialmente o ante un juez, como excepción, tanto la resolución total o parcial como *su adecuación*, que extiende además a los contratos aleatorios, si la prestación se vuelve excesivamente onerosa por causas extrañas a su

Es claro que son institutos diferentes, pero en los de duración están previstas las consecuencias del incumplimiento; respecto de los de larga duración, solo se enuncia la renegociación, sin prever la solución. Y, si no se ponen de acuerdo, aquel tendrá que resolverse o readecuarse. Los jueces no están preparados para readecuar un contrato, como si fueran comerciantes. Pueden dar una solución equitativa. Creo que está mejor expresado en la teoría y el lenguaje del art. 1090 (“Frustración de la finalidad”) que en el art. 1091 (“Imprevisión”), por la circunstancia de que las finalidades de cada parte lo tornaron en un contrato incumplible. Si comparamos la institución de la imprevisión con la obligación final de adecuar el contrato por decisión judicial, observamos que responde a un concepto diferente, pero más práctico, aunque aquellas no tengan que apelar a la buena fe ni pretendan hacer un ejercicio abusivo de sus derechos para adecuar (11) el contrato.

En definitiva, a estas alturas es lícito sacar algunas proposiciones básicas, como que el contrato de larga duración no reconoce antecedentes normativos en el país, ni en proyectos ni en Códigos; su caracterización es materia de polémica entre aquellos que señalan que la referencia al objeto es errónea —sino que se trata de la finalidad— y aquellos que señalan que el tiempo es esencial para el cumplimiento del objeto.

#### IV. CONSIDERACIONES SOBRE LOS CONTRATOS DE DURACIÓN

Deseo ahora llamar la atención acerca de que los contratos de duración han existido desde hace mucho tiempo en nuestra legislación, antes del Código Civil y Comercial e incluso en vida de Vélez, pero la doctrina de los contratos de larga duración reconoce antecedentes extranjeros (12), y tengo como meta de este trabajo efectuar una diferencia entre los contratos de larga duración y los contratos de duración que hemos conocido.

---

*alea* propia, proporcionado una solución final, que complementa la solución de un contrato de duración.

(11) Art. 1732 del Cód. Civil, que exige para su aplicación que la imposibilidad se aprecie teniendo en cuenta las exigencias de la buena fe y la prohibición del ejercicio abusivo de los derechos.

(12) El contrato de distribución propiamente dicho no es de agencia ni franquicia ni concesión, y la mejor manera de interpretarlo es no solo de la doctrina, sino también de la jurisprudencia. Conf. MARZORATI, O., “El contrato de distribución en el nuevo Código Civil y Comercial”, LA LEY.

Esa diferencia pudo haber sido efectuada por el legislador de 2015, pero los Fundamentos del nuevo Código señalan que pareció más práctico dar un concepto —no una definición— en el art. 1011 transcripto al comienzo, criticado por la doctrina por ser impreciso e insuficiente. Por tanto, tendrán que ser la doctrina y la jurisprudencia las que aborden el tema de la esencialidad del tiempo o de la finalidad querida por las partes, y que, además, agreguen al concepto el requisito de la colaboración de las partes —o sea, mutua—, que debe mantenerse en el tiempo. Alterini señala una primera aproximación al concepto de la colaboración (13).

En suma, el texto de los contratos de larga duración solo bosquejó en forma general sus características, pero dejó librado a la doctrina o a los jueces su interpretación y solución final. El contrato de larga duración legislado en el Código solo señala un criterio muy general y fue proyectado con pautas generales, como ejercitar los derechos con un deber de colaboración, respetando la reciprocidad de las obligaciones, consideradas en relación con su duración total.

Los contratos de colaboración existentes en el Código —como los de franquicia, agencia o concesión, entre otros— tienen en muchos casos soluciones propias que deben ser respetadas, como la prevista al redactar el Anteproyecto (14) para los contratos de distribución, que tienen incluso plazos mínimos que deben ser respetados por imperio de la ley y cuya terminación unilateral está permitida luego de transcurrido el plazo mínimo, notificando su terminación anticipada en función de la duración del contrato —como dispone la legislación europea— o, en su defecto, indemnizando a la contraparte con el mismo método.

Nada de esto se prevé para los contratos de larga duración; por ese motivo, sostengo la necesidad de diferenciación con los contratos de duración a secas —no de *larga* duración—. La vieja jurisprudencia de la Corte Suprema fue favorable al concedente por muchos años (15), con facultades de rescindir —pero el Código Civil y Comercial agregó “con

---

(13) ALTERINI, Jorge, “Código Civil y Comercial comentado”, ob. cit., p. 345, es de la opinión de que se aplica a los contratos predispuestos o de consumo.

(14) Con MARZORATI, O. J., “Sistemas de distribución comercial”, Ed. Astrea, Buenos Aires, 2003.

(15) CS, 04/08/1988, “Automotores Saavedra c. Fiat Automotores y otros”, LA LEY 1989-B-1, donde estableció que nadie se obliga para siempre y que la rescisión unilateral por el concedente de un contrato con plazo indeterminado es un ejercicio legítimo, a condición de que el contrato haya estado vigente un lapso suficiente para que la contraparte haya tenido la posibilidad de recuperar su inversión —sin generar la obligación de indemnizar—.

causa legítima”— y con obligación de recompra del inventario del concesionario. El contrato de concesión es una forma del contrato de distribución comercial, cuya característica principal es la compra para revender productos de su concedente sin obligación de renovación. Todas estas figuras tienen características parecidas, pero no idénticas, salvo que ligan la duración anticipada del contrato a la facultad rescisoria decidida unilateralmente por el concedente, y algunas tienen un plazo mínimo de vigencia, menos la agencia y la distribución.

Su parecido con el suministro no debe llevar a confusión. Un conocido autor señala que los contratos de larga duración abarcan aquellos contratos en los cuales las inversiones de las partes requieren un tiempo para ser amortizadas, lo que puede ir desde la explotación de un bosque a la construcción y alquiler de una estación de servicio o el suministro del gas para una planta de fertilizantes o una fábrica de aluminio (16). Son todos ellos contratos de duración y hay quien los considera de larga duración, dependiendo de las circunstancias de cada contrato. Coincido con el Dr. Alterini en que contratos típicos de larga duración son el contrato oneroso de renta vitalicia, el contrato de donación periódica o vitalicia o el usufructo de por vida, pero ellos tienen un régimen pautado en el propio Código.

¿Cuándo se aplica la renegociación del contrato prevista en el párr. 3º del art. 1011? ¿Es esta renegociación imperativa, y las partes no la pueden dejar sin efecto o, por el contrario, debemos asumir la posición contraria para algunos contratos que tienen soluciones específicas pautadas, que son tan imperativas como la prevista en el art. 1011? ¿Qué ocurre con la finalidad subjetiva y objetiva? ¿Pueden también tener una prestación instantánea y otra diferida en el tiempo, como el contrato de renta vitalicia? ¿Cuál sería la diferencia entre la compraventa de un inmueble pagadera en 30 años y una garantía hipotecaria, por la cual se transmite la propiedad, pero no se percibe el precio, que es diferido en el tiempo? Si tuviéramos que juzgar el tema, es mi opinión que sus autores advirtieron que el breve art. 1011 —que hemos comentado *supra*, en nota—, según los Fundamentos, fue concebido en sus disposiciones pensando en el futuro, pero no asumiendo todas sus consecuencias, frente a otras figuras del Código, y sin precisar un límite entre los contratos de duración y los de larga duración. En este estado de la cuestión, resulta conveniente que los propios contratantes prevean en contratos específicos los criterios

---

(16) RIVERA, Julio C. — MEDINA, Graciela (dirs.), “Código Civil y Comercial de la Nación comentado”, Ed. La Ley, 2014, t. III, p. 520; FREYTES, Alejandro, “La rescisión unilateral y los contratos de duración”, *Revista de la Facultad de Derecho de la Universidad de Córdoba*, vol. 2, nro. 2, 2011, ps. 139 y ss.

para renegociar el contrato, anticipando las causales de renegociación o previendo una mediación o arbitraje para acelerar el tema de la readecuación del contrato, evitando así discusiones o procedimientos estériles por los carriles judiciales, aun a despecho de lo previsto en el art. 960 del Cód. Civ. y Com. (17).

Este es el problema principal que deberá ser discutido con las visiones y opiniones de los autores o que será interpretado por los jueces, a falta de una reforma legislativa, por el momento lejana, a juzgar por el archivo del Proyecto de Reforma del Código Civil y Comercial, que tantas esperanzas levantó al ser presentado en la Comisión de Legislación del Congreso en su oportunidad.

Es claro que todos los contratos se celebran y se deben cumplir de acuerdo con lo pactado, dado que son vinculantes para las partes en función de la finalidad que los motivó a contratar. Esto nos conduce a un segundo tema: si los contratos de larga duración son rescindibles, ¿qué tipo de rescisión invocar para intentar su renegociación? Si esta fracasa, por falta de buena fe, incurriendo en un ejercicio abusivo de sus derechos, en caso de no haber acuerdo ello deberá ser discutido judicialmente, cuando se disputen los fundamentos de la rescisión y el fracaso de la renegociación.

Otro punto importante es a qué rescisión se refiere el art. 1011 cuando dispone que “la parte que dispone la rescisión debe dar a la otra la oportunidad razonable...”, dado que los propios Fundamentos del Anteproyecto señalan que se trata de un tema novedoso y controvertido, afirmación compartida por la doctrina que hemos comentado (ver Lorenzetti, Ricardo L., “Tratado de los contratos...”, ob. cit.). Pero ¿a qué rescisión se refiere el art. 1011? Es claro que no sería un caso de rescisión bilateral del art. 1076, por mutuo acuerdo, o de la resolución prevista en el art. 1083 (18). Ni tampoco el de resolución por ministerio de la ley o por extinción del convenio por el cumplimiento del plazo pactado por las partes. Tampoco la resolución por frustración de la finalidad del contrato, que tiene su régimen específico, pero ajeno a la renegocia-

---

(17) Los jueces no tienen facultades para modificar las estipulaciones de los contratos, excepto que sea a pedido de una de las partes, cuando lo autoriza la ley o de oficio cuando se afecta de modo manifiesto el orden público.

(18) Art. 1076: “*Rescisión bilateral*. El contrato puede ser extinguido por rescisión unilateral. Esta extinción, excepto estipulación en contrario, solo produce efectos para el futuro y no afecta derechos de terceros”. Art. 1083: “Una parte tiene la facultad de resolver total o parcialmente el contrato si la otra parte lo incumple”.

ción. Dicho esto, la rescisión debe referirse a la rescisión unilateral de los arts. 1077 a 1082 (19) del Cód. Civ. y Com.

El tema nos hace retroceder a la cuestión acerca de si existen contratos de duración, clasificación que propongo, ante la ausencia de una disposición legal que los distinga, por tener soluciones propias previstas que obligan a indemnizar, y si tal solución comportaría una contradicción con la solución que prevé el art. 1011, que obliga a renegociarlo, sin término, pero de buena fe, sin incurrir en ejercicio abusivo de sus derechos. Se sustituye el régimen específico de los viejos contratos de duración con un régimen propio, desplazando a la renegociación. ¿Qué sería más efectivo o eficiente para las partes y sus abogados, que deben litigar el punto, si uno pretende ejercer un derecho que la ley le otorga —art. 1077— y otro pretende desconocerlo y renegociarlo? No ignoro que el que pretende renegociarlo alegue que han cambiado las circunstancias, que la inflación ha modificado el equilibrio del contrato, alegando que de buena fe pretende una renegociación. El tema, en los textos actuales, es qué se debe privilegiar.

## V. CONCLUSIONES PRELIMINARES

a) Asumiendo por un momento que todos sean de larga duración, no tengo ninguna duda acerca de que la solución prevista para la franquicia, la agencia y la concesión, que es específica y no disponible para las partes, por tratarse de normas imperativas cuya violación genera una indemnización, no es la renegociación prevista para los contratos de larga duración.

b) Ello me impulsa a sostener que es necesario hacer una distinción entre los contratos de duración y los de larga duración, categoría que no existe en nuestro Código Civil y Comercial de la Nación, y que será necesario o bien legislar al respecto, o distinguirlo por los jueces, lo que ya se hace en la jurisprudencia en materia de agencia y de distribución y, con menor alcance, en la franquicia.

c) Pero para llegar a ese paso se hace necesario precisar qué se entiende por un contrato de larga duración; entre las varias teorías que hemos descripto, creo que el tiempo es esencial y está conectado con la finalidad del contrato, más que con el objeto, priorizando la finalidad, “de

---

(19) El contrato puede ser extinguido total o parcialmente por la declaración de una de las partes mediante rescisión unilateral, revocación o resolución, en los casos en que el mismo contrato, o la ley, le atribuyen esa facultad.

modo que se produzcan los efectos queridos por las partes y se satisfaga la necesidad que los indujo a contratar” (eliminaría el “o”).

d) Por ende, la conclusión lógica es que para estos tipos de contratos —me refiero a los de larga duración— se hace necesario que los abogados piensen y prevean en sus términos *cláusulas de ajuste previamente concertadas* o *mecanismos de ajuste* en función de hechos públicos y específicos. De ese modo se puede limitar la aplicación del art. 1011, si no tienen un régimen específico de rescisión unilateral con notificación previa, que prevalece sobre la obligación de renegociar el contrato, que deviene una norma disponible por voluntad de las partes.

e) Agregaría, para cerrar el tema, que en el caso de que el contrato que se examina no tenga por ley una solución específica de rescisión con indemnización prevista y pautada —como los contratos previstos en los arts. 1495/1524—, el resto de los contratos que califiquen como de larga duración sin normativa de rescisión específica se podrían ajustar o readecuar por mayor onerosidad sobreviniente, tornando aplicable a dicha situación el art. 1091 del Cód. Civ. y Com., toda vez que fuera posible, recordando a otro autor que se anticipó en su tiempo —antes de la sanción del Código— al considerar esta problemática (20).

### **V.1. Algunos contratos de larga duración que las partes regulan según usos**

Merece destacarse que algunos contratos de duración o de larga duración como el suministro, en la práctica se adaptan en nuestro mercado, a usos locales que establecen plazos relativamente breves para un contrato de duración y no se renegocian y se rescinden por una parte en virtud de cláusulas expresas pactadas por las partes en función del negocio que pactaron como veremos en detalle más adelante.

Este contrato está definido en el nuevo Código Civil y Comercial en el Título IV, cap. III, art. 1176.

Está definido y tipificado como el contrato por el que el suministrante o proveedor se obliga a entregar bienes o incluso servicios, sin relación de dependencia, en forma periódica o continuada, y el suministrado, a pagar un precio por cada entrega o grupo de ellas. En su origen, el suministro nació como una variedad del contrato de compraventa de productos, al que luego agregó los servicios.

---

(20) Conf. MORELLO, Augusto, “Los contratos de larga duración y la necesidad de su renegociación permanente”.



Su plazo máximo es de 20 años para frutos o productos del suelo o subsuelo, con elaboración o sin ella, y de 10 años en todos los demás casos, computándose el plazo máximo a partir de la primera entrega ordinaria.

Un tema importante es recordar que el suministro no existía como contrato nominado en el Código de Vélez. No obstante, existía desde hace muchos años una práctica establecida por el uso y la costumbre en materia comercial e industrial, una práctica reconocida como fuente de derecho y recogida en el art. 1º del nuevo Código (21). Es importante destacar que ese contrato estaba pactado con fundamento en el art. 1197 —libertad de contratación— que contemplaba el Código de Vélez, que obligaba a cumplirlo tal como se había pactado, mientras que el actual Código dispone que las partes son libres para celebrar un contrato y determinar su contenido (22), dentro los límites de la ley, el orden público, la moral y las buenas costumbres. Este artículo está completado por el principio de la buena fe, que prescribe que los contratos deben celebrarse, interpretarse y ejecutarse de buena fe (23).

Hago mención de estos artículos porque se advierte —para quien haya estudiado su utilización con anterioridad al Código Civil y Comercial, donde se ha intentado regular en subsidio la normativa, frente a lo acordado por las partes—, que se privilegiaban ciertas prácticas vigentes, configurando el acuerdo plasmado en el contrato, que expresaba las intenciones y las necesidades de las partes, que —en ejercicio de la autonomía de la voluntad— establecían las normas contractuales como partes independientes; pero ello no implicaba que una de ellas estableciera condiciones unilateralmente solicitadas por una parte para contratar y que la otra parte prestara su conformidad o su adhesión. Todo ello, sin mencionar aquellas provenientes del suministro administrativo, que está regido por normas municipales o provinciales establecidas en el suministro de servicios públicos, como la provisión de gas, agua, electricidad o telefonía.

---

(21) El art. 1º dispone: “Los usos, prácticas y costumbres son vinculantes cuando las leyes o los interesados se refieren a ellos o en situaciones no regladas legalmente, siempre que no sean contrarios a derecho”.

(22) Art. 958 del Cód. Civ. y Com.

(23) Art. 961 del Cód. Civ. y Com.: “Obligan no solo a lo que está formalmente expresado, sino a todas las consecuencias que puedan considerarse comprendidas en ellos, con los alcances en que razonablemente se habría obligado un contratante cuidadoso y previsor”.

En cualquier caso, cabe destacar que los caracteres de este contrato son —a partir del 01 de agosto de 2015, ya que está tipificado y tiene regulación autónoma—: consensual, bilateral, oneroso y conmutativo; y, aunque no es formal, la práctica lo ha establecido por escrito (24).

Por ese motivo, es el suministrado quien tiene una posición relevante frente a su contraparte, que lo provee. Un ejemplo ayudará a comprender la importancia y las diferencias entre ambas partes, según el tipo de suministro. En muchas industrias —que llamaremos “terminales de gran envergadura”, donde se fabrican productos terminados a gran escala— se hace eficiente tercerizar, por razones de costos, la fabricación de los insumos, piezas y repuestos que se utilizan en las líneas de montaje de vehículos y aviones o la fabricación de productos de gran consumo o de diversas maquinarias cuyos componentes integran el producto terminado.

Por ende, el tiempo de cumplimiento es realmente esencial, ya que suministrar sin demoras el elemento a entregar por el proveedor al suministrado resulta vital para evitar que en dichas líneas de producción se suspenda o se detenga el armado del producto terminado —incluyendo su empaque— por falta del producto o de su embalaje (p. ej., en el caso de las bebidas de gran consumo), dado que la línea queda detenida, con enormes costos fijos, al tener que suspender o no poder fabricar el elemento terminado. Por ello, los contratos son exigentes con la entrega de los componentes. De allí que el proveedor que no cumpla en plazo se vuelva poco confiable, previéndose sanciones diferentes según la importancia de los incumplimientos, como multas, pérdida de exclusividad en el suministro o resolución del contrato por causales previstas anticipadamente, e incluso previendo que la fuerza mayor del proveedor no pueda invocarse en determinadas circunstancias —ya que es renunciable en el Código—, porque el daño en la demora, multiplicado por la multa diaria, nunca compensa el costo en que incurre el suministrado al tener que parar una línea de producción.

La pérdida de la exclusividad para el suministrante crea la posibilidad de encontrar una fuente alternativa como segundo proveedor, que se aviene a fabricar la pieza y así comparte una parte del pedido con el antiguo suministrante exclusivo. Todo esto genera costos, salvo que el segundo proveedor tenga *stock* para prevenir la pérdida. Asimismo, ambos proveedores deben notificar inmediatamente las demoras o atrasos

---

(24) Conf. ALTERINI, Jorge, “Código Civil y Comercial comentado”, ob. cit., t. VI, p. 196, donde destaca que, habiendo el uso prescripto la forma escrita, no se puede probar por testigos, conforme al art. 1019 del Cód. Civ. y Com.

y la disminución del caudal de entrega de productos. Por esa razón, estos contratos de suministro prevén un flujo continuo de compras y se hacen por períodos cortos —un año como máximo—, para asegurar al proveedor un flujo de fondos, pero al mismo tiempo siempre penden la rescisión y el poder rescindirlos fácilmente. Pero, en épocas de volatilidad de ventas, el suministrado se reserva el derecho de variar, cada principio de mes, cuánto comprar al mes siguiente, dentro del período contractual, lo que crea inestabilidad, sobre todo para el proveedor.

Así funcionaron la industria automotriz y muchas otras durante años; ciertamente, ello puede generar abusos, pero, para el proveedor, tener uno de esos clientes significaba la posibilidad de crecer, al tener la seguridad de un cliente buen pagador.

Con el tiempo y el crecimiento, los pequeños proveedores se volvieron más grandes y comenzaron a proveer a varias marcas; de ese modo podían mejorar su flujo de fondos con mayores ingresos, y también minimizar sus riesgos.

Por otra parte, en muchos casos —como el proveedor de servicios médicos que suministra sus servicios a las clínicas de tratamientos especializados, incluyendo cualquier obra social, o los servicios de salud de hospitales con sus afiliados— era el proveedor quien fijaba los términos del contrato en materia de precio y de revisión, o la exclusión de cobertura de ciertas dolencias, mientras que el paciente individual, consumidor final, solo podía cambiar de clínica o quejarse de la prestación que se le ofrecía ante las autoridades sanitarias como defensa de sus derechos. Esos contratos tenían, a diferencia de los industriales, plazos de hasta 5 años, o incluso eran sin plazo, pero con la facultad de rescindirlos o modificarlos con arreglo a pautas propias, lo que alejaba a los suministrados —fueran empresas o consumidores individuales— de discutir sobre la calidad del servicio o el alza de sus precios por aumento de los costos de su proveedor, a pesar de que el aumento fuera autorizado por la obra social, por estar así regulado.

La moraleja es que los contratos de suministro diferían en el plazo, porque contemplaban necesidades diferentes en su funcionamiento: eran de larga duración, o simplemente de duración, en los que el factor tiempo, siendo relevante, eran celebrados por partes independientes y tenían una cierta permanencia temporal, que dependía de la actividad, según se tratara de productos o simplemente de servicios, siempre prestados sin relación de dependencia.

No cabe duda acerca de que, en las actividades de producción, el suministrado era, la mayoría de las veces, la parte más importante del contrato, y —si se quiere— el suministrante o proveedor era más débil en términos generales (caso típico: la industria automotriz); pero a veces el suministrante tenía un rol más decisivo, como el proveedor de combustibles en las estaciones de servicio. Sin embargo, en el caso de la prestación de servicios (como todos los servicios médicos), quien los suministraba al consumidor era la parte más fuerte, ya que decidía qué tipo de servicio prestaba y las condiciones en que los prestaba, aunque el servicio fuera regulado, no pudiendo el suministrado por tal servicio discutir las variaciones o limitaciones sobre el alcance o las limitaciones del servicio del suministrante.

De ahí podemos extraer algunas conclusiones, que se ven reflejadas —a mi modo de ver— en ciertas características del suministro, devenido en contrato tipificado con características propias, donde se advierte que el legislador —o más bien los juristas que elaboraron este contrato, aceptado por la Comisión Asesora— deseaba precisar o limitar los usos y costumbres en lo que respecta a temas que tienen que ver con la exclusividad, las cantidades a suministrar, las variaciones, el precio y, fundamentalmente, el pacto de preferencia, su resolución y su suspensión, dado que los usos y costumbres tienen acotaciones o precisiones ajenas a la regulación del contrato de suministro, debiendo analizar cuáles de ellas son normas imperativas y cuáles admiten soluciones conformadas por las partes.

# EL CONTRATO DE TELETRABAJO Y SU REGULACIÓN

POR CARLOS ALBERTO ETALA

## I. INTRODUCCIÓN

El día 14 de agosto de 2020 se publicó en el Boletín Oficial la ley 27.555 que lleva el título de “Régimen legal del contrato de teletrabajo” y que, según su art. 1º, tiene por objeto “establecer los presupuestos legales mínimos para la regulación de la modalidad de teletrabajo en aquellas actividades, que por su naturaleza y particulares características, lo permitan. Los aspectos específicos se establecerán en el marco de las negociaciones colectivas”. Posteriormente, el 20 de enero de 2021, se publicó su reglamentación mediante el dec. 27/2021, disposición esta última, que, en sus considerandos, manifiesta el objeto de “lograr mayor certeza en la aplicación del mencionado régimen”, reiterando, además, que “los aspectos específicos para cada actividad se establecerán en el marco de las negociaciones colectivas”.

Cabe señalar, sin embargo, que en el año 2003 la República Argentina sancionó la ley 25.800 (BO del 02/12/2003), que aprueba el Convenio sobre Trabajo a Domicilio, nro. 177, adoptado en la Reunión de la Conferencia Internacional del Trabajo (OIT), que en su art. 1º expresa: “A los efectos del presente convenio: a) la expresión ‘trabajo a domicilio’ significa el trabajo que una persona, designada como trabajador a domicilio, realiza: i) en su domicilio o en otros locales que escoja, distintos de los locales de trabajo del empleador; ii) a cambio de una remuneración; iii) con el fin de elaborar un producto o prestar un servicio conforme a las especificaciones del empleador, independientemente de quién proporcione el equipo, los materiales u otros elementos utilizados para ello, a menos que esa persona tenga el grado de autonomía y de independencia económica necesario para ser considerada como trabajador independiente en virtud de la legislación nacional o de decisiones judiciales;

b) una persona que tenga la condición de asalariado no se considerará trabajador a domicilio a los efectos del presente convenio por el mero hecho de realizar ocasionalmente su trabajo como asalariado en su domicilio en vez de realizarlo en su lugar de trabajo habitual; c) la palabra 'empleador' significa una persona física o jurídica que, de modo directo o por conducto de un intermediario, esté prevista o no esta figura en la legislación nacional, da trabajo a domicilio por cuenta de su empresa".

Como es sabido, en la República Argentina, en el año 1992, la Corte Suprema de Justicia de la Nación, a partir del fallo "Ekmekdjian, Miguel A. c. Sofovich, Gerardo" (07/07/1992, LA LEY 1992-C-543), adoptó una posición monista respecto de los tratados y convenios internacionales al declarar que "cuando la Nación ratifica un tratado que firma con otro Estado, se obliga internacionalmente a que sus órganos administrativos y jurisdiccionales lo apliquen a los supuestos que ese tratado contemple, siempre que contenga descripciones lo suficientemente concretas de tales supuestos de hecho que hagan posible su aplicación inmediata".

Por otra parte, los tratados concluidos con las demás naciones y con las organizaciones internacionales tienen jerarquía superior a las leyes (art. 75, inc. 22, CN, texto según la reforma de 1994). Por consiguiente, en tanto estos tratados incluyen materias que puedan regular aspectos de un contrato o relación de trabajo, constituyen fuente del derecho del trabajo. Esto es particularmente importante respecto de los convenios adoptados por la Organización Internacional del Trabajo (OIT) y ratificados por la República Argentina (1).

## II. INCORPORACIÓN A LA LEY DE CONTRATO DE TRABAJO

El art. 2º de la mencionada ley 27.555 determina la incorporación al tít. III del régimen de contrato de trabajo aprobado por la ley 20.744 (LCT, t.o. 1976) de un largo texto que se agrega como cap. VI, con el título "Del contrato de teletrabajo".

Cabe señalar que el tít. III de la LCT es denominado "De las modalidades del contrato de trabajo", lo que significa que la ley 27.555 incorpora el "contrato de teletrabajo" como una modalidad más (regulada en el cap. VI del mencionado tít. III), después del contrato de trabajo por tiempo indeterminado (cap. I, arts. 90 a 92 bis), del contrato de trabajo a tiempo parcial (art. 92 ter), del contrato de trabajo a plazo fijo (cap. II,

---

(1) ETALA, Carlos Alberto, "Contrato de trabajo", Ed. Astrea, Buenos Aires, 2019, 8ª ed., t. I, p. 15.

arts. 93 a 95), del contrato de trabajo de temporada (cap. III, arts. 96 a 98), del contrato de trabajo eventual (cap. IV, arts. 99 y 100) y del contrato de trabajo de grupo o por equipo (cap. V, arts. 101 y 102).

De acuerdo con ello, los “teletrabajadores”, en tanto integren un agrupamiento de trabajadores por “oficio, profesión o categoría, aunque se desempeñen en actividades distintas”, pueden —según la ley 23.551 de Asociaciones Sindicales— constituir “asociaciones sindicales de trabajadores” —art. 10, inc. b)—.

### III. DEFINICIÓN LÉXICA Y DEFINICIÓN LEGAL

La 22ª edición del Diccionario de la Lengua Española de 2001 no contenía la voz “teletrabajo”. Es solo a partir de la 23ª edición de 2014 del mismo diccionario que se incluye dicho vocablo con la siguiente definición léxica: “Trabajo que se realiza desde un lugar fuera de la empresa utilizando las redes de telecomunicaciones para cumplir con las cargas laborales asignadas”.

La ley 27.555 incorporó el art. 102 bis de la LCT, precedido por el rótulo “Concepto” y seguido por el siguiente texto: “Habrá contrato de teletrabajo cuando la realización de actos, ejecución de obras o prestación de servicios, en los términos de los arts. 21 y 22 de esta ley, sea efectuada total o parcialmente en el domicilio de la persona que trabaja, o en lugares distintos al establecimiento o los establecimientos del empleador, mediante la utilización de tecnologías y comunicación”. El segundo párrafo del artículo que se transcribe dice lo siguiente: “Los presupuestos legales mínimos del contrato de teletrabajo se establecerán por ley especial. Las regulaciones específicas para cada actividad se establecerán mediante la negociación colectiva respetando los principios de orden público establecidos en esta ley”.

Es necesario dejar en claro que la “ley especial” a la que se refiere el nuevo art. 102 bis de la LCT es, por ahora, la misma ley 27.555, ya que esta ley es la que establece “los presupuestos legales mínimos del contrato de teletrabajo”. En cuanto a las “regulaciones específicas”, deberán ser materia de negociación en los convenios colectivos de trabajo los que podrán adoptar los distintos tipos previstos en el art. 16 de la ley 14.250 (t.o. 2004), vale decir, los de convenio nacional, regional o de otro ámbito territorial, convenio intersectorial o marco, convenio de actividad, convenio de profesión, oficio o categoría o convenio de empresas o grupos de empresas.

#### **IV. EXCLUSIÓN DE LA APLICACIÓN DE LA LEY**

El art. 1º del Anexo del dec. regl. 27/2021, precedido por la rúbrica “Objeto”, determina que “[l]as disposiciones de la ley 27.555 no serán aplicables cuando la prestación laboral se lleve a cabo en los establecimientos, dependencias o sucursales de las y los clientes a quienes el empleador o la empleadora preste servicios de manera continuada o regular, o en los casos en los cuales la labor se realice en forma esporádica y ocasional en el domicilio de la persona que trabaja, ya sea a pedido de esta o por alguna circunstancia excepcional”. Del propio texto transcrito surgen con evidencia las dificultades probatorias e interpretativas a que puede dar lugar la aplicación del citado artículo reglamentario en caso de controversia.

#### **V. EL TELETRABAJO COMO ESTATUTO ESPECIAL**

De este modo, la ley 27.555 adquiere el carácter de estatuto profesional o estatuto particular, a que se refieren los arts. 1º, inc. b), y 2º de la LCT, en tanto regulan los derechos y las obligaciones de los teletrabajadores y de sus respectivos empleadores. En tal sentido, según lo dispuesto por el primer párrafo del art. 2º de la LCT, la aplicación de la Ley de Contrato de Trabajo a los teletrabajadores y sus empleadores “quedará condicionada a que la aplicación de sus disposiciones resulte compatible con la naturaleza y modalidades de la actividad de que se trate y con el específico régimen jurídico a que se halle sujeta”, lo que configura una típica cuestión de interpretación jurídica que deberá ser realizada en última instancia por los jueces de las distintas jerarquías.

#### **VI. SEMEJANZAS Y DIFERENCIAS ENTRE EL TELETRABAJO Y EL TRABAJO A DOMICILIO**

En el apartado anterior hemos caracterizado el teletrabajo como “estatuto profesional”, “especial” o “particular” en los términos de los arts. 1º, inc. b), y 2º de la LCT. Asimismo la República Argentina ha ratificado por ley 25.800 de 2003 el convenio 177 de la OIT sobre Trabajo a Domicilio y rige al respecto la ley 12.713 (BO del 12/11/1941) de Trabajo a Domicilio y sus normas modificatorias y complementarias. Resulta, entonces, pertinente el análisis de las semejanzas y las diferencias entre ambas regulaciones jurídicas.



En el apart. III hemos transcrito el art. 102 bis incorporado a la LCT bis por la ley 27.555, que caracteriza el contrato de teletrabajo como aquel en el que “la realización de actos, ejecución de obras o prestación de servicios, en los términos de los arts. 21 y 22 de esta ley, sea efectuada total o parcialmente en el domicilio de la persona que trabaja, o en lugares distintos al establecimiento o los establecimientos del empleador...”. Por su parte el convenio 177 de la OIT sobre el Trabajo a Domicilio, ratificado por la República Argentina por la ley 25.800 (BO del 02/12/2003) en su art. 1º expresa: “A los efectos del presente Convenio: a) la expresión ‘trabajo a domicilio’ significa el trabajo que una persona, designada como ‘trabajador a domicilio’, realiza: i) en su domicilio o en otros locales que escoja, distintos de los locales de trabajo del empleador, ii) a cambio de una remuneración; iii) con el fin de elaborar un producto o prestar un servicio conforme a las especificaciones del empleador, independientemente de quién proporcione el equipo, los materiales u otros elementos utilizados para ello, a menos que esa persona tenga el grado de autonomía y de independencia económica necesario para ser considerada como trabajador independiente en virtud de la legislación nacional o de decisiones judiciales”; el mismo convenio agrega en el inc. b) del mismo artículo, lo siguiente: “b) una persona que tenga la condición de asalariado no se considerará trabajador a domicilio a los efectos del presente convenio por el mero hecho de realizar ocasionalmente su trabajo como asalariado en su domicilio en vez de realizarlo en su lugar de trabajo habitual”.

Queda en claro, entonces, que la diferencia específica que caracteriza al teletrabajo es que el trabajador comprendido en la ley 27.555 es el que ejecuta obras o servicios “mediante la utilización de tecnologías de la información o comunicación” (art. 102 bis, párr. 1º, LCT) y además, que no debe ser un trabajador ocasional, circunstancia que, desde luego, está sujeta a la interpretación judicial.

## VII. DERECHOS Y OBLIGACIONES

El art. 3º de la ley 27.555, que lleva como rúbrica “Derechos y obligaciones”, expresa que “las personas que trabajan contratadas bajo esta modalidad, en los términos del art. 102 bis del Régimen de Contrato de Trabajo aprobado por la ley 20.744 (t.o. 1976) y sus modificatorias, gozarán de los mismos derechos y obligaciones que las personas que trabajan bajo modalidad presencial. Los convenios colectivos deben, acorde a la realidad de cada actividad, prever una combinación entre prestaciones presenciales y por teletrabajo”.

La ley no define lo que entiende por “modalidad presencial”, pero el Diccionario de la Lengua Española (23ª edición, 2014) establece el significado léxico del vocablo “presencial”, como el “que implica la presencia de la persona concernida”. Por su parte, el art. 102 bis de la LCT, incorporado por la ley 27.555, determina una definición muy precisa, tomando como base por oposición al lugar de trabajo del “teletrabajador”, que define como el que realice actos, ejecute obras o preste servicios, “en los términos de los arts. 21 y 22 de esta ley, [que] sea efectuada total o parcialmente en el domicilio de la persona que trabaja, o en lugares distintos al establecimiento o los establecimientos del empleador, mediante la utilización de tecnologías y comunicación”. La remisión que formula esta norma a los arts. 21 y 22 de la LCT reenvían a las definiciones legales del “contrato de trabajo” y de la “relación de trabajo”, respectivamente. Queda en claro, entonces, que la ley excluye claramente como sede de lugares de trabajo para este tipo de labores los que estén directamente y personalmente dirigidos por el empleador.

Cabe señalar que el art. 7º de la ley 27.555, bajo la rúbrica de “Voluntariedad”, determina que “[e]l traslado de quien trabaja en una posición presencial a la modalidad de teletrabajo, salvo casos de fuerza mayor debidamente acreditada, debe ser voluntario y prestado por escrito”; esto indica que el trabajador presencial no puede ser forzado a cambiar de una posición presencial a una de teletrabajador, por lo que, si fuera el caso, el dependiente, previa intimación desoída por el empleador, podría considerarse despedido con justa causa en los términos del “despido indirecto” regulado por el art. 246 de la LCT.

### VIII. ELEMENTOS DE TRABAJO

El art. 9º de la ley 27.555, en su primer párrafo, bajo la rúbrica de “Elementos de trabajo” expresa que “el empleador debe proporcionar el equipamiento —*hardware* y *software*—, las herramientas de trabajo y el soporte necesario para el desempeño de las tareas, y asumir los costos de instalación, mantenimiento y reparación de las mismas, o la compensación por la utilización de las herramientas propias de la persona que trabaja. La compensación operará conforme las pautas que se establezcan en la negociación colectiva”.

El tercer párrafo del mismo art. 9º de la ley determina que, “[e]n caso de desperfectos, roturas o desgaste en los elementos, instrumentos y/o medios tecnológicos que impidan la prestación de tareas, el empleador deberá proveer su reemplazo o reparación a fin de posibilitar la

prestación de tareas. El tiempo que demande el cumplimiento de esta obligación patronal no afectará el derecho de la persona que trabaja a continuar percibiendo la remuneración habitual”. Aunque la ley no lo manifieste explícitamente, el incumplimiento del empleador a sus deberes de mantener las condiciones de trabajo necesarias para cumplir con el deber de ocupación y conservar al trabajador el derecho a su remuneración habitual, habilita al dependiente a retener sus tareas mientras el empleador no las cumpla, ejerciendo de este modo la “excepción de incumplimiento contractual” de la misma manera en que lo autoriza el art. 75 de la LCT (2), lo que no le impediría —si fuere el caso— intimar a su empleador a mantener las condiciones contractuales de prestación de su labor bajo apercibimiento de colocarse en situación de despido indirecto con justa causa en los términos del art. 246 de la LCT.

### IX. COMPENSACIÓN DE GASTOS

El art. 10 de la ley 27.555 establece que “la persona que trabaja bajo la modalidad de teletrabajo tendrá derecho a la compensación por los mayores gastos en conectividad y/o consumo de servicios que deba afrontar. Dicha compensación operará conforme a las pautas que se establezcan en la negociación colectiva, y quedará exenta del pago del impuesto a las ganancias establecido en la ley 20.628 (t.o. 2019) y sus modificatorias”.

### X. REVERSIBILIDAD

Ante todo debemos señalar que “reversibilidad” significa “cualidad de reversible” y este último vocablo quiere decir “que puede volver a un estado o condición anterior” (Diccionario de la Lengua Española, 23ª edición, 2014). El último párrafo del art. 8º de la ley 27.555, que lleva como rúbrica “Reversibilidad”, establece que “[e]n los contratos que se pacte la modalidad de teletrabajo al inicio de la relación, el eventual cambio a la modalidad presencial operará conforme las pautas que se establezcan en la negociación colectiva”. Dado que la norma no establece los efectos de la omisión de la negociación colectiva a este respecto, cabe otorgar los mismos efectos al mutuo acuerdo individual de ambas partes, dado que el contrato de teletrabajo es un contrato bilateral. La misma solución se debe brindar a la situación inversa en la cual se pacte la modalidad de te-

---

(2) *Ibidem*, p. 312.

letrabajo con posterioridad al inicio de la relación y no existieren pautas fijadas en la negociación colectiva.

Sin embargo, el primer párrafo del art. 8º de la citada ley expresa: “Reversibilidad. El consentimiento prestado por la persona que trabaja en una posición presencial para pasar a la modalidad de teletrabajo, podrá ser revocado por la misma en cualquier momento de la relación”. El segundo párrafo del mismo artículo agrega: “En tal caso, el empleador le deberá otorgar tareas en el establecimiento en el cual las hubiera prestado anteriormente, o en su defecto, en el más cercano al domicilio del dependiente, en el cual puedan ser prestadas. Salvo que por motivos fundados resulte imposible la satisfacción de tal deber”.

El tercer párrafo del citado art. 8º de la ley expresa categóricamente: “El incumplimiento de esta obligación será considerado violatorio del deber previsto en el art. 78 del Régimen de Contrato de Trabajo aprobado por la ley 20.744 (t.o. 1976) y sus modificatorias. La negativa del empleador dará derecho a la persona que trabaja bajo esta modalidad a considerarse en situación de despido o accionar para el restablecimiento de las condiciones oportunamente modificadas”. El deber previsto en el art. 78 de la LCT es el “deber de ocupación”, tal como lo indica este mismo artículo en su rúbrica.

Aunque el despido indirecto del teletrabajador en el caso del citado tercer párrafo del art. 8º de la ley 27.555 no exige expresamente la intimación previa del teletrabajador, este previo requerimiento —sin adecuada respuesta del empleador— es exigido inveteradamente por la jurisprudencia laboral en casos similares (v. CNTrab., sala I, 28/02/1989, DT 1990-A-221; *id.*, 18/06/1991, DT 1992-A-260; *id.*, sala VII, 23/10/1992, DT 1993-B-1249; *id.*, sala VIII, 16/09/1996, DT 1996-B-3025; *id.*, sala V, 23/04/1997, DT 1997-B-2487; *id.*, sala III, 15/09/1997, DT 1998-1883; *id.*, sala V, 30/03/2000, TySS 2000-800; *id.*, sala X, 19/05/2007, DT 2007-B-817; SCBA, 13/02/2008, TySS 2008-416; CNTrab., sala X, 18/06/2009, TySS 2010-299; *id.*, sala VIII, 04/02/2015, DT 2015-5-1011; *id.*, sala II, 11/02/2016, TySS 2016-165, entre muchos otros).

## XI. HIGIENE Y SEGURIDAD LABORAL

El art. 14 de la ley 27.555 determina que “[l]a autoridad de aplicación dictará las normas relativas a higiene y seguridad en el trabajo con el objetivo de brindar una protección adecuada a quienes trabajen bajo la modalidad laboral del teletrabajo. El control del cumplimiento de esta normativa deberá contar con participación sindical. Asimismo la auto-

ridad de aplicación determinará la inclusión de las enfermedades causadas por esta modalidad laboral dentro del listado previsto en el art. 6º, inc. 2º, de la ley 24.557. Los accidentes acaecidos en el lugar, jornada y en ocasión del teletrabajo, se presumen accidentes en los términos del art. 6º, inc. 1º, de la ley 24.557”.

Como es sabido, la ley 24.557 (BO del 04/10/1995) es la Ley de Riesgos del Trabajo y el citado art. 14 de la ley 27.555 remite a dos de sus disposiciones, que pertenecen al art. 6º de aquella, el inc. 1º, que se refiere al “accidente de trabajo” y el inc. 2º, que rige las “enfermedades profesionales”.

## **XII. SISTEMA DE CONTROL Y DERECHO A LA INTIMIDAD**

El art. 15 de la ley 27.555 determina que “[l]os sistemas de control destinados a la protección de los bienes e informaciones de propiedad del empleador deberán contar con participación sindical a fin de salvaguardar la intimidad de la persona que trabaja bajo la modalidad de teletrabajo para fines profesionales, no pudiendo hacer uso de *software* de vigilancia que viole la intimidad de la misma”.

## **XIII. PROTECCIÓN DE LA INFORMACIÓN LABORAL**

El art. 16 de la ley 27.555 determina que “[e]l empleador deberá tomar las medidas que correspondan, especialmente en lo que se refiere a *software*, para garantizar la protección de los datos utilizados y procesados por la persona que trabaja bajo la modalidad de teletrabajo y la privacidad de su domicilio”.

## **XIV. JORNADA DE TRABAJO**

El art. 4º de la ley 27.555, bajo la rúbrica de “Jornada laboral”, regula la duración del trabajo. Expresa que “[l]a jornada laboral debe ser pactada previamente por escrito en el contrato de trabajo de conformidad con los límites legales y convencionales vigentes, tanto en lo que respecta a lo convenido por hora como por objetivos”.

Como se advierte, la ley remite a “los límites legales y convencionales vigentes”, lo que implica reenviar a los arts. 196 a 203 de la LCT.

Para evitar la conexión fuera de la jornada pactada, el segundo párrafo del art. 4º de la misma ley determina que “[l]as plataformas y/o *software* utilizados por el empleador a los fines específicos del teletrabajo, y registrados según lo establecido por el art. 18, de la misma ley, deberán desarrollarse de modo acorde a la jornada laboral establecida, impidiendo la conexión fuera de la misma”.

Del mismo modo, el art. 5º de la ley 27.555, para garantizar plenamente al trabajador la limitación de sus tareas a la duración de la jornada legal, instituye su “derecho a la desconexión digital”. El citado artículo, precedido por la recién citada rúbrica, expresa: “La persona que trabaja bajo la modalidad de teletrabajo tendrá derecho a no ser contactada y a desconectarse de los dispositivos digitales y/o tecnologías de la información y comunicación, fuera de su jornada laboral y durante los períodos de licencias. No podrá ser sancionada por hacer uso de este derecho”. El segundo párrafo del mismo artículo prescribe lo siguiente: “El empleador no podrá exigir a la persona que trabaja la realización de tareas, ni remitirle comunicaciones, por ningún medio, fuera de la jornada legal”.

En cuanto a las “tareas de cuidados”, el art. 6º de la ley 27.555 establece que “las personas que trabajen bajo esta modalidad y que acrediten tener a su cargo, de manera única o compartida, el cuidado de personas menores de trece años, personas con discapacidad o adultos mayores que convivan con la persona trabajadora y que requieran asistencia específica, tendrán derecho a horarios compatibles con las tareas de cuidado a su cargo y/o a interrumpir la jornada. Cualquier acto, conducta, decisión, represalia u obstaculización proveniente del empleador que lesione estos derechos se presumirá discriminatorio resultando aplicables las previsiones de la ley 23.592”. La última parte de este artículo determina que “[m]ediante la negociación colectiva podrán establecerse pautas específicas para el ejercicio de este derecho”. Cabe señalar que la ley 23.592 (BO del 03/08/1988), llamada “Ley Antidiscriminatoria”, en su art. 1º establece: “Quien arbitrariamente impida, obstruya, restrinja o de algún modo menoscabe el pleno ejercicio sobre bases igualitarias de los derechos y garantías fundamentales reconocidos en la Constitución nacional, será obligado, a pedido del damnificado, a dejar sin efecto el acto discriminatorio o cesar en su realización y a reparar el daño moral y material ocasionados”. Asimismo, agrega: “A los efectos del presente artículo se considerarán particularmente los actos u omisiones discriminatorios determinados como tales como raza, religión, nacionalidad, ideología, opinión política o gremial, sexo, posición económica, condición social o caracteres físicos”.

## XV. CAPACITACIÓN

El art. 11 de la ley 27.555 regula lo atinente a la capacitación de los teletrabajadores. Este artículo determina que “el empleador deberá garantizar la correcta capacitación de sus dependientes en nuevas tecnologías, brindando cursos y herramientas de apoyo, tanto en forma virtual como presencial, que permitan una mejor adecuación de las partes a esta modalidad laboral. La misma no implicará una mayor carga de trabajo”. El mismo artículo indica que dicha capacitación podrá ser realizada en conjunto con la entidad sindical representativa y el Ministerio de Trabajo, Empleo y Seguridad Social de la Nación”.

## XVI. DERECHOS COLECTIVOS

La regulación legal en esta materia es sumamente desacertada, puesto que en los arts. 12 y 13 se establecen disposiciones que vulneran claramente diversas fuentes del derecho colectivo del trabajo que rigen instituciones de esta rama del derecho del trabajo.

En efecto, el art. 12 de la ley 27.555, que lleva como rúbrica “Derechos colectivos”, dice así: “Las personas que se desempeñen bajo la modalidad del teletrabajo, gozarán de todos los derechos colectivos. Serán consideradas, a los fines de la representación sindical, como parte del conjunto de quienes trabajen en forma presencial”.

Tal como lo hemos señalado, la norma en análisis comienza por hacer una afirmación categórica, la cual es que los teletrabajadores “gozarán de todos los derechos colectivos” para, en las líneas siguientes, violar flagrantemente esta afirmación, dado que no es el legislador sino los propios trabajadores los que están en el derecho —constitucional y legal— de elegir si han de agremiarse conjunta o separadamente con los trabajadores presenciales o si han de hacerlo por actividad o actividades afines.

En efecto, el art. 14 bis de la CN reconoce a los trabajadores la “organización sindical libre y democrática”, lo que implica legalmente “constituir libremente y sin necesidad de autorización previa, asociaciones sindicales —art. 4º, inc. a), ley 23.551 de Asociaciones Sindicales de Trabajadores—. Por su parte, el art. 5º de esta última ley expresa: “Las asociaciones sindicales tienen los siguientes derechos: (...) b) Determinar su objeto, ámbito de representación personal y de actuación territorial; c) Adoptar el tipo de organización que estimen apropiado...”, y el art. 10 del mismo cuerpo legal establece que “[s]e considerarán asociaciones sin-

dicales las constituidas por: a) trabajadores de una misma actividad o actividades afines; b) trabajadores del mismo oficio, profesión o categoría, aunque se desempeñen en actividades distintas; c) trabajadores que presten servicios en una misma empresa”. De lo expuesto se extrae claramente la conclusión de que el legislador ha invadido de modo inconstitucional el ámbito de decisión que corresponde a los propios trabajadores.

Así, por las razones expuestas precedentemente, incurren en inconstitucionalidad el art. 12 de la ley 27.555, en tanto dispone que “las personas que se desempeñen bajo la modalidad de teletrabajo...serán considerados, a los fines de la representación sindical, como parte del conjunto de quiénes trabajen en forma presencial”, y por las mismas razones el art. 13 de la ley 25.777, que establece: “Representación sindical. La representación sindical será ejercida por la asociación sindical de la actividad donde presta servicios, en los términos de la ley 23.551. Las personas que trabajan bajo esta modalidad deberán ser anexadas por el empleador a un centro de trabajo, unidad productiva o área específica de la empresa a los efectos de elegir y ser elegidas, para integrar los órganos de la asociación sindical”. Esta disposición también resulta inconstitucional por partida doble: a) porque afecta las potestades de los empleadores de organizar económica y técnicamente su empresa (art. 64, LCT) y de dirigirla (art. 65, LCT), y b) porque dicho art. 12 de la ley 27.555 representa una inaceptable injerencia en la configuración de la representación sindical en la empresa y, por consiguiente, una violación a la libertad sindical (art. 14 bis, CN).

## XVII. NEGOCIACIÓN COLECTIVA

Como se advierte, el art. 102 bis de la LCT remite a la negociación colectiva reglamentada por la ley 14.250 (t.o. 2004), entre empleadores y teletrabajadores, la determinación de “las regulaciones específicas para cada actividad”.

Por su parte, el último párrafo del art. 3º de la ley 27.555 establece que “[l]os convenios colectivos deben, acorde a la realidad de cada actividad, prever una combinación entre prestaciones presenciales y por teletrabajo”. Desde luego, estas determinaciones no constituyen una limitación para que empleadores y trabajadores del teletrabajo concierten cláusulas generales o específicas relativas a otras materias que puedan constituir el contenido legal y habitual de los convenios colectivos de trabajo de distintas actividades.



### **XVIII. PRESTACIONES TRANSNACIONALES**

El art. 17 de la ley 27.555, que lleva como rúbrica “Prestaciones transnacionales”, determina en su primer párrafo: “Cuando se trate de prestaciones transnacionales de teletrabajo, se aplicará al contrato de trabajo respectivo la ley del lugar de ejecución de las tareas o la ley del domicilio del empleador, según sea más favorable para la persona que trabaja”. Agrega en su segundo párrafo que, “en caso de contratación de personas extranjeras no residentes en el país, se requerirá la autorización previa de la autoridad de aplicación. Los convenios colectivos, acorde a la realidad de cada actividad, deberán establecer un tope máximo para estas contrataciones”.

### **XIX. AUTORIDAD DE APLICACIÓN. REGISTRO. FISCALIZACIÓN**

El art. 18 de la ley 27.555, bajo esta rúbrica, establece que “[el] Ministerio de Trabajo, Empleo y Seguridad Social de la Nación será la autoridad de aplicación de la presente ley y deberá dictar la reglamentación respectiva dentro de los noventa días. En el ámbito de su competencia se deberán registrar las empresas que desarrollen esta modalidad, acreditando el *software* o plataforma a utilizar y la nómina de las personas que desarrollan estas tareas, las que deberán informarse ante cada alta producida o de manera mensual. Esta información deberá ser remitida a la organización sindical pertinente. La fiscalización del cumplimiento de las disposiciones legales y convencionales relativas a las tareas cumplidas bajo la modalidad de teletrabajo se ejercerá conforme a lo establecido por el tít. III - cap. I, sobre inspección del trabajo de la ley 25.877 y sus modificatorias. Toda inspección de la autoridad de aplicación, de ser necesaria, deberá contar con la autorización previa de la persona que trabaja”.

### **XX. ENTRADA EN VIGENCIA**

El art. 19 de la ley 27.555, que lleva como rúbrica “Régimen de transitoriedad”, establece la fecha de entrada en vigencia de la ley, que no es fija sino de plazo indeterminado, ya que prescribe que “entrará en vigor luego de noventa días [que son continuos, art. 6º, Cód. Civ. y Com., o corridos] contados a partir de que se determine la finalización del período de vigencia del aislamiento social preventivo y obligatorio” establecido primero por el art. 7º, pto. 1º del DNU 260/2020 (BO del 12/03/2020) como

“aislamiento obligatorio. Acciones preventivas” y luego por el DNU 297/2020 (BO del 20/03/2020), que estableció desde el 20/03/2020 el “aislamiento social, preventivo y obligatorio”, estado que sufrió sucesivas prórrogas posteriores.

Ante las dudas interpretativas que generaba el texto del art. 19 de la ley 27.555, finalmente la res. MTEySS 54/2021 (BO del 05/02/2021), en su art. 1º, determinó que “el Régimen Legal del Contrato de Teletrabajo, previsto por la ley 27.555, entrará en vigencia el 1 de abril del 2021”.

# EL FACTOR DE ATRIBUCIÓN EN LA RESPONSABILIDAD ESTATAL POR LA ACTIVIDAD ILÍCITA O ILEGÍTIMA

POR JUAN CARLOS CASSAGNE(1)

## **I. EXCURSO SOBRE LAS PRINCIPALES CONCEPCIONES ACERCA DEL FACTOR DE ATRIBUCIÓN EN LA RESPONSABILIDAD DEL ESTADO**

El factor de atribución es algo así como la clave de la bóveda de la construcción de la teoría de la responsabilidad del Estado que, junto a otros elementos, compensa las tensiones que gravitan sobre el grado y la magnitud del responder por el daño causado a otro, en forma tanto voluntaria e intencional como objetiva, es decir, sin dolo o culpa (falta de diligencia u omisión).

En principio, toda teoría del responder encierra la tendencia a reparar el daño injustamente causado o susceptible de reparación por razones de equidad. Asimismo, se ha debatido intensamente acerca del carácter subjetivo u objetivo de la responsabilidad, abriendo diferentes cauces y modalidades para la aplicación de la teoría de riesgo creado o del riesgo provecho con fórmulas típicas o atípicas según cada sistema. Pero lo cierto es que los sistemas que articulan la responsabilidad civil en el derecho comparado han regulado la responsabilidad de distintas maneras. Los hay tanto de base subjetiva, en los que la culpa desempeña un papel preponderante, que los distingue de aquellos otros basados en factores más objetivos, que generalizan la teoría del riesgo. Otro aspecto trascendente se encuentra en el reconocimiento en el derecho civil, si

---

(1) Con este trabajo, rendimos nuestro homenaje a la memoria del ilustre colega y amigo académico Félix Trigo Represas, ejemplo de sabiduría, nobleza y rectitud científica y moral.

bien en la mayor parte de los casos con fórmulas típicas y acotadas, de la responsabilidad por la actividad lícita o legítima (2).

El derecho público ha procurado, en algunos países como Francia y España, desarrollar una teoría autónoma de la responsabilidad del Estado por una serie de razones que justifican su regulación en forma separada, sin perjuicio de la recurrencia a la analogía o incluso a la supletoriedad de los textos civiles, cuando así corresponda.

Distintas razones militan para fundar esa distinción. La primera es la diferente finalidad que persigue la construcción privatista con respecto a la publicista, dado que ha puesto fundamentalmente el acento en la reparación del daño causado a las víctimas, mientras que el derecho administrativo, sin perjuicio de los intereses de las víctimas, debe mirar necesariamente también los intereses de la comunidad en su conjunto, pues de lo contrario el Estado termina por convertirse en una suerte de caja aseguradora de todos los riesgos que acontecen en la vida de las personas. Hay aquí, por lo tanto, un tema de magnitud considerable y de razonabilidad en la distribución proporcional de las cargas que, a la larga, recaen sobre todos los ciudadanos.

La segunda razón y no por ello menor en el plano de la justificación científica de la autonomía del derecho administrativo radica en la mayor extensión que él atribuye al ámbito de la responsabilidad por la actividad legítima o lícita del Estado, que en el derecho civil se circunscribe a supuestos típicos y pautados, mientras que en el derecho administrativo la vigencia del principio de igualdad ante las cargas públicas (art. 16, CN) conduce a fundar esta clase de responsabilidad en un factor de atribución inexistente en el derecho privado, como es el concepto de sacrificio especial, que asume mayor o menor magnitud conforme a las modalidades de cada ordenamiento comparado.

Por último, la tercera razón que constituye la médula del presente trabajo concierne a la autonomía que presenta el factor de atribución en la responsabilidad por la actividad ilegítima del Estado, que acude a la figura de la falta de servicio, con singulares notas y aspectos propios del derecho administrativo, cuna de su nacimiento.

---

(2) Como lo hemos explicado antes, pensamos que, sobre todo en el campo del derecho público, ha de hablarse de responsabilidad por la actividad ilegítima, puesto que la legitimidad y su bloque constitucional (comprensiva de normas y principios) implica un concepto más amplio y abarcativo, característico del derecho público.

## II. ALGO MÁS SOBRE LA AUTONOMÍA DEL DERECHO ADMINISTRATIVO Y LA NECESIDAD DE ARBITRAR SOLUCIONES PECULIARES PARA LOS PROBLEMAS QUE PLANTEA LA RESPONSABILIDAD DEL ESTADO

Una de las cuestiones que subyacen en el debate actual reviste, por su trascendencia, primacía sobre las demás y constituye el eje a cuyo alrededor se ha generado la controversia dogmática acerca de la regulación publicista de la responsabilidad estatal.

Ese punto de partida reside en la autonomía del derecho público (administrativo, en la especie) para regular la materia sobre la base de principios propios y típicos de la disciplina (3), sin que ello obste a la aplicación analógica de los principios generales del derecho ni de las normas del Código Civil, mediante un proceso de integración tendiente a cubrir los vacíos o lagunas que presenta el derecho administrativo.

El argumento de mayor relevancia jurídica que se ha opuesto, generalmente, al establecimiento de una regulación diferenciada para esta clase de responsabilidad ha sido y sigue siendo el de la supuesta unidad del derecho de daños.

Pero esta tesis, derivada de la presunta paternidad, primacía o especialidad de la materia civil, que algunos fundan en el principio de igualdad ante la ley, no ha sido recogida por los ordenamientos comparados (tanto en el caso de España y Francia como en Iberoamérica), ni como norma ni como principio, por lo que carece de valor jurídico, aparte de obviar las diferencias de fines y estructuras existentes entre el derecho público y el derecho privado.

Y si bien se habla —por boca de un autorizado civilista francés— de un derecho común destinado a regir la responsabilidad de daños, en vir-

---

(3) *Vid.* DEBASCH, Charles, “Droit administratif”, Ed. Económicas, París, 2002, 6ª ed., ps. 557-559, menciona como antecedente el conocido caso “Blanco”, decisión del Consejo de Estado de 1885 (Rothschild - Rec. 705); recientemente, en el tercer seminario conjunto realizado entre la Revista de Administración Pública y la Sala de lo Contencioso Administrativo del Tribunal Supremo se cuestionó el dogma de la autonomía del derecho administrativo para regir lo concerniente a la responsabilidad patrimonial de la Administración, véase: ROMERO REY, Carlos, “La responsabilidad patrimonial de la Administración: un palimpsesto”, RAP nro. 213, Madrid, 2020, p. 16 y ss. Sin embargo, la crítica no apunta a la regulación propia por el derecho administrativo sino a la utilización del citado dogma para fundamentar las posiciones jurisprudenciales y negar la aplicación subsidiaria del derecho civil que —creemos— tiene que ser en principio una aplicación por analogía y no directa.

tud de la compenetración existente hoy en día entre el derecho público y el derecho privado, el mismo autor (que critica la *divisio*) expone una serie de diferencias, en la comparación entre ambos derechos en materia de responsabilidad pública y privada, que sirven para desmontar lo que parece sostener cuando reconoce que el fin de la responsabilidad pública no consiste —como en el derecho privado— en establecer el equilibrio entre dos patrimonios de personas físicas o jurídicas, sino en una relación de equilibrio entre el patrimonio del dañado y el de todos los contribuyentes (4), aparte de que el interés propio que persigue el autor del daño en el derecho civil es de naturaleza privada y difiere del interés público o general que debe guiar el accionar de la Administración (5). En suma, la tesis objeto de nuestra crítica, al ser un producto principalmente doctrinario y eminentemente subjetivo, no alcanza a superar la condición de una propuesta *de lege ferenda*, que tropieza con una concepción arraigada en fuentes legislativas y jurisprudenciales objetivas.

De otra parte, la extensión del criterio de la unidad a las restantes instituciones del derecho administrativo, unificándolas con las similares del derecho civil, implicaría que nuestra disciplina fuera absorbida por el derecho privado, lo que choca con la realidad que exhiben los respectivos ordenamientos y la jurisprudencia, no obstante la necesidad de que exista una adecuada compatibilización y armonización entre ambos derechos, sobre todo cuando surgen carencias normativas en la regulación. Corresponde apuntar, asimismo, que la atribución de exclusividad al derecho privado para regular, con carácter general, las actividades estatales ni siquiera se opera en el derecho anglosajón, que ha venido desarrollando formulaciones propias del derecho administrativo (6), contrariando las predicciones que muchos años antes había formulado Dicey, en su conocida polémica con Hauriou.

A todo ello cabe adicionar el hecho de que el derecho civil no se ha ocupado, ni ha podido ocuparse, mayormente, de determinados ámbitos de responsabilidad específicos del derecho público, como son las concernientes a la responsabilidad por las actividades legislativa y judicial.

---

(4) CORNU, Gérard, “Étude comparée de la responsabilité delictuelle en droit privé et un droit public”, Ed. La Mémoire du Droit, Paris, 2010, p. 23.

(5) *Ibidem*, p. 24.

(6) Particularmente, en el ámbito contractual, véase: ARIÑO ORTIZ, Gaspar, “Contrato y poder público. La figura del contrato administrativo en el derecho español y europeo”, en *Derecho administrativo*, obra colectiva en homenaje al profesor Miguel S. Marienhoff, Ed. Abeledo Perrot, Buenos Aires, 1998, ps. 870 y ss., y también GONZÁLEZ-VARAS IBÁÑEZ, Santiago, “El contrato administrativo”, Ed. Civitas, Madrid, 2003, ps. 257 y ss., especialmente ps. 266-269 (nota 294).

Y, no obstante que la mayoría de las instituciones del derecho administrativo han ido modelándose sobre la base de sus similares civiles (7), esta peculiaridad no contradice la autonomía de la disciplina, ni impide la aplicación supletoria y analógica de las normas y los principios del derecho civil y comercial. En el fondo, sigue sin advertirse que la finalidad genérica del derecho administrativo radica en regular el interés público o bien común en aquellos aspectos inherentes a la actividad que despliegan la Administración y los colaboradores particulares que satisfacen necesidades colectivas primordiales (servicios públicos) o que realizan prestaciones que interesan al conjunto de ciudadanos que integran una determinada comunidad, lo cual no supone que la legislación privada no persiga el bien común, habida cuenta de que ha de fundarse siempre en ese objetivo perseguido tanto por la justicia general como por la justicia particular, pese a que su fin inmediato sea la regulación de relaciones inter privadas, que configuran el principal objeto de la temática civilista. Por otra parte, la justicia denominada particular (conmutativa y distributiva) no se adscribe con exclusividad al derecho público (8) (como han pretendido algunos, al identificar la justicia distributiva con el Estado o con el derecho público) ni tampoco al privado, pese a que el alcance de la reparación se rija siempre por los principios de la justicia conmutativa.

Unas palabras del maestro García de Enterría reflejan la certeza del planteamiento teórico de la concepción publicista que prevalece en el derecho español positivo y, en general, en Iberoamérica. En una monografía sobre los principios de la nueva Ley de Expropiación Forzosa de 1956 (difícil de igualar en enjundia y profundidad) expresa que “en cierta manera en este encuentro final de dos sistemas jurídicos, el común y el administrativo, en materia de responsabilidad, este último ha aportado perspectivas nuevas, y especialmente, la preocupación por una teoría general que el Derecho civil parecía no necesitar, por contar con una serie de soluciones casuísticas, formuladas en tal carácter por el derecho romano, que de hecho venían a satisfacer todo el conjunto de

---

(7) MARTÍN-RETORTILLO BAQUER, Sebastián, “El derecho civil en la génesis del derecho administrativo y de sus instituciones”, Ed. Civitas, Madrid, 1996, 2ª ed., ps. 15 y ss., explica el proceso de formación de las instituciones del derecho administrativo en torno de las categorías básicas del derecho civil.

(8) FINNIS, John, “Ley natural y derechos fundamentales”, Ed. Abeledo Perrot, Buenos Aires, 2000, trad. C. Orrego, ps. 216-221, señala que la quiebra, típica institución del derecho privado, se rige por los principios de la justicia distributiva; nos hemos ocupado de las clases de justicia en nuestro libro “Los grandes principios del derecho público, constitucional y administrativo”, Ed. La Ley, Buenos Aires, 2015, ps. 28 y ss.; en el mismo sentido, *vid.* MASSINI-CORREAS, Carlos Ignacio, “Jurisprudencia analítica y derecho natural”, Ed. Marcial Pons, Buenos Aires, 2019, p. 141.

necesidades prácticas sobre el particular. El derecho público, en efecto, hubo de seguir en esto el método inverso al que se caracterizó como propio de la jurisprudencia romana: la teoría de la responsabilidad se inició en él de plano, por la admisión pura y simple del principio, siendo entonces el problema la mayor o menor extensión particular del mismo, su aplicación a los casos concretos. Ahora bien, la transformación social ha concluido por traer al derecho civil una preocupación análoga al hacerse insuficiente el viejo cuadro casuístico y alumbrarse la necesidad de extender la responsabilidad civil fuera de lo que parecerían justificar los clásicos principios. La aparición del principio llamado de 'riesgo profesional' en materia laboral ha sido quizá el factor más visible, tras del cual se puso en evidencia la necesidad de una reconstrucción del sistema, que la tendencia creciente a extender la responsabilidad llamada objetiva no ha hecho sino agudizar" (9).

En tanto el esquema clasificatorio de la responsabilidad patrimonial (en el caso español y en general de los países de Hispanoamérica) se bifurca en dos grandes tipologías de derecho público con cláusulas generales de responsabilidad que prescriben factores de atribución delimitados en dos especies genéricas de responsabilidad (por actividad ilegítima o funcionamiento anormal y actividad legítima o funcionamiento normal), el sistema civilista se apoya en el tradicional supuesto de la culpa subjetiva como factor de atribución de responsabilidad junto a una amplia gama de responsabilidades objetivas atípicas y típicas (10) con diferentes factores de atribución (riesgo, garantía, enriquecimiento sin causa, etc.) y, en menor medida que en el derecho público, aborda también la responsabilidad por actos lícitos, aunque con formulaciones típicas y casuistas.

---

(9) Cfr. GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo, "Los principios de la nueva Ley de Expropiación Forzosa", Ed. Civitas, Madrid, 1984, reproducción facsimilar de la 1ª ed., de 1956, ps. 167-168.

(10) Conviene advertir que las nociones de atipicidad y tipicidad no suelen ser manejadas con precisión en el derecho administrativo. Al respecto, se ha expresado que dichas expresiones no deben crear equívocos, "a cuyo efecto hay que emplazarlas (...) en su justa dimensión. Hablar de tipicidad sugiere una antijuridicidad y decir atipicidad connota una antijuridicidad material", puntualizando que "es una forma de expresar en el primer caso que el daño está tasado (fijado con precisión) en una o en otras normas, mientras que en el segundo caso el juez lo encuentra en el derecho tras un juicio de axiología" [BUERES, Alberto J. (dir.) - HIGHTON, Elena I. (coord.), "Código Civil y normas complementarias. Análisis doctrinario jurisprudencial", Ed. Hammurabi, Buenos Aires, 1999, t. 3-A, p. 50].



A su vez, la concepción civilista de la responsabilidad carga con la mochila del concepto de antijuridicidad (11) del cual no ha podido desprenderse por completo y cuyas diferentes acepciones, según las épocas históricas, no han contribuido a esclarecer el panorama de los factores de atribución sino a oscurecerlo, creando una artificial confusión con la culpa, la imputabilidad y el factor de atribución, nociones que aparecen muchas veces superpuestas en las obras sobre la materia.

En cambio, el derecho administrativo parece exhibir, en este aspecto de la cuestión, una mayor dosis de claridad al no haber girado, desde el comienzo, en torno a la consideración de la culpa como factor atributivo de responsabilidad al estilo civilista. En este sentido, la doctrina de la lesión antijurídica resarcible del derecho español no se inscribe, sustancialmente, en la línea civilista que postula la antijuridicidad (como acto o hecho que contradice el ordenamiento) sino que, como elemento de la responsabilidad, la considera procedente cuando la acción u omisión carece de un título de justificación, supuesto en el que el particular no tiene el deber de soportar el daño, lo que deriva, en definitiva, en la concepción del daño injusto. No se trata, entonces, de un elemento o presupuesto de responsabilidad basado en la contradicción de la conducta con el ordenamiento jurídico —según la teoría civilista argentina clásica (12)— sino de un daño que no está justificado por el ordenamiento y que, por tanto, el particular no está obligado a soportar.

### III. UN POCO DE HISTORIA

Hace casi cuarenta años, desde el derecho administrativo emprendimos la tarea de sistematizar los elementos que estructuran la responsabilidad del Estado, desde una visión iuspublicista. Si bien en la Argentina

---

(11) Concebida actualmente como la antijuridicidad material que supone la contradicción entre una acción u omisión con el ordenamiento; cfr. PIZARRO, Ramón D., “Responsabilidad del Estado y del funcionario público”, Ed. Astrea, Buenos Aires, 2016, t. 1, ps. 271 y ss.; en España se la ha calificado como un “auténtico cajón de sastre a través del cual se introduce en forma palmaria la exigencia de la anormalidad” (MIR PUIGPELAT, Oriol, “La garantía constitucional por el funcionamiento anormal de la Administración”, RAP nro. 213, Madrid, 2020, p. 34).

(12) Véase: KEMELMAJER de CARLUCCI, Aída, “La antijuridicidad, un presupuesto de la responsabilidad civil en el Código Civil y Comercial de la Nación”, separata de la Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Buenos Aires, Ed. La Ley, Buenos Aires, 2017, ps. 6 y ss.

se había desarrollado el tema en obras generales de valía científica (13) y existían algunas pocas monografías (14) y tesis doctorales (15), escritas con mérito jurídico para el tiempo en que fueron elaboradas, faltaba una construcción dogmática, doctrinaria o jurisprudencial, que comprendiera todos los elementos que deben concurrir para determinar la responsabilidad estatal, a lo que se sumaba todavía la arcaica discusión acerca del carácter directo o indirecto de esa responsabilidad.

Inspirados en la sistemática civilista argentina que, para esa época, estaba muy avanzada, tras la aparición en 1973 del “Tratado general de la responsabilidad civil” de Jorge Bustamante Alsina y de un trabajo escrito por Juan Francisco Linares (16) sobre la responsabilidad de los funcionarios, producto de comunes intercambios, publicamos dos trabajos en la revista *El Derecho* (17) destinados a formar parte de una obra más general (18).

El esquema de la construcción dogmática consistió en separar, por un lado, el fundamento constitucional de la responsabilidad del Estado y, al propio tiempo, articular un cuadro con los elementos de la institución: daño, imputación material, factor de atribución y relación de causalidad, distinguiendo la responsabilidad por actividad ilegítima de la legítima, en los tres poderes del Estado.

La novedad más trascendente fue la adopción de la falta de servicio —en forma semejante al sistema francés— basada en una interpretación dinámica del art. 1112 del Cód. Civil entonces vigente que, si bien cambiaba el sentido que había tenido hasta ese momento en la hermenéutica de la materia civil, implicaba un indudable avance al desplazar la culpa

---

(13) MARIENHOFF, Miguel S., “Tratado de derecho administrativo”, Ed. Abeledo Perrot, Buenos Aires, 1965, 1ª ed., entre otras.

(14) BULLRICH, Rodolfo, “La responsabilidad del Estado”, Ed. Jesús Menéndez, Buenos Aires, 1920; REIRIZ, María Graciela, “Responsabilidad del Estado”, Eudeba, Buenos Aires, 1969; y ALTAMIRA GIGENA, Julio I., “Responsabilidad del Estado”, Ed. Astrea, Buenos Aires, 1963.

(15) Tesis de Agustín A. Gordillo del año 1959 (inérita), cit. por REIRIZ, María Graciela, ob. cit., ps. 4, 5, 13, 14, 31, 32, 35, 36, 57 y 95.

(16) LINARES, Juan Francisco, “En torno a la llamada responsabilidad del funcionario público”, LA LEY 153, 601.

(17) “En torno al fundamento de la responsabilidad del Estado”, ED 99-937 y “La responsabilidad extracontractual del Estado en el campo del derecho administrativo”, ED 100-986.

(18) “Derecho Administrativo”, Ed. Abeledo Perrot, Buenos Aires, 1982, t. I, 1ª ed.

como vector del sistema de responsabilidad por actividad ilegítima o ilícita.

Esa construcción, aunque no son muchos los que han tenido la deferencia de reconocerlo (19), es la que recogió, casi al pie de la letra, el pronunciamiento dictado por la Corte Suprema de Justicia de la Nación en el caso “Vadell” (20) de 18 de noviembre de 1984 y de allí se extendió a toda la jurisprudencia posterior (21), culminando dicha recepción en la regulación positiva de la ley 26.944 (22) que indudablemente la adopta, al igual que la mayoría de las concepciones vernáculas (23) y aun en trabajos hechos en colaboración con la doctrina española (24).

Otro de los aspectos de esa construcción, cuyo esquema conceptual representó un verdadero trasplante, implicó separar la noción estricta de imputabilidad (como autoría material de un hecho) del factor de atribución, que implica la relación legal que vincula un determinado resultado con una causa, conforme al valor axiológico contenido en la ley, a fin de establecer una responsabilidad tendiente a compensar a la víctima del daño (25).

---

(19) PERRINO, Pablo E., “La responsabilidad de la Administración por su actividad ilícita. Responsabilidad por falta de servicio”, ED 185-78; TRIGO REPRESAS, Félix – LÓPEZ MESA, Marcelo, “Tratado de la responsabilidad civil”, Ed. La Ley, Buenos Aires, 2004, t. IV, cap. 14, ps. 12 y ss.; SAMMARTINO, Patricio M., “Responsabilidad del Estado: características generales del sistema legal vigente”, en ALONSO REGUEIRA, Enrique M. (dir.), *El control de la actividad estatal*, Ed. Asociación de Docentes de la UBA, Buenos Aires, 2016, t. II, ps. 520 y ss.; GALLI BASUALDO, Martín, “Inaplicabilidad de las normas del Código Civil y Comercial a la responsabilidad del Estado y de los funcionarios públicos”, en BUERES, Alberto J. (dir.), *Código Civil y Comercial. Análisis, comparado y concordado*, Ed. Hammurabi, Buenos Aires, 2015, t. 3, ps. 101 y ss.; y, BARRAZA, Javier, “Responsabilidad extracontractual del Estado”, Ed. La Ley, Buenos Aires, 2003, p. 114.

(20) “Vadell, Fernando c. Provincia de Buenos”, Fallos 306:2030.

(21) Fallos 307:821; 315:2865; 318:845; 321:1124 y, 330:503 entre muchos otros.

(22) SAMMARTINO, Patricio M., ob. cit., p. 529, nota 11.

(23) Ver los autores citados en nuestro “Derecho administrativo y derecho público general”, Ed. B de F, Montevideo - Buenos Aires, 2020, ps. 600-603, notas 9 y 10; véase también MOSSET ITURRASPE, Jorge, “Responsabilidad por daños”, Ed. Rubinzal-Culzoni, Santa Fe, 2004, t. X, “Responsabilidad del Estado”, p. 162, texto y nota 42.

(24) IVANEGA, Miriam – RIVERO ORTEGA, Ricardo, “Acercas de la Ley de Responsabilidad Estatal”, LA LEY del 18/09/2014, p. 1.

(25) BUSTAMANTE ALSINA, Jorge, “Teoría general de la responsabilidad civil”, Ed. Abeledo Perrot, Buenos Aires, 1997, 9ª ed., p. 329.

#### IV. FACTORES DE ATRIBUCIÓN Y ANTIJURIDICIDAD

Hasta el hallazgo de la técnica depurada del factor de atribución en la responsabilidad civil —que incorporamos en nuestros primeros estudios acerca de la responsabilidad del Estado (26)—, el principal presupuesto de la teoría civilista clásica del responder se apoyaba en la noción de antijuridicidad, basada, según el criterio entonces mayoritario, en el reproche culpabilístico (por culpa o dolo) imputable al autor del daño.

A los ojos de un jurista desapasionado no deja de sorprender que la noción de antijuridicidad (27), cuyo contenido ha ido variando desde una concepción subjetiva a una objetiva (la violación del ordenamiento jurídico) y hasta desde una formal (la contradicción con una norma positiva determinada) a una material (conculcación de las normas y principios generales), se haya erigido en uno de los presupuestos centrales e inmovibles de la responsabilidad en el derecho civil.

La dilución o abandono de ese requisito por parte de la doctrina civilista, que ha propiciado su sustitución por el criterio del daño injusto (28) o la injusticia del daño, encuentra una mayor justificación en el derecho público que en el derecho privado, dada la mayor trascendencia y densidad que adquiere la responsabilidad por la actividad legítima o lícita del Estado, sobre la base de un factor de atribución específico y diferenciado: el sacrificio especial (29). Se trata de un daño que —conforme al principio de igualdad ante las cargas públicas— no debe soportar la víctima, que es consecuencia del funcionamiento normal o regular de todas las actividades estatales y no solo de los servicios públicos en sentido estricto.

En cambio, los supuestos de responsabilidad por acto lícito en el derecho civil carecen de un factor específico de atribución y constituyen una excepción al sistema general de los Códigos Civiles que la acogen (los daños que causa el buscador de tesoros en terreno ajeno (art. 1954, Cód. Civ. y Com.), perjuicios ocasionados por el ejercicio regular de una

---

(26) “La responsabilidad extracontractual...”, cit., ps. 986 y ss.

(27) La antijuridicidad regulada en el art. 1066 del derogado Código Civil argentino se basaba en la concepción formal de la antijuridicidad, que requería de una norma legal expresa y específica para que hubiera ilicitud. En cambio, en el nuevo Código, lo antijurídico es cualquier daño producido por acción u omisión, si no está justificado (art. 1717, Cód. Civ. y Com.).

(28) DE LORENZO, Miguel F., “El daño injusto en la responsabilidad civil”, Ed. Abeledo Perrot, Buenos Aires, 1996.

(29) *Vid.* MIR PUIGPELAT, Oriol, ob. cit., p. 33.

servidumbre de paso de acueducto (art. 2719, Cód. Civ. y Com.), supuestos que difieren de la regulación de la responsabilidad por actividad legítima o lícita en el derecho administrativo, cuya estructura cuenta con un factor atributivo de responsabilidad específico y determinado.

En definitiva, el abandono de la culpa como presupuesto exclusivo de la antijuridicidad dio nacimiento en el derecho privado a la responsabilidad objetiva, haciendo posible imputar responsabilidad por daños que el ordenamiento no considera justo que sean asumidos por las víctimas (teoría del riesgo creado) dando lugar, incluso, al surgimiento de otros factores de naturaleza objetiva, como la garantía.

En la evolución operada en el derecho civil, esos factores de atribución objetivos junto con el subjetivo (la culpa o el dolo) sustituyeron la función que cumplía originalmente la antijuridicidad y han pasado a ser “la pieza maestra” del sistema civilista (30). En el derecho público, el factor de atribución es el criterio focal que el ordenamiento o la jurisprudencia utilizan para imputar al Estado, en el plano axiológico o valorativo, un daño. Los demás requisitos que conciernen a la imputación material, al daño y a la relación de causalidad en el derecho administrativo son similares a los que prescriben los Códigos Civiles, con las matizaciones y peculiaridades derivadas de un tipo de responsabilidad (la proveniente de la actividad legítima), según la peculiar regulación efectuada en algunos sistemas comparados, como el argentino en la reciente legislación (31) sobre la materia que, en muchos de sus aspectos, ha sido tildada de inconstitucional por violar el principio de justa indemnización o reparación integral (32), instituido por la Convención Americana de Derechos Humanos que, en el derecho constitucional argentino posee jerarquía constitucional (art. 75, inc. 22, CN).

Interesa señalar que, aun cuando el dato suele omitirse en las posiciones doctrinarias favorables a la noción de antijuridicidad (como presupuesto de la responsabilidad civil), la posición contraria cuenta con la

---

(30) BUSTAMANTE ALSINA, Jorge, ob. cit., p. 325.

(31) V.gr., la no reparación del lucro cesante en la responsabilidad por la actividad legítima del Estado (art. 5º, ley 26.944). *Vid.* PERRINO, Pablo E., “La responsabilidad del Estado y los funcionarios públicos”, Ed. La Ley, Buenos Aires, 2015, ps. 139 y ss.

(32) LAPLACETTE, Carlos J., “Derecho constitucional a la reparación de daños”, LA LEY 2012-E, 2045.

opinión de calificados civilistas españoles (33) y argentinos (34), sin que los administrativistas hayan tomado parte en esta disputa dogmática.

En tal sentido, en un trabajo publicado en el año 1978, uno de los grandes civilistas argentinos, José María López Olaciregui, ya señalaba, que el criterio básico de la concepción de la responsabilidad, era no solo la reparación del daño injustamente causado sino también por el daño injustamente sufrido pues “es injusto que lo soporte quien lo reciba, exista o no ilicitud en el obrar de la persona a quien se le imputa el daño” (35).

En esa línea, ha podido decir Alterini (36) que las nuevas concepciones han ido diluyendo la antijuridicidad que supone una conducta que, en sí misma es ilícita, operándose el pasaje de la concepción “*contra jus* del ilícito a la concepción *sine iure* del daño injusto”, como ha sostenido De Lorenzo, en una obra fundamental para captar la dimensión del problema que no puede reducirse a una mera discrepancia terminológica (37).

Lo que ocurre es que se utilizan dos criterios distintos para determinar la antijuridicidad: la ilicitud objetiva o contradicción del ordenamiento jurídico en el derecho civil y la inexistencia del deber de soportar el daño en el derecho administrativo (particularmente en el derecho español). Lo que no aceptan algunos civilistas es que la ilicitud objetiva no sea un elemento autónomo de la teoría de la responsabilidad civil dado que resulta incompatible con la admisión de la responsabilidad por actos lícitos y solo constituye solo uno de los factores atributivos de responsabilidad por actos u omisiones ilícitas. En cambio, el derecho administrativo necesita de un factor de atribución que se determine como una condición positiva y no negativa y que precise cuándo la víctima tiene derecho a la reparación por no pesar sobre ella el deber de soportar el daño o sacrificio.

---

(33) PANTALEÓN PRIETO, Fernando, comentario al art. 1902, en *Comentario del Código Civil*, Ministerio de Justicia, Madrid, 1993, 2ª ed., p. 1995; DIEZ PICASSO, Luis, “Derecho de daños”, Ed. Civitas, Madrid, 1999, p. 67, sin compartir este último que el art. 1902 del Código Civil español sea una norma secundaria.

(34) ALTERINI, Atilio A., “Estudios de derecho civil. Contratos: derecho de daños”, Ed. La Ley, Buenos Aires, 2007, ps. 327 y ss.; y DE LORENZO, Miguel F., ob. cit. p. 73 y ss.

(35) LÓPEZ OLACIREGUI, José María, “Esencia y fundamento de la responsabilidad civil”, RDCO, t. 11, 1978, p. 941.

(36) ALTERINI, Atilio A., ob. cit., p. 329, destaca que en el Proyecto de Unificación de la Legislación Civil y Comercial de 1986 prescribió la obligación de responder cuando el daño no estaba justificado.

(37) DE LORENZO, Miguel F., ob. cit., ps. 73 y ss.

En suma, el concepto de antijuridicidad en el derecho civil, más aún en el derecho administrativo, no alcanza a explicar la razón por la que se deja de lado en aquellos casos de responsabilidad por actividad legítima o lícita.

Al respecto, si el nuevo código argentino prescribe que “cualquier acción u omisión que causa un daño a otro es antijurídica sino está justificada” (art. 1717, Cód. Civ. y Com.), es evidente que contiene una definición de antijuridicidad como condición negativa que nada tiene que ver con el concepto doctrinario que la considera una acción u omisión contraria al ordenamiento jurídico. En efecto, la responsabilidad que prescribe dicho precepto se fundamenta en la inexistencia de una causal de justificación para que se configure el deber de reparar, tal como acontece en la doctrina del derecho administrativo vigente en el derecho español (art. 32, ley 40/2015, de 1 octubre, de RJSP). Va de suyo que, de existir un título de justificación, el particular deberá soportar el daño, aun cuando el nuevo código le reconozca el derecho a la reparación, no obstante que la conducta del causante del daño se encuentre justificada (legítima defensa y estado de necesidad) (38).

Resulta por demás claro que el principal argumento que conduce al naufragio de la noción de antijuridicidad en el derecho público radica en que, tratándose muchas veces de una responsabilidad por actividades que se reputan legítimas (p. ej., una actividad riesgosa) no puede sostenerse que la antijuridicidad (concebida como la contradicción de un acto o hecho con el ordenamiento), sea, a la vez, algo legítimo o ilegítimo.

Por otra parte, alegar como justificación de la excepción al requisito de la antijuridicidad que se trata de un supuesto que solo se da en la responsabilidad por actividad legítima no resulta convincente ni constituye una argumentación razonable. Cabe advertir que en derecho público no se trata de una excepción, sino que obedece a una distinta tipología, caracterizada por un factor de atribución específico y determinado, inexistente en el derecho civil, que regula la responsabilidad por acto lícito a través de prescripciones casuísticas y típicas.

Poco antes de componer este trabajo, García Amado criticó la noción de antijuridicidad utilizada por el derecho administrativo español, en cuanto concibe como daño antijurídico aquel perjuicio que el titular del

---

(38) El art. 1718, inc. c), Cód. Civ. y Com., dispone que, para evitar un mal actual o inminente, el hecho se encuentra justificado en la medida en que el mal que se evita sea mayor que el que su causa, en cuyo caso el damnificado tiene derecho a ser indemnizado por el juez si lo considera equitativo.

patrimonio afectado no tiene el deber de soportar (39). En definitiva, lo que sostiene este autor es que se trata de una antijuridicidad vacía de contenido y de un concepto que carece de utilidad como factor atributivo de responsabilidad, el cual no puede definirse sobre la base de una condición negativa que no define el factor, señalando que la Administración no responde porque el daño sea antijurídico, sino que el daño resulta antijurídico porque la Administración responde (40).

La tesis no parece desplazar la noción civilista de la responsabilidad concebida como ilicitud sostenida en la doctrina clásica (41) y sí, en cambio, corre el epicentro de la crítica al deber de responder basada en el daño antijurídico que, para algunos autores contrarios a la noción de antijuridicidad, es el daño injusto.

Ahora bien, hemos hecho la crítica al elemento de “antijuridicidad material” del derecho civil cuyas objeciones son trasladables *mutatis mutandis* al concepto de antijuridicidad vacía que utiliza en su crítica García Amado, pero sin propiciar la necesidad de cambiar el sistema español actual, como parece postular dicho autor.

Lo cierto es que no parece una ventaja del sistema español ni tampoco de alguno de los sistemas latinoamericanos que haya tantas divergencias en punto a la noción de antijuridicidad, y quizá fuera mejor ponerse de acuerdo en un concepto común para definir un factor de atribución —que funcione como condición positiva y no negativa— en la responsabilidad por funcionamiento normal de la Administración o por la actividad estatal lícita, tanto en el llamado daño cuasi expropiatorio como en el riesgo especial. Mientras tanto, la tesis de García Amado parece difícil de rebatir, pero existe siempre la esperanza de que la noción de antijuridicidad, como presupuesto de la responsabilidad estatal, se diluya o abandone.

---

(39) GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo, en el prólogo a MIR PUIGPELAT, Oriol, “La responsabilidad patrimonial de la Administración. Hacia un nuevo sistema”, Ed. Edisofer-Euros - Ed. B de F, Buenos Aires, 2012, 2ª ed., p. 20, donde reproduce la postura que expuso en su libro “Los principios...”, cit.

(40) GARCÍA AMADO, Juan A., “Sobre la antijuridicidad como requisito para la responsabilidad de la Administración por daño extracontractual”, 16/01/2019, disponible en *Almacén de Derecho*, Legislación: <https://almacenederecho.org/sobre-la-antijuridicidad-como-requisito-para-la-responsabilidad-de-la-administración-por-daño-extracontractual>.

(41) Véase: BUERES, Alberto J. (dir.) - HIGHTON, Elena I. (coord.), “Código Civil y normas...”, cit., t. 3-A, ps. 30 y ss., especialmente nota 78; SANTOS BRIZ, Jaime, “La responsabilidad civil”, Ed. Montecorvo, Madrid, 1970, ps. 24 y ss.; ALTERINI, Atilio, “Responsabilidad civil”, Ed. Abeledo Perrot, Buenos Aires, 1970, 3ª ed., ps. 63 y ss.



Últimamente, en el campo del derecho civil argentino han surgido opiniones que niegan la antijuridicidad en la responsabilidad por actividad lícita o legítima del Estado (42) que, por las razones expuestas, no podemos dejar de compartir. Una respuesta similar se impone en la llamada responsabilidad por riesgo (ya fuera el riesgo creado por la actividad o por la cosa) dado que se trata de actividades lícitas o legítimas, tanto en el supuesto de actividades privadas reguladas por el derecho civil como de riesgos derivados de la actuación de agentes estatales (43).

La consideración del riesgo como actividad lícita se afirma (44) en el hecho de derivar de daños provocados por actividades legítimas o normales del Estado que, sin contravenir el ordenamiento jurídico, provocan el desplazamiento hacia el sujeto causante del daño de la carga de soportarlo debido al peligro que supone el ejercicio de ese tipo de actividades. En materia de riesgo, el derecho público admite la concepción del riesgo peligro, pero resulta improcedente la del riesgo provecho, toda vez que la finalidad estatal resulta incompatible con la idea de beneficio económico cuando no ejerce actividades regidas por el derecho privado.

En el fondo, cualquiera fuera el factor de atribución, tanto en el derecho civil como en el derecho administrativo, todo el sistema se encuentra gobernado por principios de justicia como el *alterum non leadere* (45) o el de justa indemnización, que conforman principios generales del derecho o principios de derecho natural (46), con independencia de su reconocimiento o no por el derecho positivo constitucional o legal.

Por otra parte, es evidente que la declinación del positivismo legalista implica también la sustitución de cláusulas típicas o específicas de

---

(42) PIZARRO, Ramón D., ob. cit., ps. 507 y ss.

(43) En el derecho alemán, el riesgo se considera dentro del ámbito de la licitud y escapa a las reglas de la responsabilidad patrimonial por actividad ilícita. En tal sentido, se ha dicho que la ilicitud o antijuridicidad del daño es irrelevante. Vid.: OSSENBAHL, Fritz, "La responsabilidad patrimonial de los poderes públicos en la República Federal de Alemania", en BARNES, Javier (coord.), *Propiedad, expropiación y responsabilidad. La garantía indemnizatoria en el derecho europeo y comparado*, Ed. Tecnos, Madrid, 1996, p. 932.

(44) En contra: PIZARRO, Ramón D., ob. cit., ps. 358 y ss.

(45) Véase: FERREYRA, Raúl G., "Malestar del Estado", Ediar, Buenos Aires, 2020, p. 128, apunta que el "deber de no dañar al otro" se encuentra básicamente en el art. 19 de la CN, agregando "que las personas no se dañen entre ellas y los servidores públicos cumplan con sus deberes insinúa un criterio básico e indisputable para ordenar las coexistencias de cualquier comunidad".

(46) BUERES, Alberto J. (dir.) - HIGHTON, Elena I. (coord.), "Código Civil y normas...", cit., t. 3-A, ps. 34 y ss.

responsabilidad por cláusulas generales o atípicas que permiten realizar, de la mano de los jueces, con la debida prudencia y equilibrio, los principios generales de la justicia material, dentro de las posibilidades financieras de los Estados.

La supresión de la cláusula general del derecho español referida a la responsabilidad del Estado por funcionamiento normal, tal como ha propuesto Mir Puigpelat (47), deja huérfanos los principios de justicia en que se han fundado todos los ordenamientos comparados, dejando librado al legislador un amplio espacio para que articule soluciones típicas. Se trata de una postura francamente positivista que supone que únicamente la tipicidad traduce la observancia del principio de legalidad, con olvido de que este principio tiene mayor densidad y alcance que la legalidad formal, dado que también está integrado por los demás principios generales del derecho. Por esa razón, hace tiempo, aunque sin cuestionar la terminología clásica, nos parece más adecuado el concepto de legitimidad, comprensivo de la legalidad formal y de la justicia, representada esta última por los principios generales del derecho. Como vamos a ver más adelante, el déficit que plantea este elemento de la responsabilidad consiste en la ausencia del factor de atribución que, si bien se apoya en el principio constitucional de la garantía patrimonial, precisa ser completado con el criterio que mide y perfila su configuración, como acontece en aquellos derechos que prescriben el concepto de sacrificio o perjuicio especial como factor atributivo de responsabilidad en la actuación legítima del Estado productora de daños.

---

(47) MIR PUIGPELAT, Oriol, “La responsabilidad...”, *ob. cit.*, especialmente ps. 325 y ss., recientemente ha insistido en su tesis, con mayor prudencia en su crítica, en “La garantía...”, *cit.*, p. 29 y ss., revelando la preocupación de que bajo el manto del dogma de la responsabilidad objetiva se reparen toda clase de daños por funcionamiento normal de la Administración, lo que podría ocurrir en muchas reclamaciones de daños asociadas a la epidemia de COVID-19. Sin embargo, si —como ha dicho la jurisprudencia— la responsabilidad denominada objetiva no procede sin alguno de los factores de atribución (título o causa de imputación, como prefieren decir los juristas españoles), que aunque pueden ser genéricos se hallan acotados y limitados por el propio concepto y por la ley (sacrificio especial, riesgo y enriquecimiento sin causa), no vemos el peligro de que ello ocurra. El problema español ha sido, en esta materia, la falta de desarrollo dogmático de la teoría de los títulos de imputación, como lo han reconocido los valiosos estudios que se recogen en este ensayo. Véase: MEDINA ALCOZ, Luis, “El problema de la culpa en la responsabilidad patrimonial por acto administrativo. Análisis crítico de la jurisprudencia del Tribunal Supremo”, *RAP* nro. 213, Madrid, 2020, ps. 71 y ss., en especial p. 72.

## V. EL CARÁCTER OBJETIVO O SUBJETIVO DE LOS FACTORES DE ATRIBUCIÓN

En el derecho civil argentino clásico, la antijuridicidad presuponía la culpa, la cual constituía el eje del sistema y el principal factor que permitía imputar una responsabilidad por daños, no obstante que los Códigos reconocían distintos supuestos casuísticos y típicos en los que se respondía por actividad lícita, sin llegar a configurarse, empero, un criterio general de imputación de responsabilidad.

El advenimiento del maquinismo y la consecuente industrialización de la economía dieron origen al nacimiento de la responsabilidad objetiva por riesgo creado, primero por la actividad peligrosa desplegada por los fabricantes y más tarde por el riesgo de la propia cosa causante del daño, riesgo que no resultaba justo cargar a la víctima, sobre todo cuando el ejercicio de esa actividad producía un provecho o beneficio para quien la llevaba a cabo.

En esos casos, no se considera necesario probar la culpa del autor del daño, que solo se exime de responsabilidad si acredita una causa ajena de fuerza mayor, hecho del damnificado o algún otro eximente que destruya la presunción de responsabilidad que pesa sobre el sujeto que provocó el daño (48).

En medio de un escenario caracterizado por la subsistencia conjunta de factores subjetivos y objetivos de responsabilidad civil, sumados a la falta de razón de ser de la antijuridicidad basada en la culpa, se generaron otras discordancias, producto de dos versiones distintas sobre la noción de culpa: la psicológica y la normativa (49), que el nuevo Código Civil y Comercial Argentino ha regulado manteniendo un concepto (50) flexible, que permite determinar la diligencia debida en cada caso conforme a las circunstancias de las personas, el tiempo y el lugar. Ello no descarta que, dentro de esas circunstancias, no deban atenderse parámetros económicos para la construcción del modelo de diligencia debida, aunque no corresponde predicar que el concepto de culpa transite, exclusivamente, por estándares de eficiencia económica. En definitiva, hay siempre en la culpa una situación de reproche personal con respecto de un acto o hecho voluntario.

---

(48) Art. 1719, Cód. Civ. y Com.

(49) DIEZ PICASSO, Luis, ob. cit., ps. 352 y ss.

(50) Arts. 1724, Cód. Civ. y Com.

Porque una cosa es la violación del modelo objetivo de diligencia debida exigible en cada supuesto determinado y otra diferente es el juicio de responsabilidad o reproche subjetivo que cabe realizar sobre la conducta del agente para determinar si actuó con imprudencia, negligencia o impericia (estrictamente la culpabilidad), sin perjuicio de las presunciones legales que admiten una responsabilidad sin culpa.

Precisamente, por no disociar ambos conceptos integrantes de la culpa se incurre en el equívoco de sostener que la falta de servicio o el funcionamiento anormal traducen la idea de una culpa objetiva, algo inaceptable si se reconoce que la noción correcta de culpa consiste en un juicio personal sobre la conducta del causante del daño y no una falla o falta objetiva del servicio producto de la violación de estándares objetivos de responsabilidad. Desde los tiempos de Heráclito, la lógica nos enseña que no se pueden usar dos conceptos de significado opuesto en una misma expresión (*contradictio in terminis*).

Así, los factores objetivos de responsabilidad se caracterizan por la exclusión de la culpa como factor de atribución, es decir, que se requiere que la imputación de responsabilidad se encuentre basada en factores objetivos (falta de servicio o funcionamiento anormal o defectuoso de este, riesgo, garantía etc.) (51).

En cambio, la culpa civil es y será siempre un factor de responsabilidad basado en la conducta subjetiva y voluntaria del agente (52) que el

---

(51) En un trabajo reciente, cuyas líneas sustanciales compartimos, al sistematizar los diferentes supuestos que darían o no lugar a la responsabilidad del Estado a raíz de la pandemia ocasionada por la COVID-19, se efectúa una interesante clasificación, con fines didácticos, entre la responsabilidad causada por el accionar accidental del Estado y la que se genera por su actuación directa. Importa señalar que, en relación con la postura que sostenemos en el presente ensayo, mientras los daños ocasionados por el accionar directo e ilegítimo del Estado conducen a la aplicación de la falta de servicio como factor atributivo de responsabilidad no ocurre lo mismo en los supuestos que denominan acciones accidentales, en algunos de los cuales el factor de atribución es el riesgo (daños a la salud y a la vida de personal sanitario que cumple funciones en el ámbito sanitario relacionadas con la COVID-19 que se contagia en ejercicio de sus tareas), en otros la garantía (daños a los integrantes de las fuerzas armadas por actos de servicio (acciones bélicas) y hasta la falta de servicio (daños a la salud y a la vida de pacientes que se contagian en hospitales públicos), véase: PERRINO, Pablo E. – SANGUINETTI, Juan Carlos, “La responsabilidad patrimonial del Estado por su actuación en el marco de la pandemia de COVID-19”, RDA, 2020, ps. 130 y ss.

(52) Así lo prescriben los arts. 722 y 1724, Cód. Civ. y Com., El primero dispone que “el factor de atribución es objetivo cuando la culpa del agente es irrelevante a los efectos de atribuir responsabilidad”, mientras que el segundo prescribe que “son factores subjetivos la culpa y el dolo” y que “la culpa consiste en la omisión de la diligencia de-

derecho administrativo no adoptó en aquellos sistemas basados en una concepción objetiva de los factores de atribución, como el francés y el argentino. En cualquier caso, la culpa ha quedado circunscripta, en esos derechos, a la llamada falta personal del agente público (53), pero no concurre para determinar la responsabilidad estatal. Al ser una falla o defecto del servicio no se requiere analizar la conducta negligente o imprudente del sujeto causante del daño no siendo tampoco necesario individualizar a su autor (falta anónima). Ello no impide, desde luego, que el juicio sobre la responsabilidad repose en estándares de diligencia que se midan de acuerdo con criterios objetivos genéricos que no penetran en el análisis de la conducta subjetiva del agente público para formular el reproche culpabilístico. En este sentido, pensamos que resulta imposible asimilar el título de imputación denominado “funcionamiento anormal del servicio” a la responsabilidad subjetiva. Que se denomine o no a este supuesto “responsabilidad objetiva” no transforma la esencia del juicio de responsabilidad que debe hacer el juez ni tampoco debiera influir sobre los factores de atribución objetivos en la responsabilidad por actividad legítima o lícita de la Administración.

Completan el cuadro de los factores objetivos los supuestos de responsabilidad por actividad legítima o normal, ya sea que el factor de atribución reposa sobre el principio de igualdad ante las cargas públicas (caso en el que el damnificado no está obligado a soportar el daño) o bien sea producto de las reglas que obligan a responder por el riesgo creado por la actividad o producidos por la cosa riesgosa, con la aclaración de que en los últimos supuestos estamos ante una actividad lícita en la que no juega tampoco, como se ha visto, la noción de antijuridicidad

---

bida según la naturaleza de la obligación y las circunstancias de las personas, el tiempo y el lugar”. Conforme a estas normas queda claro que, en el derecho civil argentino, no cabe el concepto de culpa objetiva, es decir, de una culpa que no es culpa porque no se determina en función de la conducta subjetiva del agente sino de la actuación u omisión irregular o defectuosa en el ejercicio de la actividad estatal determinada conforme a los parámetros o estándares objetivos que rigen esta. En contra: SÁENZ, Juan Ignacio, “Bases del régimen de responsabilidad del Estado en Argentina. Teorías, fundamentos y presupuestos de procedencia”, en ABERASTURY, Pedro (dir.), *Responsabilidad extracontractual del Estado - Ley 26.944*, Ed. Abeledo Perrot, Buenos Aires, 2014, ps. 119 y ss. En cambio, el director de la obra expone una opinión favorable a la concepción que venimos propiciando hace años con Juan Francisco Linares sobre la falta de servicio que, como es sabido, ha sido adoptada por la jurisprudencia de la Corte, a partir del caso “Vadell”; véase: ABERASTURY, Pedro, “Principios de la responsabilidad del Estado en responsabilidad extracontractual”, en ob. cit., ps. 25 y ss.

(53) MARTINI, Juan Pablo, “Debate acerca del carácter objetivo de la responsabilidad del Estado”, RCyS, año 7, nro. 12, Buenos Aires, 2005, ps. 35 y ss., especialmente ps. 38-39.

puesto que la acción u omisión que desencadena el daño no puede ser jurídica y lícita a la vez que antijurídica e ilícita.

De igual manera, el factor de atribución de la responsabilidad del Estado es imposible que sea, al mismo tiempo, de carácter objetivo y subjetivo ya que un factor de esta naturaleza no puede ser y no ser. La respuesta a este dilema estructural del esquema de responsabilidad dependerá de cada ordenamiento o sistema. Así, mientras en Alemania e Italia se utiliza la culpa como factor subjetivo de atribución de la responsabilidad del Estado, lo contrario ocurre en los sistemas de filiación francesa y española, como en los iberoamericanos.

En todo ese cuadro que justifica la autonomía del derecho administrativo para regular la responsabilidad estatal en ordenamientos de derecho público, con independencia del ámbito en que se alojen esas normas y de la aplicación analógica de los Códigos Civiles en aquellos países que han optado por una regulación uniforme, cabe poner de resalto el hecho de que el ordenamiento civil —por los fines que persigue— no resulta ser un espacio idóneo para regular la responsabilidad del Estado por la actividad legislativa ni judicial, cuyos principios y soluciones legislativas y jurisprudenciales no suelen ser abordadas en los estudios de derecho civil, salvo excepciones (54).

#### **VI. SEMEJANZAS ENTRE LOS FACTORES DE ATRIBUCIÓN DE LA RESPONSABILIDAD DEL ESTADO POR SU ACTIVIDAD ILEGÍTIMA EN LAS CONCEPCIONES ESPAÑOLA, FRANCESA E IBEROAMERICANA (FUNCIONAMIENTO ANORMAL Y DE SERVICIO)**

En la doctrina española y, en general, en la de Hispanoamérica que ha seguido sus aguas, no se ha reparado mayormente en las semejanzas que exhiben sus respectivos sistemas en punto al factor atributivo de la responsabilidad del Estado por la actividad ilícita o anormal con la construcción francesa de la falta de servicio. No obstante, nada menos que la fuente doctrinaria que inspiró el extraordinario desarrollo alcanzado

---

(54) Por ejemplo, en PIZARRO, Ramón D., *ob. cit.*, t. II, ps. 3 y ss., que por su hondura y versación merece nuestro elogio, aun cuando no compartamos gran parte de sus posturas doctrinarias que, a nuestro juicio, no resultan compatibles con los principios y estructura del derecho público.

por la teoría de la responsabilidad estatal de España consideró pertinente reconocer la similitud que existía entre ambas concepciones (55).

Porque resulta evidente, con independencia de su fundamento constitucional, que si la falta de servicio ha sido definida como la ocasionada por el funcionamiento irregular, defectuoso, inexistente o tardío del servicio que debió prestarse conforme a los parámetros establecidos en las leyes o reglamentos que rigen la actividad estatal, con prescindencia de la culpa del funcionario o agente público (56), tal concepto guarda correlación y semejanza con el que postula la concepción española al requerirse, para su configuración, el funcionamiento anormal del servicio, funcionamiento que, en ambas concepciones, se juzga en función de parámetros objetivos que prescinden de la culpa concebida como conducta subjetiva (57).

Al respecto, se ha dicho sin discusión que “la falta de servicio tiene un carácter objetivo porque la apreciación de esta falta es una aprecia-

---

(55) GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo, “Los principios...”, cit., p. 209, donde claramente expresa: “La doctrina francesa, trabajando sobre una idea análoga, la de la ‘falta de servicio’ (por distinción de la falta personal del agente) ha sistematizado tradicionalmente su rica jurisprudencia sobre el tema alrededor de tres grandes situaciones”, que son el mal funcionamiento del servicio, el no funcionamiento y el funcionamiento tardío, clasificaciones todas ellas que parten “de un *standard* medio de perfección en la realización de los servicios públicos” (ps. 209-211). A grandes rasgos, ese resumen describe fielmente la concepción francesa, véase: RIVERO, Jean - WALINE, Jean, *Droit administratif*, ps. 278-280; por su parte, hay autores que engloban en el concepto de falta de servicio las actuaciones materiales producto de imprudencia o negligencia culpable junto con el funcionamiento tardío del servicio, la omisión de prestarlo, la ilegalidad del acto administrativo e informaciones erróneas. Cfr. DEBASCH, Charles, ob. cit., ps. 571-574. Ello indica que, en la concepción francesa de la falta de servicio, se califica la imprudencia o negligencia a la luz de parámetros objetivos que no alcanzan a configurar juicios subjetivos aparte de las presunciones objetivas que establece la jurisprudencia del Consejo de Estado.

(56) *Vid.* por todos: LAUBADÈRE, André, “Traité de Droit Administratif”, LGDJ, Paris, 1984, t. 1, actualiz. por J.-C. Venezia e Y. Gaudemet, p. 747, aun hoy día la síntesis que formula este gran maestro del derecho conserva actualidad —como acotan los fieles discípulos que actualizaron su obra en el “Avant-propos” de la 9ª ed. (p. 9) y condensa un pensamiento armonioso que combina la riqueza de la información con la claridad de la exposición.

(57) Cfr. PAILLET, Michel, “La faute du service public en droit administratif français”, LGDJ, Paris, 1990, con prefacio de J.-M. Auby, ps. 166-167 (tesis doctoral del autor). *Vid.* también “La responsabilité administrative”, Dalloz, Paris, 1996, ps. 114-115. También Moreau —que califica de impropia la expresión falta de servicio, aunque termina en definitiva por atribuirle un sentido objetivo al sostener que la fórmula debería ser reemplazada por el funcionamiento defectuoso del servicio (MOREAU, Jacques, “La responsabilité administrative”, PUF, Paris, 1996, 3ª ed., p. 66).

ción de elementos objetivos” y que resulta “fácil que tratándose de una falta imputada a una persona moral el juez difícilmente puede inclinarse sobre la condición psicológica del autor. La cuestión de la imputabilidad entendida como la atribución de una falta a una voluntad consciente y libre no se planteará. Y el carácter anónimo de esta falta no puede sino ir en el mismo sentido” (58).

No obstante, han surgido una serie de dificultades dogmáticas e interpretativas en el escenario de la responsabilidad civil que han ejercido influencia en las concepciones del derecho público. Esas dificultades han conducido a que el contenido de la terminología utilizada sea muchas veces distinto entre los autores que se han ocupado de la temática del responder (59).

¿Cuáles son las causas de esos desacuerdos? En primer lugar, la insuficiencia de la culpa psicológica como factor de atribución y elemento de la antijuridicidad en el derecho civil en ciertos daños provocados sin culpa del agente que los causó (v.gr., la responsabilidad de los padres por los daños causados por sus hijos menores). En lugar de reconocer que en tales supuestos no hay simplemente culpa sino un factor objetivo de responsabilidad (riesgo o garantía), se optó por el abandono del concepto de culpa psicológica (cuyos elementos reposan en la voluntad real y los deberes personales de diligencia) y por la consecuente adopción de una culpa normativa. A su vez, como hemos señalado, también en la concepción de la antijuridicidad se operó el desplazamiento de la culpabilidad hacia la violación o contradicción con el ordenamiento o ilicitud objetiva sin advertir que, en determinados casos de responsabilidad objetiva (riesgo y responsabilidad por daños cuasi expropriatorios), la conducta del causante del daño es perfectamente legítima, por lo que no se opera contradicción alguna con el ordenamiento.

---

(58) PAILLET, Michel, “La responsabilité...”, cit., p. 114.

(59) Sin embargo, un sector de distinguidos civilistas, entre los que se cuenta el homenajado en esta obra, han aceptado el concepto de falta de servicio en la responsabilidad del Estado por su actividad ilícita, aproximándose o siguiendo nuestro criterio, véase: BUSTAMANTE ALSINA, Jorge, “Responsabilidad del Estado por error judicial (el auto de prisión preventiva y la absolució)”, LA LEY 1996-B, 311; TRIGO REPRESAS, Félix A., “Responsabilidad de los jueces y Estado juzgados por daños derivados de errónea actividad judicial”, separata de la Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Buenos Aires, Ed. La Ley, junio, 2008, ps. 2 y ss.; y TRIGO REPRESAS, Félix A. - LÓPEZ MESA, ob. cit., ps. 12 y ss.



No resultan menores, en segundo término, las confusiones que derivan de la inteligencia del concepto “*faute*” en el idioma francés (60) (que es un lenguaje de formación más natural que el español) en la que se funden los conceptos de falla, defecto y culpa, aunque paradójicamente, exista la noción de “*culpabilité*” referida a la culpa psicológica. Por esa causa, hay quienes han entendido, impropriamente, que se trata de una culpa o falta objetivada (61) y otros incluso la denominan culpa del servicio, en sentido opuesto a la culpa o dolo del derecho civil (62), lo que supone implícitamente reconocer el carácter objetivo de la falta de servicio de acuerdo con la propia definición que proporciona el Código Civil y Comercial al definir el factor objetivo de atribución (art. 1722).

Por último, interesa traer a colación el criterio constitucional que exhibe el derecho colombiano en la materia habida cuenta de la circunstancia de que mientras en una primera época el Consejo de Estado, creación original de inspiración francesa, adoptó la teoría de la falta de servicio como factor de atribución de responsabilidad por la actividad estatal ilícita, *a posteriori* se operó la incorporación en la Constitución de 1991 de un artículo que “prescribe que el Estado responderá patrimonialmente por los daños antijurídicos que le sean imputables” (63). Autorizada doctrina interpretó dicho precepto a la luz del derecho español, en el sentido de que el requisito constitucional se refiere a supuestos en que no pesa sobre el particular el deber de soportar el perjuicio (64). Pero ello no ha impedido la coexistencia de la falta de servicio como factor de atribución, que continúa siendo “uno de los principales ejemplos de la responsabilidad fundamentada en que las personas no tienen el deber jurídico de soportar el daño” (65). En este sentido, resulta indudable la conveniencia de utilizar la falta de servicio como factor de atribución, dado que la antijuridicidad del daño es solo un aspecto del daño que, en la versión de la doctrina administrativista ha sido definida como una condición negativa que no alcanza a configurar un factor de atribución y menos aún, un elemento común de la responsabilidad estatal, además de las críticas señaladas acerca de la inutilidad y contradicciones que exhibe el concepto de antijuridicidad.

---

(60) Aspecto señalado tempranamente en LEGUINA VILLA, Jesús, “La responsabilidad de la Administración Pública”, Ed. Tecnos, Madrid, 1983, 2ª ed., p. 155.

(61) MIR PUIGPELAT, Oriol, “La responsabilidad...”, cit., ps. 225 y ss.

(62) SÁENZ, Juan Ignacio, ob. cit., ps. 119 y ss.

(63) Art. 90, Const. República de Colombia.

(64) RODRÍGUEZ RODRÍGUEZ, Libardo, “Derecho administrativo general y colombiano, 20ª ed., t. II, p. 308.

(65) *Ibidem*.

## VII. SOBRE LA CRÍTICA A LA CONCEPCIÓN OBJETIVA DE LA RESPONSABILIDAD DEL ESTADO

Una primera conclusión a la que cabe arribar es que, habida cuenta de las razones que se han expuesto, al menos en los sistemas español, francés y los de la mayoría de los países de Hispanoamérica, resulta prácticamente imposible la unificación del derecho de daños, en virtud de la propia sustancia del derecho administrativo, cuyas estructura y finalidades están orientadas a la satisfacción del interés público o bien común, mediante, el ejercicio de potestades públicas en el marco del Estado de Derecho. Ello no impide, desde luego, que ante la existencia de carencias normativas deba acudir a las normas y principios del Código Civil para encontrar la respuesta aplicable al caso, pero mediante la técnica de la analogía (y no de la aplicación directa de la norma o principio) que exige que la tarea de aplicar el respectivo precepto pase, previamente, por el filtro de su compatibilidad con los fines y peculiaridades del derecho administrativo. Así ocurre, por ejemplo, en los supuestos de daños provocados por accidentes o en los que padecen los menores en los establecimientos educativos en los que no se justifica que existan soluciones diferentes a las que consagra el Código Civil por aplicación del principio que manda que frente a situaciones iguales se apliquen consecuencias similares con independencia de la naturaleza pública o privada de la relación jurídica subyacente. No se trata, en estos casos de la unidad del derecho de daños sino de la armonización de la interpretación del ordenamiento que, según la justicia, en algunas situaciones impide asimilar las prescripciones del derecho privado al derecho público (v.gr., la exclusión de responsabilidad por dolo recíproco).

En cuanto a las críticas hechas a la concepción objetiva de la responsabilidad, ellas pueden agruparse en torno a dos grupos de objeciones dogmáticas: a) una primera, referida al carácter objetivo de la falta de servicio o funcionamiento anormal del servicio público, y b) una segunda, referida, particularmente en el derecho español, a la responsabilidad estatal por el funcionamiento normal de los servicios públicos.

Ya fuera que se identifique el factor de atribución con el concepto de falta de servicio o del funcionamiento anormal de los servicios públicos (cuya semejanza dogmática es evidente), lo cierto es que la crítica a la concepción objetiva, en ambos casos, es la misma: no se trataría de una culpa que requiere obrar en forma voluntaria con diligencia (y por tanto sin negligencia, imprudencia o impericia), sino que constituiría una culpa fundada en estándares objetivos de calidad del servicio. Pero, una cosa es la prueba de que el servicio funcionó en forma defectuosa

y anormal, conforme a esos estándares y los demás requisitos legales y reglamentarios exigidos para cada actividad (que revelan objetivamente el mal defectuoso o irregular del funcionamiento del servicio) y otra muy diferente es obligar a la víctima del daño a que acredite la conducta debida por el funcionario o agente público causante del perjuicio, lo que entrañaría, en el fondo, una concepción sustancialmente subjetiva. Así, entre las dos concepciones, la que garantiza de una manera más efectiva la garantía patrimonial de justa indemnización por el accionar estatal es, sin duda, la concepción objetiva, dado que resulta innecesario individualizar al autor del daño, precisamente por el carácter objetivo del factor de atribución, aunque, en definitiva, se trata de una responsabilidad de medios (66) y no de resultados.

El segundo grupo de objeciones se circunscribe a la doctrina española y aparece principalmente enfocado en el cuestionamiento de la responsabilidad del Estado por el funcionamiento normal de los servicios públicos. A este factor se le atribuye, como en una extraña simbiosis, el haber configurado, la llamada concepción objetiva global de la responsabilidad patrimonial de la Administración, tesis expuesta en un trabajo notable, por cierto (67), pero que adolece del defecto de girar alrededor de una idea fija que se agota al proponer la eliminación del factor de imputación de responsabilidad del Estado por el funcionamiento normal de los servicios públicos, como cláusula general del ordenamiento y su reemplazo por regulaciones típicas y acotadas.

Como acontece tantas veces en la vida de muchas proposiciones dogmáticas teóricas y poco realistas, nos parece que el remedio es peor que la enfermedad.

Pues, aun cuando se admita la responsabilidad derivada de la expropiación o de actos cuasi expropiatorios, así como la consecuente por los riesgos creados o producidos por la actuación estatal, no puede discutirse la necesidad de utilizar un sistema con un factor de atribución preciso, aunque genérico (68) que consagre la responsabilidad por funcio-

---

(66) *Vid.* PERRINO, Pablo E. - SANGUINETTI, Juan Carlos, ob. cit., texto y nota 48.

(67) MIR PUIGPELAT, Oriol, "La responsabilidad...", cit., especialmente ps. 317-318.

(68) Precisamente, el reconocimiento de la necesidad de utilizar un título de imputación por parte en jurisprudencia del Tribunal Constitucional creemos que resulta aplicable a ambos tipos de responsabilidad (por funcionamiento anormal o normal de la Administración). Así surge del F5 de la STC 112/2018, expresado en los siguientes términos: "el régimen constitucional de las Administraciones Públicas se rige por criterios objetivos, que implican la necesidad, no solo de examinar la relación de cau-

namiento normal de los servicios públicos, sin subordinar su existencia a que el ordenamiento positivo lo prescriba para todos los casos singulares ni a una condición negativa (inexistencia del deber de soportar el daño).

La propuesta que se formula para corregir el sistema vigente en España nos parece inconveniente, ya que crea un cono de sombras sin evitar el riesgo de que la larga mano del legislador consagre responsabilidades excesivas y superiores a las posibilidades financieras de los Estados, como temen los civilistas españoles que han objetado el sistema positivo vigente.

En resumidas cuentas, el carácter objetivo de responsabilidad por actividad lícita o normal se realiza con independencia de la conducta culposa del agente público y, fundamentalmente, descansa en el concepto de sacrificio especial (69), como factor de atribución o algún otro basado en la injusticia del daño como el riesgo especial, la garantía o el enriquecimiento sin causa.

Lo hasta aquí expuesto revela la necesidad que la teoría de la responsabilidad estatal se articule sobre la base de una construcción dogmática que, prescindiendo de las distintas nociones de antijuridicidad —que existen en los derechos privados y públicos comparados— recoja o precise los cuatro ejes que la componen: daño, imputabilidad material, factor de atribución y relación de causalidad. De ese modo, es posible hacer jugar esos requisitos, con sus peculiaridades, tanto en la responsabilidad por la acción u omisión ilegítima o ilícita como por la actividad estatal legítima, cualquiera fuera su naturaleza (administrativa, legislativa o judicial).

Pensamos que, antes que criticar la unidad y la amplitud de los sistemas positivos mediante propuestas susceptibles de consagrar un casuismo inapropiado, hay que buscar la mejor forma de interpretar las normas con criterios de justicia, equilibrio y equidad, sobre la base de los principios generales que articulan cada sistema. En esa línea, no cabe sino ponderar la interpretación que hace Mir Puigpelat acerca de que

---

salidad, sino también la de formular un juicio de imputación del daño que permita conectar suficientemente el perjuicio sufrido con la actividad desarrollada por el agente del mismo, en este caso por una Administración Pública”.

(69) MIR PUIGPELAT, Oriol, “La responsabilidad...”, cit., p. 174. Este autor parece confundir el concepto de riesgo especial (que se funda en el peligro o el provecho) con el sacrificio especial (que se fundamenta en una carga desigual). En ambos supuestos se trata de la responsabilidad por actividades lícitas o legítimas del Estado, véase: MOREAU, Jacques, ob. cit., ps. 99-101, sostiene la exigencia conjunta de las notas de anormalidad y especialidad del perjuicio.

la STC 112/2018 tiene el mérito de reafirmar el rango normativo constitucional que cabe asignar al título de imputación referido al funcionamiento anormal de la Administración, “que gracias a ella habría pasado a formar parte del contenido mínimo del art. 106.2 CE y no podría ser ignorado por el legislador (70).

Una construcción de esa índole se encuentra reservada sustancialmente al derecho administrativo, el cual —lejos de promover la asistencia social universal— precisa cumplir las funciones de garantía y control (71), reafirmando las finalidades de reparación y prevención de los daños injustamente causados por el Estado a los particulares. Todo ello, mediante fórmulas o cláusulas generales o atípicas de responsabilidad, sin perjuicio de la facultad de los jueces para acudir a la analogía en los supuestos de carencias normativas que hagan necesario acudir a los textos de los Códigos Civiles, en la medida en que sean compatibles con los principios del derecho público.

---

(70) MIR PUIGPELAT, Oriol, “La garantía..”, cit. p. 46. En cuanto a la responsabilidad por el funcionamiento normal, pensamos que ella debe surgir siempre de la ocurrencia de su factor de imputación objetivo determinado, conforme a los principios generales del derecho o el ordenamiento positivo sin que haya ninguna posibilidad de generalizar la responsabilidad objetiva como un dogma genérico y determinado que prescinda del factor de atribución o causa de imputación.

(71) Véase: MARTÍN REBOLLO, Luis, “Los fundamentos de la responsabilidad del Estado”, en *Responsabilidad del Estado y de los funcionarios públicos. Jornadas organizadas por la Universidad Austral*, Buenos Aires, 2000, ps. 20 y ss.



# LA RESPONSABILIDAD DEL ESTADO POR SU ACTIVIDAD LEGISLATIVA

POR ALBERTO B. BIANCHI

## I. AGRADECIMIENTO

Quiero agradecer, en primer lugar, al Sr. académico Dr. Mariano Gagliardo, por haberme invitado a participar de esta obra de merecido homenaje al académico Dr. Félix Trigo Represas. La ocasión es especialmente grata para mí, pues he sucedido al jurista homenajeado en el sillón Nicolás Avellaneda de la Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Buenos Aires.

Abordaré en esta ocasión la temática de la responsabilidad del Estado por su actividad legislativa, una cuestión que ha concitado mi atención desde hace tiempo, intentado señalar cuáles son sus desarrollos actuales (1).

## II. ALGUNAS NOTAS PREVIAS

### II.1. La responsabilidad del Estado en el marco general de la responsabilidad civil

Una primera cuestión que me parece indispensable aclarar es que la responsabilidad del Estado no es una materia aislada o insular del Derecho. Por el contrario, si bien su estudio detallado corresponde, como es natural, al derecho administrativo, no debemos olvidar por ello que se trata de un capítulo de la responsabilidad civil en general, bien que posee algunas características específicas que la distinguen nítidamente

---

(1) Ver: BIANCHI, Alberto B., "La responsabilidad del Estado por su actividad legislativa", Ed. Ábaco, Buenos Aires, 1999, con prólogo de Juan Carlos Cassagne.

de la responsabilidad de los particulares y le otorgan un perfil iuspublístico propio, tal como bien ha señalado Cassagne (2).

Por ello considero que ha sido un error del Código Civil y Comercial —en sus arts. 1764 y 1765— haber excluido de su ámbito todo lo referente a la responsabilidad del Estado, cambiando así, de manera radical, el enclave jurídico que esta tuvo durante la vigencia del antiguo Código Civil, en particular bajo lo dispuesto en el art. 1112. En el mismo error incurre el art. 1º de la Ley de Responsabilidad del Estado (LRE) (3), al intentar regular esta materia en forma completamente autónoma y sin conexión alguna con la legislación civil (4). Coincido también con Cassagne en que hay algunas instituciones troncales del derecho, como es el régimen de la responsabilidad civil, ya sea de los particulares o del Estado, que conviene y es necesario que sean reguladas por el Código Civil, con el objeto de mantener la coherencia y la unidad del sistema jurídico (5).

Sin perjuicio de todo ello, hay dos notas que tipifican la responsabilidad del Estado, diferenciándola de la responsabilidad de los particulares. La primera es que la responsabilidad del Estado es objetiva y directa. Mientras la responsabilidad de los particulares depende de los llamados “factores de atribución”, tales como el dolo o la culpa, que son de carácter subjetivo, la responsabilidad del Estado no exige probar que el funcionario obró con dolo o culpa. Lo que se requiere es que exista la llamada “falta de servicio”, es decir, que el funcionario o agente haya obrado fuera del ámbito de sus obligaciones legales (6). Si se demuestra que ha existido una falta de servicio objetiva, independientemente de que el funcionario la haya cometido con dolo o culpa, la responsabilidad se atribuye en forma directa al Estado. La segunda es que el Estado puede ser responsable por su obrar lícito. Esto significa que, aun obrando lícitamente, el Estado puede ser responsable de los daños y perjuicios que su actividad ocasione. El ejemplo más típico es la obligación de indemnizar en

---

(2) CASSAGNE, Juan Carlos, “Curso de derecho administrativo”, Ed. La Ley, Buenos Aires, 2018, 12ª ed., t. I, p. 436. Del mismo autor ver también: “Acerca de algunas cuestiones que debaten civilistas y administrativistas en torno a la responsabilidad patrimonial del Estado”, *Revista de Administración Pública*, nro. 214, 2021, ps. 11-42.

(3) Ley 26.944, BO del 08/08/2014.

(4) Según este artículo “Las disposiciones del Código Civil no son aplicables a la responsabilidad del Estado de manera directa ni subsidiaria”.

(5) CASSAGNE, Juan Carlos, “Curso...”, cit., p. 454.

(6) En este punto, la jurisprudencia y la doctrina en la Argentina han seguido al derecho francés, cuna del *faute de service*, cuya distinción con el *faute personnelle* nace en los casos “Blanco” y “Pelletier”, resueltos por el Tribunal de Conflictos en febrero y julio de 1873, respectivamente.



la expropiación por causas de utilidad pública, responsabilidad que está reconocida en el más alto rango legal por el art. 17 de la CN.

Estas dos notas, como puede verse, son peculiares, porque la segunda de ellas, incluso, permite prescindir de la primera. En efecto, la responsabilidad por actividad lícita del Estado no requiere, obviamente, una falta de servicio. Por el contrario, es el cumplimiento de una obligación legal, presumiblemente orientada a la satisfacción de un interés general, lo que genera el daño y la consecuente obligación de indemnizar.

## II.2. El fundamento de la responsabilidad del Estado

Mucho se ha escrito y se escribirá, probablemente, sobre el o los fundamentos de la responsabilidad del Estado (7), cuestión que, en mi opinión, está en la esencia misma del gobierno republicano, tal como señaló hace más de un siglo Aristóbulo del Valle (8). Creo, en consecuencia, que no es necesario recurrir a teorías sofisticadas sobre el fundamento de la responsabilidad del Estado, pues esta nace del art. 1º de la CN y se refleja en varias de sus normas, en particular, como ya dije, en el art. 17, que regula la responsabilidad emergente de la expropiación (9).

## II.3. ¿Qué es el Estado en el ámbito de la Ley de Responsabilidad del Estado?

Reconozco que, a primera vista, esta pregunta puede parecer infantil. Si existe algún tema que tanto la ciencia política como el derecho público han estudiado exhaustivamente, es este, pues constituye el centro de sus preocupaciones. Por lo demás, entre los padres fundadores

---

(7) En lo que se refiere a la responsabilidad del Estado como legislador, puede verse GONZÁLEZ PÉREZ, Jesús, "Responsabilidad patrimonial de las administraciones públicas", Ed. Civitas, Madrid, 1996, ps. 48-51.

(8) En opinión de Del Valle, "la república es la comunidad política organizada sobre la base de la igualdad de todos los hombres, cuyo gobierno es simple agente del pueblo, elegido por el pueblo de tiempo en tiempo y responsable ante el pueblo de su administración" (DEL VALLE, Aristóbulo, "Nociones de derecho constitucional", Buenos Aires, 1895, cit. por GONZÁLEZ CALDERÓN, Juan A., "Derecho constitucional Argentino", Ed. J. Lajouane & Cía., Buenos Aires, 1930, 3ª ed., t. I, p. 428).

(9) A juicio de Cassagne, este fundamento nace también del principio de igualdad ante las cargas públicas, establecido en el art. 16 de la CN (CASSAGNE, Juan Carlos, "Derecho administrativo y derecho público en general - Estudios y semblanzas", Ed. B de F, Montevideo-Buenos Aires, 2020, p. 599.

del derecho administrativo en la Argentina, Bielsa (10), Villegas Basavilbaso (11) y Marienhoff (12) se han ocupado de esta temática, como encabezamiento de sus obras monumentales.

Por tal motivo, hasta que fue sancionada la LRE, la noción de “Estado” en lo relativo a su responsabilidad civil no ofrecía mayores dificultades. Al referirnos al “Estado”, sabíamos que aludíamos no solo a la persona jurídica Estado Nacional, sino también a todos los entes que componen la llamada Administración descentralizada, comprendidos en el llamado “sector público”, según la enumeración efectuada por el art. 8º de la Ley de Administración Financiera (13), tanto en su versión original, como en su ampliación dispuesta por la ley 25.827 (14). Más aún, dado que la responsabilidad del Estado estaba regulada por el Código Civil, los principios generales de aquella se extendían también a las provincias y a los municipios, bajo lo establecido en el art. 75, inc. 12, de la CN.

En síntesis, hasta la sanción de la LRE, el sistema de la responsabilidad del Estado por actos ilícitos, tanto contractuales como extracontractuales, era homogéneo y se guiaba, como norma rectora, por el art. 1112 del Cód. Civil, sin perjuicio de que en “Tomás Devoto & Cía. SA c. Gobierno Nacional” (15), uno de sus fallos iniciales, la Corte Suprema fundó la responsabilidad estatal en los arts. 1109 y 1113, dándole un sostén netamente civilista que motivó la célebre crítica de Bielsa (16), lo que fue corregido, poco después, en “Ferrocarril Oeste c. Provincia de Buenos Aires” (17), criterio que fue consagrado en “Vadell c. Provincia de Buenos Aires”, donde quedó en claro el carácter objetivo de la responsabilidad del Estado (18).

---

(10) BIELSA, Rafael, “Derecho administrativo”, Ed. La Ley, Buenos Aires, 2017, 7ª ed. act. por R. Luqui, libro II, cap. I, ps. 147 y ss.

(11) VILLEGAS BASAVILBASO, Benjamín, “Derecho administrativo”, Ed. Tipográfica Editora Argentina, Buenos Aires, 1950, t. II, caps. IV y V.

(12) MARIENHOFF, Miguel S., “Tratado de derecho administrativo”, Ed. Abeledo Perrot, Buenos Aires, 1990, 4ª ed., t. I, cap. II.

(13) Ley 24.156, BO del 29/10/1992.

(14) BO del 22/12/2003.

(15) Fallos 169:111 (1933).

(16) BIELSA, Rafael, “Responsabilidad del Estado como poder administrador”, JA 43-416.

(17) Fallos 182:5 (1938).

(18) Fallos 306:2030 (1984).

Con la sanción de la LRE, este sistema perdió su homogeneidad, al punto que ya no es claro a qué se refiere la ley cuando alude al “Estado”. Por lo pronto, la LRE no se aplica a las provincias, ni a la Ciudad de Buenos Aires, a quienes el art. 11 invita a adherir, pero no obliga (19). La pregunta siguiente es si, al referirse al Estado “a secas” (20), la LRE solo comprende al Estado, como persona jurídica, o abarca también todos las personas jurídicas integrantes del “sector público”, en los términos de la Ley de Administración Financiera. Esto ha dado lugar a desacuerdos doctrinarios, pues, mientras Perrino (21) opina que la LRE solo regula la responsabilidad del Estado y de sus órganos, pero no se extiende a las personas públicas no estatales, Uslenghi entiende que estas últimas están alcanzadas por aquella (22). Rosatti, por su lado, sostiene que la LRE se aplica únicamente al “Estado-órgano”, pero no a las personas que desempeñan cometidos estatales, dando como ejemplo los concesionarios de servicios públicos, cuya actividad en virtud de lo dispuesto en el art. 6° de la LRE no da lugar a la responsabilidad del Estado como concedente del servicio (23). Como puede verse, en este aspecto como en otros muchos, la LRE, lejos de constituir un avance, ha sido un retroceso, pues ha generado una discusión interpretativa que antes no existía.

Por mi parte, entiendo que, si la LRE alude solamente al Estado, debemos entender que se refiere solamente al Estado Nacional, como persona jurídica, sin comprender las otras personas jurídicas estatales que componen la Administración Pública descentralizada, pues si la LRE hubiera querido abarcarlas, lo habría dicho expresamente. Lo contrario significaría que la LRE ha confundido la noción de Estado con la de Administración Pública descentralizada y creo que, a esta altura del desarrollo del derecho administrativo, esta confusión resulta inadmisibile.

En síntesis, según mi opinión, la LRE regula tan solo la responsabilidad del Estado como tal, pero no la de las otras personas jurídicas

---

(19) LRE, art. 11: “Invítase a las provincias y a la Ciudad Autónoma de Buenos Aires a adherir a los términos de esta ley para la regulación de la responsabilidad estatal en sus ámbitos respectivos”.

(20) LRE, art. 1°: “Esta ley rige la responsabilidad del Estado por los daños que su actividad o inactividad les produzca a los bienes o derechos de las personas”.

(21) PERRINO, Pablo E., “La responsabilidad del Estado y los funcionarios públicos”, Ed. La Ley, Buenos Aires, 2015, p. 42.

(22) USLENGHI, Alejandro, “La responsabilidad del Estado por omisión”, RAP nro. 437 p. 169 y ss.

(23) ROSATTI, Horacio, “Análisis exegético de la ley 26.944”, en colaboración con Gisela Zingareti, en A.A.VV., *Ley 26.944 de Responsabilidad del Estado - Análisis crítico y exegético*, Ed. Rubinzal-Culzoni, Buenos Aires - Santa Fe, 2014, p. 501.

estatales. Esta interpretación restrictiva, por lo demás, es coherente con el propio ámbito restrictivo que tiene la LRE, que regula tan solo la responsabilidad extracontractual del Estado, pero no su responsabilidad contractual, que se rige por las leyes específicas, siendo la LRE de aplicación meramente supletoria (24). También en este aspecto, la LRE ha quebrado la homogeneidad del sistema de responsabilidad del Estado.

#### **II.4. La amplitud teórica de la responsabilidad del Estado y sus fuertes limitaciones en la práctica**

Desde un punto puramente teórico o doctrinal, la responsabilidad del Estado y de las personas jurídicas estatales es muy amplia. No solo comprende la responsabilidad de los tres órganos superiores del Estado (Ejecutivo, Legislativo y Judicial) y de todos los órganos y entes que los componen, sino que abarca también la responsabilidad por actividad lícita e ilícita, tanto en el ámbito contractual como extracontractual. Se admite, incluso, la responsabilidad del Estado por omisión, una cuestión que ha merecido estudios particulares (25) y la responsabilidad internacional del Estado, bien que, como señala Cassagne, la regulación de esta es inorgánica y depende, en gran medida, de lo que establecen los tratados internacionales (26).

Esta saludable bocanada de oxígeno cívico que respiramos al recorrer las obras de doctrina, se torna en asfixia al comprobar la realidad práctica en la cual se desenvuelven, no solo la obtención de una sentencia de condena, sino también las dificultades que presenta su ejecución. En relación con esto último, el art. 170 de la Ley Complementaria Permanente de Presupuesto (LCP) (27), establece un mecanismo de pago que, en la práctica, impide ejecutar las sentencias de condena contra el Estado y sus entes descentralizados y deja enteramente librado su cumplimiento, a la discrecionalidad de la autoridad estatal, al disponer que si el crédito para atender el pago de lo adeudado en virtud de la sentencia, no está previsto en el presupuesto del órgano o ente deudor de ese año fiscal (lo que es altamente frecuente), no podrá ser ejecutado y dicho monto, para que pueda ser abonado, deberá ser incluido en el presupuesto del año si-

---

(24) Así lo establece el art. 10: “La responsabilidad contractual del Estado se rige por lo dispuesto en las normas específicas. En caso de ausencia de regulación, se aplica esta ley en forma supletoria”.

(25) Cito, entre otros: RAMOS MARTÍNEZ, María Florencia, “Responsabilidad del Estado por omisión”, Ed. Astrea, Buenos Aires, 2019.

(26) CASSAGNE, Juan Carlos, “Curso...”, cit., p. 489.

(27) Ley 11.672 (t.o. 2014).

guiente. Para agravar aún más esta situación, la ley no prevé un remedio para el acreedor, en caso de que dicho monto no llegara a ser incluido en el presupuesto del año siguiente al de la sentencia de condena (28).

La Corte Suprema ha moderado esta norma, excluyendo su aplicación en situaciones extremas, tales como las de una persona de avanzada edad, que requiere un tratamiento médico indispensable. Ha sostenido al respecto el tribunal que “[u]n criterio ponderado de la ejecución de sentencias judiciales debe incorporar la posibilidad de analizar en concreto la incidencia de la decisión y su ejecución en el desarrollo regular de las prestaciones estatales, evitando —en el extremo— convalidar la impunidad gubernamental como *modus operandi* en su relación con la comunidad. Se ha de procurar entonces un marco equidistante, que evite caer en los extremos de, la irresponsabilidad estatal por un lado y la falta de una visión solidaria por el otro” (29).

Asimismo, en “Martínez c. Estado Nacional — Ministerio del Interior” (30), la Corte estableció dos cuestiones relevantes en orden a limitar la discrecionalidad estatal en el pago de las sentencias de condena. Ellas son: a) que el Estado —o sus entes descentralizados— solo puede acudir al mecanismo establecido en el art. 170 de la LCPP una sola

---

(28) LCPP, art. 170: “Los pronunciamientos judiciales que condenen al Estado Nacional o a alguno de los entes y organismos que integran la Administración Nacional al pago de una suma de dinero o, cuando sin hacerlo, su cumplimiento se resuelva en el pago de una suma de dinero, serán satisfechos dentro de las autorizaciones para efectuar gastos contenidas en las distintas jurisdicciones y entidades del presupuesto general de la Administración Nacional, sin perjuicio del mantenimiento del régimen establecido por las leyes 23.982 y 25.344.

En el caso que el presupuesto correspondiente al ejercicio financiero en que la condena deba ser atendida carezca de crédito presupuestario suficiente para satisfacerla, el Poder Ejecutivo Nacional deberá efectuar las provisiones necesarias a fin de su inclusión en el ejercicio siguiente, a cuyo fin las jurisdicciones y entidades demandadas deberán tomar conocimiento fehaciente de la condena antes del día 31 de julio del año correspondiente al envío del proyecto, debiendo incorporar en sus respectivos anteproyectos de presupuesto el requerimiento financiero total correspondiente a las sentencias firmes a incluir en el citado proyecto, de acuerdo con los lineamientos que anualmente la Secretaría de Hacienda establezca para la elaboración del proyecto de presupuesto de la Administración Nacional.

Los recursos asignados anualmente por el Honorable Congreso de la Nación se afectarán al cumplimiento de las condenas por cada servicio administrativo financiero, siguiendo un estricto orden de antigüedad conforme a la fecha de notificación judicial y hasta su agotamiento, atendiéndose el remanente con los recursos que se asignen en el ejercicio fiscal siguiente.

(29) CS, “C., J. C. c. Estado Nacional - Ministerio de Defensa”, Fallos 343:264 (2020).

(30) Fallos 343:1894 (2020).

vez (31) y b) que la previsión presupuestaria debe incluir los intereses devengados (32).

### III. RÉGIMEN DE LA RESPONSABILIDAD DEL ESTADO POR ACTIVIDAD LEGISLATIVA

En lo que se refiere al régimen específico de la responsabilidad por actividad legislativa, es preciso tener en cuenta cinco cuestiones.

La primera de ellas —sobre la cual no existen dificultades interpretativas— es que se trata de una especie comprendida dentro del género de la responsabilidad por actividad lícita. Dicho de otro modo, la actividad lícita del Estado puede desarrollarse en varios campos, uno de ellos, naturalmente, es el dictado de normas de alcance general, ya sean de rango legal o reglamentario, y todas ellas pueden ocasionar daños que generan responsabilidad estatal.

Sin embargo, no existe diferencia alguna en el régimen de la responsabilidad estatal que puede surgir: a) de los actos administrativos de alcance individual, regulada en el art. 17 de la Ley de Procedimientos Administrativos (LPA) (33); b) de las normas reglamentarias (ac-

---

(31) “El precepto citado confiere al Estado Nacional la prerrogativa de *diferir por única vez* el pago de la condena en el supuesto de que se agote la partida presupuestaria correspondiente al ejercicio en el que se encontraba prevista su cancelación; mientras esto suceda, cobra pleno efecto la inembargabilidad de los fondos afectados a la ejecución presupuestaria prevista en el art. 165 de la ley 11.672, en las condiciones que este tribunal señaló tempranamente en Fallos 322:2132 (...) el plazo especial de pago establecido por el art. 170 de la ley 11.672, obsta a la ejecución forzosa de las condenas dinerarias dictadas contra el Estado Nacional, mientras esté vigente y a condición de que se cumplan los recaudos previstos en él (Fallos 339:1812)” (consids. 4º y 5º; énfasis agregado).

(32) “[P]ara la cancelación de los reconocimientos judiciales firmes sujetos al procedimiento del art. 170 de la ley 11.672, el Estado Nacional deberá adoptar las medidas necesarias para que la previsión presupuestaria sea comprensiva del capital de condena y de los intereses devengados hasta su efectivo pago. De otro modo, además de los perjuicios señalados, la sujeción de los accesorios a sucesivas previsiones presupuestarias, frustraría los fines propios del régimen establecido por dicha norma pues atentaría contra la racional administración de los fondos públicos y los derechos patrimoniales de los particulares” (consid. 8º).

(33) LPA, art. 18: “El acto administrativo regular, del que hubieren nacido derechos subjetivos a favor de los administrados (...) podrá ser revocado, modificado o sustituido por razones de oportunidad, mérito o conveniencia, indemnizando los perjuicios que causare a los administrados”.

tos administrativos de alcance general), prevista en el art. 83 del dec. 1759/1972, reglamentario de la LPA (34) o c) de las leyes sancionadas por el Congreso.

Por lo demás, los art. 4º y 5º de la LRE se refieren, en forma genérica, a la responsabilidad del Estado por actividad lícita, sin hacer distinciones sobre la naturaleza de los actos que la producen.

En segundo lugar, no debe confundirse la responsabilidad del Estado por actividad legislativa con la llamada “inexistencia de derecho al mantenimiento del ordenamiento jurídico”. Aunque ello es obvio, lo menciono pues es muy habitual que, al contestar una demanda en la cual se le imputa esta clase de responsabilidad, el órgano o ente estatal invoque este argumento como defensa, citando la jurisprudencia de la Corte Suprema que sostiene tal principio (35). Por cierto, se trata de cuestiones muy diferentes, pues que el Estado tenga la prerrogativa de modificar en forma discrecional el ordenamiento jurídico no implica, en modo alguno, que no deba responder por los daños que esos cambios puedan producir.

Una tercera cuestión, establecida en su momento por la jurisprudencia (36) y legislada ahora en el art. 4º, inc. d), de la LRE, es que no existe responsabilidad estatal por acto lícito cuando el afectado tiene la obligación jurídica de soportar el daño. La LRE en realidad lo expresa a la inversa, refiriéndose a que la responsabilidad procede cuando existe una “ausencia de deber jurídico de soportar el daño”.

Creo que esto es una verdad de Perogrullo, pues cuando alguien tiene la obligación de soportar un daño es porque a) ha incurrido en una actividad ilícita o b) se trata de una carga pública impuesta en forma general, proporcionada y uniforme. En el primer caso, en realidad no hay daño, en el sentido jurídico del término, sino una sanción legítimamente aplicada y, en el segundo caso, no hay daño resarcible, pues se trata de una restricción razonable a los derechos que nace del art. 28 de la CN.

---

(34) Dec. 1759/1972, art. 83: “Derogación de actos de alcance general. Los actos administrativos de alcance general podrán ser derogados, total o parcialmente, y reemplazados por otros, de oficio o a petición de parte y aun mediante recurso en los casos en que este fuere procedente. Todo ello sin perjuicio de los derechos adquiridos al amparo de las normas anteriores y con indemnización de los daños efectivamente sufridos por los administrados”.

(35) Entre otros muchos casos: “Schiffirin c. Poder Ejecutivo Nacional”, Fallos 340:257 (2017).

(36) Entre otros casos: “Columbia SA. de Ahorro y Préstamo para la Vivienda c. Banco Central de la República Argentina”, Fallos 315:1026 (1992), consid. 7º.

Más complejas y controvertidas, en cambio, son las cuestiones relativas al requisito del llamado “sacrificio especial” y al alcance de la indemnización, que trataré por separado en los puntos siguientes.

### III.1. El requisito del “sacrificio especial”

Siguiendo una jurisprudencia ya consolidada, el art. 4º de la LRE establece: “Son requisitos de la responsabilidad estatal por actividad legítima: a) Daño cierto y actual, debidamente acreditado por quien lo invoca y mensurable en dinero; b) Imputabilidad material de la actividad a un órgano estatal; c) Relación de causalidad directa, inmediata y exclusiva entre la actividad estatal y el daño; d) Ausencia de deber jurídico de soportar el daño; e) Sacrificio especial en la persona dañada, diferenciado del que sufre el resto de la comunidad, configurado por la afectación de un derecho adquirido.”

De estos cinco requisitos, los cuatro primeros son comunes a toda la responsabilidad estatal por actividad lícita. Por el contrario, el quinto, que exige a la persona dañada la probanza de haber sufrido un “sacrificio especial diferenciado del que sufre el resto de la comunidad”, es propio de la responsabilidad por actividad legislativa, ya sea que provenga de normas legales o reglamentarias.

Originado en la obra de Mayer (37), este requisito fue aplicado embrionariamente por la Corte en los casos “Fisco Nacional c. Arrupé” (38) y “Establecimientos Americanos Gratry” (39), y ha sido repetido en numerosos casos posteriores tales como: “Carlos Reisz y Cía. SRL c. Gobierno

---

(37) Otto Mayer, en la edición de 1895 de su “Derecho administrativo” —conocida en la Argentina por medio de la edición francesa de 1903— decía: “En la relación entre el Estado y el súbdito, se trata no de pérdidas y de ganancias recíprocas sino del efecto que surte la actividad del Estado sobre los individuos. Esto no ocurre sin que los individuos sufran algunos perjuicios, pero ellos entran en las condiciones de existencia del Estado al cual los individuos pertenecen; por lo tanto, nada se puede cambiar. Pero a partir del momento en que esos perjuicios afectan a un individuo de manera desigual y desproporcionada, empieza a actuar la equidad y cuando el perjuicio se traduce en un daño material corresponde al pasaje de valores que se halla en la repetición de lo indebido, habrá lo que se llame sacrificio especial, que corresponde al enriquecimiento sin causa y que debe indemnizarse. La compensación se hace aquí por medio de una indemnización pagada por la caja común, lo que significa la “generalización” del sacrificio especial, correspondiente a la restitución de valores que han pasado en pugna con la equidad” (MAYER, Otto, “Derecho administrativo alemán. Versión española de la edición francesa de 1903”, Ed. Depalma, Buenos Aires, 1982, t. IV, § 53, p. 217.

(38) Fallos 176:111 (1934).

(39) Fallos 180:107 (1938).



Nacional” (40); “Corporación Inversora Los Pinos SA c. Municipalidad de la Ciudad de Buenos Aires” (41); “Columbia SA c. Banco Central de la República Argentina” (42); “Buenos Aires Eximport c. Estado Nacional” (43); “Revestek SA c. Banco Central de la República Argentina” (44); y “Malma Trading SRL c. Estado Nacional” (45). De todos modos, como veremos enseguida, se trata de una formulación teórica de difícil aplicación en la práctica.

La exigencia del sacrificio especial o singular parte de un presupuesto razonable y lógico, explicado claramente por el autor alemán antes citado. Anida en él la idea de que si bien la ley está dictada —en teoría— para beneficio de toda la comunidad a la cual se aplica, puede ocasionar, sin embargo, un perjuicio a alguna persona o grupo identificado de personas, cuyos derechos se ven afectados en aras del bien común. Parece razonable, entonces, que la comunidad beneficiada con la ley, indemnice a quienes resultan singularmente perjudicados por esta. Si bien los ejemplos abundan, no caben dudas de que la expropiación por causa de utilidad pública, es uno de los más elocuentes.

Ahora bien, sencillo y fácil de explicar en forma teórica, este requisito presenta serias dificultades en su aplicación práctica, pues la delimitación concreta del “sacrificio especial” no es fácil de establecer *a priori*. El umbral de la singularidad del sacrificio, es decir, el “hasta dónde” hay sacrificio especial, depende enteramente de la casuística judicial. Naturalmente, la tarea es simple cuando se trata del sacrificio de una sola persona o de un grupo muy reducido, pero el análisis se dificultará, irremediablemente, a medida que el grupo de afectados aumente de tamaño, pues el sacrificio irá perdiendo, paulatinamente, su condición de “especial” y se tornará general. Imaginemos una comunidad ideal de 1.000 personas. Si se dictara una ley que afectara a una sola, la solución sería sencilla. También lo sería si las afectadas fueran 10 o 50. Pero a medida que ese número crezca, las dificultades en determinar la singularidad del sacrificio irán aumentando. ¿Cuál es, entonces, entonces, el umbral que determina la desaparición del sacrificio especial? Asimismo, ¿se trata de una cuestión meramente cuantitativa o puede ser también cualitativa?

---

(40) Fallos 248:79 (1960).

(41) Fallos 293:617 (1975).

(42) Fallos 315:1026 (1992).

(43) Fallos 316:397 (1993).

(44) Fallos 318:1531 (1995).

(45) Fallos 337:548 (2014).

Hasta el momento la Corte Suprema ha dado algunas respuestas, pero ninguna es enteramente satisfactoria. La primera emana de “Buenos Aires Eximport” (46), donde la Corte sostuvo que “cuando sobrevienen modificaciones de las paridades cambiarias del tipo de las que enuncia, ellas son —casi inevitablemente— origen de beneficios para algunos deudores y de perjuicios para otros, según fuere la moneda en la que se han obligado y, justamente, por la diversidad de efectos que ello produce. Desde esta perspectiva, la pretensión de que todos sean igualmente beneficiados: los que se quedaron en moneda nacional —por esa circunstancia— y los que pasaron su deuda a dólares —por la reparación que cabría al Estado— encubre un objetivo claramente utópico, incoherente desde el punto de vista lógico e impracticable del económico. En suma, un mundo idílico en el cual todo son ventajas y nadie se perjudica. El *neminem laedere* salido de cauce serviría para suprimir —en su nombre— el riesgo connatural a la libertad de elegir” (47).

Poco después, en “Revestek” (48), la Corte dijo que “[e]l presupuesto de todo análisis sobre aplicación al *sub lite* de la doctrina de la responsabilidad del Estado por su actuar legítimo, consiste en que dicho actuar haya producido una lesión a una situación jurídicamente protegida. Dicho en otros términos, la dilucidación del presente litigio pasa por resolver si puede admitirse un derecho adquirido del administrado al mantenimiento de una pauta cambiaria” (49).

Estos casos no dejan en claro si estas dos pautas se aplican conjunta o separadamente, pues en “Revestek” parecería que la clave consiste en no estar obligado a soportar el daño, sin importar la cantidad de perjudicados, mientras que en “Buenos Aires Eximport”, al sostener que la pretensión de que todos sean igualmente beneficiados es un objetivo utópico, la Corte estaría inclinándose por un criterio cuantitativo.

Posteriormente, en “Malma Trading” (50), la Corte estableció que “la pretensión de ser indemnizada con fundamento en la mencionada doctrina requiere que la apelante demuestre que los daños que alega haber sufrido constituyen un sacrificio desigual, que excede las consecuencias normales derivadas del ejercicio de la actividad estatal lícita desarro-

---

(46) Fallos 315:1026 (1992).

(47) Fallos 316:406.

(48) Fallos 318:1531 (1995).

(49) Fallos 318:1541.

(50) Fallos 337:548 (2014).

llada” (51). Se trata, como puede verse, de una definición muy vaga e imprecisa, que tampoco colabora en el esclarecimiento del concepto.

En algunos fallos más recientes, los tribunales en lo contencioso administrativo federal han analizado el requisito del sacrificio especial en una serie de casos promovidos por Administradores de Fondos de Jubilación y Pensión (AFJP) afectadas por la ley 26.425, que dispuso la creación de un único régimen previsional público (el Sistema Integrado Previsional Argentino), basado en el sistema de reparto y eliminó el sistema de capitalización, creado por la ley 24.241, imponiendo, de tal manera, el cese de las actividades de las AFJP. Como consecuencia de ello, algunas de estas compañías reclamaron los daños y perjuicios que la ley 26.245 les ha ocasionado, pero los resultados obtenidos, hasta el momento, han sido negativos. Todas estas demandas fueron rechazadas en primera instancia con fundamento en dos argumentos: a) la falta de nexo causal entre el daño alegado y la ley 26.425; y b) que nadie tiene un derecho adquirido al mantenimiento de leyes o reglamentaciones (52).

Al referirse al sacrificio especial, en los casos “Orígenes” y “Arauca BIT”, citados en nota anterior, los tribunales de primera instancia han repetido, monótonamente y sin utilidad alguna para la decisión, un insípido cliché elaborado por la sala III del fuero, según el cual “[e]l ‘sacrificio especial’ —conforme lo señalara la sala III de la Cámara del Fuero en su oportunidad— debe ser analizado no solo desde la óptica de la estructura o configuración de la medida estatal que produce la afectación, sino también y especialmente desde las circunstancias particulares de quien se ve alcanzado por la misma. En otras palabras, en orden a determinar si un sujeto está padeciendo un sacrificio mayor o anormal al resto de los sujetos alcanzados por un acto estatal y se ven afectados, debemos indagar en las circunstancias especiales de dicha persona, pues puede ser esta la causa de la desigualdad y no la norma estatal en sí misma, que leída en abstracto, tal vez no dé cuenta de sacrificar más a unos que a otros (ver CNFed. Cont. Adm.; sala III; causa nro. 27950/13; sent. del 22/05/2018 —consid X—)”.

Sin embargo, en el caso “Proyección Seguros de Retiro SA c. Estado Nacional”, la sala IV de la Cámara Contencioso Administrativo Fede-

---

(51) Consid. 12.

(52) Ver, p. ej. JFed. Cont. Adm. N° 8, 06/12/2017, “Proyección Seguros de Retiro SA c. Estado Nacional”, 43.936/2010; JFed. Cont. Adm. N° 11, 03/09/2019, “Orígenes AFJP SA c. Estado Nacional” 39.948/2010; JFed. Cont. Adm. N° 8, 17/12/2020, “Arauca Bit AFJP SA c. Estado Nacional”, 43.115/2010.

ral (53), al referirse al sacrificio especial, sostuvo algo mucho más grave “no se logra diferenciar un perjuicio individualizado del que hubiesen estado eximidas las restantes empresas aseguradoras que operaban bajo el mismo régimen. Es decir, de *un sacrificio especial que distorsione la igualdad de condiciones respecto de las otras empresas del mercado que se dedicaban a la misma actividad*. De esta manera, si bien es cierto que la derogación del régimen de capitalización instaurado por la ley 24.241 afectó el negocio de la actora por cuanto la privó de efectuar operaciones que habían pasado a constituir parte de su actividad, no se le puede endilgar la producción exclusiva de los menoscabos invocados en las presentes actuaciones, ni que haya importado un sacrificio especial diferenciado” (énfasis agregado).

Esta interpretación contradice, en primer lugar, lo dispuesto por el art. 4º, inc. e), de la LRE, que dice: “Son requisitos de la responsabilidad estatal por actividad legítima: (...) e) Sacrificio especial en la persona dañada, diferenciado del que sufre *el resto de la comunidad*, configurado por la afectación de un derecho adquirido” (énfasis agregado).

Tal como he señalado, la doctrina del “sacrificio especial” descansa sobre la premisa de que la ley, como medio de producir un bienestar en toda la comunidad, tiene que generar —inevitablemente— un sacrificio en alguna persona o en un grupo determinado de personas. Se sigue de ello que es toda la comunidad que se beneficia con la ley, quien —en conjunto— debe indemnizar a quienes fueron alcanzados por la ley, sin perjuicio de las diferencias que pueda haber entre ellos.

¿Cuál es, entonces, la “comunidad” respecto de la cual se mide el sacrificio especial, la comunidad que, en su conjunto, se beneficia con la ley o el reducido grupo de personas alcanzado por las restricciones y prohibiciones impuestas por la ley, sin perjuicio de las diferencias existentes entre los integrantes de ese grupo? La respuesta es simple y evidente. Quien debe indemnizar a los que se perjudican por la sanción de la ley es toda la comunidad beneficiada por ella. Así lo establece, claramente, el art. 4º, inc. e), de la LRE, siguiendo el principio filosófico-jurídico en el cual se apoya la doctrina del sacrificio especial, que tiene raíz constitucional en el principio de igualdad ante la ley. Dicho de otro modo, una ley que, para beneficiar a una gran porción de una comunidad, debe perjudicar a una pequeña porción de aquella, genera una desigualdad entre ambas. Por ello, el modo de restablecer el equilibrio entre los beneficiarios de la ley y los que se perjudican con ella, es que los primeros indemnizen a los segundos.

---

(53) CFed. Cont. Adm., sala IV, 21/09/2018, 43.936/2010/CA1.

Este principio elemental queda desbaratado con la interpretación formulada por la sala IV de la CFed. Cont. Adm. en “Proyección Seguros de Retiro SA”, pues el fallo confunde el sacrificio especial o singular que pueda haber sufrido un cierto grupo de personas con motivo de una ley, con la diferente intensidad del daño que cada integrante de ese grupo pueda haber sufrido en forma individual. En síntesis, no debe confundirse el “sacrificio especial”, como requisito de la responsabilidad del Estado por actividad legislativa, con la intensidad del perjuicio individual que cada uno de los perjudicados pueda haber sufrido, pues se trata de dos cuestiones completamente diferentes.

### III.2. Los alcances de la indemnización

Generan controversias también, los alcances de la indemnización. El punto en discusión en este caso es si corresponde, o no, indemnizar el lucro cesante, una cuestión en la cual la jurisprudencia de la Corte Suprema ha sido vacilante, sin que pueda establecerse un criterio de distinción claro entre las dos líneas jurisprudenciales existentes. La doctrina, a su vez, está dividida y la LRE no es totalmente clara al respecto, como veremos enseguida. En síntesis, la procedencia del lucro cesante es una cuestión poco clara, que está librada a la discreción judicial.

Antes de analizar este problema, conviene tener en cuenta que las reglas para la indemnización en casos de responsabilidad por acto legislativo son las mismas que rigen para toda la responsabilidad por acto lícito en general. Se aplica aquí el principio —ya mencionado— de que la responsabilidad por acto legislativo es una especie del género responsabilidad por acto lícito. Por ello, si bien en los párrafos que siguen citaré casos en los cuales no se juzgaba, específicamente, la responsabilidad derivada del dictado de una ley o de un reglamento, sino de actos administrativos o meras decisiones individuales, las reglas aplicables a estos se aplican, también, a aquella.

En la jurisprudencia de la Corte Suprema existe una primera línea, representada por los casos “Laplacette c. Provincia de Buenos Aires” (54), “Corporación Inversora Los Pinos SA c. Municipalidad de la Ciudad de Buenos Aires” (55), “Cantón c. Gobierno Nacional” (56); “Winkler c. Nación Argentina” (57) y “Motor Once SA c. Municipalidad de la Ciudad de

---

(54) Fallos 195:66 (1943).

(55) Fallos 293:617(1975).

(56) Fallos 301:403 (1979).

(57) Fallos 305:1045 (1983).

Buenos Aires” (58) en los cuales la Corte Suprema acusa la influencia ejercida por las leyes de expropiación, que limitan la indemnización al daño emergente, excluyendo el lucro cesante. De todos estos casos, “Motor Once” es donde se advierte el mayor desarrollo doctrinario para justificar la exclusión del pago del lucro cesante, tarea que tomó a su cargo, con particular énfasis, la entonces procuradora fiscal, Dra. María Graciela Reiriz (59), a cuyo dictamen la Corte se remitió íntegramente.

Al lado de esta línea jurisprudencial restrictiva, existe —en paralelo— otra serie de casos en los cuales la Corte Suprema ha admitido el pago del lucro cesante, al menos por vía de principio. Ellos son: “Livio Dante Porta SRL y Cía. SIC c. Ferrocarriles Argentinos” (60); “Eduardo Sánchez Granel Obras de Ingeniería SAICFI c. Dirección Nacional de Vialidad” (61); “Gómez Álzaga c. Provincia de Buenos Aires” (62); “Tories c. Provincia de Buenos Aires” (63); “Crotto Posse de Daireaux c. Provincia de Buenos Aires” (64); “Juncalán Forestal Agropecuaria SA c. Provincia de Buenos Aires” (65); “Cachau c. Provincia de Buenos Aires”; “Discam SA c. Provincia de Buenos Aires y Don Santiago SCA c. Provincia de Buenos Aires” (tres casos resueltos en forma conjunta) (66); “Estancias Marré c. Provincia de Córdoba” (67); “Pronar SA c. Provincia de Buenos Aires” (68); “Serenar SA c. Provincia de Buenos Aires” (69); “El Jacarandá SA c. Estado Nacional” (70); “Zonas Francas Santa Cruz c. Estado Nacional” (71); “IMSA MICSA c. Estado Nacional” (72) y “Malma Trading SRL c. Estado Nacional” (73).

---

(58) Fallos 312:659 (1989).

(59) Fallos 312:665.

(60) Fallos 286:333 (1973).

(61) Fallos 306:1409 (1984).

(62) Fallos 307:1515 (1985).

(63) Fallos 307:2399 (1985).

(64) Fallos 311:233 (1988).

(65) Fallos 312:2269 (1989).

(66) Fallos 316:1335 (1993).

(67) Fallos 316:1428 (1993).

(68) Fallos 320:2551 (1997). Ver también, en este mismo caso, la sentencia de fecha 24/11/2015; P.569.XLIX.

(69) Fallos 327:247 (2004).

(70) Fallos 328:2654 (2005).

(71) Fallos 332:1367 (2009).

(72) Fallos 332:2801 (2009).

(73) Fallos 337:548 (2014).

Estas dos líneas jurisprudenciales, lejos de ser sucesivas o alternativas, lo que hubiera significado un cambio de criterio según las épocas y la composición del tribunal, han convivido cronológicamente, pese a sus evidentes diferencias. Tampoco puede extraerse de estos fallos un criterio muy claro, que permita establecer por qué en algunos casos corresponde el pago del lucro cesante y en otros no (74). Se trata, como dije más arriba, de una jurisprudencia vacilante, que no termina de encontrar un rumbo preciso.

Como suele ocurrir en estos casos, la doctrina está dividida. Quienes postulan la improcedencia del reconocimiento del lucro cesante adhieren, en general, a la tesis de la llamada “fuerza expansiva de la expropiación”, sostenida en su momento por Miguel S. Marienhoff (75); seguida luego por Hutchinson (76) y Comadira y Escola (77), entre otros. Por el contrario, postulan la procedencia del lucro cesante Cassagne (78), Barra (79), Perrino (80), Tawil (81), Galli Basualdo (82) y Merteikian (83), entre otros.

---

(74) Ciertamente hay casos en los cuales el lucro cesante será la parte esencial de la indemnización, tal como ocurre con la responsabilidad emergente de las decisiones de inundar un campo para desviar las aguas que amenazan una ciudad.

(75) MARIENHOFF, Miguel S., “El lucro cesante en las indemnizaciones a cargo del Estado”, ED 114-953; y “Nuevamente acerca del lucro cesante en las indemnizaciones a cargo del Estado”, LA LEY 1991-C, 1080. Cabe mencionar, sin embargo, que este autor distinguía los casos en los que el derecho reclamado fuera de naturaleza administrativa o civil. En el primer caso, entendía que el lucro cesante no correspondía, en el segundo caso, en cambio, lo encontraba procedente.

(76) HUTCHINSON, Tomás, “La responsabilidad del Estado por la revocación del contrato administrativo por razones de interés público”, en AA.VV., *Contratos administrativos*, Ed. RAP, Buenos Aires, 2010, 2ª ed., ps. 641-665.

(77) COMADIRA, Julio R. - ESCOLA, Héctor J. - COMADIRA, Julio P., “Curso de derecho administrativo”, Ed. Abeledo Perrot, Buenos Aires, 2012, t. II, p. 1527.

(78) CASSAGNE, Juan Carlos, “Curso...”, cit., p. 479.

(79) BARRA, Rodolfo C., “Responsabilidad del Estado por la revocación unilateral de sus actos y contratos”, ED 122-861.

(80) PERRINO, Pablo E., ob. cit., ps. 165-168.

(81) TAWIL, Guido S., “El alcance de la indemnización en los supuestos de responsabilidad del estado por su actividad lícita”, en AA.VV., *Responsabilidad del Estado (Jornada en homenaje a la Profesora María Graciela Reiriz)*, Ed. Rubinzal-Culzoni, Buenos Aires, 2008, ps. 239-254.

(82) GALLI BASUALDO, Martín, “El lucro cesante en la responsabilidad del Estado por actividad legítima”, LA LEY 204-B, 672.

(83) MERTEIKIAN, Eduardo, “La responsabilidad Pública”, Ed. Ábaco, Buenos Aires, 2001, ps. 293-294.

En lo personal siempre me he inclinado por esta segunda postura, en la medida en que una indemnización que no contemple el lucro cesante no será integral y podrá afectar, según los casos, el derecho de propiedad (84). No corresponde, entonces, adoptar una posición dogmáticamente prohibitiva, sino permitir que sea el juez quien decida si corresponde o no pagar el lucro cesante. Sostengo, por ello, que el art. 10 de la ley 21.499 de Expropiaciones (LE) (85), al limitar la reparación al valor objetivo del bien, prohibiendo que se compute el lucro cesante, no satisface cabalmente la exigencia del art. 17 de la CN, en tanto ni siquiera permite que sea el juez, en el caso concreto, quien decida la cuestión (86). Véase, por ejemplo, el desarrollo de los fundamentos filosóficos de esta cuestión que realiza Cassagne, aplicando la doctrina de la justicia distributiva, con apoyo positivo en la Convención Americana de Derechos Humanos (87).

Finalmente, la LRE ha venido a enrarecer aún más este ambiente pues, además de limitativa, su texto puede prestarse a confusión. La cuestión de los alcances de la indemnización está prevista en el art. 5º que, en su primer párrafo, establece: “La responsabilidad del Estado por actividad legítima es de carácter excepcional. En ningún caso procede la reparación del lucro cesante”.

A primera vista podría computarse esta norma como el triunfo de la tesis de la fuerza expansiva de la expropiación en todo el ámbito de la responsabilidad estatal por actividad lícita; sin embargo, el segundo párrafo, al intentar aclarar el primer párrafo, ensombrece el festejo de este triunfo. Dice el segundo párrafo: “La indemnización de la responsabilidad del Estado por actividad legítima comprende el valor objetivo del bien y los daños que sean consecuencia directa e inmediata de la actividad desplegada por la autoridad pública, sin que se tomen en cuenta circunstancias de carácter personal, valores afectivos ni ganancias hipotéticas”.

---

(84) Ver la obra citada en nota 1, en especial pp. 168-173.

(85) LE, art. 10. La indemnización solo comprenderá el valor objetivo del bien y los daños que sean una consecuencia directa e inmediata de la expropiación. No se tomarán en cuenta circunstancias de carácter personal, valores afectivos, ganancias hipotéticas, ni el mayor valor que pueda conferir al bien la obra a ejecutarse. No se pagará lucro cesante. Integrarán la indemnización el importe que correspondiere por depreciación de la moneda y el de los respectivos intereses.

(86) Se trata, por cierto, de una cuestión opinable, que ha merecido un muy buen análisis por parte de Laplacette. Ver LAPLACETTE, Carlos J., “Derecho constitucional a la reparación de daños”, LA LEY 2012-E, 1045, AR/DOC/4631/2012.

(87) CASSAGNE, Juan Carlos, “Curso...”, cit., ps. 447-453.



Si bien este segundo párrafo parecería reproducir el art. 10 de la LE, la técnica legislativa empleada no es la misma. En la LE es claro que quedan excluidos de la indemnización tanto del lucro cesante, como las llamadas “ganancias hipotéticas”, pues allí ambos conceptos están claramente diferenciados. No ocurre lo mismo con el art. 5º de la LRE, pues en el primer párrafo se hace referencia al lucro cesante y en el segundo (aclarativo del primero) se lo define este como “ganancias hipotéticas”.

Por consiguiente, es razonable interpretar que en la LRE el “lucro cesante” está concebido como una mera “ganancia hipotética”. Obviamente, esto es un error conceptual, pues la Corte Suprema ha establecido, reiteradas veces, que el lucro cesante no es una ganancia meramente hipotética (88). Sin embargo, a partir del texto legal mismo, es posible concluir que la LRE no ha excluido de la indemnización a las ganancias reales y comprobables, aunque no estén aún devengadas, sino que ha excluido, tan solo, las ganancias puramente hipotéticas y no comprobables (89). Esta interpretación, por lo demás, es coherente con varios de los casos anteriormente citados en los cuales el lucro cesante fue admitido, por vía de principio, pero fue rechazado en el caso concreto por falta de prueba. Tal es el caso, por ejemplo, de “El Jacarandá” (90).

#### IV. SÍNTESIS

Como síntesis de lo dicho, señalo lo siguiente:

1. La responsabilidad del Estado no es una materia aislada o insular del Derecho, sino que es un capítulo de la responsabilidad civil en general, bien que posee dos notas propias, que son a) la responsabilidad del Estado es objetiva y directa y b) el Estado puede ser responsable por su obrar lícito;

---

(88) Así, en “Consultora Megator SA c. Estado Nacional”, Fallos 338:1477 (2015), repitiendo lo dicho en otros casos sostuvo que “el lucro cesante está configurado por las ventajas económicas esperadas de acuerdo a las probabilidades objetivas debida y estrictamente comprobadas, cuya admisión requiere una acreditación suficiente del beneficio económico (Fallos 306:1409; 311:2683 y 328:4175), y que en supuestos como el que el *a quo* entendió configurado debe existir un concreto grado de probabilidad de que el daño se convierta en cierto (Fallos 317:181; 320:1361; 326:847, entre otros)”.

(89) En la doctrina administrativa se admite, incluso, que el lucro cesante puede llegar a formar parte del daño emergente (BALBÍN, Carlos F., “Tratado de derecho administrativo”, Ed. La Ley, Buenos Aires, 2015, t. IV, p. 518).

(90) Fallos 328:2654 (2005).

2. La LRE regula tan solo la responsabilidad del Estado como tal, pero no la de las otras personas jurídicas estatales;

3. La Ley Complementaria Permanente de Presupuesto establece un mecanismo de pago que impide ejecutar las sentencias de condena contra el Estado. Sin embargo, a) no se aplica en casos de extrema necesidad; b) el Estado —o sus entes descentralizados— solo puede emplearla una sola vez y c) la previsión presupuestaria debe incluir los intereses devengados;

4. La responsabilidad por actividad legislativa es un capítulo de la responsabilidad del Estado por actividad lícita y se rige por sus mismas reglas;

5. La prerrogativa del Estado de modificar en forma discrecional el ordenamiento jurídico, no implica, en modo alguno, que aquel no deba responder por los daños que esos cambios puedan producir;

6. El “sacrificio especial” es el que sufre una persona o grupo de personas en relación con toda la comunidad comprendida en la ley, por ello no debe confundírsele con la intensidad del perjuicio singular o individual, que cada uno de los perjudicados pueda haber sufrido, pues se trata de dos cuestiones completamente diferentes;

7. La LRE no ha excluido de la indemnización a las ganancias reales y comprobables, aunque no estén aún devengadas, sino que ha excluido, tan solo, a las ganancias puramente hipotéticas y no comprobables por medio de prueba fehaciente.

# APOSTILLAS A LA RESPONSABILIDAD EXTRA CONTRACTUAL DEL ESTADO (CON ESPECIAL REFERENCIA A SU ACTIVIDAD LÍCITA)

POR ROBERTO ENRIQUE LUQUI

## I. PRELIMINAR

La responsabilidad extracontractual del Estado en el orden nacional es, posiblemente, el tema del derecho público sobre el cual se han escrito más páginas en las últimas décadas. Son tantos los autores que se ocuparon de él en obras generales —libros, artículos, comentarios de fallos, obras colectivas, seminarios, conferencias y demás expresiones doctrinales— que solo mencionarlos importaría una tarea por demás extensa y difícil de compendiar. Cabe entonces preguntarse si tiene sentido escribir sobre un tema tan trillado, al cual poco se podría agregar sin repetir lo que otros autores han desarrollado, muchos de ellos con autoridad y experiencia. Pero, como nuestro modesto aporte tiene por objeto participar en el homenaje que la Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Buenos Aires le hace a la memoria del distinguido académico Félix Trigo Represas —por quien guardo un grato recuerdo y el reconocimiento de su muy destacada labor docente y científica— debí ceñirme a la materia elegida para la obra. Por eso abordaré un tema que para algunos corresponde al derecho administrativo —entre los que me incluyo— y para otros al derecho civil o, más específicamente, al derecho de daños.

Resulta paradójico que se haya escrito tanto para abordar un tema sobre el cual la legislación se ocupó tan poco. La regulación jurídica de esta materia desde hace casi un siglo ha estado en manos de la jurisprudencia, o del buen criterio de los jueces, que han reconocido el derecho de los individuos a ser resarcidos por el Estado cuando les ocasiona un perjuicio diferencial, aun cuando sea por el obrar lícito, sin que haya una norma que lo establezca.

Esta circunstancia permite comprobar el valor que tiene el sentimiento de justicia de los seres humanos en la realización del derecho, que muchas veces conforma principios básicos del ordenamiento jurídico. Como dice Ángel Ossorio, “la justicia es una sensación”, y los jueces que han reconocido el derecho a tal resarcimiento tuvieron esa sensación.

Como poco puedo agregar de cosecha propia a este tema y no es mi costumbre hacer recopilaciones de doctrina y de jurisprudencia, pues sería un intento de demostrar una erudición que no poseo, me limitaré a analizar algunos aspectos del tema que, a mi juicio, justifican ser tratados.

## II. BREVE RESEÑA DEL TEMA

Aun cuando tengan un fundamento común, hay que distinguir la responsabilidad extracontractual del Estado por los actos o hechos ilícitos de sus agentes, de la responsabilidad del Estado por el obrar lícito. Como se puede advertir son situaciones diferentes, porque en una el problema gira en torno a la imputación de la responsabilidad, y en la otra en el carácter general o diferencial del perjuicio. Superada la idea de la irresponsabilidad del Estado cuando actúa como poder público basada en la idea de soberanía, la Corte Suprema de Justicia —en su primera época— interpretó lo que disponía el Código Civil (arts. 43 y 1112) de manera estricta, para resolver si la conducta irregular del agente generaba o no la responsabilidad extracontractual del Estado. Era lo que disponían las normas vigentes en ese entonces, que hacían a estos responsables directos por sus actos u omisiones. La influencia de la escuela de la exégesis que imperó en esa época, y las limitaciones a la demandabilidad del Estado que rigieron en nuestro derecho, determinaron que los jueces se aferraran a la redacción literal de las normas aplicables. No podemos negarles a los arts. 43 y 1112 del Cód. Civil la claridad con la que estaban redactados, que no dejaba dudas respecto de a quién se debía imputar la responsabilidad.

En 1933 la Corte Suprema de Justicia resolvió un caso en el cual la sociedad arrendataria de un campo demandó a la Nación por el daño que provocaron empleados del Telégrafo Nacional que estaban realizando trabajos de campo, al encender un brasero que terminó incendiando varios potreros, alambrados, instalaciones, etc. (1). El alto tribunal mo-

---

(1) CS, “Tomás Devoto y Cía. c. Gobierno Nacional s/ daños y perjuicios”, Fallos 169:111.

dificó su jurisprudencia apartándose de lo que establecía la legislación —que no se había modificado— para responsabilizar al Estado por el acto de sus agentes. Para eso buscó como fundamento la responsabilidad del *dominus* por los actos de los dependientes (art. 1113, Cód. Civil), solución diferente a la que de manera clara disponía el Código, pero considerada justa por los jueces que intervinieron en ese litigio (2).

Este es un caso en el cual la técnica jurídica y el juicio de valor sobre lo que es justo corrieron por andariveles separados. Existía una norma que establecía claramente la responsabilidad objetiva del agente por los perjuicios producidos a terceros por su conducta ilícita (art. 1112, Cód. Civil), en esa ocasión el Estado actuó como poder público y no como persona de derecho común (no fue contractual), eran aplicables las normas y principios del derecho administrativo (por los cuales el Estado debe responder cuando una ley lo establece), y no había norma que dispusiera esa obligación (por la desidia legislativa) (3).

La solución elegida por la Corte no fue una solución legal, pero sí una solución justa, porque —como lo señaló Bielsa (4)— constituía una

---

(2) Era evidente que quienes provocaron el incendio en el campo del actor no podían afrontar el pago del daño causado por su impericia o negligencia. Si los causantes del daño hubiesen sido solventes y el perjuicio de otra magnitud, ¿se habría resuelto el caso de la manera en que fue hecha?

(3) La crítica de Bielsa a esta jurisprudencia —expresada en varias obras y publicaciones, la primera al comentar el fallo— es incuestionable desde el punto de vista jurídico, como materia propia de un jurista, “que debe señalar las lagunas legislativas y criticar las leyes defectuosas y los fallos erróneos”, pero “nunca justificar la sustitución del legislador por el juez”. En otras palabras, los jueces no pueden hacerle decir a la ley lo que la ley no dice (BIELSA, “Responsabilidad del Estado como poder administrador”, JA 43-416 y “La responsabilidad del Estado en el derecho común y en la jurisprudencia”, LA LEY 55, 999, entre otros).

(4) Erróneamente algunos sostienen que Bielsa era contrario a reconocer el deber de indemnizar que tiene el Estado cuando causa un perjuicio por el obrar ilícito de sus agentes o cuando causa un perjuicio diferencial a un administrado por el obrar lícito. Por eso, no obstante la claridad con que se expresó en varios libros, artículos, folletos, etc., consideramos útil señalar varios párrafos de su obra “Derecho administrativo” (Ed. La Ley, Buenos Aires, 2019, 7ª ed.) que sirven para poner en relieve el pensamiento de este autor. Dice Bielsa: 1) La jurisprudencia que admitió la responsabilidad extracontractual del Estado por los actos de sus agentes, estuvo “inspirada en el loable propósito de no dejar sin reparación al que sufre un daño por obra de agentes del Estado”, pero se impone el examen crítico del régimen legal en vigor al cual deben subordinarse los jueces; 2) “Somos los primeros en reconocer la anomalía que implica la falta de la ley que haga responsable al Estado en los casos en que por principios de justicia y de política jurídica debiera serlo. Pero eso no autoriza a sustituir por mera comodidad un precepto legal”; 3) “Una cosa es combatir un principio o la ley que lo admite, y

anomalía el hecho de que no existiera una ley que hiciera responsable al Estado cuando provoca un daño diferencial a un particular, y regule el resarcimiento, sus requisitos, su alcance, etcétera.

Algunas normas han establecido expresamente el derecho del damnificado a ser resarcido por el Estado, tales como las leyes 3959 y 5770, al disponer como *garantía legal* un resarcimiento por el perjuicio diferencial provocado a un particular. Esta circunstancia reforzó la idea de que para que proceda el resarcimiento es preciso que lo establezca una ley de manera expresa. Resaltamos la diferencia que existe entre el resarcimiento basado en una *garantía legal* y la indemnización que se funda en la idea de *responsabilidad*, que presupone la existencia de *culpa*.

En un país donde lo que abundan son las leyes —muchas de ellas inútiles— en vez de forzar una interpretación jurisprudencial sin un sustento legal correcto, con las consecuencias que ello implica como precedente, lo que correspondía era dictar una ley que reconozca y regule el resarcimiento de quienes deben soportar un perjuicio diferencial por el obrar del Estado, tanto ilícito cuanto lícito, así como también por sus omisiones.

La prueba más elocuente del acierto de esta crítica está en la reforma del art. 43 del Cód. Civil por la ley 17.771 (1968) que pasó a disponer todo

---

otra es criticar las decisiones que se fundan en la ley, que es obligatoria para el magistrado”; el Estado debe indemnizar “cuando se trata de hechos y actos legítimos, pero que dañan al administrado injustamente (...) ante situaciones como estas se justifica la garantía legal del Estado, es decir, la obligación de indemnizar; 4) “En lo que estamos de acuerdo todos, o casi todos, es en que el Estado debe reparar el daño causado si este afecta en manera diferencial al damnificado. Pero no será entonces —como lo hemos dicho siempre— a título de responsable (pues la responsabilidad presupone imputabilidad), sino de garantía legal, y para esto es preciso que la ley así lo establezca, como obligación de indemnizar”; 5) “Ante la inercia legislativa se recurre a los jueces pero estos, a falta de ley aplicable, pueden fundarse en principios de la Constitución”; 6) “Lo que ocurre es que el legislador solamente ha sancionado algunas leyes especiales, y en aquellos casos que ellas no comprenden, el damnificado se queda sin indemnización; y entonces ha parecido conveniente hacer al Estado responsable, aun a falta de ley”; 7) “El jurista debe señalar las lagunas legislativas y criticar las leyes defectuosas y los fallos erróneos, no puede nunca justificar la sustitución del legislador por el juez. No es este, en el ordenamiento positivo actual, quien debe suplir la falta de normas. Esa función pretoriana puede realizarla un tribunal u órgano del propio poder, como el Consejo de Estado francés, que no tiene que invocar necesariamente leyes en qué fundarse, como lo prueba su doctrina jurisprudencial de imprevisión en los contratos de concesión; en la responsabilidad del Estado; en la teoría del recurso de exceso de poder y del recurso paralelo, y así en otras materias”.

lo contrario de lo que establecía antes, pues de la irresponsabilidad de los administradores o directores de las personas jurídicas, se pasó a consagrar su responsabilidad y también la de los dependientes. Si las cosas hubiesen sido tan claras como lo afirmaban quienes sostenían la responsabilidad indirecta del Estado basándose en el art. 1113 del Cód. Civil, no habría tenido razón de ser la reforma aludida, al menos en el tema que nos ocupa.

En el caso “Vadell” (5), dictado en 1982, la Corte abandonó la interpretación anterior por considerarla impertinente y sostuvo que para responsabilizar el Estado por los actos de sus funcionarios y empleados se debía aplicar en forma *subsidiaria* el art. 1112 del mismo código, pero interpretando este artículo de manera diferente a lo que expresaba su texto. Descartó la aplicación del art. 1113 del Cód. Civil y sostuvo que no se trata de una responsabilidad indirecta la que se compromete, al expresar: “toda vez que la actividad de los órganos o funcionarios del Estado realizada para el desenvolvimiento de los fines de las entidades de las que dependen, ha de ser considerada propia de estas [de las entidades], que deben responder de modo principal y directo por sus consecuencias dañosas”.

Desaparecida la irresponsabilidad de las personas jurídicas por los actos de sus directores o empleados después de la reforma del art. 43 del Cód. Civil, dispuesta por la ley 17.711, al ser los agentes órganos del Estado, entendió el alto tribunal que los daños producidos por los agentes públicos cuando no cumplen con las normas que regulan su actuación, *se deben imputar al Estado en forma directa*, porque “quien contrae la obligación de prestar un servicio lo debe realizar en condiciones adecuadas para llenar el fin para el que ha sido establecido, siendo responsable de los perjuicios que causare su incumplimiento o irregular ejecución” (argumento de Fallos 182:5). En realidad en este caso también existió, a nuestro juicio, una responsabilidad de base contractual, como ocurrió en el fallo “Ferrocarril Oeste” (6), donde el certificado se solicitó a un organismo oficial para cumplir con una exigencia legal y el actor había pagado por él una tasa.

Es evidente que a partir del caso “Devoto” la Corte quiso buscar una solución considerada justa por el tribunal, aunque no legal, criterio que a veces puede resultar acertado y a veces no, porque la idea de justicia es subjetiva, y en un Estado de derecho regido por normas de derecho es-

---

(5) Fallos 306:2030.

(6) Fallos 182:5.

crita se deben atener a lo que estas disponen, por ser una justicia dictada dentro de pautas de legalidad.

Aunque con bastante demora, se decidió legislar este tema y se dictó la ley 26.944, que es la primera *norma general* que regula la materia, que declara el carácter objetivo y directo del resarcimiento, así como también la naturaleza administrativa del tema, en otras palabras, crea una *garantía legal*.

Por último, el Código Civil y Comercial que nos rige, aprobado por la ley 26.994 establece en forma expresa que “las disposiciones del Capítulo 1 de este Título (responsabilidad civil) no son aplicables a la responsabilidad del Estado de manera directa ni subsidiaria” (art. 1764) y que “la responsabilidad del Estado se rige por las normas y principios del derecho administrativo nacional o local según corresponda” (art. 1765). Mantiene las reglas del art. 1112 del Cód. Civil al disponer que “[l]os hechos y las omisiones de los funcionarios públicos en el ejercicio de sus funciones por no cumplir sino de manera irregular las obligaciones legales que les están impuestas, se rigen por las normas y principios del derecho administrativo nacional o local, según corresponda”.

Si bien el tema ha perdido actualidad con el dictado de las leyes 26.944 y 26.994, no podemos dejar de señalar que así como la aplicación hecha por la jurisprudencia del art. 1113 del Cód. Civil fue objetable desde un punto de vista legal, el argumento del art. 1112 del mismo cuerpo normativo es discutible. Sostener que este último haya sustentado la responsabilidad del Estado y no la personal y directa de sus agentes, es un argumento que se desvanece ante la claridad con que estaba redactado y no permite una interpretación diferente a la que se desprende de su texto. Además, la analogía se puede utilizar cuando se trata del mismo régimen jurídico, y siempre que la solución no se oponga a una norma del derecho positivo, y la realidad es que el Código Civil no contempló la responsabilidad extracontractual del Estado por los actos de sus agentes, sino la personal de estos, y que la jurisprudencia trató de buscar un sustento normativo para justificar una sentencia que consideró justa, aunque no haya sido jurídicamente correcta.

A partir del caso “Devoto”, y luego con el precedente “Vadell”, las discusiones giraron en torno a la determinación del resarcimiento —si procede o no reconocer el lucro cesante— pues la atribución de responsabilidad ya había sido resuelta por la jurisprudencia. Este es sintéticamente el derrotero que siguió la jurisprudencia en punto a la responsabilidad extracontractual del Estado por los actos o hechos de sus agentes.



El tema de la responsabilidad del Estado *por su obrar lícito* no fue materia de mayores debates, aunque sí de trabajos doctrinales. La justicia lo reconoció, en la mayoría de los casos sin dar muchos argumentos jurídicos. La doctrina se ocupó de él al tratar el fundamento de la responsabilidad.

### III. RESARCIMIENTO POR EL OBRAR LÍCITO

Un principio elemental de justicia indica que el Estado debe responder por los *perjuicios o daños diferenciales* que su actividad lícita le ocasiona a los particulares. Es de estricta justicia que así como resarce los daños ocasionados por el accionar ilícito, igualmente debe hacerlo cuando el obrar lícito causa esos perjuicios. No es justo que unos deban soportar los efectos o consecuencias del accionar estatal —por justificado que sea— mientras los demás integrantes de la comunidad reciban los beneficios de ese accionar sin desmedro de su propiedad. Así como todos debemos contribuir con las cargas públicas para solventar las funciones del Estado, también corresponde que todos contribuyamos para resarcir los daños diferenciales que sufren los particulares. En el grado de desarrollo de nuestro Estado de derecho, pienso que en este tema estamos todos de acuerdo.

Hasta julio de 2014, fecha en que se sancionó la ley 26.944, no hubo en el orden nacional una *norma general* que estableciera el deber de indemnizar que tiene el Estado por su actividad lícita cuando provoca un perjuicio diferencial.

No obstante, la justicia ha reconocido esa obligación desde hace más de un siglo, en algunos casos apoyándose en normas constitucionales y en otros sin citar norma alguna, con criterio de razonabilidad y de justicia. Son muchos los precedentes en los cuales la justicia reconoció el derecho de los particulares que fueron perjudicados por la ejecución de una obra pública, como es la construcción de un puente en la vía pública o el cambio del nivel de las calles, que provocaron una desvalorización de la propiedad lindera o la pérdida del valor locativo (7).

---

(7) CNCiv., sala I, “Debernardi, José c. Municipalidad de la Capital”, del año 1940, reconoció al resarcimiento por los daños ocasionados a un vecino como consecuencia de la ejecución de una obra pública, que modificó el nivel de la calle. Dijo el tribunal que “un cambio de niveles para la realización de una obra pública ejecutada en beneficio de la comunidad si produce perjuicio a los particulares, no sería de equidad dejar de resarcir esos daños” (JA 1940-69-266).

Sin embargo, esta no ha sido siempre la solución jurisprudencial. Podemos citar algunos fallos de la Corte Suprema en los cuales se sostuvo que “el ejercicio por el Estado de sus poderes propios no puede ser fuente de indemnización para particulares afectados” (8), especialmente en materia tributaria y de policía, y que nadie tiene derecho al mantenimiento de una legislación (9). Cabe aclarar que estos fallos se refieren a situaciones diferentes, como son las modificaciones de las reglas cambiantes, la rezonificación de tierras urbanas, etcétera.

Es verdad que el art. 1071 del Cód. Civil (hoy art. 10, Cód. Civ. y Com.) establecía que “el ejercicio regular de un derecho propio o el cumplimiento de una obligación legal no puede constituir como ilícito ningún acto” (10). Pero, en el resarcimiento del daño producido por el obrar lícito del Estado es obvio que la causa no está en ilicitud alguna, sino en el deber respetar el derecho de propiedad del afectado. A ello se agrega que el artículo citado del Código Civil era y es en el nuevo, una norma de derecho privado, y el resarcimiento por el obrar lícito del Estado se rige por el derecho administrativo, razón por la cual no pudo sustentar una regla que es aplicable en un régimen jurídico diferente.

El fundamento jurídico del resarcimiento del daño diferencial por el obrar lícito del Estado tiene su fuente en los principios generales del derecho extraídos de normas constitucionales, que son operativos, sin que corresponda recurrir a la analogía, menos aún con normas de derecho privado.

Como es sabido, el derecho administrativo no solo está conformado por normas, sino también por principios de derecho público, por ser una rama del derecho cuyo objeto —la Administración— está en permanente transformación, lo cual determina que tanto las autoridades administrativas cuanto los jueces deban recurrir muchas veces a los principios generales del derecho para sustentar sus decisiones. Además, la dinámica de la actividad administrativa justifica la adopción de decisiones

---

(8) Fallos 180:107; 182:146; 249:592; 256:87 y 258:322.

(9) Fallos 182:146; 195249.592; 253:274; 256:87; 258:322; 263:403; 299:93 y 288: 279, entre otros.

(10) Se sostiene que el art. 1071 del Cód. Civil contemplaba el ejercicio de “derechos”, y que lo que el Estado ejerce en esos casos son “potestades” (MARIENHOFF, Miguel, “Responsabilidad extracontractual del Estado por su actividad lícita”, LA LEY 1993-E, 912. Es interesante el extenso fallo de la Corte Suprema de Justicia dictado en las causas “Cachau, Oscar J. c. Prov. de Buenos Aires s/ daños y perjuicios”, “Discam SA c. Provincia de Buenos Aires s/ daños y perjuicios”, “Don Santiago SCA s/ daños y perjuicios” (Fallos 316:1335) donde en los diferentes votos se desarrollan argumentos a favor y en contra de la responsabilidad del Estado por su actuación lícita.

que no se apoyan en la legislación positiva. Esto nos lleva a analizar si los principios generales del derecho son una fuente autónoma de derecho, o son fundamentos que sustentan el derecho positivo, o una fuente de interpretación de la ley. Importa precisar este punto para colocar a los principios generales del derecho en el nivel de jerarquía que les corresponde dentro del orden jurídico, pues, si son el fundamento de las normas positivas estarían por encima de ellas, y si son ideas extraídas de un ordenamiento determinado para interpretar las leyes en caso de silencio o ambigüedad, estarían en el mismo nivel.

La responsabilidad del Estado por los daños o perjuicios infligidos a un administrado en *forma diferencial* por el obrar *lícito* fue reconocida por nuestros tribunales mucho antes de que una ley la estableciera como regla general. A falta de una norma legal que regule expresamente el tema, la Justicia se ha apoyado en dos principios cuyo *sustratum* se halla en derechos establecidos en la Constitución nacional, que son *la protección constitucional de la propiedad* (art. 17, CN) y *la repartición proporcional de las cargas públicas* (art. 16, CN) (11). A estos principios se debe agregar otro ínsito en todos los ordenamientos jurídicos de occidente, que es el de no dañar (*alterum non laedere*). Estos tres principios son tan operativos como las leyes que dicta el Congreso Nacional y obligan al intérprete a seguir un criterio valorativo de intereses.

La aplicación mecánica de la ley es una utopía del positivismo que nunca tuvo vigencia absoluta, y la fue perdiendo cada vez más a través del tiempo, para reconocer progresivamente la función integradora del derecho que realiza la Justicia. Es por demás sabido que las proposiciones jurídicas contenidas en las normas solo alcanzan a cubrir una mínima parte de las hipótesis de conflicto que se pueden plantear en las relaciones humanas (12).

---

(11) Como dice Bielsa, "resulta injusto que el daño que sufre un propietario o varios (por el obrar legítimo del Estado) no se reparta entre todos los que resulten beneficiados (caso de las medidas de policía o cuando obra *status necessitatis*) o que por ese acto no sufrirán un perjuicio" (BIELSA, Rafael, "La responsabilidad del Estado en el derecho común y en la jurisprudencia," LA LEY 55, 99).

(12) NIPPERDEY, Hans K., aun cuando niega que la jurisprudencia sea fuente de derecho, reconoce la actividad creadora del juez para el caso concreto. En este sentido sostiene: "Ni en la ley ni en el derecho consuetudinario se hallan resueltas todas y cada una de las cuestiones jurídicas que se producen en las relaciones de la vida. Algunas están expresamente sometidas al arbitrio judicial, otras, tácitamente, al haberse abstenido de regularlas el legislador para no anticiparse al juez o a la doctrina. También se dan algunas no intencionales que derivan de la imprevisión, e incluso son inevitables respecto de aquellas cuestiones de que solo se ha tenido conciencia después de dictarse la ley, en virtud de la modificación de las relaciones de la vida" (ENNECCERUS

La naturaleza, sentido y alcance de los principios generales del derecho ocupó mucho la atención de los juristas. Es así como se discute si tienen el carácter de normas jurídicas, o si son un método de interpretación de las normas existentes —asimilable a la analogía—, o directrices u orientaciones o ideas de política legislativa para auxiliar las tareas del legislador o los que inspiran a una determinada legislación positiva, atendiendo a la idea de los valores que informan un sistema jurídico (13). También se discute si son normas no expresadas que se extraen de ordenamiento jurídico mediante generalizaciones, o si se apoyan en el derecho natural, pues, como dice Del Vecchio, “la fuente inagotable del Derecho está constituida por la naturaleza misma de las cosas, la cual puede ser aprehendida por nuestra razón” (14). Tampoco hay coincidencia respecto de si son propios de cada ordenamiento jurídico o si tienen carácter universal. Además, la expresión no tiene un significado único, pues, presentan características diferentes (15).

Aun cuando no exista uniformidad conceptual respecto de los principios generales del derecho, de su naturaleza, origen y valor dentro del ordenamiento jurídico, cualquiera que sea la noción que se tenga de ellos, debemos partir de cuatro premisas básicas: a) tienen su fuente en los valores jurídicos fundamentales del ordenamiento, b) su función es colmar los vacíos de las fuentes formales del derecho, c) no pueden fundamentar la derogación de una norma de legislación escrita y d) deben ser congruentes con el espíritu del sistema.

---

– KIPP – WOLF, “Tratado de derecho civil. Parte general”, Ed. Bosch, Barcelona, 1944, 1ª ed., t. II, p. 164 y ss.).

(13) CASSAGNE, Juan Carlos, “Los grandes principios del derecho público, constitucional y administrativo”, Ed. La Ley, Buenos Aires, ps. 33 y ss.

(14) DEL VECCHIO, Giorgio, “Filosofía del derecho”, trad. Legaz y Lacambra, Ed. Bosch, Barcelona, 1947, p. 338.

(15) Como lo señala García Maynez, siguiendo a Norberto Bobbio, se pueden agrupar conforme a un criterio material en: a) principios generales de derecho sustancial (prohibición de actos que impliquen un abuso del derecho), b) principios generales del derecho procesal (el deber de oír a las partes), y c) principios generales de organización (separación de los poderes). Según sea el grado de generalidad, se pueden dividir en: a) principios de un instituto (la revocabilidad del mandato), b) principios de una materia (la carga de la prueba incumbe al actor), y c) principios relativos a todo el orden jurídico (la libertad de contratación). Y, si nos atenemos a las funciones que cumplen los principios generales del derecho, se pueden dividir en: a) interpretativa o hermenéutica (el sentido de tal o cual expresión jurídica), b) integradora (modo de llenar los vacíos de las fuentes formales), c) directiva (dirigidos a orientar la actividad del legislador) y d) limitativa (límites a la acción de los órganos estatales) (GARCÍA MAYNEZ, Eduardo, “Filosofía del derecho”, Ed. Porrúa, México, 1983, p. 319 y ss.).

La remisión a los principios generales del derecho es un medio para lograr la plenitud del orden jurídico. Claro está que ello no implica dejar al arbitrio del juez o del funcionario la facultad de decidir según su propio sentimiento de justicia, prescindiendo de toda vinculación con el orden jurídico positivo. Deben buscar una solución que, aun cuando no se haya podido extraer de las normas legisladas por algún método de interpretación, no signifique derogarlas o contradecirlas (16). En realidad, los principios generales del derecho se hallan incorporados —de una u otra manera— en la legislación positiva, especialmente en las normas constitucionales, cuya generalidad permite deducir de ellas tales principios.

Sin embargo, hay que distinguir los principios extraídos de normas constitucionales, que son generalizaciones de una norma superior, de los principios generales del derecho supletorios de una regulación normativa. Más aun, los preceptos constitucionales están expresados con mayor abstracción que las leyes, precisamente, para abarcar todo el orden jurídico positivo y asegurar su estabilidad, tales como la libertad de cultos, la defensa en juicio de la persona y de sus derechos, la inviolabilidad de la correspondencia, la igualdad ante la ley, la libertad de locomoción, la prohibición de ser juzgado por tribunales especiales, etc. De ello no se puede deducir tales preceptos extraídos de las normas constitucionales sean principios generales supletorios de regulación normativa, pues, si así fuera, el art. 2º del Cód. Civ. y Com. estaría en pugna con el art. 31 de la CN, al postergarlos en el orden de jerarquía normativa.

En el derecho administrativo los principios generales del derecho tienen un valor especial, por las características de las normas que aplica la Administración Pública o que rigen las relaciones con los administrados. A la inexistencia de una codificación, se agrega el gran número de normas administrativas —superior al que alcanzan todas las otras ramas del derecho juntas—, la falta de orden y sistematización, la movilidad y heterogeneidad, la existencia de normas de derecho general contenidas en otros ordenamientos que le son igualmente aplicables y, sobre todo, las exigencias de actuación que determinan las necesidades sociales. Todo ello conforma un gran universo normativo en el cual, frecuentemente, se presentan situaciones no previstas por las leyes y, no obstante ello, la Administración debe actuar inmediatamente para satisfacer el interés público (17).

---

(16) LEGAZ Y LACAMBRA, Luis, "Filosofía del derecho", Ed. Bosch, Barcelona, 1961, ps. 562 y ss.

(17) Como destaca García de Enterría, "[e]l derecho administrativo es el campo más fértil de la legislación contingente y ocasional, de las normas parciales y fugaces" (GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo, "La lucha contra las inmunidades del poder en el

Aunque resulte paradójico que la rama del derecho más legislada necesite recurrir a los principios generales del derecho —muchos de los cuales son propios de ella— para resolver casos que plantea la vida social, la realidad indica que son más los hechos que las normas previstas para regularlos. Por eso, Forsthoff señala la circunstancia de que, a diferencia de lo ocurre en el derecho civil y en derecho penal —que han cristalizado la mayoría de sus normas en una regulación codificada— el derecho administrativo presenta una multitud de normas jurídicas (leyes, reglamentos, ordenanzas, resoluciones, etc.) cuyo contenido generalmente es incompleto, lo que obliga a recurrir a los “principios jurídicos reconocidos” (18).

Los principios generales del derecho integran el orden jurídico, y la actividad de la Administración está vinculada a ellos como al derecho legislado (19). La circunstancia de que la solución del caso no se halle prevista expresamente por una ley, no confiere por ello potestad discrecional a la Administración, pues los poderes discrecionales tienen que ser atribuidos como tales; no son como la capacidad de las personas o las libertades individuales que parte de una plenitud originaria.

Extraídos o apoyados en los valores jurídicos materiales que constituyen el *sustratum* mismo del ordenamiento (20), reglan el ejercicio de poderes de la Administración y, cuando por no respetarlos un acto causa agravio a un administrado, es impugnable ante la justicia. Existen varios ejemplos de principios generales del derecho que confieren legitimación a los administrados frente a situaciones no reguladas de manera expresa. Tenemos así principios tales como la distribución de las cargas públicas, la buena fe, el no provocar perjuicios innecesarios, la proporcionalidad de los medios con los fines, especialmente en las medidas restrictivas de los derechos, etcétera.

Como vimos, hasta que se dictó la ley 26.944 no existía en nuestro derecho positivo una norma *general* que obligue a la Administración a resarcir por los daños producidos por su actuación legítima y que regule

---

derecho administrativo. Poderes discrecionales, poderes de gobierno y poderes normativos”, RAP, nro. 38, p. 177).

(18) FORTSTHOFF, Ernst, “Tratado de derecho administrativo”, Ed. Instituto de Estudios Políticos, Madrid, 1958, trad. Legaz y Lacambra, Garrido Falla, Gómez de Ortega y Junge, ps. 232 y ss.

(19) CASSAGNE, Juan Carlos, “Fundamento constitucional de la responsabilidad del Estado y su regulación por el Código Civil o por leyes administrativas”, LA LEY 2014-C, 885.

(20) GARCÍA de ENTERRÍA, Eduardo, ob. cit., p. 176.

los requisitos y pautas del resarcimiento. Sin embargo, por aplicación del principio de *proporcionalidad de las cargas públicas* y el *derecho de propiedad*, la Justicia resolvió que debía indemnizar los daños producidos por el obrar lícito a quienes sufren un perjuicio diferencial.

Reconocer el derecho a un resarcimiento cuando por su actividad lícita el Estado causa un perjuicio diferencial a un administrado, es una regla implícita de nuestro ordenamiento jurídico, un principio propio de un Estado de derecho aceptado y reconocido por jueces y funcionarios (21). Como dice Legaz y Lacambra, “el Estado de derecho es la vigencia social de aquellas valoraciones en las que el ideal jurídico se centra en los valores de la personalidad humana” (22).

Para resumir esta idea, diremos que el reconocimiento a los particulares del derecho a ser resarcidos por la actividad lícita del Estado constituye una prueba del valor que tienen los principios generales del derecho en nuestro sistema jurídico-político. Los caminos que siguieron los tribunales para hallar normas del derecho positivo en las cuales apoyarse para sustentar el reconocimiento del derecho a ser resarcido por el obrar lícito o ilícito del Estado, son una prueba de lo que puede hacer la hermenéutica jurídica cuando se está decidido a lograr un fallo justo, aunque criticable desde el punto de vista de la técnica jurídica.

#### IV. BREVES CONSIDERACIONES SOBRE EL RÉGIMEN DE LA LEY 26.994

El deber que tiene el Estado de resarcir los daños que ocasionen hechos o actos de sus agentes o por su actividad lícita se rige *en el orden nacional* por la ley 26.944, dictada cuatro meses antes de sancionarse el Código Civil y Comercial. Esta fue una modificación hecha al anteproyecto preparado por la comisión redactora, que había previsto incluir el tema en dicho Código.

Aun cuando en varios aspectos esta ley sea objetable, cumple con una finalidad ordenadora, pues a partir de su dictado ya no se justifican más las interpretaciones forzadas del Código Civil, que cuando se dictó estableció la responsabilidad del funcionario y no la del Estado, acorde con las ideas sustentadas en esa época. Además, es la primera norma ge-

---

(21) MARIENHOFF, Miguel, “Responsabilidad extracontractual del Estado por las consecuencias dañosas de su actividad lícita”, LA LEY 1993-E, 913.

(22) LEGAZ LACAMBRA, Luis, “Filosofía del derecho”, Ed. Bosch, Barcelona, 1961, 2ª ed., ps. 642 y ss.

neral que regula la responsabilidad extracontractual del Estado por su actividad lícita, y determina los supuestos, requisitos y efectos. De tal manera se ha puesto punto final a largos debates sobre su fundamento normativo, si bien se han generado otros con respecto a su alcance y a varias disposiciones que regulan la materia.

Por la índole de este trabajo no corresponde que emprendamos un análisis exhaustivo de esta regulación que, por lo demás, ha sido objeto de importantes estudios. Me limitaré a señalar solamente los aspectos que a mi juicio merecen los principales comentarios, como son: a) los requisitos para su procedencia, b) el ámbito de aplicación, c) la exclusión del Código Civil y Comercial, y d) la reparación del perjuicio infligido.

#### IV.1. Requisitos para su procedencia

Si la responsabilidad del Estado por la actividad ilícita de sus agentes (falta de servicio) fue reconocida merced a una interpretación del Código Civil —aunque criticable—, la responsabilidad por la actividad lícita ha sido reconocida por la justicia desde hace más de un siglo sin que haya sido prevista en dicho cuerpo legal ni en otra ley general a la cual se hubiera podido recurrir por vía de interpretación. La justicia ha hecho lugar a demandas por resarcimiento de los daños causados por el Estado en su actividad lícita, cuando existe un perjuicio o daño *diferencial* del agraviado (23). Una regla elemental de justicia establece que así como todos se benefician con determinada actuación del Estado, también todos deben contribuir para indemnizar al perjudicado por aplicación del principio de igualdad de las cargas públicas (art. 16, CN) y por una exigencia del derecho de propiedad (arts. 14 y 17), que asegura la incolumidad patrimonial en los actos dictados en razón de un interés público. El daño diferencial presupone la existencia del derecho subjetivo que se vulnera; de ahí la denominación de *sacrificio especial* que emplea la ley, porque para que haya “sacrificio” es indispensable la existencia de un derecho subjetivo del “sacrificado”.

A los requisitos comunes de la responsabilidad extracontractual —daño cierto mensurable en dinero, imputabilidad material al órgano estatal y relación de causalidad directa, inmediata y exclusiva entre la actividad estatal y el daño— la ley le agrega dos más: la *ausencia de deber jurídico de soportar el daño*, y el *sacrificio especial en la persona dañada*, diferenciado del que sufre el resto de la comunidad, configurado por la afectación de un *derecho adquirido*. En realidad estos últimos requisitos

---

(23) Fallos 195:66, 245:146 y 248:83.



se pudieron reducir a uno, que sea un *daño diferencial*, porque lo que la ley quiere y lo sostuvo la jurisprudencia anterior, es reconocer la indemnización a quien sufre un daño que la ley lo califica como especial, particular, diferente del común o general, distinto del que debe soportar la generalidad de los individuos por el accionar legítimo del Estado.

En lo que respecta a la naturaleza del daño el art. art. 4º de la ley, reproduce los incs. a), b) y c) del art. 3º, al cual le agrega la condición de *actual*, que se debe interpretar como excluyente del daño hipotético o eventual, porque no hay razón para diferenciarlo del daño causado por la actuación ilícita, ya que, como dijimos, se trata de una *garantía legal* que procede en ambos supuestos por su carácter objetivo. En esta parte, para establecer los requisitos de procedencia, la ley ha seguido en general lo resuelto por la Corte Suprema de Justicia en varios pronunciamientos (24).

La ley es muy restrictiva al establecer las circunstancias en que procede la responsabilidad por la actividad lícita del Estado (art. 5º) —criterio que ha dado lugar a críticas justificadas— (25), las cuales se deben interpretar con un sentido que se compadezca con su verdadero alcance, pues, de lo contrario, se corre el riesgo de transformarla en una norma inaplicable.

La ausencia del deber jurídico de soportar el daño es una expresión utilizada por la ley para descartar las normas y actos estatales que en alguna manera ocasionen perjuicios a la generalidad de los individuos. En nuestra opinión es sobreabundante, porque si uno de los requisitos de procedencia es el “sacrificios especial en la persona dañada, diferenciado del que sufre el resto de la comunidad” [art. 4º, inc. e)], se sobrentiende que no puede comprender a quienes no acreditan un daño diferencial que los excluya de la generalidad de los individuos. La hipótesis de que una norma establezca el deber de soportar el daño plantea un escenario diferente, que debería ser analizado en forma particular, porque esa hipótesis se plantea generalmente en relaciones de sujeción especial.

La Corte Suprema de Justicia ha declarado en muchos fallos que “nadie tiene derecho al mantenimiento de leyes y reglamentaciones” (26). Así, por ejemplo, cuando se modifica el tipo de cambio, o la zonificación de terrenos, o los requisitos para ingresar en una universidad, el Estado

---

(24) Fallos 325:1855; 326:847 y 328:2654.

(25) PERRINO, Pablo, “La responsabilidad del Estado y los funcionarios públicos”, Ed. La Ley, Buenos Aires, 2015, ps. 125 y ss.

(26) Fallos 268:228 y 272:229.

no debe responder, salvo que con ello cause un perjuicio *diferencial* a sujetos determinados o determinables que lesione derechos adquiridos. Si el Estado tuviese que hacerse cargo de todas las consecuencias patrimoniales de sus decisiones normativas o administrativas, dictadas para la generalidad de los individuos, no sería posible gobernar. Esto es elemental.

Distinto es el caso de quien ha celebrado un acto o construido una obra o desarrolla una actividad sobre la base de una determinada situación normativa que luego se modifica por razones de interés público. La Corte Suprema ha reconocido el derecho a ser indemnizado a un industrial que pagó la carta de crédito para recibir una mercadería que era necesaria para fabricar determinados elementos, y como consecuencia de una modificación de las normas regulatorias de la importaciones se le impidió hacerlo (27), o en el caso de revocarse un permiso para explotar un hotel alojamiento (28), o de cancelarse la habilitación dada a un establecimiento fundada en razones de seguridad (29). Pero no hizo lugar a demandas donde se reclamaron indemnizaciones por cambios en la regulación de la actividad bancaria (30), o por modificaciones legislativas (31), o por modificaciones decretadas en la paridad cambiaria (32).

Para completar el marco dentro del cual cabe reconocer la responsabilidad del Estado por su actividad lícita, la ley establece que ella tiene carácter *excepcional*, término que juzgamos desacertado, porque “excepcional” es un calificativo que se aplica para aquello que se aparta de la regla común, de lo ordinario, y si el caso se ajusta a los requisitos establecidos en la ley en punto a la responsabilidad por actividad lícita, no tiene nada de excepcional reconocer una indemnización, ya que la regla *no es la irresponsabilidad* del Estado por los actos lícitos que causan un perjuicio diferencial. Lo que la ley ha querido expresar, a nuestro entender, es que para reconocer la responsabilidad por actividad lícita del Estado, es preciso actuar con especial prudencia a la hora de verificar el cumplimiento de los requisitos establecidos en el art. 4º y analizar de la misma manera los hechos aportados a la causa, como lo ha declarado la Corte Suprema (33).

---

(27) Fallos 301:403.

(28) Fallos 293:617.

(29) Fallos 312:649.

(30) Fallos 315:1026.

(31) Fallos 268:228 y 272:229.

(32) Fallos 318:1531.

(33) Fallos 308:1049; 310:2824; 312:659 y 313:278.

## IV.2. **Ámbito de aplicación**

El art. 1º de la ley 26.944 establece que la responsabilidad del Estado es objetiva y directa y que las disposiciones del Código Civil y Comercial no son aplicables a la responsabilidad del Estado de manera directa ni subsidiaria.

La primera cuestión a resolver es determinar *qué se entiende por Estado*, para fijar con ello el ámbito de aplicación de la ley, si se refiere al Estado como *entidad*, es decir a la Administración (Poder ejecutivo y entes autárquicos) y a los otros poderes, así como también a los órganos que no forman parte de estos (Ministerio Público Fiscal y de la Defensa, la Auditoría General de la Nación), o incluye a las entidades estatales organizadas con forma societaria que actúan con forma de derecho privado.

Por el carácter nacional de la ley no están comprendidas las provincias y la Ciudad Autónoma de Buenos Aires. Es aplicable a los órganos del Estado nacional. Cuando nos referimos a los poderes legislativo y judicial lo hacemos en lo que respecta a su actuación administrativa y no a la responsabilidad por los actos legislativos y judiciales, que están contemplados por la ley en otra parte.

La circunstancia de ser un tema regido por el derecho administrativo y, por consiguiente, corresponder a la legislación nacional y provincial en sus respectivas jurisdicciones, genera un problema que puede producir conflictos, pues cada provincia podrá dictar normas diferentes a las de los demás estados. Más aun, se podrían apartar de las pautas jurisprudenciales establecidas por la Corte Suprema de la Nación al resolver las contiendas suscitadas en esta materia.

Entendemos que la ley regula la responsabilidad extracontractual del Estado por los actos de los tres poderes, y también de los entes que sin formar parte de estos integran el Estado, en sentido lato, por lo cual se deben considerar incluidas en ella *siempre que ejerzan una actividad o función administrativa*. Si bien el concepto de Estado es en este aspecto fundamentalmente *orgánico*, como también asume formas del derecho privado para prestar servicios y hasta funciones públicas —con el agregado de que las normas que los crean expresamente establecen que no son aplicables las leyes de procedimientos administrativos, de obras públicas y de administración financiera— es posible sostener que algunos se consideren sujetos de propiedad del Estado y no parte del Estado mismo.

La ficción de crear entes que prestan servicios públicos —y en algunos casos verdaderas funciones públicas— con forma de sociedades anónimas es una anomalía propiciada por quienes ven en las reglas ad-

ministrativas obstáculos para su funcionamiento y pretenden que sean manejados como establecimientos privados, sin reparar que tanto los bienes de esas entidades como los cargos que ocupan sus directivos y las funciones que ejercen, son estatales y no particulares de ellos. El tema tiene mayor vigencia aun cuando esas “sociedades” prestan servicios y hasta funciones públicas. Entonces el concepto orgánico se desvirtúa y se debería estar a la naturaleza de sus funciones.

De ahí que sea necesario distinguir las sociedades estatales que realizan actividades comerciales en competencia con otras de carácter privado (YPF, Aerolíneas Argentinas, etc.) de las que están “disfrazadas” de entes privados pero en realidad son públicas, tanto por el carácter de sus bienes como por las funciones que ejercen, como, por ejemplo, el Correo Oficial de la República Argentina (34), Aguas y Saneamiento SA, etcétera.

Por esta circunstancia entendemos que no se debería tener en cuenta solo el aspecto orgánico, sino también el funcional, porque el objeto de la ley que nos ocupa, como interés jurídico, es regular los casos en que el Estado debe resarcir los daños causados por el obrar ilícito o lícito de sus agentes —de las personas que él emplea para prestar servicios públicos— con prescindencia de la forma jurídica que le haya dado al ente en el cual desempeñan sus funciones. Consecuentemente, si se trata de una entidad que presta servicios públicos que corresponden íntegramente al Estado, aun cuando la forma sea societaria, se deberá considerar comprendida en los términos de la ley 26.944.

En lo que respecta al ámbito jurisdiccional, por regular cuestiones de responsabilidad del Estado propias del derecho administrativo, se aplica en los asuntos de competencia nacional y las provincias deben legislar sobre el tema para sus respectivas jurisdicciones. Por eso el art. 11 de la ley invita a las provincias y a la Ciudad Autónoma de Buenos Aires a adherir a sus términos. Mientras esto no ocurra existirá un vacío legal que obligará a las provincias a seguir los precedentes jurisprudenciales, y aún los de nuestro alto tribunal, no obstante haberse dictado con referencia al Código Civil que regía en ese entonces y pese a lo dispuesto por el art. 1764 del Cód. Civ. y Com., porque como los jueces no pueden dejar de resolver los casos que se someten a su conocimiento y decisión, se debería recurrir a la jurisprudencia como fuente de derecho.

---

(34) Nos referimos, p. ej., al Correo Oficial, que después de haber sido dado en concesión, volvió al Estado por haberse decretado la rescisión del contrato y se le dio forma orgánica de una sociedad anónima propia del derecho comercial. Lo mismo ocurrió con Obras Sanitarias de la Nación, que antes era explotado por la empresa Aguas Argentinas SA.

### IV.3. Exclusión del Código Civil y Comercial

En cuanto a la inaplicabilidad de las normas del Código Civil y Comercial dispuesta por la ley, tanto sea directa como subsidiariamente, no pasa de ser una expresión desafortunada, que se debe interpretar referida solo a la responsabilidad extracontractual. Sería absurdo que no se aplicaran sus disposiciones cuando el Estado celebra un contrato de alquiler, o de compraventa o de locación, etc., obrando como persona de derecho privado. La responsabilidad contractual se rige por las normas del Código Civil y Comercial si se trata de un contrato privado, y si son públicos (obra pública, suministro, concesión de servicios y de obra pública, etc.) por las normas que regulan los contratos administrativos.

Además, este Código, como antes lo hacía el Código Civil al cual reemplazó, contiene normas de *derecho general* que se incorporaron a él por una razón de completitud, por lo cual son aplicables a todas las disciplinas jurídicas. Basta con mencionar lo relativo a la publicación de las leyes, a su obligatoriedad, al cómputo de los plazos en el derecho, a la buena fe, al caso fortuito y la fuerza mayor, etc. para advertir que son reglas aplicables al orden jurídico en general, y no sería lógico que por haberse excluido de una manera tan enfática, no se tengan en cuenta al resolver los casos de responsabilidad del Estado. A lo dicho hay que agregar que no se puede prohibir la aplicación del Código Civil y Comercial, porque sería contrario tanto a la unidad del orden jurídico cuanto a principios elementales de interpretación de la ley que comprenden a todas las ramas del derecho (35), y que aun cuando rechace la aplicación subsidiaria, siempre está la interpretación analógica, que procede en todos los casos (art. 2º, Cód. Civ. y Com.).

Por eso, para ser más exactos, si la intención del legislador fue que no se apliquen las prescripciones del Código Civil y Comercial relativas a la responsabilidad extracontractual, debió referirse a las disposiciones del cap. I del título V, como lo indica el art. 1764 de dicho Código (36).

### IV.4. La reparación del perjuicio infligido

La ley establece de manera enfática que cuando se trata de indemnizaciones por actividad lícita *en ningún caso procede la reparación del*

---

(35) Ha declarado la Corte Suprema que “la interpretación y aplicación de las leyes requiere no aislar cada norma por su fin inmediato y concreto, sino que debe procurarse que todas se entiendan teniendo en cuenta los fines de las demás y considerándolas como dirigidas a colaborar con su estructuración” (Fallos 319:1311).

(36) PERRINO, Pablo E., ob. cit., p. 52.

*lucro cesante*(37), y con la inocultable idea de asimilar esta figura a la que se aplica en la expropiación, agrega que “la *indemnización* de la responsabilidad del Estado por actividad legítima comprende el valor objetivo del bien y los daños que sean consecuencia directa e inmediata de la actividad desplegada por la autoridad pública, sin que se tomen en cuenta circunstancias de carácter personal, valores afectivos ni ganancias hipotéticas”.

Antes de sancionarse la ley 26.944 se plantearon sobre este tema discrepancias doctrinales y fallos contradictorios en cuanto a si procedía o no reconocer el lucro cesante. En sentido negativo influyó seguramente la idea de asimilar el caso al régimen de expropiación por causa de utilidad pública, aplicando la regla del art. 10 de la ley 21.499, que expresamente excluye el lucro cesante en la indemnización. Se trató de hallar una norma que contemple el modo como el Estado debe resarcir a los administrados por actos del poder público, siguiendo una interpretación hecha por analogía. Tal vez el legislador también tuvo en cuenta lo dispuesto por el dec. 1023/2001, reglamentario de las contrataciones administrativas, que en el inc. a) del art. 10 establece que “la revocación, modificación o sustitución de los contratos por razones de oportunidad, mérito o conveniencia, no generará derecho a indemnización en concepto de lucro cesante”. El art. 18 de la LNPA también se refiere a la indemnización, pero nada dice con respecto al lucro cesante. Bien o mal, lo cierto es que no existe norma donde se establezca que en las indemnizaciones que debe pagar el Estado por actos lícitos procede reconocer el lucro cesante; por el contrario, en las que regulan la reparación del daño se lo excluye expresamente o se omite pronunciarse sobre el tema.

En realidad, la cuestión no pasa por encontrar un sustento normativo expreso, sino en la razonabilidad del planteo en el caso de que se trate. Existe una regla reiterada en diversas normas según la cual el Estado solo paga por obra realizada, o por mercadería entregada o por trabajo ejecutado, aunque en los últimos tiempos estos sanos preceptos se ignoraron ilícitamente en algunas contrataciones administrativas. Más aun, cuando el Estado entrega un anticipo el contratista o el sujeto que lo recibe está obligado a entregar una garantía por un monto equivalente. Es un principio del régimen financiero y presupuestario del Estado el reconocer con fondos públicos ganancias ni daños hipotéticos, que pueden o

---

(37) Esta salvedad sirve para apoyar la idea de que en la responsabilidad el Estado por el obrar ilícito procede el resarcimiento del lucro cesante, toda vez que si está descartado expresamente para los daños por la actuación lícita, habilita a sostener que esa regla no es aplicable a la actuación ilícita.

no producirse, porque siempre debe existir una causa real y concreta, un procedimiento previo que la respalde y la autorización del gasto.

No obstante considerarse en la terminología común como sinónimos, y también en el Diccionario de la Lengua, desde un punto de vista etimológico y conceptual la *indemnización* se diferencia del *resarcimiento*, porque si bien en ambos casos se trata de la reparación de un daño, en la primera la reparación del perjuicio es más estricta y debe contemplar todo lo necesario para mantener la *incolumidad patrimonial* del afectado. *Indemne*, significa *sin daño*, mientras que el *resarcimiento* puede ser parcial o tasado, como ocurre en el derecho laboral o en el derecho penal, donde su determinación se limita a veces a reparar el daño causado en la medida de lo posible o que de lo que se considere adecuado por la ley.

Cuando el art. 17 de la CN establece que la expropiación por causa de utilidad pública debe ser previamente *indemnizada* expresa con ello que el expropiado tiene que recibir la cantidad de dinero necesaria para mantener la *incolumidad patrimonial*, para que no sufra *lesión* al tiempo de concretarse. Y el pago se debe efectuar *previo a la desposesión*, porque se presume que con ese dinero el expropiado puede adquirir un bien semejante y quedar consecuente *indemne* (38). Si al expropiado se le pagara además del valor objetivo del bien el lucro cesante que habría podido obtener, se daría la paradoja de beneficiarlo con el lucro cesante y además con el beneficio que obtendría aplicando la indemnización recibida a la compra de otro bien similar y explotarlo de igual manera que el expropiado y por el mismo tiempo que se tuvo en cuenta para calcular el lucro cesante. El resarcimiento, en cambio, puede no ser exactamente sustitutivo del daño que se produce, en cuyo caso se lo podrá atacar de injusto, inequitativo, escaso, pero por ello no dejará de ser un resarcimiento. En cambio, si subsiste el daño, aunque sea en una porción mínima, no habrá *indemnización*.

Aplicar las reglas de la expropiación al resarcimiento por los daños que produce el Estado por el obrar lícito no siempre es una solución acertada, aunque en ambos casos está el elemento común de la *lesión* y el deber de reparar el perjuicio, porque existen diferencias fácilmente advertibles. En la expropiación hay una ley que declara la utilidad pública del bien y el expropiado debe recibir la *indemnización* antes de producirse el daño, mientras que la reparación del daño por actividad lícita siempre la obtendrá al cabo de un tiempo, ya sea por el juicio que deberá iniciar, o

---

(38) Por eso hablar de “justa indemnización” es un pleonasma, porque si la indemnización no es justa, no es indemnización.

por los trámites administrativos que son necesarios para que se le reconozca el perjuicio, situación esta excepcional, porque para que el Estado pueda pagar una indemnización por daños es necesaria una sentencia judicial que lo condene. No son situaciones iguales.

Pero la cuestión no pasa por discutir si procede o no pagar el lucro cesante —que la ley expresamente lo excluye—, sino en determinar *qué se entiende por tal en cada caso*. La Corte Suprema ha definido el lucro cesante como las ventajas económicas esperadas de conformidad con las posibilidades *objetivas y estrictamente comprobadas* (39). Este concepto no es aplicable a todos los casos, aunque se lo haya empleado para reconocer la procedencia del lucro cesante, porque hay casos en los cuales las ventajas económicas esperadas *constituyen el valor económico del negocio*, como ocurre con la construcción de las autopistas dadas en concesión de obra pública, que se pagan con el peaje que debe recibir el contratista después de construida. Si el adjudicatario de la obra contrajo deudas por préstamos bancarios, como ocurre siempre en estos casos, compró o afectó a la obra maquinaria y materiales y realizó inversiones importantes, no se podría considerar que el dinero que dejó de percibir por la cancelación de la obra es un lucro cesante, sino el precio del contrato. En este caso se deberá considerar como perjuicio indemnizable no solo el dinero invertido y las deudas contraídas, sino también la rentabilidad de ese capital y todos los demás costos (compra de equipos, derechos de compromiso, intereses pagados, *overhead*, etc.). Por eso consideramos que, no obstante lo expresado por el texto legal, siempre será necesario analizar la naturaleza del caso o negocio y determinar qué es verdaderamente un lucro cesante y qué un daño emergente.

En el caso de responsabilidad por la rescisión de un contrato fundado en razones de oportunidad o conveniencia, está el precedente “Sánchez Granel” (40) donde se reconoció la procedencia de pagar el lucro cesante, pero merece algunas consideraciones, sobre todo luego de dictarse el decreto delegado 1023/2001 y la ley 26.944. Este precedente fue votado por mayoría, y lo que en realidad se discutió fue si la insuficiencia de fondos para realizar el contrato, que iba a ser financiado con un organismo internacional que finalmente no concretó el préstamo, se puede o no considerar una causal no imputable al Estado. La Corte consideró que la insuficiencia de fondos no es una causal legítima para rescindir un contrato administrativo sin culpa, porque una vez adjudicado, es responsable de aportar el financiamiento, tornando ilegítima la rescisión.

---

(39) Fallos 286:333; 306:1409 y 312:226.

(40) Fallos 306:1409.



Este argumento ha perdido actualidad frente a lo dispuesto por el dec. del. 1023/2001 y por la ley 26.944 en forma expresa. Además, la realidad de lo ocurrido en los últimos años, en que se dictaron varias leyes de emergencia —aun cuando en parte hayan sido criticables— ninguna se declaró inconstitucional, circunstancia que apoya la idea de que cuando como consecuencia de dificultades económicas el Estado debe suspender o rescindir un contrato, no se puede interpretar que se esté ante una rescisión ilegítima, sino ante un acto de razonable oportunidad y conveniencia, que excluye el pago del lucro cesante. No olvidemos, como se ha dicho, que en los contratos administrativos así como el Estado tiene determinadas prerrogativas que le permiten modificarlo, rescindirlo, aplicar sanciones, etc., el contratista tiene también beneficios de los que carecen los contratistas en los contratos de obra regidos por el derecho privado, tales como: a) un comitente cuya solvencia se presume *juris et de jure*, por lo cual se debe descartar la posibilidad de quiebra, b) el comitente asume el riesgo del caso fortuito y la fuerza mayor, c) responde por el “hecho del príncipe”, que asegura el mantenimiento de las prestaciones dinerarias, d) en caso de un desequilibrio económico general, se aplica la teoría de la imprevisión, e) por lo general las multas son resarcitorias, y disminuyen el riesgo por incumplimiento, f) se paga el costo financiero, entre otros. La experiencia indica, al menos en nuestro país, que los contratistas de obra pública han hecho verdaderas fortunas con los trabajos que realizaron, todos pagados por el Estado. Tan mal no les ha ido...

Por esta razón entendemos que si bien el deber de resarcir los daños causados por la actividad lícita del Estado debe incluir a todos los daños que le causan al sujeto perjudicado, cabe una distinción entre los que se ocasionan a personas con los cuales existe un vínculo contractual o una relación de sujeción especial, de quienes son solo simples administrados, y por ello rigen con mayor rigor no solo la garantía de incolumidad patrimonial (art. 17, CN), sino el principio de igualdad ante la ley en el sentido aristotélico (art. 16), porque estos no tienen una protección especial en supuestos de hallarse frente a alguna situación de desventaja.



# RESPONSABILIDAD DEL ESTADO. PUNTOS DECIDIDOS Y TEMAS A RESOLVER

POR ALEJANDRO D. ANDRADA

## I. MI HOMENAJE A UNO DE LOS GRANDES TRATADISTAS DEL DERECHO CIVIL ARGENTINO

Pertenezco a una generación de alumnos de Derecho que, en el grado, estudiábamos Derecho Civil por las obras de Llambías y Borda. En realidad, conocí la obra del profesor Félix A. Trigo Represas cuando comencé mi carrera docente en la cátedra de “Obligaciones” de las Facultades de Derecho de la Universidad Nacional de Rosario y de la Universidad Católica Argentina, sede Rosario, cuyo titular era, por entonces, Juan José Casiello.

Como muchos de los que nos familiarizamos con los libros de obligaciones y responsabilidad civil del homenajeado, no tardé en advertir la profundidad y la solidez de su pensamiento jurídico, coherente y sin fisuras.

Luego lo conocimos en el ámbito del posgrado de Especialización en Derecho de Daños de la UCA, cuando el maestro platense venía invitado a Rosario (1). El conocimiento de Trigo Represas en ese espacio académico —a lo que se añadieron unas reuniones sociales gestadas por Casiello— acrecentó nuestra admiración: conocíamos al eminente jurista y

---

(1) Recuerdo alguna de sus clases. En una ocasión, al abordar los daños punitivos, sus observaciones nos dejaron pensando a quienes simpatizamos con la figura. En otra oportunidad, memoro su analítico tratamiento de la responsabilidad civil del abogado que acusaba un enérgico respeto por la profesión y permitía fundar su criterio acerca de que el error científico, en principio, no compromete la responsabilidad del abogado en razón del *iura novit curia*... En fin, ese ámbito del posgrado permitía el cumplimiento de uno de los cometidos legitimantes de la Universidad: la producción de conocimiento en el intercambio recíproco y el contraste de los diversos pareceres.

conocimos, luego, al cumplido caballero. Como ocurre habitualmente, el conocimiento y el afecto fueron en relación directa.

Por eso nos complace muy especialmente sumarnos a esta obra en su honor que rendimos a quien ha sido —y será— legítimamente uno de los referentes indiscutidos de la disciplina.

Como todos sabemos, el profesor Trigo Represas agotó el tratamiento del derecho de la responsabilidad. Y, desde luego, analizó con detenimiento la responsabilidad del Estado (2).

De su tratamiento de esta responsabilidad se desgrana una mirada equilibrada y una armonía de los valores individuales y colectivos comprometidos en esta responsabilidad especial.

En efecto, al tiempo que señala diferentes y variados supuestos de daños resarcibles, también sostiene la “imposibilidad real de asumir desde el Estado una suerte de aseguramiento absoluto de toda contingencia” y que ello “debiera ser tomado en cuenta por quienes siguen insistiendo con la postura de una responsabilidad estatal ajena a todo coto y a toda razonabilidad” (3).

El profesor Trigo Represas enseñó “Responsabilidad civil”, pero supo también asesorar a la Administración Pública. Esa doble visión enriqueció —en mi opinión— el tratamiento de la responsabilidad estatal en las obras de nuestro homenajeado.

Es que el derecho civil mira —preferentemente— desde el lado de la víctima, del perjudicado (4), en tanto que el derecho administrativo aborda esta temática —principalmente— desde la comunidad y los intereses generales. En ocasiones, las propias normas mandan “ponderar debidamente los intereses en juego” (5).

---

(2) Puede verse, p. ej., en el “Tratado de la responsabilidad civil”, en coautoría con Marcelo J. LÓPEZ MESA, Ed. La Ley, Buenos Aires, 2004, 1ª ed., t. IV, ps. 1-209.

(3) *Ibidem*, p. 207.

(4) Tal perspectiva se encuentra, ciertamente, justificada. Sin embargo, cuando no se evalúa el origen del daño este enfoque unidimensional parece insuficiente. Más concretamente: en los perjuicios causados por los contratistas del Estado, por ejemplo, es cierto que además del concesionario, el Estado puede resultar responsable concurrente, pero no podría negarse que, en estos casos, desde la lógica y el buen sentido, la responsabilidad del privado es un *prius* y la responsabilidad estatal, un *posterius*...

(5) Ley 11.330, provincia de Santa Fe.

Comoquiera que sea, las cosas han cambiado. Al tiempo que el Dr. Trigo Represas analizaba la responsabilidad del Estado, su estudio partía de la jurisprudencia a ella referida. En la actualidad existe una ley 26.944 de Responsabilidad del Estado (en adelante, LRE) y varias provincias argentinas han dictado sus propias normativas. Rige —parece ocioso recordarlo— un nuevo Código Civil y Comercial. El derecho objetivo ahora vigente prescribe la inaplicabilidad a la responsabilidad del Estado de las disposiciones del Código Civil (art. 1º, LRE) y la consiguiente aplicación de las normas y principios del derecho administrativo (arts. 1765 y 1766, Cód. Civ. y Com.).

En la hora presente, el análisis de la responsabilidad del Estado debe partir del dato normativo.

Nos hemos ocupado del análisis de la nueva norma con anterioridad, ocasión en la que hemos explicado que se trata de una ley restrictiva que no goza del favor de la doctrina (6).

Distingo en ella, pedagógicamente —acaso exagerando las diferencias y disimulando matices— tres tipos de contenidos.

En algunos casos, la nueva ley sienta criterio y se posiciona en algunos puntos que han sido, en verdad opinables y, nos parece a nosotros, refractarios, en principio, a la tacha de inconstitucionalidad.

En el otro extremo, se observan contenidos, como cuando se prescribe la “excepcionalidad” y en especial cuando se requiere una relación de causalidad “exclusiva”, cuya constitucionalidad no puede ser salvada.

Pero —por último— la parquedad y el laconismo que se advierte en otros puntos invitan a la tarea hermenéutica que, sin forzar los textos, torne a la ley más compatible con las exigencias constitucionales y convencionales que mandan resarcir todo daño injustamente causado o injustamente sufrido (7).

El objeto de esta colaboración es recordar los puntos que han sido resueltos recientemente por la Corte Suprema de la Nación y, especial-

---

(6) ANDRADA, Alejandro D., “Ley 26.944. Responsabilidad del Estado y funcionarios. La situación en las provincias”, Ed. La Ley, Buenos Aires, 2017, en especial, ps. 60 y ss.

(7) Los textos de la LRE son breves, pocos, cuando no con acusadas lagunas que han menester de una cuidadosa interpretación que —como se indica en el texto— sin forzar los textos, los torne compatibles con las exigencias que emanan del Estatuto Fundamental.

mente, volcar nuestra opinión acerca de cómo deberían ser decididos diversos extremos controvertidos y que no han recibido todavía una respuesta concluyente de parte de nuestra jurisprudencia.

## II. LA RESPONSABILIDAD DEL ESTADO EN LA CORTE: EL PRECEDENTE “BERNARDES”

El más alto tribunal en el caso “Bernardes”, del 03/03/2020, resolvió dos temas de la mayor importancia: el carácter de la LRE y la posibilidad de aplicar *astreintes* al Estado.

En un artículo reciente nos ocupamos del análisis de este significativo precedente (8).

Miremos, separadamente, los dos aspectos resueltos.

Comencemos con el carácter de la LRE.

En el consid. 5º de “Bernardes” se expresa que el recurso extraordinario es admisible: “toda vez que se ha puesto en tela de juicio la interpretación y los alcances de una norma federal —ley 26.944—”.

Para nosotros, el análisis se completa señalando el carácter ambivalente o bivalente de la LRE habida cuenta de que puede asumir un carácter federal, o no federal, según se la aplique para el ámbito federal o en el terreno local, por adhesión (9).

Continuemos con la afortunada decisión del alto tribunal en tanto deja enhiesta la importantísima facultad del tribunal de imponer *astreintes*.

Tras detenidas y fundadas razones, en el consid. 14 la Corte concluye que, “ya sea ateniéndose exclusivamente a la literalidad del texto de la ley, ya sea indagando en la intención perseguida por el legislador —plasmada en los antecedentes parlamentarios reseñados— no es posible sino concluir que la Ley de Responsabilidad Estatal en forma alguna cercena la posibilidad de que, ante el incumplimiento de un mandato judicial por parte del Estado Nacional, los tribunales apliquen las medidas compulsivas contempladas en el ordenamiento jurídico a los efectos de ven-

---

(8) ANDRADA, Alejandro D., “Ley de Responsabilidad del Estado en la Corte”, LA LEY del 04/06/2020.

(9) *Ibidem*.

cer la reticencia (v.gr., art. 804, Cód. Civ. y Com., y art. 37, Cód. Proc. Civ. y Com.)”.

Esclarecido el punto, la ley 6325 de Responsabilidad del Estado de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires (del 27/08/2020) no tardó en prescribir que “[l]as estipulaciones de la presente ley no obstan a la procedencia de las sanciones conminatorias”.

Como no podía ser de otra manera, las *astreintes* son plenamente aplicables al Estado y a los funcionarios.

### III. LOS TEMAS A RESOLVER

Existen numerosos temas que no han requerido respuesta por parte de nuestros tribunales o, cuando menos, han recibido respuestas aisladas no suficientemente consolidadas.

Entre ellos, cuadra mencionar: constitucionalidad de la prohibición de aplicar la sanción pecuniaria disuasiva; la responsabilidad por omisión; la responsabilidad por actividad legítima; la responsabilidad estatal por los perjuicios ocasionados por los contratistas; y la responsabilidad de los sujetos públicos en la pandemia de COVID-19.

En las líneas que siguen nos ocupamos de las citadas problemáticas.

#### III.1. Constitucionalidad de la prohibición de aplicar la sanción pecuniaria disuasiva

Algunos autores se han ocupado de la aplicación de las multas civiles al Estado.

Así, Pizarro, hace notar que la LRE guarda deliberado silencio sobre una temática fundamental, cual es la función preventiva de la responsabilidad.

El problema se potencia —subraya el prestigioso profesor— cuando “se advierte que la ley 26.944 no permite que se aplique sanción pecuniaria disuasiva (daños punitivos, art. 52 bis, ley 24.240) contra el Estado, sus agentes y funcionarios (...), lo cual, además de ser inconstitucional por violar la garantía de igualdad constitucional y los derechos del consumidor, desalienta las actitudes preventivas por parte de la Administración centralizada o descentralizada, cuando actúe como proveedor

profesional de un producto o de un servicio y la de sus agentes en tales circunstancias” (10).

En mi opinión, corresponde distinguir el sistema general de la LRE y el estatuto particular de la ley 24.240 de Defensa de los Consumidores.

Comenzaré por analizar el sistema general, el cual, a su vez, aconseja disquisiciones *de lege lata* y *de lege ferenda*.

*De lege lata*, cuadra preguntarse: ¿es inconstitucional la prohibición establecida por el art. 1º de la ley 26.944? Adelanto, en este aspecto, mi opinión negativa.

Cuando hace pocos años debatíamos la conveniencia de la incorporación de la figura al derecho positivo (11), no parece razonable reprochar constitucionalmente su no inclusión en la LRE como, por lo demás, tampoco se encuentra permitida en el sistema del Código Civil y Comercial.

Apenas aparecida la figura en el derecho argentino —y solo recibida normativamente en el circunscripto espacio del derecho del consumo— la oportunidad o el preciso momento de incorporación de la sanción pecuniaria, en materia de responsabilidad estatal resulta, para nosotros, resorte del legislador.

Es interesante observar cómo en el derecho anglosajón es solo parcial la aplicación de la figura al Estado y a los funcionarios.

---

(10) PIZARRO, Ramón D., “Responsabilidad del Estado y del funcionario público”, Ed. Astrea, Buenos Aires, 2016, 2ª ed., t. I, p. 200.

(11) Las Jornadas Nacionales de Derecho Privado, celebradas en Corrientes entre el 7 y el 9 de abril de 1994, por su Comisión 2, emitió una recomendación por la cual se propicia “analizar la conveniencia de la recepción dogmática de los denominados ‘daños punitivos’ en el derecho argentino”. Al año siguiente de las Jornadas correntinas, tuvieron lugar las XV Jornadas Nacionales de Derecho Civil, celebradas en Mar del Plata. En la comisión respectiva se aprobó, *de lege ferenda*, la siguiente recomendación: “c) Indemnización punitiva. Es conveniente que se incluya una regulación acerca de la indemnización punitiva en supuestos especiales”. Vemos, pues, que la recomendación fue para “supuestos especiales”. Y si bien luego la figura fue recogiendo mayores adhesiones (como en las XVII Jornadas Nacionales que tuvieron lugar en 1999), se trata de una institución *in fieri*, aunque recibida en el acotado terreno del derecho del consumo.



Así, en Inglaterra, en un marco riguroso en punto a la responsabilidad estatal, los daños punitivos, solo en determinados supuestos han prestado utilidad en casos de actos arbitrarios de funcionarios públicos (12).

En Estados Unidos, en el orden federal no se pueden reclamar los daños punitivos en el marco de la *Federal Torts Claim Act* (13), mientras que en los estados, como lo ha explicado con precisión Cassagne (14), es limitada su aplicación.

En suma: para nosotros, la prohibición de las sanciones pecuniarias disuasivas en el sistema general de responsabilidad del Estado no es posible de crítica constitucional (15).

*De lege ferenda*, sí, hacemos votos por la pronta recepción legislativa de las sanciones pecuniarias disuasivas en el marco de la responsabilidad estatal. El subido valor de la prevención así lo aconseja.

Ahora bien: superado ese primer interrogante cabe señalar que, en nuestra opinión, la Ley de Defensa de los Consumidores es aplicable al Estado empresario o proveedor. No ha mediado una derogación expresa ni puede entenderse que haya operado una derogación implícita por cuanto no son inconciliables las previsiones de la LRE y la del estatuto del consumidor (16).

Solo resta añadir que, resultándole aplicable al Estado empresario la LDC, también puede aplicársele las sanciones del art. 52 bis, habida cuenta de que no puede segmentarse o parcializarse la aplicación del

---

(12) ANDRADA, Alejandro D. - HERNÁNDEZ, Carlos A., "Reflexiones sobre las llamadas penas privadas. A propósito de las XVII Jornadas Nacionales de Derecho Civil", RCyS, 1/2000, p. 33.

(13) BIANCHI, Alberto B., "Panorama actual de la responsabilidad del Estado en el derecho comparado", LA LEY 1996-A, 922 y ss., en especial, ps. 948 y 949.

(14) CASSAGNE, Juan C., "La responsabilidad del Estado: Fundamento constitucional y su regulación por una ley administrativa", en ABERASTURY (dir.), *Responsabilidad extracontractual del Estado. Ley 26.944*, Ed. Abeledo Perrot, Buenos Aires, 2014, ps. 61 y ss., en especial, p. 70, nota al pie 19, en cuyo sitio se puntualiza: "y por lo menos veintinueve estados (a menudo en combinación con tope) prohíben que se condene al Estado con daños punitivos o ejemplares".

(15) Así, p. ej., no podría válidamente aplicarse al Estado daños punitivos por mala prestación de salud en los hospitales públicos con el argumento de graves falencias, reiteraciones, etc. En tales supuestos, como en general los afectados por defectuosa prestación de los servicios —seguridad, registros de propiedad, etc.—, solo pueden obtener, de acreditarse, el resarcimiento de daños patrimoniales y morales.

(16) ANDRADA, Alejandro D., "Ley 26.944...", cit., caps. IV y V.

estatuto protector. El régimen de la LDC, cuando resulte aplicable al Estado, permite, en nuestra opinión, la aplicación de la multa en las situaciones acotadas en que ella puede tener lugar.

Se presenta así un acusado paralelismo con lo que ocurre en el derecho privado. El sistema general del Código nuevo, como el sistema general de la LRE, no permiten la aplicación de la sanción, que solo encuentra posibilidades en el marco de la LDC allí donde ella resulte aplicable.

En un diverso pero afín orden de ideas, cabe señalar que la LRE no contiene una expresa prohibición de la acción preventiva de daños (arts. 1711 y ccds., Cód. Civ. y Com.).

Cuadra entonces preguntarse si la genérica previsión del art. 1º de la LRE en cuanto preceptúa que “[l]as disposiciones del Código Civil no son aplicables a la responsabilidad del Estado de manera directa ni subsidiaria”, y la prescripción del art. 1764 del Cód. Civ. y Com. en tanto reza que “[l]as disposiciones del Capítulo 1 de este Título no son aplicables a la responsabilidad del Estado”, constituyen un obstáculo insuperable a la admisión de la mencionada acción cuando esta se dirija contra el Estado.

Nos parece a nosotros que los textos transcritos no impiden la aplicación analógica de los arts. 1711 a 1715 del Cód. Civ. y Com. Ahora bien, la sentencia que, en su caso, admita la acción preventiva en tanto dirigida contra el Estado debe respetar el modo en que se concreta, lo que corresponde al ámbito de discrecionalidad de la Administración.

Es de observar que algunos precedentes dan cuenta de la admisión de esta última figura contra el Estado (17).

### III.2. La responsabilidad por omisión

La disposición del art. 3º *in fine* de la LRE se ha inclinado por la opción doctrinaria restrictiva o, si se prefiere, estricta, en torno a la responsabilidad por omisión del Estado (18).

---

(17) V.gr. JCiv., Com. y Fam. 3ª Nom. San Francisco, 05/07/2019, “Grande, Sergio A. y otro c. Municipalidad de la Ciudad de San Francisco (Córdoba) s/ ordinario - acción preventiva de Daños”, sent. 48, [www.justiciacordoba.gob.ar](http://www.justiciacordoba.gob.ar).

(18) Otros textos, como el de la ley mendocina —superadora y más equilibrada que la ley 26.944— regula la omisión de la siguiente manera: “Art. 8- Falta de servicio por omisión. La omisión solo genera responsabilidad cuando se verifica el incumplimiento de una obligación de actuación determinada normativamente y de manera expresa; o de deberes indeterminados, siempre que se reúnan los siguientes requisitos: a) Existencia de un interés jurídicamente relevante, cualitativa o cuantitativamente; b)

No han faltado quienes alientan una declaración de inconstitucionalidad genérica de ese precepto.

No nos parece el camino adecuado. Si el art. 1074 del Código derogado —más restrictivo incluso que nuestro art. 3º, *in fine*— alrededor del cual se elaboró una jurisprudencia razonable (19), no fue declarado inconstitucional por los jueces, no vemos que se presenten aquí especiales razones que autoricen a acudir a ese remedio extremo.

Cabe señalar que la LRE no ha requerido una ley formal. Basta para poder asignarle responsabilidad con que el Estado incumpla los deberes impuestos por la Constitución, los tratados, la ley, las ordenanzas municipales, los reglamentos (20).

El dato “normativo” con la consiguiente posibilidad de aplicar diversas fuentes de producción normativa especialmente las de rango superior, permite, sin forzamientos, llegar en muchos casos a soluciones equilibradas.

En efecto, esa referencia al deber “normativo” permite —en nuestra opinión— matizar y aun dulcificar la rigidez que, en apariencia, podría extraerse del art. 3º *in fine* de la LRE, especialmente en cuanto requiere un deber de actuación “expreso y determinado”.

Con anterioridad hemos suministrado variados argumentos sobre la base de los cuales entendemos que el art. 3º, *in fine*, de la LRE, recatemente interpretado desde una hermenéutica sistemática y axiológica, no autoriza ni justifica un cambio de las tendencias jurisprudenciales vigentes en sede de omisión con anterioridad a la vigencia de la LRE (21).

---

Necesidad material de actuar para tutelar dicho interés; c) Proporcionalidad entre el sacrificio que comporta el actuar estatal y la utilidad que se consigue con su accionar”. Con un texto como el transcrito —tributario de la jurisprudencia de la Corte mendocina— no hacen falta esfuerzos interpretativos como los que son precisos en la LRE. Debe recordarse que una obra señera en esta materia es autoría de una exjueza de esa Corte. Me refiero a KEMELMAJER, Aída R., “Responsabilidad del Estado (una búsqueda de principios comunes para una teoría general de la responsabilidad). Estudios en homenaje al Dr. Guillermo Borda”, Ed. La Ley, Buenos Aires, 1985.

(19) Ha de aclararse que en el régimen anterior para algunos la omisión estatal quedaba regida por el art. 1074, mientras que para otros por la genérica fórmula del art. 1112 del Cód. velezano.

(20) ROSATTI, Horacio - ZINGARETTI, Gisela (col.), “Análisis exegético de la ley 26.944, en ROSATTI, Horacio (dir.), *Ley 26.944 de Responsabilidad del Estado*, Ed. Rubinzal-Culzoni, Santa Fe, 2014, p. 545.

(21) ANDRADA, Alejandro D., “Ley 26.944...”, cit., ps. 117 y ss.

### III.3. El deber de dar cuentas por actividad legítima

Como es bien sabido, la efectiva configuración de la responsabilidad por acto lícito requiere la concurrencia de requisitos comunes a todo supuesto de responsabilidad y, además, la verificación de requisitos propios.

La LRE ha regulado el requisito común de la relación de causalidad de un modo reprochable.

En efecto, el inc. c) del art. 4º preceptúa: “Relación de causalidad directa, inmediata y exclusiva entre la actividad estatal y el daño”.

Frente a tal prescripción cabría preguntarse: ¿Cuál ha sido la real intención del legislador? ¿Cuál es el preciso sentido de la “exclusividad” consagrada?

Una posible interpretación sería la siguiente: el Estado solo, única o exclusivamente responde por la cuota de causalidad que ha aportado en la producción del daño.

Esta interpretación se sustenta en la razonabilidad que cabe presumir en el legislador y en algunos pasajes del debate parlamentario.

Sin embargo, consideramos que no fue esa la real intención del legislador.

Es que la interpretación literal del texto en consonancia con la posición del asesor Dr. Sammartino nos lleva a la conclusión de que la ley ha querido que si media interferencia causal suministrada por la víctima o un tercero deba rechazarse la demanda promovida contra el estado (22).

---

(22) SAMMARTINO, Patricio M., “Responsabilidad de los poderes públicos en el Estado constitucional social de derecho: características y nuevas precisiones sobre la ‘relación de causalidad’”, en BARCESAT – CORTI (dirs.), *Derecho Público*, año 1, nro. 2, Ed. Infojus, Ministerio de Justicia y Derechos Humanos, Buenos Aires, 2012, autor que tras analizar diversos precedentes de la Corte federal, expresa: “Relación exclusiva de causa a efecto: solo nace la responsabilidad estatal si el daño es producto únicamente del acto estatal que origina el sacrificio especial. Descarta la imputación estatal por actividad legítima cuando esta concorra con una multiplicidad de factores causales. Desde esta atalaya, si hay interferencia de la víctima o de un tercero deberá rechazarse íntegramente la pretensión indemnizatoria, siendo incompatible en este supuesto de responsabilidad toda posible concurrencia causal”. Y concluye: “la responsabilidad por actividad lícita, siempre que concurren los demás requisitos indispensables, solo nacerá si se demuestra que la actuación estatal opera como única y exclusiva causa del daño injusto alegado, descartándose en este ámbito de la responsabilidad del Estado toda posible coparticipación en el hecho generador del perjuicio”.

La letra y la intención de la ley desnudan que la LRE ha pretendido dejar de lado la teoría de la causalidad concurrente.

Pues bien: esta prescripción de la LRE es claramente inconstitucional.

Habría que comenzar por señalar que solo en contados supuestos la Corte ha mencionado la “relación directa, inmediata y exclusiva” (23).

No pueden soslayarse los peligros que encierra tomar aisladamente diversas puntualizaciones contenidas en una sentencia y elevarlas a la jerarquía legal, prescindiendo del contexto en el que fueron vertidas y de las circunstancias del caso en que han sido expuestas.

En realidad, la jurisprudencia de la Corte en materia de responsabilidad del Estado ilustra que el mencionado giro ha sido empleado más bien —nos parece a nosotros— para reforzar la necesidad de que el nexo causal no presente dudas en relación con la decisividad del obrar estatal en la causación del perjuicio. La referencia de la Corte apunta sobre todo a evitar ligerezas en la atribución de responsabilidad al Estado que solo debe ser condenado cuando no medien dudas de que ha causado o co-causado el detrimento. Cuando subsistan cavilaciones a este respecto, es claro que la responsabilidad del Estado no debe ser declarada, por ejemplo, cuando solo media un grado de posibilidad en la eficacia causal.

Pero no tenemos noticia de precedente alguno en que la Corte, ya en sede de responsabilidad por actos ilícitos, ya en el ámbito de la responsabilidad por actos lícitos, haya abandonado la teoría de la causalidad concurrente.

Toda vez que un tercero o la víctima han contribuido a la causación del daño, la responsabilidad fue establecida con arreglo a la exacta medida en que cada sujeto contribuye en la producción del perjuicio.

En principio, cada persona debe reparar el daño en la medida en que lo ha causado.

En resumidas cuentas: la alusión de la Corte a una “relación... exclusiva” no se encuentra orientada a eximir de responsabilidad al estado allí donde el sujeto público ha concurrido a causar el detrimento; antes bien —estimamos nosotros— se encuentra dirigida a poner de relieve

---

(23) Aparece en “Ledesma SA” (Fallos 312:2022) y en “El Jacarandá” (Fallos 328:2654, consid. 8º).

que el Estado solo puede ser condenado a condición de que haya puesto la causa eficiente —única o compartida— del resultado dañoso (24).

Es saludable que leyes recientes hayan procurado corregir el desatino de la LRE.

Así, por ejemplo, la ley 6325 de la CABA regula la “Eximición de responsabilidad” en el art. 4º, cuya parte final preceptúa: “cuando el daño haya sido causado por hechos imputables conjuntamente al Estado y a la víctima, o a terceros por quien aquel no deba responder, la medida de la responsabilidad estatal quedará acotada a su concurrencia en la provocación del hecho dañoso” (25).

En lo relativo al alcance de la reparación en la responsabilidad por actividad legítima, la restrictiva previsión del art. 5º de la LRE (26) aconseja algunas puntualizaciones en relación con el daño moral y el lucro cesante.

Comencemos con el daño extrapatrimonial.

Nos ha parecido a nosotros que, en el marco restrictivo de la LRE, se ha querido excluir el daño moral en los supuestos de privación de la propiedad o daños a la propiedad privada, extendiéndole la solución expropriatoria (27).

Pero hemos considerado evidente que en supuestos tales como los de daños a la integridad psicofísica, lesiones, fallecimientos, etc., como los que derivan del actuar policial lícito, la reparación del daño moral es obligada acreditada que sea la alteración disvaliosa del espíritu, con arreglo a los principios generales (28).

---

(24) La inconsecuencia de la prescripción legal salta a la vista. Si diversas son las causas del daño y no pudiera condenarse al Estado. Entonces, ¿la víctima debería soportar mansamente todo o parte del daño sin derecho a un condigno resarcimiento?

(25) La técnica legislativa es, sin embargo, observable. En efecto, la ley de la CABA, al regular en el art. 3º la responsabilidad por actividad legítima, no debió requerir una relación de causalidad “exclusiva”. Con todo, entendemos que debe prevalecer el texto del art. 4º *in fine*.

(26) Art. 5º: “...En ningún caso procede la reparación del lucro cesante. La indemnización de la responsabilidad del Estado por actividad legítima comprende el valor objetivo del bien y los daños que sean consecuencia directa e inmediata de la actividad desplegada por la autoridad pública, sin que se tomen en cuenta circunstancias de carácter personal, valores afectivos ni ganancias hipotéticas...”

(27) ANDRADA, Alejandro D., “Ley 26.944...”, cit., ps. 159 y 160.

(28) *Ibidem*.

Continuemos con el lucro cesante.

La exclusión del lucro cesante contenida en el art. 5º, párr. 2º, de la LRE, ha motivado diversas críticas. Pero no podemos dejar de reconocer la opinabilidad del tema en doctrina y jurisprudencia. La inclusión o exclusión del rubro estuvo siempre sujeta a discusión.

Nos hemos ocupado detenidamente de este punto en una obra anterior, en la que concluimos en que aun manteniendo nuestra opinión doctrinaria vertida en estos últimos veinte años, debemos aceptar que la exclusión legal constituye una cuestión de política legislativa.

No cabría, pues, la declaración de inconstitucionalidad genérica de la exclusión analizada. Pero quedaría —a nuestro criterio— la posibilidad de la inconstitucionalidad en el caso concreto (29).

Es interesante observar cómo, en algunas leyes de responsabilidad estatal de provincias, se mejora en alguna medida la regulación de la LRE en materia de responsabilidad por actividad legítima.

Así, por ejemplo, la ley mendocina 8968 establece, en su art. 10, que en la responsabilidad por actividad legítima solo se comprende el resarcimiento del daño emergente, pero, en seguimiento del Anteproyecto Comisión del Cód. Civ. y Com., aclara que “[e]n caso que sea afectada la continuación de una actividad, la reparación del daño emergente incluirá la compensación del valor de las inversiones no amortizadas, en cuanto hayan sido razonables para su giro”.

Cabe acotar que recientemente la Corte Suprema de Justicia de Mendoza decidió, a nuestro juicio con acierto, que no correspondía declarar la inconstitucionalidad, ni la inconvencionalidad del art. 10 de la ley 8968 (30).

---

(29) *Ibidem*.

(30) Sent. del 22/10/2020, “La Efectiva SA c. Municipalidad de Guaymallén s/ daños y perjuicios”, [www2.jus.mendoza.gov.ar](http://www2.jus.mendoza.gov.ar). Consideró el alto tribunal: “Las leyes de responsabilidad del Estado Nacional y Provincial, han optado por una de las dos posturas jurídicamente posibles, la más restrictiva en cuanto a la extensión del resarcimiento en el caso de la Ley Nacional de Responsabilidad y una posición intermedia en el caso de la Ley Provincial 8968. Esta última postura, en abstracto, no puede ser tildada de inconstitucional ni inconvencional, ya que se trata de una decisión del Poder Legislativo que encuentra apoyo fundado en parte de la doctrina, de la jurisprudencia e, incluso, en el Anteproyecto de Código Civil y Comercial de la Nación en su redacción originaria”. En otro tramo del decisorio puede leerse: “Va de suyo que las relaciones de derecho público gobiernan los daños provocados por la actuación estatal, en la medida en que el legislador, conforme criterios de política legislativa que les son en

También la ley de CABA resulta superadora de la LRE, cuando menos en cuanto contempla que “cuando se afecte la vida, la salud física y mental o la integridad física de las personas, y en caso de verificarse los requisitos del art. 3º de la presente ley, el juez también puede fijar prudencialmente los rubros indemnizatorios correspondientes al lucro cesante...” (art. 5º).

#### **III.4. La responsabilidad estatal por los perjuicios ocasionados por los contratistas**

Ha sido objeto de disensiones la previsión del art. 6º de la LRE que dispone: “El Estado no debe responder, ni aun en forma subsidiaria, por los perjuicios ocasionados por los concesionarios o contratistas de los servicios públicos a los cuales se les atribuya o encomiende un cometido estatal, cuando la acción u omisión sea imputable a la función encomendada”.

Para nosotros es correcto el principio general de la irresponsabilidad estatal por los daños causados por los concesionarios (31).

Pero lo objetable es la fórmula legal que parece consagrar un principio inconcuso, universal que no dejaría espacio para la admisión y reconocimiento de una responsabilidad estatal.

En un trabajo anterior hemos concluido en que el sujeto público ha de responder por omisión de control. Esta especie de responsabilidad se ha de concretar también, en los particulares casos de insolvencia del concesionario. Y, naturalmente, el Estado también responde por su actividad ilegítima cuando pone la causa o concausa del daño (32).

---

principio privativos, ha ubicado el instituto reparatorio por su obrar, como una consecuencia de la organización y funcionamiento del Estado, respetando su organización federal y consecuentes autonomías locales”.

(31) MARIENHOFF, Miguel S., “Tratado de derecho administrativo”, Ed. Abeledo Perrot, Buenos Aires, 1998, t. III-B, p. 595, parág. 1149; PÉREZ HUALDE, Alejandro, “El concesionario de servicios públicos privatizados. La responsabilidad del Estado por su accionar”, Ed. Depalma, Buenos Aires, 1997, p. 42; MERTEHIKIAN, Eduardo, “La responsabilidad del Estado por la actuación de concesionarios y contratistas de servicios públicos”, en ROSATTI, Horacio (dir.), ob. cit., ps. 167 y ss., en especial, p. 176, entre varios otros.

(32) ANDRADA, Alejandro D., “Ley 26.944...”, cit., ps. 174 y ss.



La reciente ley de CABA resulta satisfactoria en este aspecto en tanto deja a salvo expresamente los supuestos en los que el sujeto público debe responder (33).

### **III.5. La responsabilidad de los sujetos públicos en la pandemia de COVID-19**

Los más de cien mil muertos en la Argentina, las consecuencias en la salud de sus habitantes todavía difíciles de predecir y los graves padecimientos económicos de buena parte de nuestros conciudadanos obligan a discernir jurídicamente los supuestos en que la causa del daño se encuentra en la pandemia misma y los casos en que las acciones u omisiones estatales han sido causa o concausa de los daños padecidos.

No es fácil resolver con justicia las pretensiones de todo tipo que se presentan en nuestros tribunales y, por lo mismo, es difícil barruntar cuál será la tendencia de las decisiones judiciales.

La particularidad de los hechos y su fisonomía singular vuelve complejo el pronóstico del criterio final de los jueces llamados a decidir las variadas peticiones (amparos, cautelares, y sobre todo las acciones ordinarias de daños, etc.) que hoy tramitan en nuestros tribunales, algunas de las cuales han recibido ya respuestas, incluso del más alto tribunal.

Pero, ciertamente, en la hora no existe un criterio asentado ni siquiera una tendencia claramente perceptible cuando menos en materia de responsabilidad estatal.

La clásica jurisprudencia de la Corte en materia de policía sanitaria, en nuestra opinión, poco aporta porque ha sido diseñada por el más alto tribunal en supuestos particulares y diferentes, por cierto, a los ahora ventilados.

Las decisiones dependerán en buena medida del criterio judicial que es considerable en aspectos tales como la responsabilidad por omisión o, por ejemplo, la configuración del sacrificio especial en la responsabilidad por actividad legítima. Son facetas propias de la potestad de juzgar que, en tales extremos, es amplia.

---

(33) Art. 6º: "...Solo generan responsabilidad de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires los supuestos en que el hecho generador de los daños resida en una falta de servicio derivada de la inobservancia del deber expreso y determinado de control, o que el mismo sea consecuencia directa de una falta grave en el ejercicio del poder de ordenación o regulación del servicio..."

Deberíamos comenzar por precisar el cuadro normativo aplicable que es variado por la profusión de las fuentes de producción normativa que aquí concurren.

Además de la Constitución Nacional y de las Constituciones provinciales, rigen —naturalmente— la LRE y las leyes de responsabilidad estatal de las provincias que han dictado sus normas respectivas. Rige también el Código Civil y Comercial allí donde este resulte aplicable por analogía.

Pero son otras fuentes específicas las que resultan de especial interés para decidir pretensiones fundadas en la omisión estatal, tales como la retahíla de leyes dictadas en la pandemia (27.548, 27.554), decretos del PEN, resoluciones ministeriales y decisiones administrativas.

En mi opinión, la declaración “COVID 19 y DH” de la Corte Interamericana del 9/4/2020 prestará utilidad para los operadores jurídicos (jueces, abogados), especialmente, a la hora de ponderar la razonabilidad de las medidas adoptadas (34).

Avancemos ahora hacia supuestos más concretos.

Comencemos por supuestos que bien pueden comprometer la responsabilidad por actividad ilegítima de los Estados.

Un supuesto que se ha presentado es el de las prohibiciones de ingreso a sus ejidos municipales, dispuestas por autoridades comunales.

En materia sanitaria, la unidad de acción en el obrar estatal es la regla. En principio, los municipios carecen de facultades para establecer

---

(34) La declaración fue emitida “a fin de instar a que la adopción y la implementación de medidas, dentro de la estrategia y esfuerzo que los Estados Parte de la Convención Americana sobre Derechos Humanos están realizando para abordar y contener esta situación que concierne a la vida y a la salud pública, se efectúe en el marco del Estado de Derecho, con el pleno respeto a los instrumentos interamericanos de protección de los derechos humanos y los estándares desarrollados en la jurisprudencia de este Tribunal. En particular, considera que: (...). Todas aquellas medidas que los Estados adopten para hacer frente a esta pandemia y puedan afectar o restringir el goce y ejercicio de derechos humanos deben ser limitadas temporalmente, legales, ajustadas a los objetivos definidos conforme a criterios científicos, razonables, estrictamente necesarias y proporcionales, y acordes con los demás requisitos desarrollados en el derecho interamericano de los derechos humanos”. Se establece que los derechos económicos, sociales y culturales deben ser garantizados sin discriminación a toda persona “y, en especial” a diversos grupos que el texto señala (niños, mayores, etc.) entre los que, destacamos nosotros, “el personal de los servicios de salud que atienden esta emergencia” y que pueden sufrir daños de todo tipo.

restricciones mayores que las prescriptas en la normativa nacional y provincial aplicable, y para impedir el ingreso o egreso de su ejido (35).

Pues bien, acreditada la relación de causalidad adecuada entre la prohibición de ingreso y el daño causado, no parece dudosa la responsabilidad de los sujetos públicos que han incurrido en una excedencia.

Cabe destacar que la Corte Suprema de la Nación, en autos “Maggi, Mariano c. Corrientes, Provincia de s/ medida autosatisfactiva” (36), consideró que era un exceso que se le impidiera al actor —con domicilio en el Chaco— ingresar a Corrientes para asistir a su madre en un tratamiento oncológico.

Veamos ahora la responsabilidad por omisión que, para nosotros, puede encontrar en la pandemia diversas configuraciones a poco se repare que son numerosos los deberes normativos que los textos han puesto en cabeza de los Estados.

Así, por ejemplo, la ley 27.548, que establece el Programa de Protección al Personal de Salud ante la pandemia y en cuyo art. 6° se establecen las obligaciones de la autoridad de aplicación. Pues bien, acreditada la relación de causalidad entre la omisión y el perjuicio sufrido por el personal de salud no parece dudosa la responsabilidad.

Lo propio cuadra señalar, por ejemplo, frente al incumplimiento de los deberes y funciones que tiene que llenar la autoridad de aplicación en los términos de los arts. 4° y 9° de la ley 27.554, que establece la Campaña Nacional para la Donación de Plasma Sanguíneo de Pacientes (37).

Resulta innecesario señalar que la omisión constituye un supuesto de responsabilidad por actividad ilegítima y, por ende, el alcance del deber de dar cuentas es pleno, en todos los sentidos.

Queda por examinar, en la pandemia, la responsabilidad por actividad legítima que ofrece supuestos de hecho nada fáciles de resolver.

---

(35) No estamos en materia ambiental en cuyo ámbito los municipios podrían disponer medidas más restrictivas. Aquí están regulando una cuestión distinta.

(36) CS, 10/09/2020.

(37) Otro tanto ocurre en relación con la res. 299/2020 del Ministerio de Justicia y Derechos Humanos, que crea el Programa Central de Emergencia para Barrios Populares. Aquí, ante el incumplimiento de las funciones del Programa establecidas en el art. 3°, si son causa o concausa del perjuicio, la responsabilidad debe reconocerse.

En efecto, ¿podrían reclamar todos los comerciantes un resarcimiento al Estado por las prohibiciones o restricciones (legítimas) que sufrieron e, incluso, daños patrimoniales indudables? La respuesta no resulta sencilla, sobre todo si quiere generalizarse.

En mi opinión, el supuesto de hecho examinado resulta difícilmente encasillable en la figura del “sacrificio especial” en la persona dañada; “sacrificio especial” que podría predicarse de uno, algunos o varios, pero no de toda la comunidad o de un sector cuantitativamente significativo.

Una solución distinta podría haberse respecto de aquellos comerciantes que debieron cerrar definitivamente sus negocios (38).

Otro interesante supuesto se plantea: el de los varados en el exterior que tenían fecha determinada para volver y no pudieron hacerlo por el cierre de las fronteras, supuesto en el cual cabe preguntarse: ¿puede configurarse la responsabilidad por actividad legítima? (39).

El supuesto —otra vez— no parece de fácil solución porque, en efecto, ¿las pandemias no constituyen acaso uno de los hechos de la naturaleza que son ejemplo académico del *casus*? ¿La pandemia, acaso, no irrumpe desde afuera? Pero es que la “ajenidad” del *casus* exige que el agente no haya colocado “ningún” antecedente idóneo que haga posible el daño y lo cierto es que, en nuestro caso, fue el Estado el que dispuso el cierre

---

(38) PERRINO, Pablo E. – SANGUINETTI, Juan C., “La responsabilidad patrimonial del Estado por su actuación en el marco de la pandemia de COVID-19”, RDA 2020-130, 04/08/2020, 220, AR/DOC/2343/2020. Explican estos autores: “si deberían ser compensados aquellos daños que, a la luz de las circunstancias particulares del caso, tengan un carácter diferencial, por exceder la cuota de sacrificios que razonablemente impone la vida en sociedad (...). En este último supuesto podrían, eventualmente, encuadrar por ejemplo los perjuicios sufridos por determinados comerciantes que se vieron obligados a cerrar en forma definitiva sus negocios como consecuencia de las restricciones impuestas en el marco de la pandemia, y los daños padecidos por aquellos ciudadanos argentinos que se encontraban en el extranjero y no pudieron retornar al país en virtud de la decisión del Gobierno nacional de proceder al cierre de fronteras”.

(39) Aquí es posible diferenciar dos grupos. Los primeros varados, los de 2020, cuando todavía la pandemia no estaba del todo establecida o asentada o, cuando menos, podía pensarse que resultaba controlable en un tiempo no extenso. Y el de los segundos varados, los del 2021, respecto de los cuales el Estado no parece haber explicado suficientemente, desde criterios científicos objetivos, el motivo sanitario por el cual estas personas no podían ser examinadas médicamente en Ezeiza y ahí sí, naturalmente, adoptar las enérgicas —pero razonables— medidas de aislamiento que correspondieren respecto de los que hayan resultado positivo.

de fronteras (40) En resumidas cuentas, considero que el *casus* no se encuentra, en verdad, configurado.

Ahora bien: ¿qué decir acerca del sacrificio especial? ¿Puede entenderse cubierto? Como es bien sabido, la figura tiene dos componentes: uno cuantitativo y otro cualitativo.

El primero podría eventualmente tenerse por cumplido, por cuanto no alcanza a un sector significativo de la sociedad. Y, el segundo, también podría tenerse por cubierto, atento a la intensidad y la gravedad de este peculiar perjuicio.

Me detengo un instante en esto último: el derecho de regresar al país no es un derecho más. Es, de alguna manera, presupuesto de los demás derechos económicos, sociales, culturales, afectivos. Ello así por cuanto, para ejercer tales derechos debemos estar en nuestro domicilio. La lesión o restricción del derecho de regresar al país es grave, nos parece a nosotros.

Pensamos, pues, con las prevenciones y cuidados que las excesivas generalizaciones aconsejan, que la imposibilidad de regresar al país, en determinados supuestos, podría comprometer la responsabilidad del Estado.

Como se observa, la pandemia ha puesto en ejercicio intensas y vigorosas potestades y facultades de los Estados.

Ahora bien: a esos grandes poderes corresponden responsabilidades que no pueden ser silenciadas o escamoteadas.

#### IV. CONSECTARIO

En nuestro país, la LRE no ha significado un avance institucional. Antes bien, diría que ha comportado un retroceso.

El derecho de la responsabilidad pertenece al ámbito de la justicia conmutativa. Con desacierto, la LRE partió del desenfoque de considerarlo parte de la justicia distributiva. De ahí se explican, en buena medida, las soluciones restrictivas consagradas en la ley 26.944.

---

(40) PIZARRO, Ramón D., "Anclao en París (Algunas reflexiones en torno a los daños sufridos por personas varadas dentro y fuera del país)", en PIZARRO - VALLESPIÑOS (dirs.), *Efectos jurídicos de la pandemia de COVID-19*, Ed. Rubinzal-Culzoni, Santa Fe, 2020, t. II, p. 373.

Para restablecer el equilibrio perdido es precisa una interpretación que, sin forzar los textos, torne a la ley más compatible con las exigencias que impone la Constitución Nacional y los principios generales.

Como en ocasiones anteriores, concluimos ahora con dos llamados: a los jueces y a los legisladores.

Pensamos que el criterio del juez debe ser tan enérgico con aquellas previsiones que consagran soluciones reñidas con criterios doctrinarios consolidados, como prudente y moderado con aquellas soluciones que —aunque nos parezcan inoportunas e inconvenientes— entrañan cuestiones de política legislativa.

Y finalizo con el legislador. Un respetado sector doctrinario considera que la LRE debiera ser derogada, sin más ni más (41). Nosotros nos inclinamos por ideas menos absolutas. Pero sí afirmamos que, para hacer verdadera justicia, es necesario efectuar correcciones en la LRE. Y de eso se trata.

---

(41) En la hora presente, las posibilidades de una derogación lisa y llana me parecen escasas, si no nulas. Casi utópicas, diría, máxime cuando varias provincias se han dado sus propias normas.

# PROYECCIONES JURISPRUDENCIALES DEL TRATAMIENTO DE LA RESPONSABILIDAD CIVIL DE LOS ADMINISTRADORES SOCIETARIOS COMO PROFESIONALES

POR MAURICIO BORETTO

## I. PUNTO DE PARTIDA

El tema relativo a la obligación de indemnizar los daños causados a otro es uno de los capítulos más importantes del derecho privado patrimonial; así lo prueba la gran cantidad de decisiones contenidas en los repertorios jurisprudenciales y la extensísima bibliografía existente.

Los autores discrepan sobre cuáles son los presupuestos o requisitos que deben cumplirse para que los daños sufridos por una persona deban ser reparados por otra. La visión sobre este tema ha experimentado cambios significativos a partir del industrialismo. En general, puede afirmarse que el eje central de la cuestión se trasladó del dañador al dañado y, consecuentemente, de la noción de sanción a la de daño. Por eso, se afirma que la llamada responsabilidad civil contemporánea, a diferencia de la responsabilidad penal, apunta o se preocupa más del “daño injustamente sufrido” (por la víctima) que del “daño injustamente causado” (por el autor o responsable).

Esta nueva concepción es recogida por el nuevo Código Civil y Comercial de la Nación.

En efecto, hay, pues, un nuevo enfoque del “fenómeno resarcitorio” que permite hablar del paso del modelo de la responsabilidad civil *como*

*deuda* (del responsable) al modelo de la responsabilidad *como crédito* (del dañado) (1).

Ante estos nuevos vientos que soplan, y debido a la creciente complejidad del mercado actual —que exige a las empresas políticas de gestión cada vez más agresivas y arriesgadas—, existe un incremento cuantitativo y cualitativo de nuevos supuestos de responsabilidad.

Así, por ejemplo, se ha dicho con razón que el dolo cobra cada vez más protagonismo en el ámbito de las actividades económicas, fundamentando este aserto con supuestos tales como directores de una sociedad anónima que falsifican los balances, que insolventan en forma fraudulenta a la persona jurídica administrada, que omiten información social en perjuicio de terceros (p. ej., socios que malvenden sus participación accionaria por manipulación de los datos contables por el órgano de administración, etc.).

En este contexto, adquiere relevancia el análisis de la responsabilidad profesional de los administradores sociales en general y de los administradores societarios en particular. Prueba de ello es que la doctrina especializada viene indagando sobre los posibles mecanismos jurídicos para limitar la responsabilidad de los administradores sociales (2). Asimismo, ha determinado la aparición de un seguro específico para administradores conocido como “Directors and Officers” (D&O), cuyo objeto fundamental es cubrir las consecuencias económicas derivadas de la responsabilidad en que pueden incurrir estos profesionales en el ejercicio de su actividad frente a socios, terceros y la propia sociedad (3).

Los conceptos expuestos precedentemente no constituyen una cuestión menor. Revelan a las claras que el cargo de administrador de una sociedad tiene una dinámica muy compleja que expone, a quien lo ejerce, a una situación de gran responsabilidad.

Por ello, es relevante para el directivo ajustar su conducta al parámetro del *buen hombre de negocios* fijado por el art. 59 de la ley 19.550 (en adelante, LGS), pues cualquier desviación funcional que determine un

---

(1) LORENZETTI, Ricardo, “La responsabilidad civil”, LA LEY 2003-A, 973.

(2) FAVIER DUBOIS, Eduardo (p.) - FAVIER DUBOIS, Eduardo (h.), “Mecanismos para la limitación de la responsabilidad de los directores de sociedades anónimas”, DSE, nro. 298, t. XXIV, sept. 2012.

(3) Conf. SÁNCHEZ, Diego - FRICK, Pablo, “El seguro de *directors and officers* (D&O) y su utilidad como instrumento de gestión societaria”, en *IX Congreso Argentino de Derecho Societario y V Congreso Iberoamericano de Derecho Societario y de la Empresa*, San Miguel de Tucumán (22 al 25/09/2004), Santa Fe, 2004, t. 2, ps. 753 y ss.



apartamento de aquel cartabón puede —en principio— hacerlo responsable patrimonialmente por los daños que ocasione.

Así las cosas, es necesario determinar en qué medida el administrador societario es un *profesional* y, en su caso, qué consecuencias prácticas tiene esta conclusión.

## II. ¿SON “PROFESIONALES” LOS ADMINISTRADORES SOCIETARIOS?

El concepto de “profesional” ha dado lugar a importantes discusiones. En honor a la brevedad, no reiteraremos las diversas corrientes de opinión existentes sobre el particular; lo que excedería la temática de esta monografía (4).

Sin embargo, todas las teorías coinciden en que estamos en presencia de un *experto* en el tema o en un área específica del conocimiento, quien goza de la libertad necesaria para aplicarlo pues esta constituye —precisamente— su destreza.

La tendencia moderna en el estudio de la responsabilidad profesional se orienta en un sentido amplio. Según este enfoque, la profesionalidad no estaría marcada por la existencia de un “título” sino por el hecho de poseer un cierto nivel de conocimientos en una determinada materia, por encima de los del común de la gente; de forma tal que se alude como profesional a todo aquel que por tal razón es un experto en relación con el profano (5).

Así, se puede considerar profesional a quien, teniendo especiales conocimientos, realiza una tarea con habitualidad y fin de lucro, es decir haciendo de ello su forma de vida; con lo cual podría haber profesiona-

---

(4) Ver, entre otros, VINEY, Geneviève, “Les obligations. La responsabilité: conditions”, en GHESTIN, Jacques, “Traité de Droit Civil”, LGDJ, Paris, 1982, p. 655; LORENZETTI, Ricardo, “Tratado de los contratos”, Ed. Rubinzal-Culzoni, Santa Fe, 1999, t. 2, ps. 608 y ss.; del mismo autor, “Nuevos enfoques en la responsabilidad profesional”, LA LEY 1996-C, 1177; ALTERINI, Atilio A. - LÓPEZ CABANA, Roberto M., “Responsabilidad profesional: el experto frente al profano”, en *Derecho de daños (y otros estudios)*, Ed. La Ley, Buenos Aires, 1992, p. 305, nro. 11; MOSSET ITURRASPE, Jorge, “Los profesionales”, RDD, nro. 8, 2000, p. 8.

(5) ALTERINI, Atilio A. - LÓPEZ CABANA, Roberto M., ob. cit.; LORENZETTI, Ricardo, “Nuevos enfoques en la responsabilidad profesional”, LA LEY 1996-C, 1177.

les: pintores, carpinteros, futbolistas, plomeros, electricistas, cocineros, etcétera (6).

El profesional, así considerado, puede tener título habilitante o carecer de él, y, en consecuencia, se comprenden tanto los profesionales universitarios como los egresados de estudios técnicos no universitarios o los “profesionales de hecho”, sin preparación técnica o científica, pero con una destreza o habilidad que es producto de la práctica o ejercicio de una cierta actividad (7).

Desde esta óptica, los administradores sociales son *profesionales* pues son expertos en tanto y en cuanto se supone que conocen y poseen la experiencia, la idoneidad y la solvencia técnica necesarias para el cumplimiento y el desarrollo del objeto de la sociedad administrada.

La actuación diligente del directivo de la sociedad no será juzgada, entonces, conforme a la previsibilidad y a la pericia del hombre común. Por el contrario, lo será con respecto a la de un hombre de negocios medio con todas sus implicancias.

### III. ¿EXISTE UNA CULPA “PROFESIONAL”?

Ha sido objeto de acalorado debate si existe con respecto a los “profesionales” (médico, abogado, etc.) una culpa específica, distinta de la culpa —llamada “común”— aplicable a los “profanos”.

En un comienzo, se sostuvo que existía una culpa profesional, desde el punto de vista científico, que era diferente de la culpa corriente en la cual podía incurrir cualquier persona al causar un daño.

Se sostenía que un profesional, en el área específica de su incumbencia, quedaba en “libertad” para obrar con una acusada dosis de personalismo insusceptible de ser controlada por la autoridad judicial. Se afirmaba que tratar al profesional de manera exigente en punto al nivel de diligencia traería efectos perniciosos; que el profesional se abstuviera de actuar con libertad y eficacia. Así, por ejemplo, el médico, se abstenría de realizar intervenciones quirúrgicas o de recomendar tratamientos que tuvieran ciertos riesgos por temor a las represalias del paciente, ante el fracaso de la asistencia del galeno.

---

(6) LORENZETTI, Ricardo, “Nuevos enfoques...”, cit.

(7) MOSSET ITURRASPE, Jorge, ob. cit., p. 8.

La conclusión de esta corriente de pensamiento fue que debía separarse la culpa profesional de la culpa común, y que el profesional no respondía por la primera y si solo por la segunda. Ello conducía a que el magistrado no podía juzgar al profesional por la conducta ejecutada en cuanto tal, la que quedaba reservada a los tribunales de ética integrado por sus pares.

Modernamente, esta corriente de pensamiento no ha tenido acogimiento. La más calificada doctrina (8) ha sostenido, con razón, que no corresponde hacer un tratamiento privilegiado con respecto al "profesional".

En efecto, la culpa de los profesionales está gobernada por las reglas generales que contemplan la especie. Por lo tanto, el juez ha de valorar en concreto la conducta obrada por el deudor de conformidad con la naturaleza de la obligación y las circunstancias de personas, tiempo y lugar (arts. 1724 y 1725, Cód. Civ. y Com.).

De esta manera, el art. 1725 del Cód. Civ. y Com. permite mensurar el mayor deber de previsión e incluir en el cálculo la incidencia de las condiciones externas y de las condiciones internas o personales.

A su turno, una vez realizada la operación en concreto, el juez imaginará un tipo abstracto que le sirva de comparación. Ese estándar será variable, flexible, fluido, y estará referido al obrar de un profesional diligente —cuidadoso, prudente— de la categoría o clase en la cual quepa encuadrar la conducta del deudor.

En tal sentido, se ha dicho en materia de responsabilidad médica que la diligencia exigible a un médico especialista es mayor que la correspondiente a un médico generalista, pero aquella es siempre la diligencia normal u ordinaria dentro de los especialistas.

Cabe destacar que el establecimiento de clases o categorías variará de acuerdo con las mayores o menores aptitudes personales del profesional y con las demás circunstancias del caso (el profesional diligente común, el especialista, el prestigioso especialista). Asimismo, el modelo abstracto reclama para su pergeño el examen de las circunstancias de tiempo y lugar que son externas; amén de las disimilitudes en punto a la índole de cada deber asumido. De donde, el subjetivismo del modelo no

---

(8) BUERES, Alberto, en BUERES, Alberto (dir.) - HIGHTON, Elena (coord.), "Código Civil y normas complementarias. Análisis doctrinario y jurisprudencial", Ed. Hammurabi, Buenos Aires, 1998, t. 2-A, ps. 159 y ss.

excluiría su abstracción —u objetivación— ni, por supuesto, los múltiples matices concretos.

En suma, la responsabilidad profesional es la que deriva de una infracción típica de ciertos deberes propios de la actividad profesional de que se trate; ya que es obvio que quien se desempeña en una profesión debe poseer los correspondientes conocimientos teóricos y prácticos, y obrar con ajuste a las reglas y métodos pertinentes con la necesaria diligencia y prudencia. Nada hay en la responsabilidad profesional que difiera de los principios básicos de la responsabilidad civil en general; ello, obviamente, sin perjuicio de las particularidades propias o matices diferenciales que en cada concreto supuesto puedan presentarse (9).

Lo expuesto no es ajeno a la responsabilidad profesional de los administradores, como veremos a continuación.

#### **IV. EL INTERÉS SOCIAL, EL CARTABÓN DEL “BUEN HOMBRE DE NEGOCIOS” Y LA ACTUACIÓN DEL ÓRGANO DE ADMINISTRACIÓN**

Se ha dicho con notable didáctica que “[e]l interés social radica en la realización de cuanto es idóneo para satisfacer el objeto social, y que se refleja en una satisfacción proporcional del interés de cada socio. Entonces el desvío del interés se presenta cuando se causa una disminución o retaceo de las posibilidades de la sociedad de cumplir con su objeto propuesto: la producción de bienes o servicios en forma apta para generar beneficios con su actividad” (10).

Así las cosas, la importancia del tema en análisis radica en que el “interés social” señala el sentido en el cual se deberá desarrollar la actividad social de la sociedad. Es decir, el objeto social de la sociedad se deberá desarrollar teniendo en miras el interés de la sociedad, y no el interés exclusivo de los socios. Esta conceptualización resultará de vital importancia en nuestro derecho societario, desde que el concepto de “interés social” brindará una especie de ‘escudo protector’ a los fines de lograr el normal desarrollo de la actividad societaria, en resguardo no solamente de sus principales interesados —los socios—; sino también de todas

---

(9) TRIGO REPRESAS, Félix - LÓPEZ MESA, Marcelo, “Tratado de la responsabilidad civil”, Ed. La Ley, Buenos Aires, 2005, t. 2, p. 277.

(10) Conf. RIVERA, Julio C., “Instituciones de derecho concursal”, Ed. Rubinzal-Culzoni, Santa Fe, 2003, 2ª ed. act., t. 2, p. 350.

aquellas personas que tengan un “interés jurídicamente protegido” para con la sociedad (11).

Los órganos sociales deben actuar de manera tal de favorecer al interés de la sociedad. Este último hace las veces de parámetro para medir la actuación de los distintos órganos societarios, en especial, de los administradores.

Se trata de un concepto normativo que “fluye” —con mayor o menor intensidad— de diversos preceptos contenidos en el ordenamiento societario (arts. 59, 241, 248, 272 y ccds., LGS) y que no se encuentra regulado de manera específica e integral (12).

En fin, los administradores sociales deben actuar —en cuanto órganos y funcionarios del ente— en función del interés societario. Surge así el *deber específico de conducta* de obrar con la lealtad y diligencia del buen hombre de negocios, impuesto genéricamente por los arts. 59 y 274 de la LGS.

## V. PARTICULARIDADES DE LA “CULPA” EN EL DERECHO SOCIETARIO

Normalmente, la culpa del administrador se patentiza *in re ipsa* —los hechos hablan por sí mismos— a través del incumplimiento del deber normativo impuesto por la ley o el estatuto social. En otras palabras, en la “inconducta” está la violación de la lealtad y diligencia querida por la norma del art. 59 de la LGS.

Si bien la antijuridicidad y la culpa son presupuestos de la responsabilidad ontológicamente separables, en el caso de los administradores sociales la distinción se dificulta y se presta a confusión. Esto es así porque la conducta del administrador se encuentra reglada por la ley y el estatuto, normas estas que imponen diligencias que deben observarse en la actuación profesional.

De ahí que la conducta antijurídica revela o “canta” normalmente un obrar culposo.

---

(11) Conf. DOBSON, Juan Ignacio, “El interés social como protección del objeto social”, en LA LEY, supl. esp. “Sociedades comerciales”, dir. por Julio César Rivera, dic. de 2004, ps. 49 y ss.

(12) Conf. MOLINA SANDOVAL, Carlos A., “El difícil contorno del interés social”, ED 194-997.

Esta peculiaridad de la culpa del administrador radica en que estamos en presencia de una actividad reglada —por la ley y el estatuto social— razón por la cual el “rostro de la culpa” presente normalmente en la actuación de este profesional es la *inobservancia de los reglamentos* (arg. art. 84, Cód. Penal); consistente en no observar las diligencias prescriptas por las normas jurídicas para una actividad reglada.

En esta misma dirección, se ha dicho con razón que el estándar legal para caracterizar el “obrar de un buen hombre de negocios”, supone un nivel de exigencia o selección que consiste en el modelo o tipo de conducta de un experto incorporado al órgano de administración, en cuanto a su habitualidad técnica; sin embargo, ese parámetro interpretativo, que marca una tendencia a la calificación de las funciones acorde con el obrar personal e individual del administrador, debe ajustarse tomando en consideración también, la índole y envergadura de la empresa y las características propias de su objeto social. No obstante, la culpa grave como factor de imputabilidad de los presupuestos de la responsabilidad ilimitada y solidaria, es una nota esencial en el régimen societario, por lo que se impone una hipótesis de responsabilidad unipersonal e individual de carácter subjetivo que exige la autoría material y moral con motivo de un acto antinormativo realizado por el administrador, que debe atender a la relación causal y a la imputabilidad en la producción de un daño como consecuencia (13).

Por eso, en el caso “SA Compañía Azucarera Tucumana”, la Cámara Comercial resolvió correctamente que “[s]i bien los directores de una sociedad anónima deben supervisar y controlar toda la gestión empresarial, como responsables que son ante los accionistas que representan, debe tenerse en cuenta que muchos hechos pueden escapar a su control, lo cual es frecuente en caso de un gran volumen de la empresa, aventando por lo tanto la culpa *in vigilando* que se les imputa (...). Fuera de la extensión de responsabilidad en general, por la existencia de una culpa *in vigilando*, los miembros del directorio están exentos de responsabilidad cuando, atento a las circunstancias del caso no han participado de la conducción o realización de las inconductas comerciales (...) Tratándose de una sociedad con gran volumen de negocios, corresponde eximir de responsabilidad a los directores que no tuvieron la gestión inmediata y directa de la empresa, y que aun aplicando la vigilancia y celo exigido

---

(13) GAGLIARDO, Mariano, “Responsabilidad de los directores de sociedades anónimas”, Ed. LexisNexis - Abeledo Perrot, Buenos Aires, 2004, t. II, p. 910.

a todo buen hombre de negocios, no pudieron estar en condiciones de cohonestar las inconductas de los directores implicados” (14).

## VI. CONCLUSIONES DE LA CONSIDERACIÓN DE LOS ADMINISTRADORES SOCIETARIOS COMO PROFESIONALES

Los conceptos esbozados precedentemente, se sintetizan normativamente en el art. 59 de la LGS, que dice: “Los administradores y los representantes de la sociedad deben obrar con lealtad y con la diligencia del buen hombre de negocios. Los que faltaren a sus obligaciones son responsables, ilimitada y solidariamente, por los daños y perjuicios que resultaren de su acción u omisión”.

Esta disposición legal, a su vez, debe complementarse con el art. 1725 del Cód. Civ. y Com.

De la intersección entre ambas, resulta que el deber de previsibilidad del administrador social se ve agravado por los conocimientos especiales que se requieren —y que se supone tiene— para su desempeño como tal. Es razonable apreciar objetivamente que el sujeto “profesional” está —o debe estar— dotado de conocimientos especiales que le hace prever lo que el hombre medio no puede anticipar mentalmente.

Por ello, consecuencias que puede —o debe prever— el “experto” (p. ej., un administrador) no necesariamente son previsibles —ni deben serlo— para el “profano” (p. ej., un socio). Esta idea conduce a la siguiente conclusión: mayor es la responsabilidad del profesional por cuanto deberá hacerse cargo de aquellas consecuencias dañosas de su obrar que —por sus conocimientos especiales (*rectius*: su profesionalidad)— debió prever, aunque en el caso concreto no las haya previsto y aunque alguien que no sea profesional no tuviese el deber de preverlas.

Adviértase la importancia de lo que decimos con el siguiente ejemplo, en el cual la propia ley de sociedad se hace cargo de esta distinción en el tratamiento que debe dispensar al “experto” (por su situación jurídica de administrador) y el “profano” (p. ej., por su situación de socio); ambos en función del “interés social”.

---

(14) CNCom., sala B, 15/03/1982, ED 99-443.

### **VI.1. Situación del socio (limitación al derecho de voto del socio en la SA y en la SRL)**

El art. 248 de la LGS establece la obligación de no votar en la asamblea para el socio o su representante que en una operación determinada tenga por cuenta propia o ajena un interés contrario al de la sociedad y siempre respecto de resoluciones a adoptar en relación con dicha operación. Existe en el caso un conflicto de intereses: por un lado, el interés del socio como socio; por el otro, el interés del socio extraño a su condición de tal, debiendo ser sacrificado este último en atención al primero, imponiéndose la prohibición de votar por la presunción legal de que el socio tenderá a la consecución de su interés extrasocial por sobre el interés que posee en su calidad de tal. La norma parece ser clara con respecto a las consecuencias que acarrea el incumplimiento por parte del socio o su representante de la obligación de abstenerse de votar haciéndolo responsable de los daños y perjuicios, cuando sin su voto no se hubiera logrado la mayoría necesaria para una decisión válida (art. 248, párr. 2º, LGS) (15).

### **VI.2. Situación del director o gerente administrador (abstención de intervenir en la deliberación del órgano de administración cuando tuviere un interés contrario al social)**

La previsión del art. 272 de la LGS establece con claridad que, cuando el director o gerente administrador tuvieren un interés contrario al interés social, deberán comunicarlo al órgano de administración y a los síndicos, además de abstenerse de intervenir en la deliberación, bajo pena de incurrir en la responsabilidad del art. 59 de la LGS. No podrá, entonces, votar ni computarse su presencia a los efectos del quórum. Aun habiendo quórum, la presencia del director en la reunión determinaría responsabilidad de este por la decisión que en ella se adopte, pues la ley ha pretendido evitar que este participe y, de ese modo, ejerza cualquier tipo de influencia sobre los demás administradores. Como se ve, la norma no determina ningún tipo de invalidez, con lo cual no procede declarar la nulidad de la reunión, salvo que haya otorgado con su presencia, quórum para sesionar, siendo la solución similar a la establecida para el accionista con interés contrario (art. 248, LGS), pero a diferencia de lo que ocurre en dicho supuesto, la responsabilidad del director existe aun

---

(15) Sin embargo, doctrina y jurisprudencia se manifiestan en diversos sentidos, por un lado (tesis amplia) quienes sostienen que al violarse la ley da lugar a la nulidad relativa de la decisión asamblearia, y en consecuencia susceptible de impugnación judicial; y por la otra (tesis restringida), quienes sostienen que solo da lugar a daños y perjuicios del socio infractor cuando emitió su voto e hizo mayoría.



cuando sin su voto no se hubiera podido tomar la decisión, no jugando aquí el denominado cálculo de la resistencia, pues la violación del deber de lealtad que fundamenta la responsabilidad no solo exige el voto sino que también puede configurarse por la simple intervención en la deliberación (conf. art. 272, LGS) (16).

En suma, estamos en presencia de un “hombre de negocios” que —se supone— sabe y conoce lo que hace.

Como señala Otaegui (17): “la diligencia del buen hombre de negocios implica experiencia, y por tanto requiere conocimiento de las actividades configurativas del objeto social de la sociedad administrada (LSC, arts. 63-1º-c; 64-I-a; 66 y 11, inc. 3º), importando la carencia de tal conocimiento un elemento configurativo de la responsabilidad”.

Por ello se ha resuelto con razón (18) que “el fundamento para que los directores de una sociedad anónima bursátil estén sujetos a determinadas obligaciones específicas y sean pasibles de imputación de responsabilidad administrativa, directa o indirecta, se halla en la exigencia de proteger al inversor de títulos cotizables. La canalización del ahorro colectivo hacia los mercados de capitales tiende al desarrollo de la industria y del comercio y es lo que suscita la necesaria protección del público inversor”.

El directivo de un ente societario debe prever indefectiblemente, en el desarrollo de su función, cuestiones de las cuales un “buen hombre de negocios” no puede desentenderse; pretendiendo alegar ignorancia.

Lo expuesto anteriormente, obvio es decirlo, no importa desentenderse de las particulares circunstancias de persona, tiempo y lugar que han contextualizado la actuación del administrador, para concluir si este último fue o no diligente en su accionar (arg. art. 1724, Cód. Civ. y Com.).

Por ello asiste razón a Dobson cuando afirma que “la diligencia requerida a un administrador es una diligencia que se adecua al tiempo y lugar, y si bien se le puede reclamar éxito en su gestión, jurídicamente el éxito o fracaso no es un parámetro de conducta; por el contrario, al director se le exige coordinar los factores de la producción de manera ordenada; el beneficio o pérdida no es relevante para el orden jurídico.

---

(16) Conf. STORDEUR, Eduardo, “Manual de derecho societario”, Ed. Ad-Hoc, Buenos Aires, 2002, ps. 405-407.

(17) OTAEGUI, Julio C., “Administración societaria”, Ed. Ábaco, Buenos Aires, 1979, p. 133.

(18) CNCom., sala E, 16/09/2003, “Comisión Nacional de Valores c. Renault Argentina SA”, RSyC nros. 25-26, nov.-dic. 2003 y ene.-feb. 2004, p. 245.

En tal sentido, el deber de diligencia es adecuado a un modelo de conducta a seguir, que nuestra doctrina ha establecido en el llamado 'buen hombre de negocios'; diferenciándose así del *standard* jurídico del 'buen padre de familia', utilizado en el ámbito civilista. El factor 'riesgo agravado' que se encuentra en la actividad comercial es lo que distingue al 'buen hombre de negocios' del 'buen *pater familiae*'. De esta forma, el hombre común representado por el *pater familiae* no actúa y no debe actuar en un mercado de riesgo agravado, sino que por el contrario, es un deber de prudencia del hombre común el evitar los riesgos agravados. La noción de 'buen hombre de negocios' establece una auténtica responsabilidad profesional ya que implica capacidad técnica, experiencia y conocimientos" (19).

Así, por caso, la CNCom., sala B, en autos "Freiberg de Wainstein, Elena B. c. Rogoznicki, Benjamín" (20), con voto de la Dra. Piaggi, dijo:

"El gerente de la sociedad debe conservar los bienes sociales, mantenerlos en el patrimonio social, justificar su transmisión y mantener su producido en el activo, o bien dar cuenta de su destino o aplicación por medio de su registro en la contabilidad legal (...) actuó con culpa grave el gerente que posibilitó la pérdida de las mercaderías que constituían el activo social y omitió las diligencias indispensables para obtener el cobro de los pagarés recibidos".

El anotador del fallo explica con claridad que, "en adelante, la decisión ubica la conducta del gerente bajo el sistema del art. 512 del Cód. Civil, calificada como culpa grave, en tanto se aprecian omitidas aquellas diligencias exigidas por la naturaleza de la obligación, correspondientes a las circunstancias de personas, tiempo y lugar; siendo mayor la obligación que resulte posible de los hechos, cuanto mayor sea el deber de obrar con prudencia y pleno conocimiento de las cosas (art. 902, Cód. Civil). Dice Zachariae, en la nota al art. 512, que el artículo del Código se reduce a un consejo de los jueces de no tener ni demasiado rigor, ni demasiada indulgencia, y de no exigir del deudor de la obligación sino los cuidados razonables debidos a la cosa que está encargado de conservar en razón de la naturaleza de ella; sea en razón de las circunstancias variables al infinito, que modifican su obligación para hacerla más o menos estricta. He aquí el punto de reflexión".

---

(19) DOBSON, Juan Ignacio, ob. cit., p. 54.

(20) LA LEY 1996-B, 127 con nota de CURÁ, José María "Una vez más: un gerente irresponsable (¿Un caso de responsabilidad contractual o extracontractual?)".

El criterio de apreciación que imponía el art. 512 (hoy art. 1724, Cód. Civ. y Com.), en principio, era concreto, desde que partía del análisis de la índole del deber asumido por el deudor; enmarcado dentro de determinadas circunstancias exteriores. Sin embargo, el magistrado, también debía (y debe) tener en cuenta las condiciones personales del deudor, para determinar el mayor o menor grado de previsibilidad exigible en orden a lo que disponía el art. 902 del Cód. Civil, o cuando las calidades o aptitudes del obligado fueron especialmente tenidas en cuenta como “móviles causalizados” (art. 909, Cód. Civil, hoy art. 1725, Cód. Civ. y Com.). Con estos elementos concretos, forjará un tipo abstracto de comparación, fluido y variable en cada supuesto, que representa la conducta normativamente valiosa que debió seguir el sujeto en la situación dada. La existencia de culpabilidad surgirá de la confrontación entre el comportamiento real del deudor y la conducta debida, conforme al modelo ideal elaborado para esa ocasión. En definitiva, se trata de un sistema concreto-abstracto de apreciación de la culpa, pues el modelo de comparación no es rígido, ni esquematizado, sino flexible, en tanto se encuentra estructurado sobre la base de componentes concretos extraídos de la realidad, materia de juzgamiento (21).

En el caso concreto, para apreciar la responsabilidad del administrador en función del cartabón del “buen hombre de negocios” —que como ya dijimos importa capacidad técnica, experiencia y conocimientos— se debe tener en cuenta (22), entre otros factores:

- 1) dimensión de la sociedad,
- 2) su objeto,
- 3) las funciones genéricas que incumben como director y las específicas que se le hubieren confiado,
- 4) circunstancias en que debió actuar (urgencia, acopio de datos, antecedentes e informaciones, etc.) y cómo cumplió con su deber de diligencia.

---

(21) AGOGLIA, María M. - BORAGINA, Juan C. - MEZA, Jorge A., “Responsabilidad por incumplimiento contractual”, Ed. Hammurabi, Buenos Aires, 1993, ps. 109-111; ORGAZ, Alfredo, “La culpa”, Buenos Aires, Ed. Lerner, 1970, p. 134; BUSTAMANTE ALSINA, Jorge, “Teoría general de la responsabilidad civil”, Ed. Abeledo Perrot, Buenos Aires, 1993, 8ª ed. act. y amp., ps. 333 y ss.

(22) Conf. HALPERÍN, Isaac, “Sociedades anónimas”, Ed. Depalma, Buenos Aires, 1974, p. 453.

En este sentido, dice correctamente Dobson que “un ‘buen hombre de negocios’ actuará diligentemente cuando tome decisiones en base a informaciones precisas y de acuerdo a un análisis previo pormenorizado del tema; conscientemente del análisis efectuado; demostrando buena fe, falta de interés personal y una base racional de juicio. El deber de adquirir los conocimientos necesarios para poder desarrollar las funciones asignadas con diligencia y probidad encuentra su fundamento en el hecho de que al no serles requerido a los administradores ninguna exigencia previa a su elección, la aceptación del cargo implica para ellos la necesidad de conocer el negocio para desarrollar las tareas que dicho cargo amerita. Dicho de otro modo, no podrá el administrador de la sociedad alegar falta de conocimiento en materias que versan sobre la administración y funcionamiento de la sociedad, ya que es un deber del mismo el conocimiento necesario para desarrollar dicha función dirigenal (...) sin embargo, es preciso conocer los límites dentro de los cuales puede exigirse la satisfacción del deber de informarse. Entre las circunstancias a tener presentes para valorar la corrección del grado de información adquirido por los administradores pueden mencionarse las siguientes: la trascendencia de la propia decisión para la sociedad, el tiempo disponible para obtener información, los costos de obtener información adicional y los conocimientos que los propios administradores tengan para evaluar la necesidad de disponer de más información” (23).

Como contrapartida, el hecho de calificar como profesionales a los administradores no debe conducirnos a responsabilizarlos por “todas” las consecuencias de su obrar y que hayan encontrado su génesis en la intervención —acción u omisión— del directivo; por mínima que sea.

En efecto, como bien expresa Héctor Alegria (24): “desde hace tiempo pensamos en la necesidad de ‘humanizar’ la responsabilidad, en especial la societaria, haciendo que el peso de la ley y los daños y sanciones respectivas, recaigan sobre conductas posibles, exigibles a seres humanos, aun con las cualidades del buen hombre de negocios, con las que lo caracteriza el sistema jurídico. No estoy hablando de sensiblerías ni de liviandad en el juzgamiento de conductas, sino en el equilibrio de los presupuestos básicos, sobre los cuales después se juzgarán los casos particulares. Esta labor de equilibrio y de ponderación de la responsabilidad con rostro humano en la distribución de premios y castigos, construirá una sociedad más justa que la mera dispersión de sanciones

---

(23) DOBSON, Juan, ob. cit., p. 55 y ss.

(24) En el prólogo de nuestra obra “Responsabilidad civil del sujeto controlante por los daños ocasionados a la sociedad controlada”, Ed. Ad-Hoc, Buenos Aires, 2007, p. 21.

‘a diestra y siniestra’ para atender a pareceres o impresiones circunstanciales o emotivas de espíritus despojados de la prudencia que construye la justicia”.

Una última reflexión. Al igual que ocurre con el tratamiento que cabe dispensarle —mucho más estricto, por cierto, a la hora de juzgar su culpa— al médico especialista con respecto al galeno generalista, de igual modo, el administrador de un ente societario cuyo objeto se refiere a un ámbito de actividades determinadas será juzgado en el sentido que debió prever cuestiones vinculadas a ese objeto social; aun cuando, otro administrador societario de una sociedad con objeto distinto, no hubiese debido preverlas en función de las circunstancias de persona, tiempo y lugar (arg. arts. 1724 y 1725, Cód. Civ. y Com.).

En el precedente resuelto por la CNCom., sala E, “Crear Crédito Argentino SA de Ahorro y Prést. para la Vivienda en Liq. c. Campos, Antonio y otros”, precisamente, se ponderó el aspecto que estamos preguntando: consideró la profesionalidad de los administradores societarios, juzgando más severamente su responsabilidad en función de los conocimientos especiales que se supone poseían para administrar un ente social con objeto financiero.

Así, el tribunal responsabilizó a estos administradores por cuanto debían prever cuestiones que, incluso, el administrador de otra sociedad con objeto distinto (no financiero) no tenía la obligación de prever.

En este sentido, resolvió que “a los fines de analizar la responsabilidad de los directores por el manejo irregular de los fondos sociales, debe tenerse en cuenta el objeto de la sociedad fallida, pues por tratarse, como en el caso, de negocios financieros para los cuales se recurre al ahorro público, la exigencia del buen desempeño de los órganos de administración y fiscalización debe ser más estricta que en las sociedades cerradas y con objeto comercial” (25).

Como podemos apreciar en el precedente citado, el parámetro abstracto del “buen administrador” que debe utilizarse para juzgar la responsabilidad de quien dirige una sociedad que realiza negocios financieros y capta el ahorro público, no es el mismo —en función de las particulares circunstancias del caso, v.gr., el objeto social y por ende la idoneidad que para su ejecución se exige— con el que se debe juzgar a un administrador social que opera con otro tipos de “negocios sociales”.

---

(25) LA LEY 2000-E, 67.

## VII. PROYECCIONES PRÁCTICAS Y JURISPRUDENCIALES DE LA RESPONSABILIDAD DE LOS ADMINISTRADORES SOCIETARIOS COMO PROFESIONALES

A continuación indagaremos si la doctrina y la jurisprudencia nacional ponderan el actuar de los administradores como “profesionales” y qué efectos trae ello aparejado.

Para ello analizaremos diversos ámbitos de actuación de los administradores sociales para analizar, caso por caso, si se ha merituado la calidad de “profesional” al evaluar su desempeño y cómo repercute ello en las consecuencias de ese obrar.

### VII.1. Administrador societario que provoca o agrava la insolvencia de la sociedad

En el caso resuelto por la CNCom., sala B, el 26/11/1998, caratulado “Estructuras Elcora SA c. Yurcovich, Rosa y otro” (26), se responsabilizó patrimonialmente a los administradores y representantes del fallido ante la declaración de la quiebra de su administrado, concluyéndose que “el mal desempeño de los directores no solo consistió en participar directamente en hechos o actos positivos violatorios de la ley y los estatutos; sino también por omisión de las diligencias exigidas por las circunstancias de tiempo, lugar y modo, para evitar o subsanar incorrectos procedimientos que no podían desconocer de haber aplicado la debida atención y preocupación de los asuntos sociales”.

Aunque el fallo no lo diga expresamente, el aserto precedente no se desentiende del art. 902 del Cód. Civil (hoy art. 1725, Cód. Civ. y Com.); partiendo de la premisa de que la condición de administrador impide que los demandados pudieran ignorar —pues deben preverlas poniendo la debida atención y conocimiento de las cosas— las consecuencias dañosas de sus actos.

A mayor abundamiento, la CNCom., sala D, el 10/09/1992, en autos “Phonotone Co. SRL s/ quiebra” (27), dijo que “[l]a obligación de conservar el activo y de informar sobre el destino dado a los bienes interesa, por un lado, a la sociedad administrada y a sus socios, y por el otro, a los terceros ajenos a la sociedad pero acreedores de la misma, que tienen

---

(26) GAGLIARDO, Mariano, “Responsabilidad falencial”, JA 1999-IV-183.

(27) Con nota de MARTORELL, Ernesto E., “Un fallo ponderable en materia de quiebra de una sociedad”, LA LEY 1993-B, 279.

interés en la conservación de la llamada prenda común que garantiza y permite el cobro de sus créditos. Desde que la pérdida del activo ocasionó una evidente disminución de la responsabilidad patrimonial de la sociedad fallida y fue motivada por el incumplimiento por parte de los administradores de los deberes de custodia de ese activo, la responsabilidad de los mismos surge con claridad debiendo fijarse el monto del daño en el monto de los precios por los que fueron adquiridos los bienes no habidos”.

Luego, se hace referencia tácitamente al mentado art. 902 del Cód. Civil (hoy art. 1725 Cód. Civ. y Com.), al mencionarse que “[l]a disposición del art. 59 de la Ley de Sociedades es inderogable, en los términos del art. 166 de la ley concursal —se refiere a la 19.551 (hoy su equivalente sería el art. 173, ley 24.522)—, pues aquella norma consagra un *standard* jurídico clásico, variante mercantil del *bonus paterfamilias* de alto contenido moral. Por ello, la omisión de la diligencia propia de un buen hombre de negocios hace responsable al administrador societario por los daños y perjuicios causados, lo que constituye la culpa leve *in abstracto* y la responsabilidad por los daños y perjuicios causados por la omisión de los cuidados más elementales, lo que configura la responsabilidad por la culpa grave y, obviamente, el dolo”.

Como puede advertirse, también desde esta otra óptica —es decir, un administrador que conduce a la sociedad que administra a un estado de cesación de pagos— no puede eximirse de responsabilidad por los daños ocasionados a ella, incluso a los socios y a los terceros acreedores sociales, alegando que ignoraba cómo debían “conservarse los activos” del ente fruto del ejercicio de la administración social; pues constituye un aspecto que inexorablemente entra en las previsiones que debe efectuar un experto en el tema y, si no lo hace, incurre en negligencia sin poder escudarse en que “hizo lo que pudo”, por cuanto la circunstancias del caso o el estatuto le imponía tomar ciertas precauciones.

## VII.2. Administrador de sociedad controlante que ejerce control abusivo

En los autos “Grumenco Developer SA c. Banco Hipotecario Nacional SA p/D. y P.” (28) —en el cual la actor inicia demanda por daños y perjuicios contra el Banco Hipotecario Nacional por la suma de \$ 16.085.207 por abuso de control externo y rescisión abusiva de la relación jurídica

---

(28) Publicado en BORETTO, Mauricio, ob. cit., ps. 25 y ss.

negocial existente entre ambos (29)— el 05/07/2005, la Cámara Federal de Apelaciones de la provincia de Mendoza, sala B, confirma por mayoría la resolución de primera instancia que concluye que, “al ser el banco una empresa profesional y especializada en la materia, debe reputarse que el establecimiento de la requisitoria o exigencias impuestas en su normativa, fueron a su criterio ‘necesarios’ para el idóneo funcionamiento del sistema negocial por él creado e ‘ineludibles para el buen fin del negocio’. Pero también por ser el banco una empresa profesional y especializada en la materia, no pudo ignorar que el medio técnico que estimó necesario para el logro de los fines del sistema negocial, conlleva como efecto inevitable el establecimiento de una relación jurídica de control societario; que, particularmente, se traduce en la técnica de toma de control societario externo de hecho”.

La referencia —tácita— al art. 902 del Cód. Civil (hoy art. 1725, Cód. Civ. y Com.) y su equivalente el art. 59 LSC— se reafirma cuando el tribunal asevera que “el proceder del banco causó un daño a la actora en el área comercial, financiera y patrimonial, como también en las posibilidades o en las condiciones de supervivencia de la empresa, o en sus chances o razonables expectativas. No se trata de que el banco no pudiera salirse del sistema, sin embargo su carácter profesional le imponía hacerlo con cuidado y prudencia”.

En otro precedente, autos “Instituto Ítalo Argentino de Seguros Generales SA c. Giorgetti, Héctor N. y otros s/ ordinario”, resuelto el 04/02/2013, la mayoría de la sala D de la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Comercial de la Capital Federal (con voto del Dr. Pablo Here-

---

(29) La actora se constituyó para explotar una empresa desarrollista inmobiliaria (*developer* u “originante”) y a tal fin solicitó y obtuvo su inscripción en el Registro de Sociedades Originantes llevado por el Banco Hipotecario. El tipo de operatoria llevado a cabo por ambas consistió en que ambos eran partes de un sistema de desarrollo de viviendas en el territorio argentino en el cual el banco Hipotecario financiaba la construcción y a los usuarios finales y los originantes construían el producto y originaban hipotecas que posteriormente el banco les descontaba y luego, cerrando el ciclo, se securitizaba a través del mercado de capitales. Dentro de este sistema las originantes eran parte de la estructura de ejecución, comercialización y originación de hipotecas. Para todo esto, la actora debía contar con una organización empresarial adecuada y, en particular, recursos humanos apropiados. El tribunal de primera de instancia entiende que la adhesión de la actora al sistema instaurado por el banco implicó una adhesión a la reglamentación dictada por la propia entidad y esa reglamentación contenía una clara predisposición al establecimiento de una relación de control, en tanto poseía una fortísima determinación en la existencia y la “vida” misma de los sujetos “invitados”, que iba desde el tipo societario hasta la naturaleza de las acciones, pasando por el capital social y fundamentalmente por el objeto societario que debía ser exclusivo y poseer un contenido expresa y detalladamente predeterminado.



dia) aplicó la tesis de la absorción del régimen societario y/o concursal por el régimen común (en materia de responsabilidad civil), analizando correctamente la *responsabilidad* concursal del sujeto controlante a la luz del art. 173, párr. 2º de la LCQ, en función de los presupuestos de la responsabilidad civil regulada por el Código Civil.

En tal sentido, tomamos algunos párrafos del fallo que, por su elocuencia, corroboran lo antes indicado, pudiendo citar los siguientes:

i) “Pues bien, partiendo entonces de la base de que los supuestos de infracapitalización societaria “material” pueden justificar la promoción de acciones de responsabilidad concursal (esta sala, ‘Conix SA s/ quiebra c. Edixer SA y otro s/ ordinario’, sentencia del 16/03/2009, voto del suscripto) y de que, como se dijo, en los casos de control participacional —definido como tal en los términos del art. 33, inc. 1º, de la ley 19.550— el sujeto controlante puede ser sujeto pasivo de la acción pertinente pues, en cuanto tal, tuvo la posibilidad de tomar decisiones y de evitar conductas inadecuadas (conf. Ramírez Bosco, L., ‘Responsabilidad por infracapitalización societaria’, Buenos Aires, 2004, p. 108), juzgo en coincidencia con lo expuesto por la sentencia de primera instancia que están reunidos los presupuestos para condenar a Solfin SA, esto es, la antijuridicidad, el factor de atribución, el daño y la relación causal”.

ii) “El factor de atribución exigido por el art. 173, primer párrafo, de la ley 24.522 es el dolo. Imputado a un sujeto controlante, el dolo de que se trata consiste en la gestión desleal de la controlada, que le ha reportado un beneficio propio o a otra sociedad controlada del grupo (conf. Otaegui, J., ‘Concentración societaria’, Buenos Aires, 1984, p. 452, nro. 283). Es una modalidad del dolo delictual referido por el art. 1072 del Cód. Civil y que encierra, en sustancia, el conocimiento de la significación antijurídica del hecho y, a la vez, la voluntad de realizarlo (conf. Trigo Represas, F. - López Mesa, M., ‘Tratado de la responsabilidad civil’, Buenos Aires, 2004, t. I, p. 663; en igual sentido: Llambías, J., ‘Tratado de derecho civil. Obligaciones’, Buenos Aires, 1973, t. III, ps. 706-707, nro. 2279; Santos Briz, J., ‘La responsabilidad civil’, Ed. Montecorvo SA, Madrid, 1991, t. I, p. 40). Pues bien, con relación al caso, interpreto que la presencia de dicho conocimiento de la significación antijurídica del hecho y la voluntad de realizarlo, se infiere con relación a Solfin SA claramente de lo expuesto en el párrafo anterior y, particularmente, de lo siguiente: a) asumió en forma incondicionada e irrevocable el compromiso de adquisición de las acciones de Sociedad Comercial del Plata SA —lo que implicaba una erogación de U\$S 39.648.451,92 según lo antes dicho— en momentos en que ya era notorio su propio desequilibrio económico y financiero según lo explicó el peritaje contable rendido en autos, sin recibir críticas (fs. 597

vta./598); b) permitió que su controlada insistiera ante la autoridad de aplicación en la posibilidad de mantener las acciones de Sociedad Comercial del Plata SA como aportes de capital, sabiendo de la difícil situación de insolvencia que aquejaba a esta última (reconocida por Sociedad Comercial del Plata SA al solicitar tiempo después su propio concurso preventivo), sumándole a ello la pretensión de que tales acciones fueran valoradas a una cotización que no era la real, en contraposición con lo previsto por el art. 30.1 de la RSSN 25.804/98); c) a través de su controlada impulsó todo lo anterior dentro de un tiempo próximo a la petición de disolución anticipada reglada por el art. 50 de la ley 20.091, y de su propio concursamiento preventivo, lo que tuvo lugar en setiembre de 2000. En suma, todo indica que Solfina SA, sea a través del control ejercido sobre la aseguradora en las peticiones que ella hizo ante la autoridad de control, sea por actos propios, se condujo “a sabiendas” de que las medidas adoptadas para cubrir el déficit de capital mínimo oportunamente advertido en los términos del art. 31 de la ley 20.091 no servirían a su controlada para superar, realmente, la infracapitalización material que padecía, sino solamente para lograr validaciones de excepción por parte de dicha autoridad de control que, en los hechos, la tolerancia de esta última siempre delimitó a períodos breves, vencidos los cuales se volvía a insistir con nuevas e ingeniosas medidas tendientes a lograr el mismo resultado engañoso. Tal actuar, obviamente, estuvo teñido de desprecio hacia lo que significa la constitución del capital mínimo de una aseguradora, el cual —como lo enseña Halperín— lejos de tener una función secundaria, la tiene en suma importancia no solo al inicio de la actividad, sino también durante el ejercicio normal, ya que el capital mínimo está llamado a cubrir el déficit causado por los apartamientos de la hipótesis estadística, defectuosa selección de riesgos, etc. (conf. Halperín, I., ‘Seguros - Exposición crítica de la ley 17.418’, Buenos Aires, 1970, ps. 703/704, nro. 33). Y aún si se negase como existente un dolo ‘directo’ (es lo que hace Solfina SA al señalar que le fue imposible prever que no podría cumplir el ‘contrato de opción de venta’; fs. 801 y vta.), considero que el contexto fáctico explicado por el peritaje contable, del que resulta que las empresas del grupo y la propia apelante entraron en estado de cesación de pagos el 22/06/1998 (fs. 598), muestra, cuanto menos, la presencia de un dolo eventual, que se da cuando el sujeto se representa y no descarta la posibilidad de un resultado dañoso (conf. Alterini, A., ‘Responsabilidad civil’, Buenos Aires, 1974, p. 97), lo cual es igualmente suficiente para tener por configurado el factor de atribución previsto en la ley (conf. CNCom., sala D, 21/04/2010, ‘Cresaltex SRL s/ acción de responsabilidad’; Truffat, D., ‘La acción concursal de responsabilidad y los directores abandonicos o groseramente irresponsables - Posibilidad del dolo eventual como factor de atribución’, en la obra colectiva *La responsabilidad*

*de los administradores en las sociedades y los concursos*, Ed. Instituto Argentino de Derecho Comercial, Buenos Aires, 2009, ps. 429 y ss.). Solo me importa agregar, para concluir este aspecto, que a la constatación de la existencia de dolo puede llegarse en esta como en otras materias por cualquier medio probatorio, incluso por presunciones (conf. CNCiv. sala G, 27/07/1984, 'Montes, Alberto', JA 1985-I, p. 295; Aguiar, H., 'Hechos y actos jurídicos', Buenos Aires, 1924, t. I, p. 203, nro. 70), valiendo también recurrir a indicios, conjeturas, argumentos indirectos o confrontaciones (conf. Busso, E., 'Código Civil anotado', Buenos Aires, 1949, t. III, p. 243, nº 45; Trigo Represas, F. - López Mesa, M., ob. cit., t. I, p. 677); y que ha sido con tal inteligencia que, precisamente, he adquirido el convencimiento expuesto en este párrafo".

iii) "Finalmente, en cuanto a la relación de causalidad, cabe referir a sus dos aspectos. El primero, en cuanto elemento que vincula la conducta del responsable con el daño, toda vez que la autoría no puede concebirse aislada del perjuicio. En este sentido, la conducta ha de estar vinculada causalmente a la insolvencia o a la situación patrimonial del quebrado (conf. Rivera, J., 'Instituciones de derecho concursal', cit., t. II, p. 326). Dicho de otro modo, desde esta perspectiva, la relación de causalidad se refiere al adecuado nexo en términos de causa-efecto que debe constatarse entre la conducta dolosa del sujeto involucrado y la causación del perjuicio, esto es, la disminución de la responsabilidad patrimonial o producción de la insolvencia (conf. Roitman, H., 'Responsabilidad de terceros en la quiebra', RDPC nro. 11, 'Concursos y quiebras II', p. 39, cap. 5.4). El segundo, se refiere al modo en que la relación causal permite mensurar la extensión de la reparación, atribuyendo al autor responsabilidad por las consecuencias que son imputables a su conducta antijurídica. Aplicando esta segunda noción, han de atribuirse al sujeto los 'perjuicios causados' como reza el art. 173 de la ley 24.522. Estos perjuicios son las consecuencias inmediatas, que son siempre a cargo del autor de la conducta dañosa (art. 903, Cód. Civil), y las consecuencias mediatas que él haya previsto o podido prever empleando la debida atención y conocimiento de la cosa (art. 904, Cód. Civil). Pero como la responsabilidad concursal de que se trata se funda en el factor dolo, el agente puede también responder por las consecuencias objetivamente causales cuando las hubiese previsto (art. 905, Cód. Civil; Rivera, J., 'Instituciones de derecho concursal', cit., t. II, p. 326; Alterini, J., 'El dolo en la indemnización de daños: incrementos, limitaciones, atenuaciones, compensaciones', LL del 29/07/2009). Teniendo en cuenta lo anterior y por lo que toca al caso, corresponde señalar: I.- Que la presencia de un nexo entre la conducta imputada al demandado (causa) y el perjuicio causado (efecto), examinada a la luz de la teoría de la causa adecuada (conf. Bustamante Alsina,

J., ob. cit., p. 219, nro. 590; Orgaz, A., 'El daño resarcible', Buenos Aires, 1967, ps. 46-47, nro. 19), no es cuestión de la que pueda dudarse a partir de las consideraciones que expuse al tratar sobre el factor de atribución”.

### **VII.3. Administrador de sociedad “vacuada” patrimonialmente y desbaratamiento de derechos de terceros (trabajador con salarios impagos)**

En los autos resueltos en definitiva por la Cámara Civil y Comercial de Lomas de Zamora, sala I, el 15/05/2008, caratulados “Gerez de Martino, María c. Amoros de Ledo, Aurora”, el juez de primera instancia había rechazado la demanda por daños y perjuicios iniciada por una trabajadora contra el presidente y los directores de una sociedad de responsabilidad limitada empleadora, debido a la falta de pago de rubros laborales reclamados por aquella con motivo de su despido indirecto, ante el vaciamiento patrimonial del ente.

La actora interpuso recurso de apelación.

La Cámara de Apelaciones revocó la resolución impugnada, haciendo lugar a la demanda entablada con estos fundamentos:

a) El incumplimiento total o parcial de los deberes formales que competen a una sociedad respecto de un dependiente a quien mantiene en una situación irregular, importa el incumplimiento de la normativa impositiva y provisional y un fraude laboral que no puede imputarse a la persona jurídica, sino a las personas físicas que obran por aquella, es decir, a los socios, gerentes, directores y administradores, por medio de los que se manifiesta y obliga.

b) El art. 279 de la Ley de Sociedades (t.o. 1984, Adla, XLIV-B, 1319) permite a cualquier persona, socio o tercero, interponer acción en contra de los directores, reclamando una indemnización por los daños derivados de los actos de los administradores que lesionen directamente sus intereses, procurando resarcir un daño directo o inmediato en el patrimonio de ellos, vale decir, que protege solo los intereses directos de los terceros.

c) El presidente de una sociedad anónima y los miembros del directorio deben ser responsabilizados por los daños causados al trabajador si se encuentra probado que hubo un vaciamiento injustificado del patrimonio social durante el período en que aquel prestó servicios y hasta su cese, lo que motivó el inicio del juicio laboral que obtuvo sentencia

favorable, y cuya efectivización se vio frustrada por la absoluta falta de activo de la condenada.

En nuestra opinión, el presente fallo se incardina en la discusión existente acerca del fundamento de la responsabilidad de los administradores societarios por el fraude laboral.

El debate comenzó con el interrogante sobre la aplicación de la teoría de la desestimación de la personalidad jurídica —*en busca de socios solventes escudados en la estructura societaria*— con motivo del fraude laboral en el cual incurre la sociedad empleadora, al ser parte esta de una relación de empleo en “negro”; cuestión que dio lugar a importantes aportes doctrinarios (30) y jurisprudenciales (31) erigiéndose todos ellos en una suerte de búsqueda por encontrar cuáles eran los presupuestos necesarios para aplicar dicha teoría.

Por un lado, los laboristas puntualizaron que violar la normativa laboral mediante la clandestinidad de las relaciones con los trabajadores, constituye una “actuación societaria” que desvía la causa fin, aun cuando no sea en la totalidad de la gestión empresarial (32). Mientras que, por el otro, la corriente comercialista entendió que la desestimación de la personalidad —pautada en el art. 54 ter, LSC— requiere el desvío de la causa fin del negocio jurídico societario, aspecto que no se configura por la sola contratación informal. En suma, si no existe una “manipulación” de la estructura societaria tendiente a desbaratar derechos de terceros —v.gr., se interpone una sociedad *insolvente e infracapitalizada* como empleadora para frustrar el cobro de la acreencia del empleado a fin de que este no pueda dirigirse directamente contra el socio o controlante “manipulador”— no corresponde desestimar la personalidad (33).

---

(30) Entre muchos, ver los importantes opúsculos de JUNYENT BAS, Francisco, “Responsabilidad de los administradores societarios por fraude laboral (apuntes a los fallos ‘Delgadillo Linares’ y ‘Duquelsy’)”, RDPC 2000-1-183 y ss.; FERRER, Germán L., “La responsabilidad de los directores de sociedades anónimas y la inoponibilidad de la persona jurídica en la relación de empleo ‘en negro’ (a propósito del caso ‘Duquelsy’ y sus comentarios)”, RDPC 2000-1-203.

(31) Entre otros, CNTrab., sala III, 11/04/1997, “Delgadillo Linares, Adela c. Shatell SA y otros s/ despido”, en libro de ponencias de las XXIV Jornadas de Derecho Laboral Rioplatenses, Colonia, Uruguay, del 12 al 14/11/1998; *id.*, 19/02/1998, “Duquelsy, Silvia c. Fuar SA y otro”, RDPC 2000-1-238.

(32) JUNYENT BAS, Francisco, “‘Delgadillo Linares’ versus ‘Palomeque’. A propósito de visiones paradigmáticas diferentes”, DSyC nro. 236, julio 2007, ps. 645 y ss.

(33) Por ello, en nuestro parecer, se resolvió correctamente en CNTrab., sala V, 28/03/2007, “Baldo, Anunciación Á. c. Cervellera, Martín y otros s/ despido”, autos 56/06, que “[e]l cierre intempestivo de la empresa sin abonar indemnización alguna

Así fue que, en función de esta última línea argumental, a *posteriori* la discusión se trasladó —también en busca de personas solventes— hacia la responsabilidad de los administradores de la sociedad por el “trabajador en negro”.

Se asintió que, si quienes han contribuido con su conducta a desbaratar los derechos del trabajador han sido los *administradores societarios*, no basta con invocar la clandestinidad laboral para intentar *correr el velo societario* para ir contra los socios y/o controlantes y, mucho menos, contra los propios administradores; todo lo contrario, no se aplica la teoría de la desestimación y, en su caso, habrá que ver en qué medida se verifican los presupuestos de la acción individual de responsabilidad del art. 279 de la LGS para accionar contra los directivos que violaron el cartabón del “buen hombre de negocios” (arts. 59 y 274, LGS), en detrimento de los terceros trabajadores (34).

---

no resulta suficiente como para considerar viable la extensión de la condena peticionada con fundamento en el art. 54 de la Ley de Sociedades (...). Digo así pues advierto que la actora estaba correctamente registrada y no se describieron ni se demostraron por parte de los accionados conductas clandestinas respecto de aquella, tales como el pago del salario por fuera de los recibos legales —total o parcialmente—, ni que se hubiera constituido la sociedad con fines extrasocietarios o al mero efecto de violentar la legislación laboral vigente”.

(34) Este criterio fue seguido en el expte. 11.183/2005, “Mas, Gustavo J. F. c. Sastre, Gastón y otros s/ despido”, resuelto por la CNTrab., sala II, el 07/03/2007, la cual sostuvo que “[n]inguna prueba produjo el ahora recurrente quien, por lo demás, en su memorial de agravios se reconoce como presidente del Directorio de la sociedad extranjera —con sede en Estados Unidos— sin especificar las responsabilidades inherentes a dicho cargo en el marco de la estructura societaria de Azul Tel Inc., lo que impide considerar la defensa esgrimida con sustento en lo dispuesto en el art. 36 de la LCT, máxime cuando no puede obviarse que, en lo que hace a la actuación de las sociedades constituidas en el extranjero, la responsabilidad de sus representantes se encuentra comprometida en similares términos a los que se establecen para los directores y administradores en la ley de sociedades comerciales (conf. arts. 12 y 274, LSC). Gastón E. Sastre es quien en el país asumió la representación legal de la sociedad extranjera. Así, tanto las respuestas dadas en nombre de Azul Tel Inc. —sucursal argentina— en el intercambio telegráfico, como los recibos de haberes correspondientes al actor se encuentran suscriptos por Gastón E. Sastre en su calidad de representante legal de la sociedad codemandada. En este sentido cabe advertir también que mediante escritura pública ante notario español, Gastón E. Sastre responde los términos de la demanda en nombre de la sociedad, en tal contexto, corresponde estar a las previsiones del art. 121 de la ley 19.550, y en consecuencia, por aplicación de lo dispuesto en el art. 274 de la LSC, extender la condena a dicho coaccionado, puesto que en su carácter de representante legal de la sociedad empleadora no podía desconocer la grave irregularidad que implicó el registro parcial de la remuneración, tanto respecto del trabajador afectado, como frente a los organismos de la seguridad social, y la comunidad en su conjunto. En definitiva, aquí se cuestiona la actuación personal de los adminis-

En este caso, la vía legal correcta es la acción de responsabilidad del art. 279 de la LSC —con fundamento también, obviamente, en los arts. 59 y 274, LGS— y no la acción de desestimación de la personalidad jurídica del art. 54, último párrafo, de la LGS.

Sin embargo, cuando el tema parecía “cerrarse”, arremetió prestigiosa doctrina con nuevos argumentos y sostuvo que si se verifica el vicio en la causa del negocio societario (sea en la constitución cuanto en la actuación del ente) puede quedar habilitada la aplicación del mentado art. 54 de la LSC con respecto a los administradores sociales, pues si bien esta norma se refiere a los socios y/o controlantes “la descripción del fenómeno que origina las sanciones no se ha limitado al acto de constitución de la sociedad, ni se remonta al origen del ente para tornar aplicable la norma, sino que, la expresión ‘actuación’ debe entenderse también como comprensiva de cualquier acto emanado de los órganos de la sociedad en los cuales se exprese su voluntad y que tenga como víctimas a los terceros ajenos a la sociedad o a algunos de sus integrantes, cuyos derechos puedan ser violados a través de las conductas consumadas por el ilegítimo empleo de las formas societarias” (35), añadiéndose que “la imputación directa de dichos actos a los socios y/o controlantes que la hicieron posible, es decir, que aunque el texto legal no lo diga expresamente, están incluidos los administradores sociales, sean o no socios, que hayan incurrido también en dicha conducta, mediante su actividad dirigencial” (36).

Para nosotros, y más allá de los términos en que ha quedado “trabada” la discusión, en aquellos casos en que no existe vicio en la causa del negocio societario —que justifique la desestimación de la personalidad— y tratándose de administradores societarios, siempre que exista relación de causalidad adecuada entre el daño al trabajador y la con-

---

tradores de un ente societario por su obrar doloso o culposo, por lo que corresponde evaluar el caso, no ya conforme lo previsto en el art. 54 de la LSC, sino a la luz de las normas comunes de imputación subjetiva de responsabilidad, por lo que no resulta de aplicación la doctrina emanada del más alto tribunal en los precedentes ‘Palomeque’ [Fallo en extenso elDial - AA16F0] y ‘Carballo’ [Fallo en extenso elDial - AA13E7] (en este sentido, ver fallos de la CNCom., sala B, ‘Eduardo Forns c. Uantu SA s/ ordinario’ del 24/06/2003 [Fallo en extenso elDial - AA1958] —JA 21/12/2003, 2003-IV— y CNCom., sala E, ‘Nougues Hnos. SA s/incumplimiento en la presentación de estados contables), sino lo específicamente dispuesto en el art. 274 de la Ley de Sociedades, y ello en función de lo expresamente previsto en el art. 121 con relación a los representantes de las sociedades constituidas en el extranjero” (elDial del 18/07/2007).

(35) NISSEN, Ricardo, “Curso de derecho societario”, Ed. Ad-Hoc, Buenos Aires, 1998, p. 129.

(36) JUNYENT BAS, Francisco, “‘Delgadillo Linares’...”, cit.

ducta de aquellos; estos serán responsables y podrán ser condenados *conexamente o concurrentemente con la sociedad empleadora “parte” de la relación laboral irregular, la que no está exenta de responsabilidad.*

Sin embargo, la norma aplicable a tal fin no será el art. 54 de la LGS.

#### **VII.4. Responsabilidad de los administradores por usurpación de negocios conexos de la sociedad**

Se ha explicado con razón que “los administradores de sociedades cumplen sus actividades dentro del marco legal correspondiente a las funciones de administración y representación que la ley 19.550 les otorga. Es así que realizan todos los actos necesarios tendientes al cumplimiento y logro del objeto social (...) en tal actividad, frecuentemente se presenta al administrador o gerente la oportunidad de realizar negocios que pueden ser considerados incompatibles con sus obligaciones para con la sociedad administrada y sus socios (...) en virtud de esta realidad, es necesario determinar qué es lo que el administrador puede realizar a título personal, o quizá a través de otra sociedad o asociado a terceros, sin lesionar por ello los intereses de la sociedad que él administra. Debe determinarse si el nuevo negocio que se presenta corresponde a la sociedad o si puede ser encarado por el administrador. Para ello debe tenerse en cuenta que el administrador o gerente no debe derivar para su ganancia personal los nuevos negocios y oportunidades que en justicia pertenecen a la sociedad (...) la razón por la cual los administradores no pueden apropiarse de estas oportunidades de la sociedad es la misma por la que no pueden apropiarse de los activos y propiedades de la empresa (...) para no incurrir en responsabilidad, el director deberá actuar con buena fe informando a la sociedad sobre la aparición del nuevo negocio a los fines de que esta manifieste su voluntad de encararlo o bien dejarlo en libertad de acción. Está fuera de discusión que el administrador no puede utilizar el nuevo negocio ni el personal, ni los equipos, ni los recursos financieros de la sociedad (...) cabe preguntarse si el director o gerente responde solo por el daño causado, en el sentido de daño emergente, o si deberá además ingresar a la sociedad las ganancias del nuevo negocio. Entendemos que si el administrador se apropió indebidamente de una oportunidad de la sociedad, no bastará con que abone los sueldos de los empleados utilizados, o que pague los intereses de los recursos financieros que tomó prestado. Deberá ingresar a la sociedad todas las ganancias como si la que hubiera actuado hubiera sido la sociedad” (37).

---

(37) Conf. MACIEL, Hugo, “Responsabilidad de los administradores por usurpación de negocios conexos con la sociedad”, LA LEY 1996-E, 1078.



Se trata, como podemos observar, del supuesto de los administradores que por estar en el seno de la sociedad tienen a su alcance información que podrían usar en perjuicio de aquella. Es el caso de los “administradores intráneos”, cuyo proceder y el beneficio obtenido —fruto del aprovechamiento personal de la oportunidad que pertenecía a la sociedad, a quien privó de ella — recibe el nombre de *insider trading*. Es decir, se divulga a terceros secretos propios de la compañía que no son de conocimiento público; para beneficio propio del administrador.

Este proceder desleal de los administradores se vincula, además, con la doctrina del *corporate opportunity* o de usurpación de oportunidades comerciales. En efecto, el administrador —gracias a su posición funcional— aprovecha en su propio interés las oportunidades que se le presentan a la sociedad, la cual tiene claramente un derecho, un interés o una expectativa formada respecto de ella.

### **VII.5. Responsabilidad de los directores por incumplimiento de un contrato de mutuo celebrado por la sociedad administrada**

La Suprema Corte de Justicia de Mendoza, sala I, el 03/11/2017, en autos “González, Luján I. M. c. Ranftl, Roberto y ots. s/ daños y perjuicios p/ rec. ext. de inconstit. - casación”, J. 40748/13-00633961-6 (010305-52661) debió resolver si resultaba arbitraria la sentencia que, confirmando la de primera instancia, rechazó la demanda incoada contra dos directores de una sociedad anónima (acción individual de responsabilidad art. 279, LGS), por los daños que le habría ocasionado a la actora el incumplimiento de un contrato de mutuo que esta había celebrado con la sociedad, a través de su presidente.

Razonó de la siguiente manera:

- En este aspecto, la Cámara —cuya sentencia se recurre ante el Superior Tribunal provincial— valoró la actuación de los directores y concluyó que en ningún caso sus conductas configuraban el dolo o culpa grave requerido por la norma societaria para habilitar la imputación personal de las consecuencias dañosas invocadas por la recurrente.

- Para ello, el sentenciante ponderó expresamente que la sociedad concursada se encontraba en una difícil situación financiera al momento de celebrarse el contrato, señalando además que desde marzo de 2007 la empresa ya celebraba convenios de financiamiento.

- En este sentido, también trajo a colación los dichos del testigo Sandri (empleado de Coarex) —quien sostuvo que la empresa atravesaba

una difícil situación financiera desde que él ingresó a trabajar en el año 2003— y tuvo en cuenta las declaraciones del testigo Riveira —quien afirmó que desde el año 1996 la empresa operaba, como alternativa normal de financiamiento, con mercados financieros, bancos y entidades financieras, y que la razón de la presentación en concurso fue la crisis financiera ocurrida en Estados Unidos durante el segundo semestre del año 2008—, en virtud de la cual, agrega en su deposición, fueron canceladas muchas órdenes de compra, lo que unido a la falta de financiamiento provocó dificultades que llevaron a la empresa a concursarse.

- Siguiendo con la valoración de la prueba arrimada, sostuvo que si bien el síndico del concurso declaró en esta causa que los directores “debían” conocer el estado de cesación de pagos desde el año 2001, ello en manera alguna podía significar que los préstamos tomados con posterioridad fueran a ser incumplidos intencionalmente, máxime si habían celebrado otros contratos con la actora con posterioridad a esa fecha y estos habían sido pagados.

- En la misma dirección, sopesó las condiciones personales de la Sra. González —quien contaba con conocimientos propios en cuanto a los negocios que manejaba— y el llamativo hecho de que en la reunión de directorio celebrada el mismo día de la toma del préstamo con la actora, el presidente no puso a consideración el contrato, siendo evidente que la conducta de los directores hasta ese momento era el tratamiento de las formas que tenían para financiarse.

- La suma de indicios que el recurrente señala como indicativos del dolo o culpa grave de los accionados (impedir que los compradores del mosto repagaran directamente a la actora, como estaba pactado, indicándoles que lo hicieran directamente a Coarex, el poco tiempo transcurrido entre el préstamo, el cambio de ejecución en la forma de pago y la presentación en concurso, presentación simultánea del Sr. Quintana en convocatoria y el intento de cambiar los miembros del Directorio ya conociendo el estado de cesación de pagos) no bastan para conmovir los argumentos a mérito de los cuales la Cámara descartó la causal de responsabilidad —dolo, culpa grave o mal desempeño del cargo—, ponderando para ello una serie de pruebas, a mérito de las cuales concluyó, sin arbitrariedad, que el incumplimiento del contrato celebrado con la actora no había sido intencional ni había derivado del mal desempeño de los directores, máxime cuando existían otros préstamos tomados en la misma fecha que habían sido cumplidos.

- A todas estas razones que fundamentan suficientemente el fallo criticado, cabe agregar un hecho de público conocimiento que sin lu-

gar a dudas incidió drásticamente en la situación que desembocó en el concurso de la accionada: la crisis financiera del año 2008. Este acontecimiento —que muy pocos pudieron predecir— comenzó a gestarse, según las crónicas especializadas, para fines del año 2007 y principios del 2008, cuando Estados Unidos comenzó a padecer las consecuencias de la enorme burbuja inmobiliaria causada por las llamadas hipotecas *subprime*. Así como señala George Soros en su libro “El nuevo paradigma de los mercados financieros” (Taurus, 2008), “[e]l estallido de la crisis económica de 2008 puede fijarse oficialmente en agosto de 2007 cuando los Bancos centrales tuvieron que intervenir para proporcionar liquidez al sistema bancario”. Tras varios meses de debilidad y pérdida de empleos, el fenómeno colapsó entre 2007 y 2008, causando la quiebra de medio centenar de bancos y entidades financieras”, entre las cuales puede contarse el banco de inversión Lehman-Brothers, que se declaró en quiebra el 15/09/08 haciendo que los mercados financieros bajaran drásticamente (38).

- La crisis impactó en una primera fase en el mercado financiero e inmobiliario, para luego extenderse a sectores de la economía estadounidense y mundial.

- Estos datos, evidentemente, colaboran a formar la convicción judicial en cuanto a la falta de prueba contundente que permita sostener razonablemente una impericia en el manejo de los negocios, u otra causal que permita endilgar responsabilidad a los directivos (mal desempeño, culpa grave, violación de la ley, estatuto o reglamento, dolo o abuso de facultades, violación de los deberes de lealtad y diligencia) en tanto fueron muchas las empresas financieras y de otra índole que, sin poder adelantarse a los acontecimientos, vieron fuertemente afectadas sus operatorias por la falta de acceso al crédito que produjo la caída de todos los indicadores (39).

- En este punto, tengo para mí que el mero conocimiento que tuvieran los directores de la delicada situación financiera por la que atravesaba la empresa no parece suficiente para atribuirles linealmente responsabilidad, toda vez que hasta el momento de su convocatoria —que

---

(38) (<http://www.elmundo.es/especiales/2008/10/economia/crisis2008/lascausas/index.html>; [https://es.wikipedia.org/wiki/Gran\\_Recesi%C3%B3n](https://es.wikipedia.org/wiki/Gran_Recesi%C3%B3n); [https://www.clarin.com/economia/economia/crisis-financiera-modifico-sistema-mundial\\_0\\_SyFYrldcwmg.html](https://www.clarin.com/economia/economia/crisis-financiera-modifico-sistema-mundial_0_SyFYrldcwmg.html)).

(39) ([https://www.clarin.com/ediciones-antiores/quiebra-lehman-brothers-abre-crisis-bursatil-mundial\\_0\\_Bydf1b30pYx.html](https://www.clarin.com/ediciones-antiores/quiebra-lehman-brothers-abre-crisis-bursatil-mundial_0_Bydf1b30pYx.html))

coincide con una crisis de financiamiento global de proporciones épicas—, los métodos de financiamiento a los que recurrían surtían eficazmente efectos, permitiendo no solo mantener el giro de la empresa sino incluso realizar mejoras, tal como fluye de las declaraciones de los Sres. Sandri, Riveira y Herrera. (cfr. en este punto Actas de Asambleas del año 2002 en las que se refiere falta de liquidez de la empresa, falta de crédito y necesidad de financiarse para continuar con la empresa en marcha).

- Estas circunstancias pudieron conducir razonablemente (arts. 512, 902 y ccds., Cód. Civil) a pensar que la situación patrimonial de la empresa no se expresaba como constitutiva de una insolvencia definitiva, con sus conocidas notas de generalidad y permanencia, máxime cuando se sabe que la cesación de pagos es un estado de hecho ambiguo, cuya realización no permite, por lo común, afirmar en ese momento que realmente el deudor haya caído en insolvencia, para luego ir acentuándose hasta que se revela por hechos cuya interpretación no deja lugar a dudas (40).

- Se destaca, además, en esta línea de razonamiento, que según las constancias acompañadas por la propia recurrente, el día 12/05/2008 se firmaron tres contratos en total entre las partes: el denunciado como incumplido a través de la demanda de verificación y por vía civil (u\$s 250.000) y dos más que ascendían a U\$S 180.000 y U\$S 70.000, los cuales no han sido denunciados como impagos, por lo que cabe presumir que sí fueron abonados. Este es otro elemento que corrobora no solo la inexistencia de dolo en los directores, sino que también coadyuva a descartar la presencia de negligencia grave o mal desempeño de sus cargos que habilite a responsabilizarlos personalmente, en tanto esta no era la primera vez que la empresa contrataba con la recurrente y, conforme a las circunstancias del caso en análisis, puede concluirse sin arbitrariedad que los administradores de la sociedad pudieron razonablemente estar convencidos, en el marco de legítimas expectativas de saneamiento y recuperación de la empresa, de que las obligaciones derivadas de ese contrato iban a poder ser afrontadas (41).

- Tampoco podría endilgarse a los aquí demandados una culpa *in vigilando*, en tanto —tal como afirmó la Cámara— la decisión de con-

---

(40) (conf. CNCom., sala A, 22/09/1981, “Ambogena SA”, JA, Rep. 1982, p. 133, sum. 4; Heredia, P., “Tratado exegético de derecho concursal”, Buenos Aires, 2000, t. 1, p. 218, citado en CNCom., sala D, 22/09/2010, “Pérez, Héctor P. c. Scharer SAIC s/ ord.”, <http://jurisprudencia.pjn.gov.ar/documentos/jurisp/verdoc.jsp?db=B101&td=3&qn=1>).

(41) (conf. CNCom., sala D, “Pérez, Héctor P. c. Scharer SAIC s/ ord.”, 22/09/2010, ya citado).

traer préstamos para financiarse en la fecha en que se celebró el contrato posteriormente incumplido —aun cuando fuera adoptada en soledad por el presidente— no puede ser calificada desde ningún punto de vista como temeraria, dolosa o manifiestamente negligente, ya que surge de las pruebas aportadas que ese era un modo normal de financiamiento que les había permitido subsistir hasta ese momento, sin que estuviera a su alcance prever la crisis global que se avecinaba (42).

- En resumen, valorando conjuntamente todos los elementos probatorios acercados y teniendo en cuenta especialmente la crisis financiera que se presentó en el año 2008, entiendo que el incumplimiento del contrato y posterior concursamiento de la sociedad fue más bien consecuencia de una asfixia provocada por la falta de financiamiento, fuente externa que hasta entonces había permitido mantener la operatoria e incluso realizar mejoras en la planta.

### VIII. CONCLUSIÓN

Las presentes líneas han pretendido —modestamente— fundamentar por qué los administradores societarios son *profesionales*, y la importancia que tiene esta cualidad a la hora de juzgar su responsabilidad.

En efecto, no es lo mismo el “experto” que el “profano”. Quien acepta un cargo —como es el de administrador societario— que requiere conocimientos especiales para su ejercicio, debe estar a la altura de las circunstancias y debe conocer las consecuencias a las cuales queda sujeto por su actuación.

El directivo de un ente societario debe prever indefectiblemente, en el desarrollo de su función, cuestiones de las cuales un “buen hombre de negocios” no puede desentenderse; pretendiendo alegar ignorancia.

Se trata de encontrar el delicado “justo medio” para que los administradores respondan por los daños que realmente encuentran la causa adecuada en su obrar culpable, sin que se les exija lo imposible aunque sí los cuidados de un “experto”.

---

(42) (confr. en esta temática “Compañía Azucarera Tucumana SA s/quiebra”, 15/03/1982, ED 99-444, consid. 3º, citado en nota 23 por Koch, Eduardo A., “La responsabilidad de los directores de las sociedades anónimas (Tributaria, aduanera, penal, laboral y concursal)”, LA LEY 2004-E, 1440, “Responsabilidad Civil Doctrinas Esenciales”, t. VI, 01/01/2007, 1083).



# LA RESPONSABILIDAD DE ADMINISTRADORES Y SOCIOS CON RESPONSABILIDAD LIMITADA (COMO CONVERSANDO CON FÉLIX A. TRIGO REPRESAS)

POR EFRAÍN H. RICHARD

## I. INTRODUCIENDO EL DEBATE

He sido privilegiado conversando con Félix Trigo Represas, recibiendo su calidez y profundidad, matizando doctrina enfrentada con la realidad de los largos juicios... Ahora, en su recuerdo, abordo un tema poco explorado —quizá para evitar la proliferación— de acciones de responsabilidad contra administradores, socios o controlantes en el marco del concurso de la sociedad a la que están ligados. Poco referiré al factor de atribución, tema muy debatido en la doctrina extranjera cuando la sociedad ingresa en zona de insolvencia. Obviamente no es una responsabilidad correspondiente al tipo social, sino a conductas derivadas de la funcionalidad societaria violada o de la teoría general de la responsabilidad. Simulo como que siguiera conversando con el distinguido jurista amigo, usando puntos suspensivos como los que dejábamos en nuestros jugosos diálogos, donde con impertinencia requería su experticia en temas poco elaborados... Será un diálogo abierto... al que integro, por su paso a la inmortalidad de las ideas cuando cerraba este ensayo a Jorge Mosset Iturraspe, nacido el mismo año, hombre de bien, maestro incansable y buen amigo. Hace más de 40 años me había presentado a Ricardo Lorenzetti como su discípulo, con orgullo, y en voz baja me señaló que sería uno de los grandes doctrinarios del futuro.

La ley concursal —LCQ 24.522— no prevé esas acciones de responsabilidad en concurso y cierta doctrina procesalista concursal parece negar su compatibilidad... por lo menos de eso no se habla... y por tanto lo conversaremos.

Estamos convocando al XV Congreso Argentino de Derecho Societario y XI Congreso Iberoamericano de Derecho Societario y de la Empresa —a desarrollarse en Córdoba los días 2, 3 y 4 de octubre de 2022 bajo el patrocinio de su Universidad Nacional de Córdoba y la Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Córdoba—, cuyo lema es “Libertad bajo responsabilidad”... Invocamos a la libertad para organizar sociedades y obviamente emprendimientos, con un límite “no dañar” (1), algo que postulaba Félix... Esa libertad está teñida de responsabilidad, ese obrar tiene un límite... el de no dañar... es un control *ex post*.

Cuando estaba preparando estas líneas —fines de abril de 2021— escuché un coloquio de Derecho Concursal convocado por el Instituto de Derecho Concursal del Colegio de Abogados de La Plata —la cuna de Félix—, donde ante la crisis planteaban la necesidad de soluciones extraordinarias para los “deudores”, sin distinguir si se trataba de personas humanas o jurídicas, particularmente estas organizadas como sociedades. Apuntaban que la legislación había tornado de la protección a los acreedores a la protección a la empresa, a la imposibilidad de cumplimiento, que no se puede pagar, que se generan nuevas obligaciones posconcursoales... la necesidad de renegociar los acuerdos concursales vigentes... que no se puede pretender que el empresario presente un plan... A su vez me sorprendió que cuando con generosidad me permitieron expresar mi opinión sobre la congruencia del sistema societario con el concursal y las prácticas contrarias en los procesos concursales de sociedades, distinguidos profesores sostuvieron que la ley concursal constituía la ley especial —conf. art. 150, Cód. Civ. y Com.—, de orden público que desplazaba el régimen societario.

## II. ALGUNOS POSTULADOS

Trato de dar unidad sistémica a los fenómenos complejos que hoy engarzan los estudios, investigaciones y disciplina del derecho privado patrimonial negocial, centrados en la empresa y su organización.

En el estudio de la empresa, la visión es mucho más multidisciplinaria que en el derecho comercial. En esto siempre me guían algunos estudios vinculados a la axiología, la ética y la empresa, la responsabilidad social empresaria. La ética de los administradores y la empresa está muy vinculada a la problemática de la crisis de empresa y los deberes y obli-

---

(1) CAMERINI, Marcelo A. – RICHARD, Efraín H. “Ilicitud y actividad societaria ¿una normativa ineficiente?” DSYC nro. 394, sept. 2020, p. 971.



gaciones de los administradores, pero también a muchos otros aspectos que hacen a la comunidad y la convivencia.

Desearía desde aquí reforzar la idea de la escuela que —a mi entender se generó desde Yadarola, que construyeron con su actividad y publicaciones los profesores eméritos Dres. Héctor Cámara y Francisco Quintana Ferreyra, y que muchos seguimos sobre la idea de empresa como iluminando el escenario, de un sistema jurídico de convivencia desde el punto de vista de la productividad.

Hay que volver al viejo corazón del derecho mercantil, aunque aparezca como el sistema de un derecho privado patrimonial negocial. Viejo corazón que tenía dos ideas básicas: las reglas de los comerciantes como ética del negocio y la justicia inmediata. La justicia inmediata de los propios comerciantes que evite las pérdidas inútiles y asegure la equivalencia de los repartos. Claro, esta parece hoy una visión utópica.

En realidad, ambos son problemas de la convivencia y de la comunidad toda, cegada por un economicismo inmediateista que importa no solo la pérdida de la eticidad sino también la entronización de la violencia moral y física.

Recuerdo de Quintana Ferreyra: “La mejor manera de dominar al hombre, decía, es quitarle sus derechos esenciales: es el camino que lleva a la servidumbre”, y prevenía: “Cuidado, todos aquellos que no advierten que en la inseguridad jurídica de su propia personalidad, ellos mismos caen, siempre, víctimas del sistema que han creado. Esta es la enfermedad del siglo”. Enfatizaba “la crisis de la legalidad”. El siglo terminó y la enfermedad continúa.

Hay que dejar de hablar del concurso o la quiebra del “deudor” para ser bien específico sobre si el emprendedor es una persona humana o una persona jurídica, particularmente como en la mayoría de los casos es una sociedad, para generar el sistema jurídico de aplicación conforme a la manda de los arts. 2º y ccds. del Cód. Civ. y Com.

Desde siempre aprendí con mis maestros Cámara y Quintana (2) que la conservación de la empresa no era necesariamente de la sociedad deudora, del empresario o de la posición de los socios. Si no teniendo que pagar deudas al concursarse, la sociedad es inviable si sigue endeudándose. Distinto será el problema de poder pagar las deudas anteriores, y

---

(2) RICHARD, Efraín H. - QUINTANA FERREYRA, Francisco, “La conservación de la empresa en las leyes de sociedades y de concursos”, RDCO 1978-1373; “La conservación de la empresa”, *Anales de la Academia Nacional de Derecho*, t. XXV, ps. 107 y ss.

por eso la capitalización, válida incluso cuando no se puede pagar por caso fortuito, fuerza mayor, imposibilidad (3). La planificación, aunque sea del mes por el régimen del “pronto pago” en el concurso, es un requerimiento de los deberes de diligencia de un administrador, de llevar contabilidad, de confeccionar la Memoria, de seguir un rumbo aunque tenga que estar ajustándolo a diario.

1. El tema está íntimamente vinculado al incumplimiento a sabiendas, por acción u omisión, de obligaciones contraídas, por sociedades, a su insolvencia, su cesación de pagos, su crisis, temas bien distintos. Trigo Represas nos acompañó hasta el 4 de octubre de 2016, vivió la reforma y contempló el nuevo Cód. Civ. y Com. que dio frutos en el 2015 introduciendo un título preliminar que fija grandes principios (4), alejándonos de la “prolija oscuridad” con que se intentan soslayar en intrincados juicios la asunción de la responsabilidad por el daño causado.

Pienso en los recursos societarios para prevenir o conjurar crisis —anticipatoriamente—, a través de medidas tales como reintegro del capital o capitalización —por socios, terceros o acreedores— (5) —arts. 96

---

(3) No se analiza la fuerza mayor ni la excesiva onerosidad ni ninguna de las previsiones que permiten incumplir justificadamente las obligaciones, particularmente ante las disposiciones estatales de cierres forzosos o alteración de las bases del negocio. La viabilidad se vuelve esquivada de ser determinada.

(4) RICHARD, Efraín H., “Sobre el título preliminar del proyecto de Código Civil y Comercial”, ED del 05/04/2013.

(5) FUSHIMI, Jorge F. - RICHARD, Efraín H., “La quita en concursos de sociedades y su tratamiento fiscal (y algunos aspectos periféricos)”, revista *Sociedades*, Ed. Microjuris, 01/12/2012, MJD6053; “La quita en concurso de sociedades y su tratamiento fiscal (y algunos aspectos periféricos)”, en *Ensayos de derecho empresario*, Ed. Fespresa - Ed. Advocatus, Córdoba, junio de 2013; “La ineficiencia de la quita como financiación de la empresa concursada. Algunas propuestas”, DSyC nro. 373, dic. 2018, t. XXX, ps. 1143-1158; “La quita concursal como ganancia”, en AA.VV., *Nuevos aportes al derecho contable — IV Jornada Nacional de Derecho Contable*, Ed. Errepar, Buenos Aires, 2011, p. 305; “La quita en concursos de sociedades y su tratamiento fiscal (y algunos aspectos periféricos)”, en AA.VV., *VIII Congreso Argentino de Derecho Concursal y VI Congreso Iberoamericano de la Insolvencia*, Ed. Astrea, Buenos Aires, 2012, t. I, p. 635; “Algunas aportaciones a la problemática de la financiación; acciones relacionadas, acciones vinculadas o *tracking stocks*”, en AA.VV., *XII Congreso Argentino de Derecho Societario y VIII Congreso Iberoamericano de Derecho Societario y de la Empresa*, Ed. UADE, Buenos Aires, 2013, t. III, p. 359; “El *crowdfunding* como propuesta alternativa a la quita. El caso Yagisawa Shouten Co.”, en AA.VV., *X Congreso Nacional de Derecho Concursal y VIII Congreso Iberoamericano de la Insolvencia*, Ed. Universidad Nacional del Litoral, Santa Fe, 2018, t. II, ps. 109-118; “Acciones sectoriales en el proyecto de reformas a la Ley General de Sociedades”, en AA.VV., *XIV Congreso Argentino de Derecho Societario y X Congreso Iberoamericano de Derecho Societario y de la Empre-*

y 197.2, LGS— eventual disolución, reestructuraciones, productos financieros —art. 1531, Cód. Civ. y Com.—, planificación, adopción de técnicas concursales, soluciones negociadas extrajudicialmente —art. 1011, Cód. Civ. y Com.— y, por supuesto su contracara, el régimen de responsabilidad de los administradores, e incluso de socios por las pérdidas, conforme reza el art. 1º de la LGS.

Antes que el concurso, existen otros mecanismos, propios de la ley y estructura societaria, que pueden ser aptos para el reordenamiento de la empresa —como posible objeto de la sociedad— y de sus relaciones previstas por normas. Tan ilícito es generar daño por agravar la crisis, como no tomar los recaudos que brinda la ley societaria para evitarla o, al menos, controlarla y administrarla, reglados por la ley específica. Se sostiene que la legislación societaria opera en el derecho comparado “como un instrumento concursal” (6), “tiene una función concursal o paraconcursal, considerándola algún otro como anticoncursal” (7), y ante los estudios que tratan de rescatar esas normas, desde lo concursal se ha avanzado en las recientes reformas española e italiana (8), en una compatibilización que no estamos en condiciones de juzgar.

El estado de insolvencia de una sociedad puede verse desde dos puntos de vista: uno formal en la pérdida total o parcial del capital social, y otro funcional en la imposibilidad sobreviniente de cumplimiento del objeto social. Ellas se abordan como causales de disolución desde lo jurídico (sin un paralelismo absoluto con lo económico).

La legislación societaria —que no ha sufrido las modificaciones generadas en la concursal— contiene previsiones imperativas para asumir

---

sa, Ed. Facultad de Derecho de la Universidad Nacional de Rosario - Ed. Advocatus, Córdoba, 2019, t. I, ps. 725-734; “El balance y la quita en concursos de sociedades y su tratamiento contable y fiscal (con algunos aspectos periféricos)”, en ARECHA, Martín (dir.), *Aspectos contables, impositivos y previsionales en las sociedades y los concursos*, Ed. IADC - Ed. Legis, Buenos Aires, 2013, ps. 153-162.

(6) URÍA, R. - MENÉNDEZ, A. - GARCÍA de ENTERRÍA, J., “La sociedad anónima: disolución”, en URÍA, R. - MENÉNDEZ, A. - GARCÍA de ENTERRÍA (dirs.), *Curso de derecho mercantil*, Ed. Civitas, Madrid, 1999, t. I, especialmente “Las pérdidas graves”, ps. 1009-1013.

(7) DÍEZ ECHEGARAY, José Luis, “Deberes y responsabilidad de los administradores de sociedades de capital”, Ed. Thomson - Aranzadi, Navarra, 2006, 2ª ed., p. 387.

(8) STRAMPELLI, Giovanni, “Capitale sociale e struttura finanziaria nella società in crisi”, *Rivista delle Società*, a. 57, fasc. 4, 2012, Ed. Giuffrè, Milano, p. 605, donde se analiza la disposición contenida en el decreto ley del 22/06/2012, n. 83, donde se impone la reconstrucción del capital social o el concurso de la sociedad, en forma similar a lo previsto en la última reforma española.

la crisis tempestivamente y a bajo coste, sin generar daños. Ello impone planificar a un administrador diligente, pero particularmente con un pulso anual, cual es la confección de la documentación contable como forma específica en que los administradores tienen que rendir cuentas a los socios de la marcha social, de los resultados del negocio, sus posibilidades y dificultades, particularmente en el período que se avecina.

Conduce a esa anticipada conclusión el fallo de la Corte Suprema de Justicia de la Nación Argentina del 20 de octubre de 2009, en el cual formula un *obiter dictum* sobre el punto, al acoger planteos de arbitrariedad contra la sentencia homologatoria en el concurso de “Sociedad Comercial del Plata SA y otros s/ concurso preventivo”. El *obiter dictum* es expresado contundentemente en un párrafo del voto mayoritario con la iluminada calificación de “El proceso concursal, como última ratio preventiva que procura remediar el estado de cesación de pagos, atendiendo coetáneamente la protección de la empresa y la satisfacción del derecho de los acreedores”.

El calificar así al concurso como “última ratio preventiva” reconoce la existencia de otros remedios para afrontar la crisis. Atiende sin duda a los recursos societarios que registra imperativamente la ley específica, por lo que el concurso puede aparecer —cuando no se ha intentado previamente aquel— como abusivo (9).

Resaltando la cuestión y transfiriendo decididamente el sistema de preconcursalidad a la legislación societaria, se ha sostenido que “parece razonable pensar que la quiebra de una sociedad anónima —o limitada o comanditaria por acciones— debería convertirse en una institución residual, ya que el sistema preconcursal previsto legalmente debería ser suficiente para impedir que la sociedad llegase a ser insolvente” (10).

A su vez el presidente de la Corte, Ricardo Lorenzetti —en el caso “Funes, Alejandra P. c. Clínica Modelo Los Cedros SA y otro”, del 28/05/2008, como también en el caso “Daverede”— entiende, como presupuesto indispensable para la promoción de acciones de responsabilidad (e inoponibilidad) que la sociedad “manipulada” sea insolvente, pues no existiría

---

(9) FUSHIMI, Jorge F. - RICHARD, Efraín H., “La quita en concursos...”, cit., p. 635.

(10) BELTRÁN SÁNCHEZ, Emilio, “La responsabilidad por las deudas sociales de administradores de sociedades anónimas y limitadas incursas en causa de disolución”, en BOLAS ALFONSO, Juan (dir.), *La responsabilidad de los administradores de sociedades de capital*, Ed. Consejo General del Poder Judicial - Consejo General del Notariado, Madrid, 2000, p. 133, especialmente a p. 154, parág. “5. Responsabilidad de los administradores por las deudas sociales e insolvencia de la sociedad”.

razón para aplicar el remedio al no producirse una utilización abusiva de la sociedad, salvo supuestos de imputación, y no existiría el daño a resarcir pues la obligación habría sido cumplida por la sociedad, en el caso la empleadora. Y de ahí la defensa de la cesación de pagos que activa el concurso, mientras que la insolvencia es asumida con tutela prevalente en la LGS.

2. Frente a las crisis globales y nacionales, la protección o conservación de la empresa viable es un asunto de orden público (11), y así lo tuvimos en cuenta con Manóvil y Roitman para aconsejar la redacción del art. 100 de la LGS, vigente desde el 1 de agosto de 2015. Lo ligamos a esa previsión de Lorenzetti.

Congruentemente, el art. 59 de la LGS expresa que “los administradores y los representantes de la sociedad deben obrar con lealtad y con la diligencia de un buen hombre de negocios. Los que faltaren a sus obligaciones son responsables, ilimitada y solidariamente, por los daños y perjuicios que resultaren de su acción u omisión”. El precepto sienta una directriz que deben observar los administradores. Deben adecuar su conducta al marco legal que fija la norma, actuando con lealtad y la diligencia de un buen hombre de negocios. Un interesante ensayo (12) sugiere *de lege ferenda* la responsabilidad “genérica” automática de los socios limitados frente a los acreedores involuntarios. ¿Lo será también frente al concurso con acuerdo homologado por los daños sufridos o solo en la quiebra? ¿Catalogados como tales en la verificación podrán ceder su posición? Interesantísima mirada frente a los daños que a todos los acreedores genera un déficit liquidatorio o impuesto por un acuerdo de mayorías de quitas y esperas normalmente confiscatorio. Subrayo que se trata de una responsabilidad genérica automática, no derivada de ningún factor de atribución... sin perjuicio de que pueda ligarse, por subsidiaria, a la infrapatrimonialización que aparece como un factor de atribución de responsabilidad para administradores y socios de control que

---

(11) RICHARD, Efraín H., “Meditaciones sobre el bien jurídico que tutelaría un sistema concursal”, *Deconomi*, año IV, nro. 11, p. 161, marzo 2021.

(12) GARCÍA, Silvana, “¿Limitación de responsabilidad frente a acreedores involuntarios? (Cuestionando un dogma)”, señalando que se trata de reflexionar acerca de si el sistema normativo societario debería excluir la responsabilidad limitada de socios frente a los llamados “acreedores involuntarios”. Es decir, si deberían los socios garantizar responsabilidad ilimitada frente a ellos, como régimen de excepción a la genérica responsabilidad limitada que pudieran asumir en virtud del contrato y/o tipo de sociedad. Ello implica poner en cuestionamiento lo que se ha considerado un “dogma” del derecho societario, ponencia al Congreso Societario de Rosario 2019, reproducida en DSyC.

operaban generando un riesgo que intentan asumir los acreedores en un proceso concursal.

Por su parte, el art. 274 de la LGS, que regula la responsabilidad de los directores de la SA, establece en su primera parte que “los directores responden ilimitada y solidariamente hacia la sociedad, los accionistas y los terceros, por el mal desempeño de su cargo, según el criterio del art. 59, así como por la violación de la ley, el estatuto o el reglamento y por cualquier otro daño producido por dolo, abuso de facultades o culpa grave”.

Actuar como si nada hubiera ocurrido al constatar la pérdida del capital social, cruzando una raya roja, genera responsabilidad, de haber perjudicados. Ni administradores ni socios con responsabilidad limitada tienen responsabilidad tipológica, y hay que evitar que la tengan con buen asesoramiento jurídico y económico. La responsabilidad surge ante un daño que pueda serles imputado por su acción u omisión.<sup>3</sup> He anticipado la problemática de distinguir el mero desequilibrio en medios de pago de la insolvencia patrimonial para satisfacer el pasivo. Desde hace años Mauricio Yadarola y Fernández igualaron los conceptos de cesación de pagos e insolvencia. Pero concordamos con Celina Mena (13) señalando que “cesación de pagos” e “insolvencia” “no es lo mismo porque la insolvencia se manifiesta en el patrimonio, es este el que no puede hacer frente al pasivo y el remedio en principio es liquidativo. La cesación de pagos es un problema financiero. La cesación de pagos se manifiesta a través de hechos reveladores, entre ellos el incumplimiento, la venta a precio vil, el cierre del establecimiento, etc., y cualquier otro medio que revele la incapacidad del deudor para hacer frente a sus obligaciones en forma generalizada y permanente en donde el incumplimiento es uno de los hechos reveladores, pero no es necesario que exista. “El estado de cesación de pagos se refiere a la incapacidad de pagar en tiempo y forma y la insolvencia cuando además del estado de cesación de pagos, no hay patrimonio neto” (14). Si los problemas transitorios de liquidez trascienden de la tesorería de la empresa, es señal de un agotamiento del crédito (carece de líneas de financiación para transitar el escollo) por lo que las

---

(13) MENA, Celina M., “Cesación de pagos vs. insolvencia”, en VAN NIEUWENHOVE, Pablo - TRUFFAT, E. Daniel - BARREIRO, Marcelo - PIOSSEK, Carlos - NICASTRO, Ramón R. (coords.), *Homenaje al Dr. Osvaldo J. Maffia*, Ed. Lerner, Córdoba, 2008. En igual sentido, CASADÍO MARTÍNEZ, Claudio A., “Informes del síndico concursal”, Ed. Astrea, Buenos Aires, 2011, ps. 170 y ss., correspondiendo la jurisprudencia a CNCom., sala B 24/03/1981, LA LEY 1981-C, 615.

(14) RICHARD, Efraín H., “Configuración de un derecho societario de crisis”, en MARTÍNEZ BLANCO, Camilo (coord.), *Estudios de derecho concursal uruguayo*, Ed. Universidad de Montevideo - Facultad de Derecho, Montevideo, 2018, libro V, ps. 21.

dificultades son graves... importa mucho el llamado desequilibrio aritmético o déficit expresado en términos de pasivo mayor que activo (...) pues en ese caso el cotejo se hace entre activo y pasivo en términos nominales, sin atender a la disponibilidad regular de los medios de pago que integran el primero ni a la exigibilidad corriente del segundo. Basta entonces que el patrimonio del deudor sea materialmente insuficiente para satisfacer el garantía común de los acreedores (...) puede haber insolvencia, incluso cuando el activo es considerablemente superior al pasivo, pero aquel está integrado por bienes de lenta y difícil posibilidad de realización, al paso que este concentra los compromisos de pagos en el corto plazo (...). De ahí la importancia de introducir el tema de la “insolvencia negocial”. La profesora española Marta Prats Marquina (15) habla con muy buen criterio de la “insolvencia negocial” entendiéndola por ella la incapacidad de generar recursos, diferenciándola de la “insolvencia patrimonial”, ya transitoria (activo superior al pasivo a una fecha determinada), ya definida (activo inferior al pasivo exigible). Resulta muy interesante la aportación que realiza Prats Marquina, “ya que es un dato esencial a tener en cuenta cuando de analizar capacidades empresariales se trata”. Incluso puede existir la cesación de pagos sin manifestarse aun en incumplimientos.

Se describe una causal de disolución: pérdida del capital social (16), hoy con dudas sobre si se encuentra suspendida más allá del 31 de diciembre de 2020. Pero el fondo de la cuestión no cambia. Igual las referencias a la llamada función de garantía del capital social, que constituye una situación de patrimonio neto negativo, similar a la pérdida del activo que recoge hoy el Cód. Civ. y Com., arts. 166 y ss.

Marcando aspectos negativos del patrimonio social, la pérdida del capital social —insolvencia— y la cesación de pagos son dos situaciones diferenciables que se entrecruzan.

Debe tenerse en cuenta que la pérdida del capital social no necesariamente implica la incapacidad de funcionar del ente, pues si se lleva a cabo una adecuada administración financiera, es posible mantener su capacidad operativa sin que se vean afectadas las posibilidades de cumplir con el objeto social. Es decir que no necesariamente se ve afectada la función de productividad del capital social, concepto este en crisis desde

---

(15) PRATS MARQUINA, Marta, “Insolvencia y crisis económica: su reflejo en el derecho concursal”, Ed. RGD, Madrid, 1998.

(16) RICHARD, Efraín H., “La empresa: su organización y crisis”, RDCO, nro. 253, marzo-abril 2012, p. 407.

hace un tiempo atrás, incluso soslayando aspectos de cesación de pagos e insolvencia (17).

Al constatarse en el balance la pérdida del capital o la causal disolutoria de “imposibilidad sobreviniente de cumplimiento del objeto social” por causas patrimoniales, económicas o financieras, ocurren dos efectos:

a. La responsabilidad de administradores y de los socios que consentan la continuidad se genera por los daños que puedan producirse.

b. La liquidación no se inicia de oficio, sea porque los socios la consideren reversible o transitoria, sea que difieran la toma de decisión a una futura asamblea. Pero siempre con el efecto de la responsabilidad si se produce daño.

Incluso la Ley de Concursos autoriza la presentación en concurso de una sociedad en liquidación, y el reformado art. 100 de la LGS acepta dejar de lado la liquidación si se acredita la viabilidad económica y social. Puedo vincular esta previsión con la permisión de concursar a una sociedad en liquidación, y cuyo objeto es sin duda preservar un plan de liquidación, quizá a largo plazo para satisfacer el pasivo y asegurar, de ser posible, la continuidad de la actividad empresarial en otras manos.

4. Conversamos sobre la remediación prevista en el art. 96 de la LGS, que impone planificación. Las causales de disolución pueden enervarse —el art. 96, LGS, fija las condiciones—. La reacción debería ser inmediata a la constatación documentada en la aprobación del balance, pues advertida la situación de crisis, imposible de soslayar por un administrador societario —buen hombre de negocios—, debe con diligencia actuar para paliarla —planificando— (18), llevando la cuestión a conocimiento y decisión de los socios, quienes deben afrontar la cuestión por los diversos medios que prevé la legislación de todos los países: reintegración o aumento del capital social, reorganización societaria o del negocio, capitalización del pasivo o disolución de la persona jurídica. Este es el verdadero sistema de prevención de la insolvencia en el caso de sociedades.

---

(17) RICHARD, Efraín H., “Insolvencia societaria”, Ed. LexisNexis, Buenos Aires, 2007, comentario de Osvaldo J. Maffia; Ed. La Ley, Buenos Aires, 2008.

(18) *Ibidem*; “El plan de empresa (o como asumir crisis tempestiva y extrajudicialmente)”, en VAN NIEUWENHOVE, Pablo - TRUFFAT, E. Daniel - BARREIRO, Marcelo - PIOSSEK, Carlos - NICASTRO, Ramón R. (coords.), ob. cit., p. 217.



Conlleva traer de nuevo a cuento el tema del “plan de empresa”, con cuya consideración recordamos a Pedro J. Frías (19): constante referente de administradores estratégicos. Volví sobre ello con el apoyo de Junyent y Muiño (20), y recalqué la cuestión que Alberti (21) señala: “Expresó nuestro autor, amigo y homenajeadado, que la carencia de ese plan provoca fatalmente la inoperancia de los esfuerzos aplicados a la concreción del acuerdo preventivo extrajudicial, como puede ser visto en su ‘Efectos societarios de la insolvencia’, publicado en *Anales XXVI* (1987) 161, de la Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Córdoba”. Continuó: “El exigir a los insolventes una concisa exposición de su programa de modificación de la situación empresarial precedente al concursamiento, mediante un plan de aquello por poner en práctica para corregir la pérdida que ha causado los incumplimientos de los pagos, saneará el concurso preventivo de su actual empleo como artificio procedimental destinado simplemente a diferir una fatal liquidación”.

Es una manda a administradores de “informar en la memoria sobre el estado de la sociedad”. La memoria importa una obligación de ellos para que “los accionistas de informen adecuadamente no solo de lo acaecido sino también de lo proyectado por la administración de la sociedad (art. 66, LSA); mediante el uso de esa información, el socio se debe encontrar en condiciones de determinar la congruencia de lo actuado y lo proyectado para la consecución del objeto social, y determinar la posibilidad de acciones de responsabilidad (art. 59, LSA) o de impugnación (art. 251, LSA), permitiendo después juzgar si lo actuado fue en cumplimiento de lo comprometido en la memoria, ya que en virtud del principio de veracidad de ella, el apartamiento del camino comprometido permitirá una mejor apreciación sobre el ejercicio de acciones de responsabilidad por mal desempeño del cargo (art. 274, LSA)” (22).

---

(19) En “El plan de empresa. Ética y responsabilidad del empresario”, en *Estudios en honor de Pedro J. Frías*, Ed. Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Córdoba, 1994, t. III, p. 1187.

(20) RICHARD, Efraín H. - JUNYENT BAS, Francisco - MUIÑO, Orlando M., “Salvataje de la empresa: ¿Una postulación sin respuesta en la ley concursal?”, RDCO, año 30, 1997, ps. 525 y ss.

(21) ALBERTI, Marcelo E., “Una contribución de Efraín Hugo Richard al derecho concursal: el plan de empresa como recaudo del concurso preventivo”, en dirección de FILIPPI, Laura - JUÁREZ, María Laura (dirs.), *Derechos patrimoniales. Estudios en homenaje al profesor emérito Dr. Efraín Hugo Richard*, Ed. Ad-Hoc, Buenos Aires, 2001, t. II, p. 949.

(22) MUIÑO, Orlando M. - RICHARD, Efraín H., “Derecho societario”, Ed. Astrea, Buenos Aires, 1997, p. 274, donde remitimos a RICHARD, Efraín H., “El buen hombre de negocios y el plan de empresa”, DSyC, 93, t. V, ps. 337 y ss.

La omisión de la memoria implica una violación del art. 234, inc. 1º, de la LGS, por comportar una falta de integración de la documentación contable obligatoria, explícitamente mencionada en la norma, por lo que “ni la votación unánime aprobando el resto de la documentación, puede purgar el vicio, resultado impugnabile desde la convocatoria a la reunión de socios (...) no pudiendo descomponerse en partes cumplidas e incumplidas, ni es facultad de los administradores el ejercicio de tales opciones, pues se trata de un complejo informativo necesariamente integrado” (23).

“¿Para qué perder tiempo si no hay viabilidad económica? El diagnóstico previo fue la sabia vivificante del sistema procesal francés que le permitió decir que los procesos llevaban a la solución de los concursos. La separación del hombre de la empresa, sin que la empresa tuviera que acarrear los errores y las inconductas de sus dirigentes. Si había inconducta de los dirigentes y la empresa era viable, ¿por qué liquidar una empresa por la inconducta de los directivos?” (24). Y por ello corresponde pensar en acciones de responsabilidad, incluso si los socios aceptaron la presentación de la sociedad en concurso preventivo. No hay incompatibilidad.

5. Qué esclarecedor me habría sido conversar con Félix sobre el nuevo art. 150 del Cód. Civ. y Com., que contiene una referencia a la imperatividad de normas, que obliga a revisar las concordancias de la ley concursal y societaria, incluso con el Cód. Civ. y Com. y la funcionalidad societaria.

Pese a que en el procesalismo concursal se habla unívocamente de “deudor” o “deudora” como anticipé, existe una gran diferencia entre que el empresario concursado sea una persona humana o una persona jurídica, específicamente sociedad. Eso hace a un “derecho societario de crisis, a las relaciones entre el derecho concursal y el societario”, sobre lo que vengo insistiendo —con poca recepción— desde hace más de 20 años.

En esta temática deslizo cuestiones como si estuviera manteniendo ese diálogo...

---

(23) CARLINO, Bernardo, “Genética del plan de negocios (más sobre la contribución de E. H. Richard)”, Ed. Abeledo Perrot, *newsletter* del 20/03/2009, sección Doctrina, p. 31.

(24) PALMERO, Juan Carlos, “Nuevo enfoque para empresas en crisis. Modificaciones destacables en relación a la ley 19.551. Apreciación metodológica inicial. Como entender el nuevo régimen concursal”, en *Nueva legislación concursal y la participación del profesional en Ciencias Económicas. Jornadas de actualización*, Ed. Advocatus, Córdoba, 1995, p. 17.

Una sociedad puede concursarse desde que se constituyó y aun en liquidación. Su funcionalidad, prevista en la ley —de sociedades, cooperativas, etc.— o en su estatuto no se altera. El concurso le exigirá cumplir con los requerimientos de presentación para obtener el escudo protector de no agresión y devolución de su funcionalidad, cuenta corriente, servicios, suspensión de acciones, selección de los contratos que deberían continuarse, etc. —conforme a la primera recomendación del IIDC (25), receptando trámites de pronto pago, informes pedidos por juez o sindicatura o comité de control. Intervenir en la verificación, gestar un comité y presentar la propuesta. O sea mantener la funcionalidad de los órganos societarios, sometidos a un proceso al que han ingresado libremente.

Me pregunto, generando dudas, ¿qué norma de conexión existe para interpretar aspectos de ambas legislaciones? Parecería ser el art. 150 del Cód. Civ. y Com. la ley especial (LGS, cooperativas, de economía mixta, asociaciones, etc.) y “en su defecto” —destaco la locución— las normas imperativas del Cód. Civ. y Com. Apunto que el extremismo del procesalismo concursal sostiene que esa ley especial es, en el caso de concursarse la sociedad, la LCQ “que es de orden público”. En cuanto a que la ley concursal es de orden público acepto ese rol en cuanto lo es para generar aquel escudo protector a las acciones de ejecución contra la sociedad, suspender el curso de intereses y limitar las facultades de disposición de la sociedad concursada, pero en ningún punto suspende el ejercicio de acciones de responsabilidad... En cuanto a la “ley especial” para las personas jurídicas hacen referencia el art. 143 del Cód. Civ. y Com.: “Los miembros no responden por las obligaciones de la persona jurídica, excepto en los supuestos que expresamente se prevén en este Título y lo que disponga la ley especial”, luego en las disposiciones generales de la responsabilidad civil el art. 1709 “Prelación normativa. En los casos en que concurren las disposiciones de ese Código y las de alguna ley especial relativa a responsabilidad civil, son aplicables en el siguiente orden de prelación: a. Las normas indisponibles de este Código y de la ley especial; b. la autonomía de la voluntad, c. las normas supletorias de la ley especial, d. las normas supletorias de este Código”, y volviendo al Código encuentro el art. 150: “Leyes aplicables. Las personas jurídicas privadas que se constituyen en la República, se rigen: a) por las normas imperativas de la ley especial o, en su defecto, de este Código. b) Por las normas del acto constitutivo con sus modificaciones y de los reglamentos prevaleciendo las primeras en caso de divergencias; c) por las normas supletorias de leyes especiales, o en su defecto por la de este Título...”.

---

(25) RICHARD, Efraín H., “¿Un escudo protector?”, *elDial.com* del 29/07/2020.

No tengo duda de que la referencia de la “ley especial” es la que corresponde a la tipología de primer grado de la relación jurídica personificada, en el caso de sociedades la LGS en cuanto regula esa persona jurídica, y la Ley de Concursos aparece en el tercer lugar entre las “leyes especiales”... Pero es la LGS la que determina responsabilidades, sin perjuicio de las que resulten del sistema de la responsabilidad civil. Eduardo Cima realiza un congruente análisis y su crítica a la expresión “en su defecto” que contiene el apart. a) del art. 150 del Cód. Civ. y Com. la he despedido en el prólogo del libro (26) donde luce su ensayo.

Insisto que para tratar el tema de la responsabilidad de los socios es necesario determinar el orden de prelación de normas, para fijar que previsiones legislativas no deben ser dejadas de lado y constriñen la actuación de los socios, fundando la antijuridicidad de acciones y omisiones si se produjeran daños.

Conforme al art. 143 del Cód. Civ. y Com., cualquiera sea la responsabilidad tipológica del socio, no puede reclamarse a él el pago de las obligaciones contraídas por la persona jurídica societaria, todas las que deben ser atendidas con el patrimonio social (27). Solo cuando el patrimonio social es insuficiente o inlocalizable, podrá pensarse en la responsabilidad de los socios, sea por la responsabilidad tipológica o por imputársele una acción u omisión que permita atribuirle responsabilidad ante la existencia de deudas sociales insatisfechas.

Fundando la conclusión anticipada, el Cód. Civ. y Com., en el art. 150, inc. a), impone que las personas jurídicas privadas se rigen por las normas de la ley especial o, en su defecto, por normas del Cód. Civ. y Com.

Los límites aparecen como moldeadores de la responsabilidad en las sociedades respecto de terceros, cualquiera sea el régimen que surja del tipo adoptado o de las precisiones estatutarias (28). Evitar el daño y soportar las pérdidas los socios se encuentra también inserto en el principio de integridad del capital y en las funciones que a este se asig-

---

(26) CIMA, Eduardo, “La legislación societaria y su relación con el Código Civil y Comercial, en MERCADO DE SALAS, María Cristina (dir.), *Empresa y sociedad. Actualidad y relevancia*, en imperdible análisis.

(27) RICHARD, Efraín Hugo, “Concursos de sociedades: ‘acuerdos’ y Corte Suprema”, en FERREYRA de DE LA RÚA, Angelina (dir.) - LIKSENBERG, Mariana A. (coord.), *Recursos extraordinarios - doctrina y jurisprudencia*, Ed. Advocatus - Universidad Empresarial Siglo Veintiuno, Córdoba, 2016, p. 461.

(28) RICHARD, Efraín H. “La responsabilidad de socios en las sociedades simples y en las con responsabilidad limitada”, RDCO nro. 280, sept.-oct. 2016, p. 539.

nan. En efecto, si la defensa del interés de los acreedores descansa en la función de retención patrimonial que tiene asignada la cifra del capital social, parece razonable que en una situación en la que el patrimonio ha descendido” (29) poniendo en peligro la satisfacción del pasivo, se adopte una solución. En realidad esa función no corresponde al monto del capital para determinar el patrimonio social negativo, ni la incapacidad para satisfacer las deudas imputables a la sociedad.

Como anticipo de esa situación patrimonial que genera la causal de disolución prevista en el art. 94.5 de la LGS —pérdida total del capital social o patrimonio insuficiente para satisfacer el pasivo—, aparece otra dentro de las legislaciones societarias, cual es la imposibilidad sobrevenida de cumplir el objeto social —art. 94.4, LGS— y que es convergente con la idea de la conservación de la empresa, debiendo esta última ser viable —art. 100, LGS—. Esto importa también una protección de todos los intereses involucrados.

No hay duda de que las normas sobre disolución y liquidación de sociedades son de carácter imperativo, y el art. 96 de la LGS dispone una opción imperativa a los socios (30). Es el sistema de protección de terceros ante la autonomía de la voluntad para constituir y dotar a las sociedades.

La “protección de los terceros” se encuentra bien “protegida”, incluso por la responsabilidad de administradores y socios, cualquiera sea el régimen de responsabilidad del tipo societario, por aplicación de la teoría general de la responsabilidad cuando existiere daño, una antijuridicidad vinculada a acciones u omisiones de aquellos. El art. 167 *in fine* del Cód. Civ. y Com. aclara la ambigua expresión del art. 99 de la LGS. Este último expresa que, ante la falta de liquidación, habiéndose constatado una causal de disolución, existe responsabilidad. Cualquier operación ajena a esos fines los hace responsable ilimitada y solidariamente a los administradores respecto de terceros y de los socios, sin perjuicio de la responsabilidad de estos últimos. Y el art. 167 del Cód. Civ. y Com., en el parág. 3, sobre disolución y liquidación de las personas jurídicas privadas, expresamente aclara sobre el mismo tema: “En caso de infracción responden ilimitada y solidariamente sus administradores y aquellos

---

(29) GARCÍA CRUCES, J. A., “Derecho de sociedades mercantiles”, Ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 2016, p. 479. En el caso de España, por debajo de la mitad del capital social —o de un tercio según el tipo—, en la Argentina del 100%, pudiendo verse el estudio de derecho comparado en *Estudios de Derecho Empresario*, vol. esp. nro. 10, disponible en <https://revistas.unc.edu.ar/index.php/esdeem/issue/view/1407>.

(30) RICHARD, Efraín H., “El laberinto de la pérdida del capital social y su remediación”, *Estudios de derecho empresario*, Universidad Nacional de Córdoba, 2016, p. 111

miembros que, conociendo o debiendo conocer la situación y contando con el poder de decisión necesario para ponerle fin, omiten adoptar las medidas necesarias al efecto”.

Un punto central del sistema de las relaciones de organización es el límite de la autonomía de la voluntad y, particularmente, respecto del sistema societario, las normas imperativas que resguardan el debido uso de la técnica de organización personificada, puntualmente en resguardo de terceros.

En tal sentido localizamos aquellas previsiones que impiden que las sociedades asuman las obligaciones de los socios, conforme determinó la Corte consagrando ilícitas las prácticas de apalancamiento financiero (*leverage buy out*), sancionadas solo en el caso “Provincia de Chubut c. Yacimientos Carboníferos Patagónicos” (31). Allí expresa con tal comprensión que los socios de la demandada para justificar un *leverage buy out* en su exclusivo beneficio “no estaban habilitados para deliberar y decidir cuestiones que atentasen contra el interés y orden público y las buenas costumbres (art. 21 cit.), o bien que fueran prohibidos por las leyes (art. 953 cit.) (...). Lo que es inmoral, lo que es contrario al orden social, lo que se reputa inexistente por falta de formas sustanciales, no puede subsanarse por el transcurso del tiempo. El acto será siempre inmoral, contrario al orden público o carente de las formas indispensables a su existencia, cualquiera sea el número de años que hayan pasado desde su celebración. El tiempo es impotente para transformar lo inmoral en moral, lo ilícito en lícito, lo informal en formal, y siempre el acto conservará el vicio original” (fallo cit. consid. II, ps. 278, último párrafo y 279), criterio este que reiteró en Fallos 314:1048, cons. 6º.

Toda responsabilidad, sea contractual o extracontractual, pública o privada, civil, administrativa o penal, se caracteriza por tener como fundamento el hecho de que el responsable incumple algún tipo de mandato, obligación o deber que jurídicamente le ha sido impuesto por las reglas del derecho.

Es que principios básicos de derecho se basan en la buena fe, evitar el daño (32) o la continuidad de las acciones dañosas, en no abusar del derecho ni cometer fraude a la ley.

---

(31) CS, 07/12/2001, “Provincia del Chubut c. Centrales Térmicas Patagónicas SA”, LA LEY 2002-E, 863; Colección de Análisis Jurisprudencial “Elems. de Derecho Administrativo”, Julio Rodolfo Comadira, 597, AR/JUR/25/2001.

(32) CAZEAUX, Pedro N. - TRIGO REPRESAS, Félix A., “Compendio de derecho de las obligaciones”, Ed. Platense, Buenos Aires, 1992, ed. act., t. II, ps. 395 y ss.

La falta de aplicación de las normas imperativas de la ley societaria ante situaciones concursales hace pensar en una suerte de “contraderecho” (33). Principios básicos de derecho se basan en la buena fe, evitar el daño o la continuidad de las acciones dañosas, en no abusar del derecho ni cometer fraude a la ley. Las tradicionales quitas pueden constituir un despojo cuando afectan el derecho de propiedad o sea cuando son despojatorias del derecho de los acreedores beneficiando indirectamente a los socios en cualquier país del mundo (34), pero también una costumbre *contra legem* frente a normas imperativas como las que existen en la República Argentina (35).

Congruente con ello, un desafío a la construcción legislativa: ¿no deberíamos revisar el sistema societario antes que el concursal para atender la crisis de sociedades? Este es un problema axiológico, además de sistemática normativa, sin perjuicio de sincronizar etapas y métodos en ambas legislaciones para atender las crisis de las personas jurídicas societarias, para conservar riqueza, evitar costes innecesarios y mantener puestos de trabajo.

No es sino el marco general societario que brindan las normas de los arts. 94.5, 96 y 99 de la LGS, unidas a otras normas que generan un sistema protectivo.

¿Qué normas imperativas hay en la LGS? El art. 1º sin duda tipifica el negocio organizativo de sociedad. La comisión presidida por Jaap Winter señalaba congruentemente que ante la crisis de personas humanas el riesgo era de los acreedores, pero en el caso de sociedades era de los socios, conforme a ese art. 1º y a las normas de congruencia que lo integran.

Son imperativas las normas tendientes a evitar daños a la propia actividad, a terceros, a los trabajadores, como las causales de disolución en protección de terceros art. 94 incs. 4º y 5º, de la LGS. Es opinable si continúa suspendida la última causa, pero la imposibilidad sobreviniente de cumplimiento del objeto social es omnicompreensiva de cualquier situa-

---

(33) RICHARD, Efraín Hugo - VEIGA, Juan Carlos, “El contraderecho: las normas imperativas del derecho societario” en *El Derecho Societario y la Empresa en el Tercer Milenio*, XII Congreso Argentino de Derecho Societario, VIII Congreso Iberoamericano de Derecho Societario y de la Empresa, 25 al 27/09/2013, Ed. Universidad Argentina de la Empresa y Cámara de Sociedades Anónimas, t. I, p. 161.

(34) PALAZZO, José Luis - RICHARD, Efraín H., “Visión básica constitucional de propuesta írrita de quita y espera”, en *VI Congreso Argentino de Derecho Concursal y IV Congreso Iberoamericano de la Insolvencia*, Rosario, 2006, t. I, p. 715.

(35) VEIGA, Juan Carlos - RICHARD, Efraín H., ob. cit., p. 161.

ción de crisis patrimonial, y todas esas tienen soluciones en las opciones imperativas del art. 96 de la LGS y si, por no adoptarlas, hubiera daño el art. 99 los pone a cargo administradores y “de los socios en su caso”, y para señalar que socios quedarían comprendidos, recorro a la locución del art. 150 del Cód. Civ. y Com. “en su defecto” integrando la norma con la del art. 167 *in fine* del Cód. Civ. y Com. “En caso de infracción responde ilimitada y solidariamente sus administradores y aquellos miembros que conociendo o debiendo conocer la situación y contando con el poder de decisión necesario para ponerle fin, omiten adoptar las medidas necesarias al efecto”. O sea a los que obran antijurídicamente, por acción u omisión, el grupo de control, no el mero accionista.

Ante la negativa o imposibilidad de capitalizar de accionistas —probablemente por un plan poco convincente— y no deseando liquidar la sociedad, se abre la solución de invitar a terceros a capitalizar o la del art. 197 de la LGS capitalizando el pasivo, y en ciertos casos traspasar la sociedad a los acreedores, o su control.

La capitalización del pasivo trae un beneficio inmediato a los accionistas, directores o terceros que hayan garantizado una obligación capitalizada, pues se liberarán de esa obligación. Adviértanse sistemas que en situaciones semejantes autorizan a administradores a emitir acciones sin autorización de los socios (36).

El supuesto valor liquidatorio de los bienes en un concurso suele usarse como límite de la abusividad de un acuerdo y justificativo para la homologación, en aplicación del caso de no obtenerse las mayorías necesarias en todas las categorías (art. 52, inc. 2º, ap. B, requisito iv LCQ), “que el pago resultante del acuerdo impuesto equivalga a un dividendo no menor al que obtendrían en la quiebra los acreedores disidentes”. Podríamos llegar a aceptar ese criterio en el concurso de una persona física, pero nunca en el de una sociedad, pues ello sería olvidar principios del régimen societario, y la elección de ese medio de organización formalizado por los fundadores, mantenido por los socios actuales y al que se encuentran unguidos los administradores elegidos, socios o no.

Esa situación de impotencia económica de la sociedad frente a los acreedores potencia la responsabilidad de administradores y socios prevista en el art. 99 de la LGS, por el daño generado a los acreedores si existía una causal de disolución evidenciada o que debieron advertir.

---

(36) MIOLA, Massimo, “Il sistema del capitale sociale e le prospettive di riforma nel diritto europeo delle società di capital”, *Rivista delle Società*, a. 50, 2005, Ed. Giuffrè, Milano, nov.-dic. 2005, fasc. 6, p. 1199.



7. El incumplimiento presume responsabilidad, y en materia societaria la marca el art. 99 integrada a la tipología prevista en el art. 1º ambas normas de la LGS.

Reza el art. 99 de la LGS: “Los administradores, con posterioridad al vencimiento del plazo de duración de la sociedad o al acuerdo de disolución o a la declaración de haberse comprobado alguna de las causales de disolución, solo pueden atender los asuntos urgentes y deben adoptar las medidas necesarias para iniciar la liquidación. Responsabilidad. Cualquier operación ajena a esos fines los hace responsables ilimitada y solidariamente respecto a los terceros y los socios, sin perjuicio de la responsabilidad de estos”.

Constatada la causal y no tratada ni revertida, los administradores asumen responsabilidad. La mera presentación de balances anteriores donde conste la pérdida del capital social y haber puesto a consideración de los socios el reintegro o aumento, pretendiendo la solución concursal, genera esa responsabilidad por el devenir. Los socios al ratificar sin haber asumido previamente las conductas previstas en la Ley de Sociedades parecería que también asumen esa responsabilidad.

Centro mi visión en ese art. 99 de la LGS, conforme a los anticipos formalizados, mostrando interpretaciones contradictorias. La eliminación del plazo para presentarse en concurso preventivo (37), no libera de responsabilidad a administradores y socios cuando no hayan actuado tempestivamente. En pocas palabras, “la ausencia de un plazo expreso, cierto y determinado, para la presentación en concurso, en forma alguna puede autorizar que la sociedad continúe operando sin adoptar las medidas que impone la ley societaria, contratando en cesación de pagos con terceros, todo lo cual atento la imposibilidad de aducir desconocimiento, implica una contratación dolosa” (38).

La continuidad de la actuación de la sociedad sin afrontar la eliminación de las causales de disolución, genera la responsabilidad de administradores, que “puede serle extensiva a los socios si lo consintieron o beneficiaron con ello” (39). Resulta así la necesidad de que los administradores respondan a la sociedad más que a los accionistas, particular-

---

(37) Art. 10, conf. ley 24.522 de Concursos (LCQ).

(38) JUNYENT BAS, Francisco – RICHARD, Efraín H., “¿No existe plazo para que una sociedad comercial se presente en concurso preventivo?”, en *VI Congreso Argentino de Derecho Concursal...*, cit., t. II, ps. 169 y ss.

(39) ROITMAN, Horacio y cols., “Ley de Sociedades Comerciales. Anotada y comentada”, Ed. La Ley, Buenos Aires, 2006, t. II, p. 491.

mente ante la crisis, pues deben tutelar el patrimonio para satisfacer a los acreedores y a los demás intereses afectados por el giro empresarial. Seguir contratando en ese estado significa violar el deber de lealtad si persiste el daño. Lo que implica actuar con dolo.

Dejamos a la casuística jurisprudencial el análisis de los casos donde corresponde imputar responsabilidad.

“Lo cierto es que la responsabilidad del administrador existe siempre que haya una conducta reprochable, un nexo causal entre esa conducta y el daño ocasionado y un factor de atribución de responsabilidad”, señala Gabriela Boquin (40), que en primera línea hace una referencia a mi posición, y más adelante dice: “La acción individual (art. 279, LSC) permite a cualquier persona, socio o tercero, interponer acción en contra de los directores, reclamando indemnización por los daños derivados de los actos de los administradores que lesionen directamente sus intereses. Busca resarcir un daño directo al patrimonio individual, y no el indirecto, es decir que se haya producido por la lesión al patrimonio societario. No se trata de un daño indirecto o mediato al patrimonio de los socios, sino directo e inmediato en el patrimonio de ellos, vale decir, que protege solo los intereses directos de los terceros” (41) y, citándome, “el administrador que continúa la gestión de la sociedad en cesación de pagos, no adoptando las medidas conducentes para solucionar en lo interno y afectando a terceros, tiene un actuar doloso y en el caso particular ello se califica por generar una apariencia de solvencia de la sociedad con bienes que él sostenía eran suyos, retirándolos poco tiempo antes de declararse la quiebra de la sociedad, pero después de varios años de operar en estado de cesación de pagos. El punto central vuelve a los aspectos y a la circunstancia de que una sociedad haya operado varios años en cesación de pagos, sin que se advierta el intento de corregir internamente la situación lo que genera una operatoria antifuncional (El que daña repara (en torno a disuasivo fallo de un Juez concursal de Córdoba” (42). La cuestión esta reiteradamente tratada en el libro dirigido por Diego A. Duprat (43), en cuyo tomo III obra, de seguido del anterior, el trabajo

---

(40) Cap. IV, “Responsabilidad de los directores. Presupuestos”, t. III del referido *Tratado*, p. 2012.

(41) *Ibidem*, ps. 2002-2003, con cita de RICHARD - MUIÑO, ob. cit., p. 547. Cierra su ensayo con cita a nosotros (p. 2040).

(42) RDCO, nro. 216, enero febrero 2006 p. 188.

(43) DUPRAT, Diego A. (dir.), “Tratado de los conflictos societarios”, Ed. Abeledo Perrot, Buenos Aires, 2013.

de Mauricio Boretto sobre presentación tardía en concurso (44), donde inicialmente hace una referencia a mis trabajos sobre el punto, que motivan parte de mis desvelos en torno a la conservación de la empresa, aunque suelen verse como una protección a los acreedores, por cuanto cita mi afirmación sobre que “[l]os acreedores débiles nacidos con posterioridad a la fecha en que la sociedad continúa operando en cesación de pagos, legitimados por la contratación dolosa de los administradores, podrán iniciar una acción individual de responsabilidad contra los mismos, en los términos previstos por ley societaria” (45), y son excelentes las preguntas que se formula en p. 2082, citando mi opinión en p. 2085, apuntando que la acción de responsabilidad por el daño sufrido por quitas solo la podrían ejercitar los disidentes con ese acuerdo contrario a normas imperativas de la ley societaria... Subraya los limitados efectos de la novación y los riesgos de la “infracapitalización”, afirmando interesantes efectos poco tratados por la doctrina, que me siguen desvelando e incorporo a este diálogo. Continúa en otro artículo que desenvuelve a continuación en una importante autopsia de estos fenómenos de incapacidad patrimonial que aquejan a sociedades, generando una congruencia normativa e imponiendo una sistemática. Lo hace en “Responsabilidad por infracapitalización” (46), donde continúa hilvanando su análisis en torno a los efectos de la infrapatrimonialización societaria. En ambos ensayos atiende al daño, factor de atribución, relación de causalidad e imputabilidad, todos temas que ha iluminado el homenajeador Félix Trigo Represas y que, por razones de espacio, solo referiré tangencialmente para constatarlas como elementos generadores de las responsabilidades de administradores y socios en su caso (47).

La cuestión es la insatisfacción al tercero de una acreencia por insolvencia, o aparente insolvencia al no encontrarse bienes de la sociedad, lo que —a su vez— podría derivar en la quiebra de la sociedad. Se viola una norma imperativa de tutela de terceros, de la sociedad y de los propios socios en forma genérica, que específicamente en caso de insatisfacción de terceros acreedores evidencia la insolvencia de la sociedad y permite avizorar la pertinencia de acciones resarcitorias del daño generado.

---

(44) BORETTO, Mauricio, “Responsabilidad por presentación tardía en concurso o agravamiento de la insolvencia”, en DUPRAT, Diego A. (dir.), ob. cit., p. 242.

(45) *Ibidem*, p. 2065, con referencia a mi ensayo “Responsabilidad del administrador societario en su concurso” en *Revista Argentina de Derecho Comercial y de los Negocios*, II — VI — 472, con citas que continúa en p. 2066.

(46) BORETTO, Mauricio, “Responsabilidad por infracapitalización”, cit.

(47) CAZEAUX - TRIGO REPRESAS, ob. cit., t. II, ps. 461 y ss.

Me permito reiterar que esos estados de “cesación de pagos” siempre son reversibles a través de los remedios societarios internos, llevando a preguntar si puede presentarse en concurso judicial o extrajudicial una sociedad dentro de la cual los administradores o los socios no han intentado esos remedios internos para superar la crisis. Obviamente que al no haber norma restrictiva la respuesta es afirmativa (48).

### III. LA FUNCIONALIDAD DE LA SOCIEDAD EN CONCURSO O EN QUIEBRA

Vengo haciendo referencias a esa temática que sin duda es mucho más rica. ¿Se altera la funcionalidad societaria? Sus órganos no son sustituidos, si se restringe la realización de ciertos actos sin contar con autorización judicial o se le impone la formalización de informes.

No se trata de ampliar la responsabilidad de los administradores societarios en cuanto al riesgo empresario, particularmente en tiempos de pandemia sanitaria, donde esta aclaro que muchos han colapsado patrimonialmente, pero muchos se han enriquecido.

La sociedad debe ser autosuficiente generando, a partir de su patrimonio y el plan o directriz de desarrollo de sus actividades, los medios para su manutención económica; esto implica su viabilidad. Por otra parte, la sociedad viable es la única que merece conservarse, sea por disposiciones concursales, preconcursales o extraconcursales.

Existe una tendencia a pensar que están limitadas las acciones de responsabilidad, por estar previstas en la LCQ solo en caso de quiebra —arts. 173 y ss. y alguna referencia de la LGS—.

En caso de que la sociedad se concurse y se homologue un acuerdo con quitas y esperas predatorias, entendemos que esta situación habilita a los acreedores nacidos con posterioridad a la crisis para promover acciones individuales de responsabilidad contra los administradores sociales que no afrontaron la crisis por los medios societarios y descargaron el pro-

---

(48) RICHARD, Efraín H., “*In memoriam* de Mauricio L. Yadarola. La escuela cordobesa de derecho comercial”, prólogo al nro. 5 de *Ensayos de Derecho Empresario*, Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Córdoba, Facultad de Derecho y Ciencias Sociales de la Universidad Nacional de Córdoba - Fespresa, y Comunicaciones a las IV Jornadas Interdisciplinarias de Derecho Concursal del Centro de la República, Córdoba, junio de 2009, Fespresa, ps. 17-43.

blema sobre esos acreedores (49). También los anteriores si se acreditara que la omisión de administradores los perjudicó (relación de causalidad).

Una conducta clásica de administradores societarios, dentro del plan de insolvencia que señala el penalista Carlos Palacio Laje (50), es el “stokeo” que generan para preparar la posterior presentación en concurso. Hacerse de bienes cuyo pago quedará suspendido y que generará *fresh money* durante la continuidad de la gestión para el escudo concursal. No tengo dudas de que esa conducta autoriza al acreedor perjudicado a promover acciones antes, durante o posteriormente al concurso.

Obviamente que esas acciones están vinculadas al derecho de daños y a la clásica teoría general de la responsabilidad (51).

La determinación del sujeto damnificado, legitimado para accionar por la reparación, surge de identificar a quien ha sufrido el daño o perjuicio y permite la división de las acciones de responsabilidad en social o individual. En la segunda se legitima a los accionistas y terceros individualmente, y no depende de ningún trámite previo.

1. En caso de homologación de acuerdo habiéndose constatado por el síndico en el informe general la existencia de la causal de pérdida del capital social o de imposibilidad patrimonial de largo tiempo antes de la presentación en concurso declarada en los mismos balances aprobados, ¿se mantiene la responsabilidad del art. 99 de la LGS? ¿Aun cuando se homologue un acuerdo que ha traspasado esas pérdidas a los acreedores componiendo la relación patrimonial y los activos corrientes en el balance?

No parece que el efecto novatorio que genera la homologación de un acuerdo concursal alcance a la responsabilidad de administradores y/o socios, concordando genéricamente con Boretto (52). Es que es un tema apasionante la responsabilidad por el daño sufrido por quitas en concurso de sociedades —sobre lo que ya he adelantado algo al referirme al ensayo de Boretto—, específicamente en orden a que si los que accionan

---

(49) RICHARD, Efraín H. - VEIGA, Juan Carlos, “Nueva visión en torno a la homologación de acuerdos con quitas en concurso de sociedades. El abuso y el fraude”, en *VIII Congreso Argentino de Derecho Concursal y VI Congreso Iberoamericano de la Insolvencia*, cit., t. 1, p. 367.

(50) PALACIO LAJE, Carlos, “Delitos de vaciamiento de empresas”, Ed. Marcos Lerner, Córdoba.

(51) ARAYA, Miguel C., “Responsabilidad de los administradores de la sociedad anónima”, en FILIPPI, Laura - JUÁREZ, María Laura (dirs.), ob. cit., t. II, ps. 639 y ss., esp. p. 647.

(52) BORETTO, Mauricio, “Responsabilidad por presentación tardía...”, cit., p. 2087.

son acreedores que votaron favorablemente la propuesta. Dos aspectos se contraponen: el acreedor podría sostener que votó la propuesta para salvar el emprendimiento, siendo un proveedor, pero que el perjuicio a la sociedad lo generó el administrador o el socio controlante, por ejemplo con un *leverage buy out*... Por otro lado al cuestionar el reclamo se podría sostener la falta de congruencia... Y en el medio las circunstancias del caso, la buena fe negocial, la actitud de la misma sociedad en relación con los causantes del daño, aunque no accionen contra ellos... Las manifestaciones del acreedor vinculadas al voto, particularmente antes de dar su aceptación... Sin duda un espacio abierto a la Justicia, menuda tarea...

Si los administradores continúan la operación de una sociedad, con pérdida del capital social y el patrimonio no es apto, ello se advertirá rápidamente en la no satisfacción de las obligaciones sociales. Y en tal supuesto los administradores asumirán responsabilidad por los principios generales.

Los acreedores sociales que acrediten: a) haber sufrido daño; b) por el accionar de administradores de sociedades; c) que hubieran asumido esas obligaciones en conocimiento del estado de cesación de pagos; d) pueden promoverles acciones individuales de responsabilidad.

Esas acciones son extraconcursoales y no requieren la previa apertura de un juicio concursal, que tampoco las atrae.

El daño también se perfilaría en caso del perjuicio sufrido por la quita o espera que impusiera un acuerdo concursal.

2. La Ley de Sociedades destina un solo artículo, el 279 de la LGS, que establece que los accionistas y los terceros conservan siempre sus acciones individuales contra los directores. Cuando la conducta antijurídica de los administradores ha causado un daño al patrimonio personal de los accionistas y de los terceros, estos tienen una acción individual para obtener el resarcimiento del daño sufrido (53).

La responsabilidad surge cuando exista daño a los acreedores y el mismo permita legitimar a estos activamente para reclamar a administradores societarios como legitimados pasivos. En un caso se resolvió que se infligió un “daño directo al actor en tanto, encontrándose en cesación de pagos y en la búsqueda de medios ruinosos, lo convenció de que formalizará un préstamo a nombre de una sociedad que él manejaba discrecionalmente y sabía que carecía de toda solvencia, para quedarse

---

(53) ARAYA, Miguel C., ob. cit., p. 652.

con los fondos en provecho propio y en perjuicio del mutuante. De tal suerte se presente la situación del director que induce a la concesión de crédito a una sociedad en situación real de insolvencia que es expresamente ejemplificada por Garríguez y Uría frente al tercero por lesión directa a su patrimonio (54), siendo para el juez fundamental que haya obrado a nombre de la sociedad, ya que de lo contrario, se estaría en la órbita del art. 1109 del Cód. Civil, sin necesidad de acudir a la normativa societaria” (55). En relación con el derecho norteamericano, con respecto al período de preconcursalidad, o sea de sociedad en estado de cesación de pagos cuyos administradores no abren los procedimientos concursales, la jurisprudencia ha dado un viraje a partir de 1991 sosteniendo la responsabilidad civil de esos administradores frente a los nuevos acreedores (56). Con base en la *business judgement rule*, “si la decisión fue tomada sin la información adecuada y disponible, ha existido una gruesa negligencia (culpa grave) del empresario por lo que deberá responder civilmente” (57). Se expresa (58): “si en la actualidad una compañía se ve metida en líos, los consejeros pueden ser demandados a título personal”. La jurisprudencia belga desde fines del año 1991 extiende la quiebra al *mâitre de l'affaire* persona síquica (59), administrador o controlante. En los concursos la legislación francesa sanciona a los administradores en situaciones similares, conforme al art. 180 de la ley 85-98 del 29/01/1985. Se trata de la *action en complement du passif* para satisfacer a los acreedores no satisfechos en la liquidación, siendo requisitos la insuficiencia del activo, la culpa o dolo de los administradores en la gestión, el nexo causal entre su falla de gestión y la falta de activo, debiendo el juez determinar la compensación justa que no puede exceder esa falta de activo, y puede ser menor. La acción oblicua abriría el camino ante tesis restrictivas, pues los acreedores sociales podrían ejercer la acción social de responsabilidad contra los administradores que perjudicaron el pa-

---

(54) *Comentario a la Ley de Sociedades Anónimas*, Madrid, 1976, t. II, cap. I, nro. 2, último párrafo, p. 196.

(55) Fallo de primera instancia del Dr. Eduardo Favier Dubois (h) en “Peacan Nazar c. Torres Astigueta”, del 16/05/1995, LA LEY 1996-C, fallo nro. 94379, comentado por CONIL PAZ, Alberto, “Responsabilidad de representantes sociales y quiebra”, confirmado por la CNCom., sala E, 16/05/1995 apoyando la doctrina el dictamen del Fiscal de Cámara, ED 168-496.

(56) VICARI, Andrea, “I doveri degli amministratori in caso di insolvenza della società nel diritto statunitense”, *Rivista delle Società*, 1999, ps. 1244 y ss.

(57) Conf. DOBSON, “No hay responsabilidad...”, cit., p. 105.

(58) GIBNEY, Frank, “El milagro programado”, Ed. Sudamericana Planeta, Buenos Aires, 1987, 2ª ed., p. 13.

(59) *Anales de la Facultad de Derecho de Lieja*, ps. 20-1991.

trrimonio social. Esta es la hipótesis que abre la responsabilidad en la quiebra conforme al art. 173 de la ley 24.522, no dudando en calificar de dolosa la actuación de administradores societarios que contrata por la sociedad con un tercero a sabiendas que no podrá o tendrá dificultades en cumplir el contrato. Es el daño que se infiere a un tercero acreedor de la sociedad, cuando el administrador contrata con él sin informarle del estado de crisis en que está inserta la administrada.

Es esclarecedora la opinión (60) que se refiere a la “incidencia directa del daño sobre el patrimonio del socio o del tercero, que no sea un mero reflejo del eventual daño en el patrimonio social... también parece producirse para los nuevos acreedores de la sociedad (61) surgidos a partir de la situación de crisis irreversible (cesación general de pagos o insolvencia), que se ha prolongado sin que los administradores hayan adoptado las medidas exigidas por concretos deberes legales o por la observancia del deber de diligencia en las circunstancias del caso. Sin perjuicio de la eventual lesión del patrimonio social, el daño es directo, en la medida en que la conducta ilícita del administrador (p.ej. en los supuestos de falsa información documental que sirve de base a la operación) lleva al tercero a confiar en la situación patrimonial aparente y a concluir el negocio que después resulta dañoso (véase Bonelli, ‘Responsabilidad’, p. 201, texto y nota 191). También soporta directamente el daño el acreedor en caso de que el administrador imparta la orden de no atender al vencimiento una obligación de la sociedad o impida satisfacer la prestación debida. En cambio, resulta más discutible, como ya se ha advertido, que la omisión de deberes en ocasión de la concurrencia de determinadas causas de disolución o de los presupuestos para la apertura de la quiebra provoque propiamente un daño directo en los acreedores anteriores a ese momento, que han establecido sus relaciones con la sociedad en condiciones normales y que deben en principio asumir los riesgos eventuales de crisis e insolvencia de la otra parte. Ciertamente la omisión de aquellos deberes (en particular en los supuestos de crisis irreversible) perjudica a los acreedores surgidos con anterior a ese momento”.

El derecho inglés ha fijado criterios en la *Insolvency Act* de 1986, pero registra antecedentes desde el año 1924. Ha generado una regla en la que

---

(60) VELASCO, Esteban G., “Estudios jurídicos en homenaje a Aurelio Menéndez”, Ed. Civitas, Madrid, 1996, t. II, p. 1679: “Algunas reflexiones sobre la responsabilidad de los administradores frente a los socios y terceros: acción individual y acción por no promoción o remoción de la disolución, especialmente, p. 1683, “Responsabilidad de los administradores por daño directo. La acción Individual”, transcribimos p. 1698 “Daño directo”.

(61) *Ibidem*, p. 1699.



la culpa grave (*wrongful trading*) consiste en la “continuación con la actividad empresarial cuando no existían perspectivas razonables de pagar las deudas a su vencimiento”, señalándose dentro de un catálogo de culpas graves: cobro de salarios muy altos, incumplimiento de contabilidad legal, redacción defectuosa de memorias e informes, falta de entrega de mercaderías o prestación de servicios que hubieran sido pagados, ventas por valores anormales (62).

En tales supuestos hay daño directo al patrimonio del acreedor, pues en ningún caso se previó recurso patrimonial de la sociedad para satisfacerlo, existe una relación de causalidad entre el obrar del administrador al tomar el crédito u ordenar el suministro a sabiendas del incumplimiento, amén de la infracción a normas imperativas de la ley societaria en torno a su viabilidad y liquidación.

La jurisprudencia española que abre el ejercicio de la acción de responsabilidad es profusa: Responsabilidad de los administradores frente a los acreedores sociales en casos de falta de liquidación adecuada de la sociedad, en caso de disolución (63) o cuando los administradores contraen crédito sabiendo la impotencia patrimonial para cumplir con el posterior pago. “La negligencia grave, el descuido imperdonable generador de efectivos daños a terceros, está presente en la conducta de los demandados, pues, a pesar de conocer la mala situación económica de la sociedad, siguieron comprando diversos productos” (64). “El acto u omisión del administrador estará marcado en el ámbito de las atribuciones propias de su cargo, y acaso de halle exento de toda intencionalidad dañosa, pero si es contrario a la ley o a los estatutos, o si está realizado sin la diligencia con la que debe desempeñar el cargo, genera responsabilidad que es exigible por este conducto.

”Entre otros supuestos de esta clase de responsabilidad pueden apuntarse dos modalidades frecuentes: una de ellas consiste en la actuación de los administradores de sociedades mercantiles que en situaciones de agobio económico para la empresa, que ha visto menguado considerablemente su patrimonio y se encuentra imposibilitada o con grandes dificultades para hacer frente a sus deudas, opta, temerariamente, por incrementar los pedidos a sus proveedores sin tener en cuenta las posibilidades reales para atender los pagos, lo que conduce normalmente

---

(62) DOBSON, “La aplicación...”, cit., p. 106.

(63) GARRETA SUCH, José María, “La responsabilidad civil, fiscal y penal de los administradores de las sociedades”, Ed. Marcial Pons, 4ª ed., ps. 202 y ss.

(64) Sent. Apelación de Valencia Sec. 6ª, 30/12/1992, *Revista del Derecho de Sociedades*, p. 306.

a acelerar el descalabro económico, con el consiguiente daño directo a esos proveedores, que tantas veces ven defraudadas sus legítimas expectativas de cobrar el género servido” (65), a su vez “Constituye una de las más típicas manifestaciones del administrador de una sociedad en contra de la ley de la diligencia con que debe desempeñar su cargo, que no es otra que la de un ordenado comerciante (art. 79, LSA), la de inducir a terceros a contratar con la entidad representada y a concederle crédito cuando la deudora se halla ya en una situación real de insolvencia” (66).

El incumplimiento de esos deberes fiduciarios por parte de los administradores permite imputarles responsabilidad. No es necesario que el administrador se haya enriquecido, sino que con su obrar contrario al estándar del art. 59 de la ley 19.550 haya causado perjuicio al acreedor social.

3. He transmitido cómo tratando de limitar la responsabilidad se apunta que sin la causación de un daño directo no cabría el ejercicio de la acción. Debe existir el daño directo que incida en forma inmediata sobre el patrimonio del tercero (o de un socio), señalándose como supuestos de daños directos la obtención de un crédito o aval facilitado por tercero, ocultado a estos la situación difícil de la sociedad (67). Pero la evidencia del daño y la relación causal impone las soluciones.

Los administradores deben responder de los daños que causen a la sociedad o a terceros por no actuar “con lealtad y con la diligencia de un buen hombre de negocios”, que es el estándar que fija el art. 59 de la LS (68), imponiendo de seguido que “Los que faltaren a sus obligaciones son responsables ilimitada y solidariamente, por los daños y perjuicios que resultare de su acción u omisión”. Subraya Halperín que es “un criterio objetivo de comportamiento (pero no una responsabilidad objetiva, agregamos) (...) la noción de buen hombre de negocios establece una auténtica responsabilidad profesional, ya que implica capacidad técnica, experiencia, conocimientos. Para apreciarla en el caso concreto se tendrá en cuenta: a) la dimensión de la sociedad, b) su objeto, c) las funciones genéricas que incumben como director y las específicas que se le hubieran confiado, d) las circunstancias en que debió actuar (urgencia,

---

(65) Sent. Apelación de Valencia Sec. 6ª, 08/04/1993, *Revista del Derecho de las Sociedades*, p. 301, y también puede verse GARRETA SUCH, ob. cit., p. 191, nota 89.

(66) TS, 14/11/1988, *Revista General de Derecho* nro. 534, marzo 1989, cit. por GARRETA SUCH, ob. cit., p. 200, nota 103.

(67) “Responsabilidad de los administradores - Levantamiento del velo”, *dossier práctico* de Ed. Francis Lefebvre, Madrid, 1998, p. 49.

(68) Sobre la inteligencia de la locución puede verse a nuestro recordado HALPERÍN, Isaac, ob. cit.

acopio de datos, antecedentes e informaciones, etc.) y cómo cumplió su deber de diligencia” (69).

La acción derivada conforma un tema candente en el aspecto de los grupos para ejercer la acción de responsabilidad contra los administradores de la controlante. Manóvil (70) asienta la responsabilidad de los administradores de la controlante en los presupuestos de toda responsabilidad civil, que no son otros para ellos o para los administradores de la sociedad dominada, o independiente, cuando opera infracapitalizada materialmente y afecta los derechos de los acreedores, o de los accionistas minoritarios.

Se sostiene (71), ratificando el criterio y habilitando una acción derivada, que “consideramos contrarias al espíritu de la ley las interpretaciones que, por lo restrictivas, y por la suma de exigencias formales a las que suele condicionarse la promoción y éxito de las acciones de responsabilidad... Como los directores son electos por la mayoría, las acciones sociales de responsabilidad rara vez son promovidas. Ningún sistema capitalista o no, puede funcionar en forma adecuada y justa, si se fomenta —al no repararse— la causación de daños a los socios y a terceros... En primer lugar, ¿por qué el daño derivado del menoscabo —en ocasiones la volatilización— del patrimonio social es calificado como indirecto? Se trata de una afirmación dogmática tantas veces descalificada por la CS con sustento en la doctrina de la arbitrariedad. Si la ley ha otorgado legitimación al accionista para promover una acción invocando el daño sufrido por la sociedad, y en beneficio de esta, *a fortiori* debe estar legitimado para reclamar a título personal el resarcimiento de los perjuicios.

Esta “acción derivada” apareció autorizada por el art. 76 de la ley 26.831 de Mercado de Capitales (LMC), ex art. 73 dec. 677/2001 sobre transparencia contra los actos o contratos con partes relacionadas, previendo en la última parte que la acción sea promovida por “un accionista” que “demanda resarcimiento de los perjuicios ocasionados”, o sea que no se trataría de demandar los perjuicios sufridos por la sociedad, sino los correspondientes a ese accionista. Si se entendiera que el daño que debe reclamar el accionista es el total y lo es en beneficio de la sociedad, lo que se habría consagrado no es el ejercicio de una acción derivada, sino la promoción de una “acción en representación”, lo que

---

(69) *Ibidem*, p. 452/3.

(70) En su libro *Grupos de sociedades. En el derecho comparado*, Ed. Abeledo Perrot, Buenos Aires, 1998, p. 758, entre diversas referencias que hace a la cuestión.

(71) ROUGUES, Julio M. V., “Acción social e individual de responsabilidad. Replanteo de una *vexata quaestio*”, *IV Congreso Iberoamericano...*, cit., t. II, p. 537.

es bien distinto (72). La norma sustituida dispone respecto de las “acciones de responsabilidad derivadas” contra integrantes de órganos en las sociedades que hacen oferta pública: “Acciones de responsabilidad. En las sociedades que hacen oferta pública de sus acciones, la acción de responsabilidad prevista en el art. 276 de la ley 19.550 de Sociedades Comerciales (t.o. 1984) y sus modificaciones, cuando correspondiere ser ejercida por los accionistas en forma individual, podrá ser ejercida para reclamar en beneficio de la sociedad el resarcimiento del daño total sufrido por esta o para reclamar el resarcimiento del daño parcial sufrido indirectamente por el accionista en proporción a su tenencia, en cuyo caso la indemnización ingresará a su patrimonio”. La norma del decreto disponía una inversión de la carga probatoria, imponiendo “a la parte demandada probar que el acto o contrato se ajustó a condiciones de mercado o que las condiciones de la operación no causaron perjuicio a la sociedad”, inversión que ahora aparece más generalizada en el art. 74 de la LMC.

Las acciones derivadas son una forma de expresión de la acción subrogatoria u oblicua (73), pudiendo aplicarse en supuestos de administradores de sociedades que no hacen oferta pública.

4. El incumplimiento masivo del insolvente se irradia en el mercado y afecta a los acreedores *in bonis* del insolvente, generando en muchos casos su propia insolvencia. El art. 1709 del Cód. Civ. y Com. autoriza una sistematización no excluyente de acciones por daño derivadas de la teoría general, de la Ley General de Sociedades y de la Ley de Concursos.

El Cód. Civ. y Com. contempla las relaciones civiles y comerciales, y su art. 1710 consagra el deber de prevención para toda persona con los siguientes alcances: a) en cuanto dependa de ella y b) se deben adoptar

---

(72) Sobre ambas acciones puede verse el Proyecto de reformas a la Ley de Sociedades Comerciales elaborado por la Comisión designada por el Ministerio de Justicia 465/91 que integráramos, en el tít. I, cap. 1, secc. IV, “De ciertas acciones”, arts. 21 a 26, Ed. Astrea.

(73) RICHARD, Efraín H., “Las relaciones de organización y el sistema jurídico del derecho privado”, Ed. Academia de Córdoba, Córdoba, 2000, cap. IX, “Fraccionamiento de la responsabilidad frente a consumidores y terceros a través de los contratos de colaboración”, parág. XIII “Medios no tradicionales de ejercitar la responsabilidad”, p. 426. La acción oblicua abriría el camino ante tesis restrictivas, pues los acreedores sociales podrían ejercer la acción social de responsabilidad contra los administradores que perjudicaron el patrimonio social. Esta es la hipótesis que abre la responsabilidad en la quiebra conforme al art. 173, ley 24.522, no dudando en calificar de dolosa la actuación de administradores societarios que contrata por la sociedad con un tercero a sabiendas que no podrá o tendrá dificultades en cumplir el contrato.

las diligencias conforme a lo que haría una persona que obrara de buena fe, disponiendo medidas razonables para evitar el daño o disminuir su magnitud o no agravarlo si ya se ha producido (74).

Y lo más importante es que la omisión del deber de prevención da lugar a la acción judicial preventiva (art. 1711), cuyos presupuestos son: a) autoría: que en este caso puede consistir en un hecho o una omisión de quien tiene a su cargo un deber de prevención del daño (en el caso, los administradores societarios); b) antijuridicidad: porque constituye una violación del deber de prevención (75); c) causalidad: porque la amenaza de daño (insolvencia, agravamiento de la crisis) debe ser previsible de acuerdo con el régimen causal que se define. Se reconoce legitimación sustancial para peticionar judicialmente por la prevención a quienes acrediten un interés razonable en la prevención del derecho amenazado (76).

La sentencia que admite la acción preventiva debe disponer, a pedido de parte o de oficio, en forma definitiva o provisoria, obligaciones de dar, hacer o no hacer, según corresponda; debe ponderar los criterios de menor restricción posible y de modo más idóneo para asegurar la obtención de la finalidad (art. 1713).

La LGS contiene adecuadas normas para asegurar la funcionalidad societaria sin riesgos, pero ante una conducta obstruccionista y formalista para asegurar reuniones de órganos de administración o gobierno, el nuevo régimen preventivo del Cód. Civ. y Com. puede desbloquear largos procedimientos impositivos de la regular gestión.

#### IV. LOS SOCIOS DEBEN SOPORTAR LAS PÉRDIDAS

La quita es incompatible con esas normas imperativas, con las opciones del art. 96 de la LG, enriquece a los socios y viola el art. 1º de la LGS. El elenco del art. 43 de la LCQ es meramente enunciativo: para la persona humana, constitución de sociedad con sus acreedores, quitas; para las personas jurídicas, reorganización de la sociedad, emisión de

---

(74) RICHARD, Efraín H., "Ensayo en torno a buena fe e insolvencia societaria", en CORDOBA, Marcos M. (coord.), *Tratado de la buena fe en el derecho*, Ed. La Ley, Buenos Aires, 2005, 2ª ed., t. I, p. 811.

(75) CAZEAUX — TRIGO REPRESAS, ob. cit., t. II, p. 493.

(76) "Código Civil y Comercial de la Nación. Proyecto del Poder Ejecutivo de la Nación redactado por la Comisión de Reformas designada por decreto 191/2011", Ed. Rubinzal-Culzoni, Santa Fe, 2012, ps. 656 y 657.

obligaciones negociables o debentures, emisión de bonos convertibles en acciones, capitalización de créditos. La quita individual es posible, pero por mayoría imponérsela es incompatible. Esto tiene que ser analizado conforme al art. 52.4 de la LCQ, ¿es una facultad incondicionada del juez o debe solo ejercerla cuando hay impugnaciones?

Claro que la propuesta podría otorgar, junto con las modalidades legales, una opción voluntaria para no capitalizar de quita o la espera confiscatoria por la inflación. Le dejaría la opción a cada acreedor, pero no se la podría imponer por mayorías, que sabe solo Dios cómo han sido logradas.

En ese juicio de homologación, ¿qué es abusividad conforme al art. 10 del Cód. Civ. y Com.? ¿Y qué es fraude a la ley, conforme al art. 12 del Cód. Civ. y Com.? Y particularmente como fraude a la ley societaria. Las resoluciones de homologación, que conforme al art. 52.4 de la LCQ señalan que “en ningún caso el juez homologará un acuerdo abusivo o en fraude a la ley”, suelen referir la abusividad, pero nunca el fraude a la ley societaria. Y deberá tenerse en cuenta la buena fe negocial. También me pregunto, casi sin respuesta: ¿la previsión de daño o de mitigación de los arts. 1709 y ss. del Cód. Civ. y Com. es posible en el concurso o quiebra? Y lamento hoy no poder consultar a Félix...

Otra pregunta: ¿La homologación evita acciones de responsabilidad contra administradores y socios? ¿Elimina la antijuridicidad? Si la respuesta es afirmativa, como señala doctrina, ¿qué responsabilidad para el juez!, y más si se condiciona su libertad de homologar o no a que existan impugnaciones, lo que coartaría la función judicial de resguardar el orden público.

¿La homologación judicial eliminaría la antijuridicidad y por tanto la posibilidad de acciones de responsabilidad de acreedores dañados contra administradores y/o socios en su caso? La corriente procesalista concursal lo abona a partir del efecto novatorio de la homologación del acuerdo.

El dolo no es excusable, y es opinable sostener que la antijuridicidad de lo actuado por administradores y socios desaparece con la homologación... apunto al referido fallo de la Corte en “Provincia de Chubut c. Yacimientos Carboníferos Patagónicos” de 2002.

Otra pregunta ante tema poco debatido, pero que suele someterse en conferencias: ¿Durante el concurso pueden promoverse acciones de responsabilidad contra administradores y socios? Parecería que sí, aunque no es costumbre. No son sujetos concursados y pueden iniciarse las acciones previstas en la LGS o dentro de la teoría general de la responsabilidad previstas en el Cód. Civ. y Com. si se generó daño. En esa funcio-

nalidad podría removerse al directorio con acciones de responsabilidad y contra los socios o controlantes conforme al art. 54 de LGS en sus dos primeros párrafos, el segundo sobre *leveragge buy out*, y el tercero de inoponibilidad. También, según el caso, lograrse la intervención judicial, que también podría ser dispuesta por el juez del concurso.

Frente a tales cuestiones expreso con convicción que la ley societaria trae remedios en su adecuada funcionalidad... que pueden evitar el concurso y bajar costos de transacción, la Memoria y el año en curso... las causales de disolución, que no implican necesariamente liquidación sino que agravan la responsabilidad, los remedios de capitalización del art. 96 de la LGS reintegro y capitalización —plan—, incluso evitando el derecho de suscripción preferente en el caso de acreedores art. 197.2 de la LGS, y las múltiples herramientas financieras que hacen compatible la obligación de los socios de soportar las pérdidas, pero las atenúan con la participación de los acreedores, la previsión del art. 1531 del Cód. Civ. y Com., obligaciones negociables con opción, *lease back*, etc. Al someterse a un proceso concursal, los administradores y socios generan un escudo protector de no agresión, sin curso de intereses y restablecimiento de servicios y contratos indispensables para su funcionalidad. Su viabilidad debe ser entrevista claramente, quizá no inmediata por alguna restricción para contener la pandemia necesaria, pero si como posibilidad concreta. Nada tienen que pagar en el concurso, todos los recursos son para satisfacer crédito de pronto pago y la correcta funcionalidad. Debe haber una hoja de ruta... ¿Necesita financiamiento extra? Cuidado si los socios no aportan o no consiguen quién aporte... deberíamos pensar que un plan de reorganización no se ha expuesto o no es adecuado... Y el esfuerzo compartido de recibir a proveedores y acreedores financieros a capitalizar, acreedores estos últimos que lo harán a través de fondos de inversión y de sus clientes para escapar a trabas burocráticas. ¿Vale la pena o no el emprendimiento? Esa es la cuestión, y de la diligencia de los administradores, conforme a sus obligaciones indelegables, debe venir la respuesta, incluso para no asumir responsabilidad.

La Unión Europea, en su directiva (UE) 2019/1023 del Parlamento Europeo y del Consejo del 26 de junio de 2019, aún no adoptado y que apuntamos anterior a la pandemia, en el cap. 5º “Obligaciones de los Administradores Sociales”, art. 19 “Obligaciones de los administradores sociales en caso de insolvencia inminente” aconsejaba: “Los Estados miembros se cerciorarán de que, en caso de insolvencia inminente, los administradores societarios tomen debidamente en cuenta, como mínimo lo siguiente: a) los intereses de los acreedores, tenedores de participaciones y otros interesados; b) la necesidad de tomar medidas para

evitar la insolvencia, y c) la necesidad de evitar una conducta dolosa o gravemente negligente que ponga en peligro la viabilidad de la empresa”.

Se advertirá que mucho antes la doctrina nacional sostenía la necesidad de preservar la actividad empresarial viable, tomando las acciones convergentes a evitar insolvencia y daño, bajo riesgo de asumir responsabilidad por culpa o dolo, por falta de diligencia o deslealtad. La posterior aparición de la pandemia sanitaria solo pudo introducir aspectos en torno a la viabilidad inmediata superable o de la inviabilidad que aconsejara especiales resoluciones, siempre dentro de ese marco, de la buena fe y de no trasladar el riesgo y las pérdidas a los trabajadores y acreedores.

Es que la viabilidad económica y social hace a un tema de orden público, ajeno al acceso a la ley concursal que es voluntario, pero que se debe interpretar bajo esos mismos parámetros de congruencia en el caso de sociedades con la legislación específica, el Cód. Civ. y Com. y la Constitución Nacional por confiscatorias.

1. En definitiva pongo en tela de juicio a ciertas prácticas, hoy aún muy usuales, que significan el aplastamiento de los derechos de los acreedores y zafar la obligación de los socios, incluso enriqueciéndolos aunque deban pagar el 35% de ganancias, la hemos llamado con Juan Carlos Veiga el “Contraderecho”, o sea las prácticas *contra legem* del procesalismo concursalista. Por eso quedan afirmaciones controvertibles y preguntas... para ponencias.

Claro que hay que destacar que el bien jurídico protegido es la conservación de la empresa, no necesariamente de la sociedad ni de las participaciones de los socios.

Ante una pregunta “sobre cómo se compatibilizan los arts. 54, 59 LGS y 144 Cód. Civ. y Com. con el proceso concursal de una sociedad? Se puede pensar en un diálogo de fuentes integrando el referido art. 150 Cód. Civ. y Com.”, sin duda debe generarse ese diálogo, que es impuesto en el caso por las prioridades generadas. El art. 54 de la LGS en sus párrafos primero y segundo autoriza y prevé acciones por daños causados por los socios, el segundo por *leveragge buy out*, y el 59 de la LGS contra los administradores, totalmente compatibles de desarrollar en un concurso, o en una quiebra, no hay norma alguna que lo impida, y si bien esto no es común por la forma como se prepara la presentación en concursos bien puede darse en el caso de que existan dos grupos de accionistas, y el minoritario bien puede exigir la realización de una asamblea para promover acciones de responsabilidad, las que aún en la negativa quedarán expeditas para incoar esas acciones, que también podrán desarrollar ter-



ceros. Y la del art. 144 del Cód. Civ. y Com. coincide con el tercer párrafo del art. 54, perfilando una acción de imputabilidad o responsabilidad. Me hace acordar a la opinión de juristas norteamericanos que sostienen que el descarrimiento del velo no es sino una acción de responsabilidad dentro de las relaciones de organización.

Los presupuestos son los propios de la responsabilidad subjetiva, o sea un acto u omisión imputable subjetivamente, un factor de atribución —que en el caso de las sociedades es el ser administrador conforme al art. 59 de la LGS—, un daño y una relación de causalidad entre aquella imputación subjetiva y el daño generado.

La responsabilidad individual puede ser ejercitada por un socio como tercero o un tercero (acreedor o trabajador en los supuestos del título). Pero para ejercer esta acción individual debe generarse un daño directo a quién la ejercita y no indirecto por el daño generado al patrimonio social por el indebido obrar de los administradores.

No se hace esa distinción en el fallo “Maciel, Bernardina Z. c. Korolik SA y otros s/ despido” (77), al sostener que “[c]onforme las disposiciones contenidas en la Ley Comercial tanto los administradores como los representantes del ente societario deben obrar con lealtad y con la diligencia de un buen hombre de negocios. El incumplimiento de ese deber por parte de los primeros, los hace responder ilimitada y solidariamente ante la sociedad, los accionistas y los terceros por el mal desempeño de su cargo así como por la violación de la ley, el estatuto o el reglamento por cualquier otro daño producido por dolo, abuso de facultades o culpa grave (arts. 59 y 274, ley 19.550). Por lo tanto, si en la gestión del negocio incurren, por lo menos, en culpa grave, deben responder ante el tercero (en el caso, la trabajadora) que, como consecuencia del incumplimiento sufre un daño (...). La responsabilidad directa que le cabe a la empleadora se extiende a los codemandados que, por los menos, por razones de negligencia, han dado motivo a la dilapidación del capital social y, consecuentemente, a la insolvencia de la sociedad. Por ello, no puedo sino coincidir con la solución impuesta por el sentenciante y ratificar la condena solidaria de los codemandados”.

Congruentemente se afirma que cuando una sociedad ingresa en dificultades financieras o económicas que anticipan el estado de cesación de pagos o marcan su insolvencia, esos deberes fiduciarios se extienden a favor de los acreedores, para no dañarlos con la actuación antifuncional de la sociedad.

---

(77) CNTrab., sala X, 28/04/2003, expte. 11125/00 S. 11671, elDial del 20/10/2003.

La responsabilidad surgirá cuando exista daño a los acreedores y el mismo permita legitimar a estos activamente para reclamar a administradores societarios como legitimados pasivos. Se resolvió en un caso que se infligió un “daño directo al actor en tanto, encontrándose en cesación de pagos y en la búsqueda de medios ruinosos, lo convenció de que formalizará un préstamo a nombre de una sociedad que él manejaba discrecionalmente y sabía que carecía de toda solvencia, para quedarse con los fondos en provecho propio y en perjuicio del mutuante. De tal suerte se presente la situación del director que induce a la concesión de crédito a una sociedad en situación real de insolvencia que es expresamente ejemplificada por Garríguez y Uría frente al tercero por lesión directa a su patrimonio (78), siendo para el juez fundamental que haya obrado a nombre de la sociedad, ya que de lo contrario, se estaría en la órbita del art. 1109 del Cód. Civil, sin necesidad de acudir a la normativa societaria” (79).

Coincidiendo en los presupuestos de esta acción, diferente de la acción general de responsabilidad por culpa o negligencia, se apunta a esta responsabilidad individual de administradores societarios, “[c]uando ocultando la situación difícil en que se encuentra la sociedad los administradores obtienen de un tercero bien un crédito en dinero, o un aval, o el suministro de bienes o servicios (80).

Dentro del derecho argentino no es atributo de la personalidad jurídica la limitación de responsabilidad de los partícipes o socios del sustrato personificado, efecto que corresponde a ese sustrato, en su caso al tipo de sociedad elegido.

La personalidad jurídica genera el efecto de imputación directa de relaciones al nuevo sustrato, lo que puede modificarse en caso de abuso. Las exigencias de tipicidad, formalidad y publicidad genética de la personalidad (en las sociedades) permiten generar un centro imputativo autogestante con responsabilidad limitada de integrantes y administradores, con causa a un negocio en común, con aportes, gestión, resultados y utilidades. Pero si en su funcionalidad hay un desvío de esa causa, se limitan o alteran los efectos imputativos, y la limitación de responsabilidad.

---

(78) Ver *Comentario a la Ley de Sociedades Anónimas*, Madrid, 1976, t. II, p. 196, cap. I, nro. 2, último párrafo.

(79) Fallo de primera instancia “Peacan Nazar”, cit.

(80) SÁNCHEZ CALERO, Fernando, “Los administradores en las sociedades de capital”, Ed. Aranzadi - Thomson Civitas, Navarra, 2005, p. 289.

La imputabilidad hace al sujeto, la responsabilidad no altera aspectos de personalidad sino reconoce la existencia de un factor de atribución de la reparación del daño, y permite inquirir sobre existencia de culpa o dolo (omisión, abuso, etc.).

La limitación de responsabilidad de los socios de cualquier tipo societario, se corresponde a esa mera relación, pero puede diluirse cuando ese socio realiza actos conociendo o debiendo conocer la situación que puede generar daño, contando con el poder de decisión necesario para ponerle fin, omitiendo adoptar las medidas necesarias al efecto.

Riesgos de los acreedores los señala la incansable doctrinaria Alicia Pereyra, pese a la afirmación de Jaap Winter, y no puedo sino contestar que lo indicado de ese informe era en cuanto al riesgo final o mayor, porque los acreedores sufren un daño inmediato cuando no se les paga en término, incluso poniéndolos en cesación de pagos por falta de activo corriente. Pero eso no implica que deban soportar las pérdidas, pues a lo más que se les puede pedir es que compartan el esfuerzo capitalizando su acreencia para correr el riesgo común del éxito de la actividad societaria de una sociedad tornada viable y eficiente.

Si una sociedad no obtiene capital de sus propios socios o de terceros, es porque no existe un plan que determine la viabilidad y la rentabilidad de la empresa. Los administradores societarios deben hacer una evaluación y un plan anualmente. Si el balance anual acusa la pérdida tienen obligación de exponerlo a los socios, con algún plan si pretenden continuar la gestión, y a su vez deben presentar junto al balance una Memoria sobre la prospectiva del año venidero, que importaría anticipar la asunción de una crisis si existiere un sobreendeudamiento: anticiparse a la instalación de la crisis, revisar el patrimonio activo y pasivo ordinario corriente para el año inmediato, sin perjuicio de mantener el patrimonio activo suficiente para satisfacer el pasivo, o sea mantener patrimonio positivo, sin pérdida del capital social. Y la crisis societaria suele acercar el régimen concursal que, a nuestro entender lo es con especiales notas cuando es el concurso de una sociedad (81).

“La suficiente capitalización de la sociedad al momento de su constitución y posteriormente, durante todo el desarrollo de la actividad empresarial es la mejor manera de evitar la insolvencia de la sociedad,

---

(81) RICHARD, Efraín H., “Crisis societaria: integración del sistema concursal con el societario”, RDCO 266-243.

atento que esta cuenta con mecanismos para obtener la financiación interna” (82), y —eventualmente— la capitalización del pasivo.

Ante la pérdida del capital social (patrimonio neto neutro o negativo), las soluciones normativas-doctrinarias a la capitalización son múltiples (83), permitiendo a los administradores emitir acciones sin autorización de los socios, con o sin prima, con derecho de rescate, generando preferencias patrimoniales que limiten sus derechos políticos, ubicándolas en una clase, y otras soluciones con las que se afrontan crisis extrajudicialmente y con gran confidencialidad. Incluso la liquidación privada, a bajo coste, importa una suerte de concurso de hecho, que no impide la petición de quiebra por algún acreedor que, sin duda, verá por ese medio menguado su derecho en el concurso, pues de haber responsabilidades podría ejercerlas individualmente. Liquidación que puede encararse con continuidad de la empresa, conforme a un plan, para tratar de enajenarla privadamente. Las cláusulas o convenios de preferencia para la recompra de acciones son de validez indiscutida en el derecho comparado. La entrega a la par de obligaciones negociables convertibles puede ser una solución compatible.

La capitalización del pasivo tiene efectos tributarios neutros y libera a fiadores y deudores solidarios, y parece ser el lineamiento que se aconseja en los “acuerdos privados” —*company voluntary arrangement*— con los acreedores financieros, que de ser la empresa viable rápidamente colocarán sus participaciones en el mercado.

De la tesis de Carlos E. López Rodríguez sobre responsabilidad de administradores por el déficit concursal, que —obviamente— se centra en la Persona jurídica (84), entresaco “la responsabilidad por el déficit concursal sirve para obtener la sujeción del patrimonio de los administradores, liquidadores o apoderados generales del deudor que en razón del incumplimiento de las obligaciones inherentes a sus atribuciones, han colocado a los acreedores y a la sociedad deudora en una compleja situación económica de la que en pocas ocasiones resultan indemnes. En general, una vez promovido un proceso concursal los acreedores deben asumir un empeoramiento de sus créditos sea en cuanto a su monto

---

(82) CTrab. y Minas 4<sup>a</sup> Nom. Santiago del Estero, 15/06/2005, “Salazar, Oscar E. c. Forestal El Milagro SRL”, LLNOA 2005-1446.

(83) FIMMANO, Francesco, “L’ allocazione efficiente dell’ impresa in crisi mediante la trasformazione dei creditori in soci”, *Revista delle Società*, 2010, ps. 57 y ss.

(84) LÓPEZ RODRÍGUEZ, Carlos E., “Responsabilidad concursal de los administradores societarios. Administración de hecho y déficit concursal. Estudio comparado con la legislación española y argentina”, Ed. La Ley, Montevideo, 2016.

o en cuanto al tiempo de percepción” (p. 56), apuntando a página siguiente “No nos referiremos en esta parte al derecho argentino, en razón de que la LCA (ley 24.522 y reformas, aclaramos) carece de regulación alguna respecto de responsabilidad de los administradores por el déficit concursal”. Esta última apreciación es por no haber conjugado las normas imperativas del derecho societario, que pueden llegar a alcanzar a socios de control, que si trata “el caso en que el deudor sea una persona jurídica, el enjuiciamiento de las condiciones ha de referirse a la actuación de los administradores” (85), y de los socios señalo. Hace referencia que el riesgo en el caso de ser un deudor una persona humana es de los acreedores, pero de ser una sociedad persona jurídica es de los socios, conforme al informe del “Grupo de Alto Nivel de Expertos en Derecho de Sociedades, presidido por Jaap Winter, con el doble objetivo de iniciar una discusión sobre la necesidad de la modernización del Derecho de Sociedades y elaborar una serie de recomendaciones destinadas a crear un nuevo marco regulador de las sociedades cotizadas.

Parece fundamental la reflexión conclusiva que el riesgo de insolvencia es de los acreedores en el caso de crisis de persona humana y es de los socios en el caso de crisis de persona jurídica. Ello tal como lo indican los artículos primero de las leyes de sociedades argentina y uruguay: “soportar las pérdidas”, son a cargo de los socios, y normas imperativas posteriores y congruentes se enderezan a ello, como sostengo hace más de 20 años y lo hago en este ensayo. Es que frente a una crisis económico-patrimonial de sociedades se suelen desenvolver estrategias o planes de insolvencia que infringen las normas específicas, los administradores y socios suelen eludir la funcionalidad societaria.

Un hipergarantismo trata de no advertir esas maniobras artificiosas, aquello que Provinciali señalo como “ció que segna el confine tra fisiología e patología nella vita del patrimonio”, lo que es hoy habitual que el estado de cesación de pagos —cuando no la insolvencia— se produjo hace muchos años, o sea que el patrimonio arrastraba una situación terminal dentro de la fisiología o funcionalidad de la sociedad.

Recordando algo olvidado por jurisprudencia y doctrina nacional, se dice: “La normativa societaria ha tenido, desde siempre, la preocupación de la defensa y protección del crédito y, por esta vía, de la prevención de las crisis empresariales. Con herramientas y procedimientos diferentes ha ido convergiendo con una legislación concursal cada vez más preocupada por la prevención de las crisis empresariales y en la solución de estas con el menor daño posible a las estructuras productivas. Esta co-

---

(85) LÓPEZ RODRÍGUEZ, ob. cit., p. 59.

munidad de objetivos, entre ambas ramas del ordenamiento mercantil, hacen necesaria una coordinación y armonización normativa, de modo que su objetivo común pueda ser logrado en forma segura y eficiente, derecho concursal y derecho societario no son dos compartimentos estancos. Ambas disciplinas deben perseguir, desde una concepción integral del sistema jurídico, una armonización de sus sistemas normativos en orden a la tutela del crédito, a la anticipación de las crisis y a evitar su profundización y propagación” (86).

Sobre el punto incursiona la nueva redacción del art. 100 de la LGS sobre la viabilidad económica y social de la actividad desplegada por la sociedad con causales de disolución.

2. La imperdible presentación del director en un *Tratado* (87) constituye una autopsia de la legislación concursal: “todos conocemos lo grave que significó para una comunidad con un nivel de moral colectiva tan bajo como el que ya existía en ese momento en nuestro País, la castración de las acciones de responsabilidad (...) autores tan serios como Bergel o Maffia hablaron del *requiem* de estas acciones para beneplácito de los *pillos*. No menos grave fue el mantener *intocada* la normativa referida a la extensión de la quiebra, dejándose librados a síndicos y damnificados a tener que enfrentar a *pícaros aggiornados* que utilizan mecanismos de máxima sofisticación para estafar (...) ampliando aún más la situación de significativa impunidad que se otorgó a los comerciantes y empresarios inescrupulosos *carta blanca* para delinquir (...) nadie ignora que su empleo generalmente se ha venido dando desde entonces siempre en situaciones sospechadas de fraude en las que el *cramdista* (...) por lo común terminaba siendo un allegado al cuasi-fallido *pillo*, que desembarcaba como tal —tras fracasar como concursado —a través de una sociedad *off shore* o de un amigo de turno, cuando no del *testaferro* de estilo (...) corresponde evaluar qué actitud asumió nuestra veleidosa *comunidad jurídica* frente a aquella crisis, y como acompañó las situaciones posteriores, ante institutos tan bochornosos como el APE (...) y harto peligrosos (...) nuevamente recurre a Cámara: *El principio de conservación de la empresa no constituye una patente de corso para la gestión empresarial* (...) los APE fueron utilizados para convalidar verdaderos despojos”.

---

(86) OLIVERA AMATO, Juan M., “Herramientas societarias para la solución y prevención de las crisis empresariales”, en EMBID IRUJO, José M. – VITOLLO, Daniel R. (dirs.), *Situaciones de crisis en las sociedades comerciales*, Ed. Ad-Hoc, Buenos Aires, 2010, p. 31 y ss., esp. 35.

(87) MARTORELL, Ernesto E. (dir.), “Ley de Concursos y Quiebras comentada”, Ed. La Ley, Buenos Aires, 2012, 5 tomos (ps. 1016, 936, 846, 1129 y 1463 respectivamente).

En el mismo sentido, el *obiter dictum* del camarista Dr. Alfredo A. Kölliker Frers: “la realidad cotidiana de nuestros tribunales demuestra que los ‘verdaderos acreedores permanecen ajenos, en general, al trámite de los concursos, ya sea por desconocer siquiera su existencia, por falta de información o por ignorancia sobre cómo manejarse en ese tipo de contingencias, o incluso por carecer de asesoramiento legal o, simplemente, por fastidio o hastío por un sistema legal que desde la perspectiva popular solo pareciera proteger a los deudores y desamparar a los acreedores. En fin, cualquiera sea la razón de esta realidad, lo cierto es que estos acreedores “genuinos” —mayormente proveedores, trabajadores y/o genéricamente, acreedores comerciales— deben presenciar como el concursado y sus asesores letrados diseñan estrategias que les posibilitan a estos últimos “manejar” las mayorías concursales para imponerles a aquellos propuestas abusivas, cuando no irrisorias, para dilatar su pago, o diluir o licuar directamente sus créditos hasta límites inconcebibles. ¿Puede seriamente creerse, entonces, que esos desprotegidos acreedores estarán en condiciones de evaluar si la falta de actividad actual y/o potencial del concursado constituye o no un óbice para el éxito de la solución preventiva, cuando además de carecer por completo de todo tipo de información acerca de la actividad comercial del deudor, se procura por todos los medios que aquellos *no participen del procedimiento concursal (si es que se enteran de su existencia) y son frecuentemente excluidos de la “voluntad” del colegio de acreedores mediante la interposición de acreedores ficticios o ya “desinteresados” deliberadamente para que brinden su connivente complacencia* a las estrategias del deudor, situación que se agrava si se tiene en cuenta que ni siquiera este último está obligado por la ley a decir qué se propone hacer con su empresa y de dónde piensa sacar los fondos con los que les va a pagar? Sinceramente creo que no se tiene la más absoluta certeza desde la perspectiva de juez que el único objeto del deudor es “bicicletear” a los acreedores y/o ganar tiempo para asegurarse un espacio temporal durante el cual poder diluir su responsabilidad patrimonial y garantizar la inmunidad de los responsables de la falencia”. Como compartimos este diagnóstico, tan brutal, es que dirigimos nuestros razonamientos a dar una inteligencia constructivista al sistema concursal actual, particularmente en relación con la actividad empresarial organizada como sociedad, integrándolo a la legislación específica de la LGS.

En el mismo sentido, en el año 2000, Juan Anich, agudo y querido colega, describe “comportamientos a los que podemos denominar como *espurios*, y que entre otros son: a) De parte del deudor: Insolventarse antes de iniciar el proceso concursal, Generación de hipotecas o prendas sobre bienes libres de gravamen anterior, Creación ficticia de acreedo-

res, Compra de créditos al momento de las negociaciones, Negociaciones para impedir la verificación de algunos acreedores, Negociaciones para impedir la ejecución de ciertos créditos” (88).

Las tradicionales quitas pueden constituir un despojo cuando afectan el derecho de propiedad o sea cuando son despojatorias del derecho de los acreedores beneficiando indirectamente a los socios en cualquier país del mundo (89), pero también una costumbre frente a normas imperativas como las que existen en la República Argentina (90).

Karsten Schmidt (91) exponía: “En la mayoría de los países del mundo muchas de nuestras cuestiones de responsabilidad son tratadas como elementos del derecho concursal. En parte eso se basa en la observación correcta, que las cuestiones de responsabilidad entran en vigencia en los casos de insolvencia. La calificación de derecho concursal de las reglas de responsabilidad tiene en tanto razones más fenomenológicas que motivos sistemáticos de derecho. En Alemania, donde prevalecen los pensamientos sistemáticos en el derecho, la tendencia hasta ahora era la contraria: la mayoría de nuestras cuestiones actuales de responsabilidad son clasificadas como elementos del derecho societario —no del derecho concursal—, aun si como parte actora comparece un síndico de concurso. En el año 2000, en el Segundo Congreso Iberoamericano (92) expuse el motivo por el cual en Alemania hasta el momento lo vemos así (...). En la actualidad todavía considero correcta esta apreciación sistemática del Derecho. Los derechos y obligaciones de los cuales hablamos, por cierto no resultan del procedimiento de insolvencia”. La doctrina italiana reiteraba que la reforma de la legislación concursal omitió una regulación orgánica de la crisis y de la insolvencia de la sociedad, perpe-

---

(88) ANICH, Juan, “Hacia un necesario cambio en la teoría del conflicto concursal, posibles alternativas normativas”, en *De la insolvencia - II Congreso Iberoamericano, Héctor Cámara - Francisco Quintana Ferreyra in memoriam*, Ed. Fespresa, Córdoba, 2000, t. I, p. 12, específicamente p. 13.

(89) PALAZZO, José Luis - RICHARD, Efraín H., ob. cit., p. 715.

(90) VEIGA, Juan Carlos - RICHARD, Efraín H., “El contraderecho...”, cit., p. 161.

(91) SCHMIDT, Karsten, “Responsabilidad de los socios y administradores”, en ET-CHEVERRY, Raúl A. - CHOMER, Héctor O. - GENOVESI, Luis M. (comps.), *Derecho comercial y de los negocios - Sociedades - Concursos*, Eudeba, Buenos Aires, 2007, t. I, ps. 395 y ss., reproduciendo una conferencia de 2005.

(92) SCHMIDT, Karsten, “El derecho empresario y el derecho concursal” en JUNYENT BAS - RODRÍGUEZ PARDINA - RICHARD (dirs.), *De la Insolvencia Segundo Congreso Iberoamericano*, Ed. Advocatus, Córdoba, 2000, t. III, ps. 751 y ss.



tuando una laguna de la legislación concursal hace tiempo criticada por la doctrina (93).

Como bien señala Dasso, “la persecución de la eficiencia se ha centrado en el resguardo de la empresa, motor de la economía capitalista instaurada en el mundo, y el nuevo objetivo, focalizado en el diagnóstico temprano de sus dificultades en forma de intervenir antes que la crisis sea patología irreversible”, desjudicializando los procedimientos e imponiendo una planificación o reestructuración, separando incluso al empresario de la empresa viable de ser necesario.

Al margen de la terminología (cesación de pagos, insolvencia, insolvencia financiera o patrimonial, infrapatrimonialización material) la pérdida —total o parcial— del capital social es una constatación contable que impone conductas. Se suele referir a ella como función de garantía del capital social, pero prefiero el de patrimonio insuficiente, pues el pasivo supera al activo, se ha producido la insolvencia patrimonial.

Es posible que aun convergiendo los supuestos referidos, las sociedades puedan continuar su giro —más o menos aparentando normalidad—, con o sin patrimonio suficiente, pero es indudable que si existe la pérdida del capital social se imponen acciones y, de producirse daño por impagos, se planteará la idea de acciones de responsabilidad si puede imputarse su causalidad. Normas como los arts. 94, 96, 99 y 100 de la LGS autorizan tal interpretación.

Por eso los socios, con un buen plan de negocios presentado por los administradores, optarán por no liquidar e intentar la patrimonialización de la sociedad por el reintegro del capital o la capitalización. El reintegro supone una entidad que no se limita a reconstruir el monto del capital social, sino que el patrimonio activo supere al pasivo en una cifra igual al capital estatutario.

Se apunta que “[e]l reintegro del capital es un institución de aplicación especialmente en los escenarios de crisis empresarial. Busca eliminar total o parcialmente la pérdida, recomponiendo el capital perdido a través de nuevos aportes (...). Se caracteriza por entonces, por un aumento del patrimonio de la sociedad, aun cuando la cifra de capital social pueda permanecer incambiada” (94).

---

(93) NIGRO, A., “Le società per azioni nelle procedure concursuali”, in *Trattato delle società per azioni*, diretto da G.E. Colombo e G.B. Portale, 9<sup>o</sup>, Torino, 1993, ps. 209 y ss.

(94) OLIVERA GARCÍA, Ricardo, “Reintegro del capital social - *Capital repayment*”, *Revista de Derecho Comercial, La Ley Uruguay*, 5<sup>a</sup> época, año I, nro. 1, enero-marzo,

Sin duda se afinarán criterios sobre el rol didáctico de asesores y de la academia en cuanto a asistir a los administradores para no caer en responsabilidad, particularmente al advertir un patrimonio negativo, y la necesidad de planificar para salir de la crisis asegurando la viabilidad de la empresa, que sin duda pasa por su capitalización en caso de insolvencia patrimonial, induciendo incluso a los acreedores financieros a la capitalización. Como así analizar la conveniencia de las soluciones concursales silenciosas —de las que no existen estadísticas por su confidencialidad—, basados en los principios del derecho societario que se han desenvuelto.

Congruente con ello, un desafío a la construcción legislativa: ¿no deberíamos revisar el sistema societario antes que el concursal para atender la crisis de sociedades? Este es un problema axiológico, además de sistemática normativa.

Ante la unidad conceptual de que es de orden o por lo menos de interés público la conservación de la empresa viable, se impone pensar en la necesidad de un plan de negocios conocido por todos los sujetos que se pretenda asuman el problema, y quizá se pueda pensar en una forma de “esfuerzo compartido” consistente en capitalizar socios y acreedores profesionales, proveedores, trabajadores e incluso el estado, alejándose de la práctica tradicional de poner en manos de acreedores financieros, proveedores y trabajadores soportar con quitas y esperas el problema. Sería una forma de comprometer a todos los interesados en asegurar e intervenir en la conservación de la empresa, eventualmente transitoriamente y no tratarlos como únicos socios sin derechos. Sin duda el acreedor involuntario debería tener otro tratamiento, lo que no es difícil en el panorama organizativo que imaginamos.

3. Sigue el diálogo o la madeja... En marzo de 2010 salió a luz mi libro *Perspectiva del Derecho de la Insolvencia* (95) y en su primer capítulo que se corresponde a una conferencia en el Primer Congreso Iberoamericano de Derecho Concursal “El derecho concursal del Siglo XXI, en Barranquilla (2005), que titulamos “Reforma concursal: ¿de ideas o de normas?” trabajamos sobre la tesis que más que reformas debíamos

---

2016, p. 3.

(95) Disponible electrónicamente en [www.acaderc.org.ar](http://www.acaderc.org.ar); Ed. Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Córdoba, Córdoba, 2010, en cuya presentación expresamos que “además de rendir cuentas de nuestra gestión —como exprimer vicepresidente académico del Instituto Iberoamericano de Derecho Concursal con sede en México—, tratamos de presentar nuestra sistemática constructivista sobre la insolvencia, particularmente, la societaria”

modificar nuestra forma de pensar, haciéndolo más sistemáticamente en el concurso de sociedades. De esos problemas habíamos presentado una visión sistémica en Insolvencia societaria (96) que lo precedió, en la inteligencia que el sistema societario contiene reglas preconcursales de carácter imperativo. Antes lo habíamos enunciado en un prólogo (97), remarcando: “4. No puede haber duda de responsabilidad societaria, rayana en el delito, cuando los administradores no aplican las normas societarias sobre liquidación en caso de pérdida de capital social”, para después ingresar en los temas de “subcapitalización material aumentando el pasivo sin que razonablemente se avizore la posibilidad de su pago (...) la inexistencia de planificación o de contabilidad para anticipar la detección de dificultades económicas o afrontar la situación de crisis”.

En el VIII Congreso Argentino de Derecho Concursal VI Congreso Iberoamericano de la Insolvencia, Tucumán (RA) septiembre de 2012, con el jurista tucumano profesor emérito Dr. Juan Carlos Veiga sostuvimos “La necesaria integración del sistema concursal con el societario ante la crisis de sociedades”.

Ese sólido pensamiento que se expandía fue reflejado en las conclusiones adoptadas en la 45ª Sesión de Trabajo de UNCITRAL de 2014 (98), en la que se acordó: [1] “El objetivo de la presente Recomendación es garantizar que las empresas viables con dificultades financieras, cualquiera que sea su ubicación en la Unión, tengan acceso a unos marcos nacionales de insolvencia que les permitan reestructurarse en una fase temprana con el fin de prevenir la insolvencia”.

Enfrentamos un problema metodológico. No podemos exigir eficiencia al sistema concursal si los administradores de la sociedad en crisis no han satisfecho las previsiones de las normas que resguardan el uso funcional del medio técnico organizativo. La tesis que arriesgamos es que la crisis debe ser asumida por administradores y socios inicialmente desde la normativa societaria, similar en todos los países.

Deben repensarse esos principios básicos de las normas societarias y de la tipicidad de las relaciones de organización personificadas. Hablar de organización implica en el caso de la generación de personas jurídicas

---

(96) Ed. LexisNexis, Buenos Aires, 2007.

(97) De la que fuera la tesis de JUNYENT BAS, Francisco A., “Responsabilidad de los administradores”, Ed. Advocatus, Córdoba, 1996, que tuviéramos el honor de dirigir.

(98) United Nations Commission on International Trade Law, Grupo 5, Derecho de la Insolvencia, celebrada en Nueva York los días 21 a 25/04/2014.

dotadas de patrimonio independiente del de los socios, que debería ser suficiente para el negocio pretendido y en ningún caso generarse daño a sabiendas a terceros (acreedores contractuales o involuntarios).

En la organización, conforme a principios de la administración, de la buena fe negocial, del principio que no debe dañarse, la planificación es un tema básico. Debe planificarse desde la constitución de la sociedad y su giro en forma constante, no solo anualmente como resulta obligatorio al confeccionarse el balance. Incluso al aparecer la crisis, antes que se agrave y se transforme en insolvencia, con su correlativa causal de disolución por patrimonio insuficiente o por pérdida del capital social, que impone acciones necesarias de parte de administradores y socios, para no incurrir en responsabilidad —*ex post*— por el daño que causaren. Lo que suele denominarse como responsabilidad por déficit liquidativo o déficit concursal”.

Es que unía la libertad en generar nuevas personas jurídicas societarias con un principio básico del derecho universal: no dañar.

En los emprendimientos tenemos fundadas esperanzas en su resultado positivo, sea por nuestra capacidad o por un aventurado destino sostenido por la comunidad que nos rodea.

Cuando constituimos una sociedad, por decisión unilateral o por acuerdo de los constituyentes, solemos trazar un simplificado plan de negocios, eufóricos por la aventura que vamos a emprender para repartir las utilidades que genere el negocio.

Pero olvidamos un elemento característico, causal, de la libertad para generar personas jurídicas societarias: “soportar las pérdidas”, lo que subrayan tanto la legislación uruguaya como la argentina.

La causa fin del negocio de constitución de una sociedad lo es el advenimiento de una persona jurídica para desarrollar actividad independiente. Se especifica, sin contradecir ello y conforme a los arts. 1º de las legislaciones argentina y uruguaya, “la característica específica del contrato plurilateral de sociedad que lo distingue netamente de los demás esquemas jurídicos, es la participación en las ganancias y en las pérdidas. Esta nota constituye la causal del contrato de sociedad o sea *la función económico-social* del negocio reconocida por el derecho (...). La participación en las ganancias y en las pérdidas es la función objetiva que tiene el *negocio jurídico sociedad*, y que el derecho estatuye y reco-

noce como tal” (99). Subrayo la contundencia de esos artículos primero: “soportar las pérdidas”, no es siquiera “participar” en las pérdidas”.

Se enfatiza que “es preciso comenzar por recordar que correr el riesgo en común constituye, en el plano jurídico, la *causa-fin* de la sociedad (...). El socio no puede ser liberado del riesgo, ni ser investido del derecho a apropiarse de todo el beneficio (...) interés común derivado del riesgo y de la vocación a soportar las pérdidas y a participar de las utilidades, fundamento de la igual calidad de derechos, forma parte de la causa fin de la sociedad” (100).

4. A través del proceso concursal se ha generado la costumbre *contra legem* de que las pérdidas las soportan los acreedores, particularmente los proveedores y los trabajadores, pues los financieros han tenido a bien cubrirse con garantías de terceros.

En un acuerdo mayoritario, de los pocos que han conseguido verificar tempestivamente, se impone a la real mayoría quitas y esperas despojatorias que atentan no solo contra el sistema societario sino con el constitucional de resguardo del derecho de propiedad. Puede verse la falta de universalidad en la concurrencia de acreedores, prevista originariamente en la Argentina por el art. 21 de la ley 24.522, en su modificación por ley 26.086 de 2006 (101); además en el injustificado cuestionamiento a la verificación de títulos de crédito basado en la incorrecta aplicación de los plenarios “Traslinie” y “Difry”. Con habilidad se lograba —y logra— que solo unos pocos estén en condiciones de considerar las confiscatorias propuestas de la sociedad deudora, en la que aparecía el tufillo de insostenibles cesiones de crédito, hoy acotadas por el fallo en el caso “Mandalunis” de febrero de 2014, con el impecable voto de Julia Villanueva.

Esta actitud omisiva de quienes crearon a la sociedad o son sus titulares actuales, unida a la de los administradores designados por ellos, termina desembocando en un concurso donde se pretende —y se obtiene—, vaya a saber por qué medios que sean los acreedores los que solucionen la cuestión por medio de esperas y quitas. Sobre este aspecto vienen a cuento las expresivas y sinceras manifestaciones que he introducido más arriba, de Kölliker Frers, Anich y Martorell.

---

(99) COLOMBRES, Gervasio R., “Curso de derecho societario. Parte general”, Ed. Abeledo Perrot, Buenos Aires, 1972, p. 56.

(100) MANÓVIL, Rafael M., “Conflictos y grupos de sociedades”, en DUPRAT, Diego A. (dir.), ob. cit., t. III, ps. 2642 y ss., esp. 2651-2653.

(101) COSTA, Héctor L., “La importancia de la verificación crediticia”, DSyC, nov. 2018, p. 1071.

Aparece así la cobertura de las pérdidas como un regalo de Papá Noel o de los Reyes Magos, tan regalo que es gravado como ganancia por los entes tributarios. Y tenemos para nosotros que esos personajes de la imaginación no existen.

Recuerdo el caso del acuerdo preventivo extrajudicial de un poderoso medio de comunicación que bajo el prestigio del grupo que integraba emitió obligaciones negociables en dólares estadounidenses y que en el año 2002 declaró su cesación de pagos logrando con pocos votos una importantísima quita y espera. A los pocos meses realizó un balance y de esa quita resultó un estado patrimonial que determinaba una multimillonaria ganancia, pagándose de inmediato el impuesto respectivo, distribuyéndose entre sus socios ese inesperado —o cuidadosamente gestionado— lucro, que fue usado aparentemente para adquirir otro medio de comunicación formando un importante centro generador de nuevas utilidades, gracias al regalo impuesto a los acreedores.

La libertad en la creación de las sociedades es equilibrada con la responsabilidad de administradores y socios si se genera daño. Los Reyes Magos no existen, son los familiares y allegados los que hacen los regalos... Y esto es lo mismo que impone la ley societaria, la ley específica que regula estas personas jurídicas —arg. art. 150, Cód. Civ. y Com. —, congruente con los artículos pertinentes de las leyes de sociedades que postulan que las pérdidas las soportan los socios.

Todos convergemos en buscar ideas creativas para evitar avalanchas de juicios y soluciones individuales a través del sistema concursal, sin perder de vista el sistema jurídico general, en la idea prevista por el art. 2º del Cód. Civ. y Com.

Pero vuelvo a la cuestión que me obnubila y que hay que abordar ante el cambio social y la crisis: ¿toda empresa debe conservarse? Quede en claro que debemos distinguir aclaratoriamente que “empresa” no es sujeto en nuestro derecho. Es una “actividad empresarial” que desenvuelve una persona humana o una jurídica, normalmente una sociedad, o un fideicomiso en algunos supuestos. Al margen de las importantes ayudas que está intentando efectivizar el Gobierno y las que pueda otorgar en el futuro, debemos afrontar tres problemáticas para el desenvolvimiento empresarial. Se trata de la insolvencia (102) a la que se suma la cesación

---

(102) La expresión es usada en el Cód. Civ. y Com. en los arts. 191, 339, 808, 1692, 2456 y 2528. También como título en el 191, refiriéndose a la insuficiencia de los bienes. Esta última expresión “Insuficiencia de bienes” está referida en ese artículo del Cód. Civ. y Com. y en los arts. 1687 y 2318. En cambio, la expresión “imposibilidad

de pagos (103) —a las que referíamos— y la disposición de fondos para mantener la viabilidad de la empresa, si es viable.

Fundamental resulta como primer paso pensar en la viabilidad futura de la sociedad que explota la empresa. ¿La actividad es posible? Suponiendo que el problema se iniciare en este momento: ¿la actividad será viable en el mundo cambiado? Nada será igual en el futuro. Han nacido empresas nuevas, se han enriquecido muchos y deberán otras deberán ser desguazadas.

La viabilidad no solo es un requisito organizacional sino una exigencia jurídica —art. 100, LGS—, también contenida en la LCQ, aunque desoída procesalmente. Esos disensos cordiales se revelan gracias a la generosidad del distinguido tratadista Darío Graziabile en los artículos que compartiéramos en dos de sus libros colectivos (104).

Si hoy los administradores de una sociedad negocian con sus acreedores pasados o futuros a conciencia de que la actividad no es viable, no lo están haciendo de buena fe —requisito del art. 9º, Cód. Civ. y Com.—.

5. Insisto que en nuestra legislación *disolución no es liquidación...* En nuestro país, la República Argentina, se ha suspendido la causal de disolución por pérdida del capital social, o sea que la sociedad puede seguir operando —si le es posible— con patrimonio negativo, o sea más pasivos que activos —por lo menos contablemente—. Antes de la pandemia sanitaria, por la crisis económica se suspendió la causal de disolución de sociedades “por pérdida del capital social” por un año a través de la ley 27.541 de Emergencia del 23/12/2019, imponiendo referirse al léxico jurídico “disolución” y “liquidación”. En nuestro sistema de la LGS, esas palabras componen dos locuciones “causales de disolución” y “etapa de liquidación”. La constatación de una causal de disolución no impone la etapa de liquidación, se otorgan medios para solucionarla, generando una modificación del sistema de responsabilidad.

---

sobreviniente” de bienes aparece en los arts. 163 y 1461, Cód. Civ. y Com., y en el art. 94.4, LGS.

(103) La expresión es usada en el Cód. Civ. y Com. en los arts. 1478 y 2579.

(104) GRAZIABILE, Darío J. - RICHARD, Efraín H., “Efecto de la sentencia de verificación en relación a la conformación del acuerdo”, GRAZIABILE, Darío J. (dir.), *Verificación concursal de créditos*, Ed. Erreius, Buenos Aires, 2015, ps. 162 a 185; y “Legalidad de la propuesta y del acuerdo en el concurso de sociedades y su homologación”, en GRAZIABILE, Darío J. (dir.), *Derecho concursal en el nuevo Código Civil y Comercial*, Ed. Erreius, Buenos Aires, 2016, ps. 371-415.

Esa causal de disolución suspendida hace a la “insolvencia”, por lo que corresponde explicar que como “cesación de pagos” debemos señalar la falta de medios para satisfacer las obligaciones dinerarias o no que le son exigibles, normalmente a un emprendimiento organizado como sociedad.

Otro aspecto problemático para el desenvolvimiento de la sociedad en crisis es la disponibilidad de fondos nuevos para el desarrollo normal de su actividad, sobre lo que hemos trabajado recientemente en una propuesta, que puede ser base de ideas que la mejoren (105). Aunque concursándose y desligándose de atender sus obligaciones, con stock suficiente podrá quizá asumir con más holgura que antes ese desenvolvimiento. A su vez hay muchas otras formas de superar la cesación de pagos con esfuerzo compartido, pues las quitas —que cuestionamos en los concursos de sociedades— es solo en beneficio de la sociedad deudora y —obviamente— de sus socios. El art. 43 de la LCQ es abierto a otras formas de acuerdo, y entre ellas podríamos señalar a las “acciones relacionadas, sectoriales o direccionadas” contenidas en el Anteproyecto de Ley General de Sociedades que se presentó el año 2019. El *crowdfunding* receptado por la ley 27.349, ¿por qué no usarlo de una buena vez? El beneficiario tendrá que mostrar que la propuesta es viable y presentar un plan de negocios, recurriendo al financiamiento colectivo con micromecenazgo (106). Y por supuesto la reconversión: en internet en los últimos meses, en el rubro indumentaria hubo incremento de ventas de productos para estar dentro de casa... pijamas, batas, pantuflas, *joggings*. Una fábrica de bebidas en crisis pasó a ser la mejor proveedora de alcohol.

Estos aspectos llevan a pensar si este es el momento de trabajar en un “derecho societario de crisis”, integrando el sistema concursal con el plexo normativo.

Sobre ello, las formas de los acuerdos concursales, modalidades de capitalización de pasivos unidos a derechos de opción, vale traer apreciaciones del jurista alemán Karsten Schmidt (107) sobre el *debt-to-equity swap* como prueba de fuego de esa integración, y su pensamiento

---

(105) Ensayo conjunto con Jorge F. Fushimi, publicado en LA LEY el 8 de mayo.

(106) Recordamos nuestros ensayos con Jorge F. Fushimi sobre estos temas innovando: “La ineficiencia de la quita...”, cit.; “El *crowdfunding*...”, cit., p. 109; “La quita en concursos...”, cit., p. 635; “La información: Libros de contabilidad e informe general del síndico”, t. 1, p. 795; “El balance y la quita...”, cit.; “Negocios en participación gestados por sociedad anónima como forma de financiamiento de negocios específicos”; y “Acciones sectoriales...”, cit., ps. 725-734.

(107) SCHMIDT, Karsten, “El derecho societario y la intromisión del derecho concursal. El caso alemán”, RDCO 297-987.



sobre la reestructuración de empresas. Destaca la interacción entre el derecho societario y el derecho concursal.

Lo que preocupa es el “canto de sirena” de la homologación de acuerdos concursales, donde el juez conforme al art. 52, ap. 4º, de la ley 24522 no podría homologarlo si existe abuso de derecho y fraude a la ley (108).

Si se opta directamente por facilitar el concurso como único escudo protector, las soluciones no pueden ser en favor del empresario sino de la empresa, y allí indicar las soluciones. Señalando que la quita cambia la naturaleza de la relación societaria: las pérdidas son a cargo de los socios, pero pueden compartirlas en el futuro haciéndolos socios —Kars-ten Schmidt así lo sostiene como comentamos—, pero que si quieren continuar con la ilegalidad de las quitas tienen que modificar el art. 1º de la Ley de Sociedades.

Conscientes de esa ilicitud, enfrentamos la cuestión con el miembro correspondiente de la Academia Prof. Dr. Juan Carlos Veiga (109) cuestionando las costumbres *contra legem* en los procesos concursales, como ya marqué, y lo hicimos antes del advenimiento del Cód. Civ. y Com. y particularmente de su art. 150, que fija la primacía de normas. Sin nuestros argumentos (110) pero en la misma línea de libertad sin dañar, en incidente en el caso “Interindumentaria SRL” en fallo del 04/02/2020 con el voto de Pablo Heredia remarcó la infrapatrimonialización como factor de imputación del daño, el déficit liquidatorio, a los socios de control en el incidente respectivo en la quiebra. Pero podría haberse intentado una acción similar sin procedimiento concursal o durante uno preventivo.

El embate desintegrador se hace desde el derecho de crisis, el derecho concursal, para tratar de transferir el riesgo societario a los acreedores, olvidando aquello que los socios “soportarán las pérdidas” —art. 1º, LGS—, como elemento esencial y característico de una relación societaria. Tanto es así que la legislación impositiva grava la “quita” considerándola ganancia para la sociedad (111) y, obviamente, para los socios.

En nuestra República el sistema de las personas jurídicas y de las sociedades es muy equilibrado y diferente a otros.

---

(108) RICHARD, Efraín H., “50 años no es nada: desafío en búsqueda de método sobre abuso en propuestas en concurso de sociedades”, RDCO 292-239.

(109) En los ya citados trabajos.

(110) RICHARD, Efraín Hugo, “Personalidad jurídica y responsabilidad de sus miembros”, RCCyC 2018 (mayo), 67.

(111) Así lo expusimos con FUSHIMI, Jorge F., “La quita en concursos...”, cit.

Las soluciones societarias permiten integrar socios interesados en el plan de negocios, en reflotar la actividad afectada, compartiendo con los originales socios —que son los que tratan de impedir esa integración con las quitas, contrarias al sistema societario.

### V. ¿DÓNDE QUEDARÁ LA BUENA FE?

Acerca del principio de buena fe que recomienda el art. 9º del Cód. Civ. y Com., Daniel Truffat —miembro del IIDC— escribió (112): “Con respecto a la propuesta concordataria propiamente dicha, extraigo (...) tres consecuencias básicas, en tanto y en cuanto se pretenda preservar la moralidad de tal medio de superación de la cesación de pagos: La necesidad de que la solución preventiva a obtener importe aquella que la doctrina argentina —tomando una frase feliz de la ley de emergencia 25.561— denomina: ‘el esfuerzo compartido’. Es literalmente inmoral que la solución concordataria devuelva al empresario (en general en sociedades de capital, a los accionistas de la concursada) una empresa revitalizada y que todo el daño emergente de la cesación de pagos recaiga “en exclusiva” en los acreedores del sujeto así salvado. Esa posibilidad importaría consagrar el enriquecimiento incausado en favor de los antedichos”. Acepta que “el derecho concursal no es una isla, pero sí es un derecho especial”, lo que permite ubicar el problema dentro de lo previsto por el art. 150, incs. a) y c), del Cód. Civ. y Com.

¿O se pretende preparar la legislación para generar concursos de sociedades para que los acreedores asuman la pérdida sin recibir ninguna contraprestación? Recurro, hasta el cansancio, a Héctor Cámara que apostillaba: “El principio de conservación de la empresa no constituye una patente de corso para la gestión empresarial”.

La imperiosa necesidad de asegurar la viabilidad de la actividad empresarial, sobre lo que brinda buenas alternativas las normas imperativas en la ley especial de organización de la sociedad, se reproducen y no contradicen en el sistema concursal o en las vías de liquidación extrajudicial o judicial. Nuevas visiones sobre viejas normas, pero con una sistemática impuesta por el nuevo Cód. Civ. y Com., que da congruencia normativa a viejos, aunque solitarios, criterios.

---

(112) TRUFFAT, Daniel, “La abusividad de la propuesta y la moralización de los concursos en lo atinente —precisamente— a la oferta del deudor”, en *Segundo Congreso Iberoamericano de Derecho Concursal*, Mérida, Estado de Yucatán, México.

Obviamente abogados por la continuidad de la actividad viable, no necesariamente de toda la actividad de una sociedad, los remedios por reorganización, ajuste de objeto, e incluso ese objetivo en un concurso o una quiebra, o en una liquidación judicial resultan congruentes.

Gracias, Félix, por haberme dado la oportunidad desde el mundo de la inmortalidad de las ideas, haber simulado un diálogo o mi delirio discursivo, con lo que se solía abrumar en nuestros encuentros, y que satisfacía con una sonrisa y una sugerencia de integración sistemática a partir de los pilares del Código Civil sobre la entonces teoría general de la responsabilidad civil, el abuso de derecho y el principio liminar de buena fe.

Esclarecedora de todo lo que venimos conversando es la posición del común amigo, el jurista Mariano Gagliardo (113): “la naturaleza de la acción del art. 173 es típicamente concursal y en modo alguno significa alterar la regulación de la Ley de Sociedades. Es más, la autonomía de tal acción, no guarda necesaria relación con la responsabilidad prevista por los arts. 59, 274, 276, 279 y 298 de la ley 19.550 de modo que la deducción de una no importa incoar la otra y es posible la deducción acumulada de ambas pretensiones, pues ellas pueden derivar de los mismos hechos cualificados diversamente”.

La protección del patrimonio ensamblado para una actividad viable, protege la conservación de la empresa, de los acreedores y de los propios socios, y por supuesto a los trabajadores.

El Título Preliminar ahonda en la buena fe y el abuso de derecho. “En la sociedad anónima, esencialmente capitalista, no parece prudente esperar a que el capital se pierda totalmente para que las pérdidas operen como causa de disolución, pues entonces los acreedores no tendrían ninguna seguridad o garantía para el percibo de sus créditos. De ahí que nuestra ley (art. 260.1.4ª) declare causa de disolución el hecho de que se produzcan pérdidas que dejen reducido el patrimonio a una cantidad inferior al capital social, a no ser que ese se aumenta o se reduzca en la medida suficiente. Desde esta perspectiva, esta norma opera como un instrumento preconcursal destinado a evitar la insolvencia de las sociedades anónimas y su eventual declaración de quiebra” (114).

---

(113) GAGLIARDO, Mariano “Responsabilidad de los directores de sociedades anónimas”, Ed. Abeledo Perrot, Buenos Aires, 2004, p. 1058.

(114) URÍA, R.; MENÉNDEZ, A. - GARCÍA DE ENTERRÍA, J., “La sociedad anónima...”, cit., p. 1001.

Cuidemos los asesores económicos y jurídicos al instrumento maravilloso de la organización empresarial que es la sociedad y evitemos que pueda responsabilizarse a administradores y eventualmente a los socios por su obrar contrario a la ley (115).

El derecho no puede aparecer como una abstracción, justificándose en sí mismo, olvidándose de su base dialéctica, alejándose de la razón del nacimiento del derecho comercial: la buena fe, la aplicación de los usos y costumbres de los comerciantes como ética de los negocios y la rápida solución de los conflictos.

Dar preferencia a las cuestiones formales por sobre la realidad de las relaciones de fondo, aceptar la prolongación indefinida de los procesos judiciales cuya ejecución se diluye en procesos concursales, persistiendo el incumplimiento, homologando acuerdos predatorios del crédito, imponiendo sacrificio solo a los acreedores, sin mayorías transparentes, obtenidas a través de actuaciones éticamente injustificables de terceros e intervención de sociedades off shore, implican un resquebrajamiento del sistema jurídico.

Se trata de poner en el centro de la escena al verdadero protagonista, usado equívocamente como argumento de homologación de acuerdos predatorios que solo benefician a los socios que mal administraron o toleraron la mala administración de la sociedad titular de la empresa, bajo cuya estructura jurídica se desenvuelve la “empresa en cuestión” como su objeto.

La sociedad es un instrumento maravilloso para la organización empresarial, otorgándose a los particulares la capacidad jurigenética de crear personas jurídicas (o centros de imputación diferenciados, incluso por declaración unilateral de voluntad) para afrontar “empresas”, que incluso es usada por la empresa pública o en situaciones mixtas.

Lo importante es que la empresa sea viable, o sea que nazca con un plan de negocios posible y se desarrolle con un patrimonio suficiente para evitar caer en la causal de disolución de imposibilidad sobreviniente de cumplimiento del objeto social, criterio que excluye a la empresa inviable, si es posible llamar a tal frustración como empresa, que es todo lo contrario: un desarrollo complejo posible.

¿Qué idea de empresa tenemos? Una idea de empresa que es de una organización, de medios, hombres y dinero, ya que hoy —en esta globalización financiera— parece que el acento debiera estar sobre el dinero.

---

(115) RICHARD, Efraín H., “¡Más justicia y menos juicios! Conservación de la empresa y preconcursalidad societaria”, DCCyE 2013 (feb.), 3.

---

Una confluencia de ellos y una utilidad para todos, con productividad para un mejor reparto de la riqueza, es la base de las estructuras empresarias en un sistema capitalista o en un sistema socialista. La organización empresarial no tiene nada que ver con la ideología de una política económica, porque para que haya empresa tiene que haber una organización útil para la colectividad.

Deploro no contar con Félix para que me ayudara a profundizar el sistema que presento sobre el derecho de crisis de sociedades, sus observaciones...

La empresa tiene que ser autosuficiente, cuando la empresa no es autosuficiente no se posibilita a sí misma o con los subsidios que el Estado le asigne, no es empresa, deja de ser empresa. La idea de la conservación de la empresa está directamente vinculada a la posibilidad de la empresa, si no, no hay empresa conservable, lo mejor es liquidarla.

Todo un postulado.



# LOS DAÑOS OCASIONADOS POR LAS PERSONAS JURÍDICAS Y SUS INTEGRANTES

POR LUIS DANIEL CROVI

## I. INTRODUCCIÓN

El concepto de personalidad es, sin duda, uno de los más graves y delicados de la técnica jurídica, pues está relacionado y guarda un íntimo vínculo con la idea de derecho subjetivo, por lo que se originan una serie de controversias y de dudas que hacen cada vez más difícil su solución. No obstante, la discusión sobre la personalidad de los entes ideales ha perdido interés, el concepto de persona jurídica, al popularizarse se ha simplificado y se aplica de manera mecánica, ello facilita y empuja a que sea utilizado por legisladores y jueces (1).

Por ello, hoy ya no importa indagar sobre la naturaleza jurídica de la persona jurídica, hay cierto consenso en que la personalidad es, en este ámbito, un recurso técnico jurídico que recoge un dato de la realidad, los hombres actúan en el derecho en forma individual o como grupos humanos personificados (2). Lo importante no es preguntarnos el fundamento de la existencia de una personalidad distinta a la humana, sino ver qué se hace con ella, cómo se la usa, de modo de poder exigir, a quien

---

(1) DE CASTRO Y BRAVO, Federico, "La persona jurídica", Ed. Civitas, Madrid, 1984, 2ª ed., p. 212.

(2) Se ha dicho que la persona jurídica surge de una interacción de tres elementos: conductas humanas, valores y normas jurídicas. En otros términos, no es posible prescindir de los seres humanos que la constituyen, que celebran actos jurídicos y que se benefician de sus resultados. Tampoco de los valores, que son propios de los fines perseguidos (FERNÁNDEZ SESSAREGO, Carlos, "¿Qué clase de objeto es la persona jurídica?", *LA LEY, Sup. Act.*, 15/05/2003, p. 4).

corresponda, la reparación del perjuicio ocasionado por los seres humanos actuando bajo el ropaje de esa personalidad (3).

Un prestigioso autor explicaba que “responder es dar cuenta de sus actos”, la responsabilidad civil comporta siempre un deber de dar cuenta a otro del daño que se la causado (4). En las personas jurídicas esa obligación de “rendir cuentas” se presenta hacia afuera, frente a terceros y hacia adentro, en las relaciones internas del ente ideal.

Por supuesto que hoy sabemos que la mira de la responsabilidad civil se ha trasladado de la culpa al daño, pero para hablar sobre los daños que pueden ocasionar las personas jurídicas, debemos previamente reparar en sus fines, esto significa considerar la misión encomendada a ellas por el ordenamiento jurídico, como así también lo dispuesto en sus estatutos o contratos sociales.

Es que las personas jurídicas se crean sobre la base del cumplimiento de un objeto, de una finalidad (5), esa tarea la llevan adelante las personas humanas que las dirigen, administran o representan, esos sujetos pueden ocasionar daños formando parte de la conducción de la persona jurídica o actuando bajo su dependencia; el daño lo puede sufrir la propia entidad o un tercero.

Si las personas jurídicas deben actuar en cumplimiento de su objeto, no les está permitido desviarse de sus fines y ello se relaciona con su capacidad, pues siempre fueron consideradas capaces de derecho (6),

---

(3) Hemos dicho en otra obra, que la personalidad jurídica es la forma en que el derecho capta —y en definitiva unifica— a los grupos que actúan real y efectivamente en la sociedad. Detrás de la persona jurídica está siempre el hombre, pero el Estado —la ley— solo puede desconocer la personalidad —y por ende la capacidad de estos entes— si son instrumentos que se usan en detrimento de derechos de terceros (CROVI, Luis D., en RIVERA, Julio C., “Instituciones de derecho civil”, Ed. Abeledo Perrot, Buenos Aires, 2020, 7ª ed., t. I, p. 1366).

(4) BUSTAMANTE ALSINA, Jorge, “Teoría general de la responsabilidad civil”, Ed. Abeledo Perrot, Buenos Aires, 2007, 9ª ed., p. 73.

(5) Lo destacó Ferrara hace muchos años, en la vida, hay fines individuales a perseguir, y a estos provee el hombre, y hay fines que trascienden la esfera de los intereses individuales, que sobrepujan las fuerzas del hombre singular, que perduran más allá de la vida humana, cuya realización es perseguida por entes que se forman en la vida social y que el Derecho acoge en su seno (FERRARA, Francisco, “Teoría de las personas jurídicas”, Ed. Comares, Granada, 2006, trad. Ovejero y Mauri, p. 4).

(6) La capacidad es un atributo que adquiere la asociación civil como efecto de la obtención de su personalidad jurídica; en tal sentido el ente se encuentra en condiciones de adquirir derechos y contraer obligaciones (CNCiv., sala A, 09/11/1993, LA LEY 1994-B, 274).



aunque se discutió si solo podían ser titulares de derechos patrimoniales o también podían adquirir derechos extrapatrimoniales. Prevalece esta última opinión, aunque limitada a la naturaleza del ente. Es decir, las personas jurídicas podrán gozar, por ejemplo, del derecho de libertad de prensa o de libre asociación, pero nunca de algunos derechos personalísimos limitados a la persona física (p. ej., el derecho a la imagen).

El principio que hoy rige en materia de capacidad es el de “especialidad”, que establecía el art. 35 del Código derogado y hoy reitera el art. 141 del Cód. Civ. y Com., la capacidad de las personas jurídicas está limitada por su objeto y su finalidad (7).

La especialidad implica seguridad frente a terceros que contratan con la persona jurídica porque no le serán oponible actos “notoriamente extraños” al objeto de la entidad, tal como lo expresa, en materia societaria, el art. 58 de la Ley General de Sociedades (8). Es la llamada doctrina del *ultra vires* que tiene por finalidad proteger a terceros y también a los propios socios evitando la extralimitación de las facultades de los representantes del ente (9). En la aplicación de este principio debe actuarse con prudencia, admitiendo capacidad (y por ende la responsabilidad) para todos los actos que tengan relación directa o indirecta con el cumplimiento de los fines del ente (10). La especialidad como lí-

---

(7) El criterio de que las personas jurídicas solo tienen capacidad jurídica especial necesaria para el cumplimiento de los fines de su institución no debe interpretarse con rigidez tal que solo les permita lo que expresamente establecen sus estatutos y normas constitutivas, y así se ha declarado que los fines de cada una deben apreciarse con prudencial amplitud en sentido de que, además de los actos jurídicos correspondientes al objeto de la entidad, también está cada una de ellas capacitada para realizar (por medio de sus representantes) aquellos que por la implicancia sean requeridos para la mejor consecución de sus fines (ABELEND, César A., “Derecho civil. Parte general”, Ed. Astrea, Buenos Aires, 1980, t. II, p. 79).

(8) Hay quienes sostienen que la ley 19.550 no adhirió a la teoría del *ultra vires* y que el objeto social tiene más valor para delimitar la competencia de los órganos sociales que para determinar la personalidad de la sociedad. Así, el acto que excede el objeto no es necesariamente inválido, sino que abre otros mecanismos para determinar a quien finalmente se debe imputar (OTAEGUI, Julio, “Objeto social, capacidad societaria y falencia”, LA LEY 2006-E, 541, cit. por FISSORE, Diego, “Capacidad y objeto de las personas jurídicas”, RDPyC 2015-2, Ed. Rubinzal-Culzoni, Santa Fe, 2015, p. 43).

(9) Se suele citar como antecedente un fallo de la Cámara de los Lores (“Ashbury Railway Carriage and Iron Co. Ltd. v. Ride”) que relaciona de manera directa la capacidad del ente a su objeto, indicando que los administradores no pueden obligarlo por fuera de ese límite, por ser un acto notoriamente extraño al fin social.

(10) CROVI, Luis D., en LORENZETTI, Ricardo (dir.), “Código Civil y Comercial de la Nación comentado”, Ed. Rubinzal-Culzoni, Santa Fe, 2014, t. I, p. 576.

mite a la capacidad contractual ha sido ratificada por la mayoría de la doctrina civilista (11), no obstante, debemos señalar que ha sido objeto de críticas, sobre todo desde el ámbito del derecho societario (12). Siguiendo esta última línea de pensamiento, se ha criticado la redacción del actual art. 141 del Cód. Civ. y Com., advirtiendo que se trata de un resurgimiento de la doctrina del *ultra vires* propia de tiempos superados en la legislación (13).

El principio de especialidad no está previsto, de manera expresa, en otras legislaciones. El Código Civil español reconoce amplia capacidad a las personas jurídicas, el art. 38 del Cód. Civil de ese país establece que “las personas jurídicas pueden adquirir y poseer bienes de todas clases, así como contraer obligaciones y ejercitar acciones civiles o criminales, conforme a las leyes y reglas de su constitución”. El Tribunal Supremo de España, tiene dicho que las personas jurídicas poseen una completa capacidad jurídica plena, aunque se extralimite de su fin, lo cual dará exclusivamente lugar a la reacción de la autoridad administrativa en su caso y a la responsabilidad de sus órganos. Esta tesis es evidentemente favorable a los terceros, que no deben tener rigurosamente la carga de comprobar si cuando contratan con la persona jurídica esta actúa dentro de su objeto. Se protege al tercero de buena fe que haya actuado sin culpa grave, aun cuando se desprenda de los estatutos inscritos que el acto no está comprendido en el objeto social (14). No hay que olvidar, sin embargo, que el art. 37 del mismo Código limita la capacidad de las personas jurídicas a las leyes que las crearon o a sus estatutos, pero la

---

(11) Debe destacarse que en las XXVI Jornadas Nacionales de Derecho Civil, realizadas en la ciudad de La Plata, del 28 al 30/09/2017, el despacho de mayoría de la comisión de Parte General dispuso: “La capacidad de las personas jurídicas está limitada por su objeto y la finalidad del ente. La capacidad comprende también los actos que indirectamente contribuyan con su objeto y finalidad”.

(12) Se justifica esta posición diciendo que, si el objeto social encuentra su asiento en un contrato, los límites a él solo tendrían eficacia interna y limitada a los contratantes (los socios), y en manera alguna podrían operar en relación con la eficacia de los actos celebrados por la sociedad con terceros (FARGOSI, Horacio, “Apostilla en torno a la capacidad de las personas jurídicas”, RDCO 59-734, Ed. Depalma, Buenos Aires, 1977).

(13) MANÓVIL, Rafael M. “Temas de personas jurídicas y contratos en el nuevo Código (comunicación del académico ante la Academia Nacional de Derecho)”, AR/DOC/401/2015.

(14) DÍEZ PICAZO, Luis - GULLÓN, Antonio, “Sistema de derecho civil”, Ed. Tecnos, Madrid, 2005, 11ª ed., vol. I, p. 596.

doctrina de ese país ha sostenido que la capacidad no queda, por dicho precepto, limitada a los fines previstos en el estatuto (15).

Fuera del ámbito obligacional y considerando la responsabilidad de las personas jurídicas por la violación de otros deberes jurídicos, podemos decir que, aun partiendo de la doctrina del órgano, no existe una responsabilidad directa por la comisión de hechos ilícitos, el órgano se compone por personas humanas que no dejan de ser terceros con relación al ente ideal. Por ello, la responsabilidad extracontractual de la persona jurídica será siempre indirecta (por el hecho de otro) y objetiva (el factor de atribución no puede basarse en la culpa o dolo de la entidad sino de sus miembros o de quienes la administran o dirigen).

En lo que sigue, haremos algunas reflexiones sobre el régimen de responsabilidad derivado de los actos de las personas jurídicas y de las personas humanas vinculadas a ella.

## II. EL FUNDAMENTO DE LA RESPONSABILIDAD DE LAS PERSONAS JURÍDICAS

La persona jurídica responde por sus deudas contraídas como lo hacen las personas humanas. Al tener una personalidad diferenciada y un patrimonio propio, resultan responsables por las obligaciones que contraigan. Este principio surgía en forma clara del art. 42 del Cód. Civil derogado (16).

El Cód. Civ. y Com., siguiendo el rumbo de los proyectos anteriores (1987, 1993 y muy especialmente el del año 1998), unifica la responsabilidad civil contractual y extracontractual. Cualquiera sea la fuente del deber de reparar el daño (violación del deber general de no dañar-fuente de la responsabilidad extracontractual—, o el incumplimiento de una obligación —fuente de la “contractual”—) la responsabilidad se rige, en

---

(15) CAFFARENA LAPORTA, Jorge, en PAZ-ARES RODRÍGUEZ, Cándido - DÍEZ PICAZO PONCE DE LEÓN, Luis - BERCOVITZ, Rodrigo - CODERCH, Pablo (dirs.) “Comentario del Código Civil”, Ed. Ministerio de Justicia, Madrid, 1991, t. I, p. 242.

(16) Desde siempre, nuestra doctrina señaló que las personas jurídicas, lo mismo que las humanas, son responsables por la falta de cumplimiento de los contratos celebrados por ellas, es decir, celebrados por sus representantes legales en su nombre y representación. Nadie, en efecto, querría ni podría celebrar contratos importantes con una persona jurídica, si ella pudiera dejar de cumplirlos sin responsabilidad alguna (SALVAT, Raymundo, “Tratado de derecho civil argentino”, Ed. TEA, Buenos Aires, 1964, t. I, p. 983).

principio, por las mismas reglas (17). La norma que consagra la unificación del régimen se encuentra en el art. 1714 que establece: “La violación del deber de no dañar a otro o el incumplimiento de una obligación da lugar a la reparación del daño causado, conforme con las disposiciones de este Código”.

Las obligaciones de la persona jurídica, como principio general, no alcanzan a sus miembros. Ello surge claramente del principio de personalidad diferenciada que establece el art. 143 Cód. Civ. y Com., norma que además aclara: “Los miembros no responden por las obligaciones de la persona jurídica, excepto en los supuestos que expresamente se prevén en este título y lo que disponga la ley especial” (18).

En materia de reparación de daños, hay que descartar toda posibilidad de establecer responsabilidades extracontractuales directas de las personas jurídicas. Ellas solo responderán —como lo hemos destacado y salvo excepciones dispuestas en la ley por motivos especiales— en forma indirecta, y esta será la premisa fundamental para resolver el problema de su responsabilidad por el hecho ajeno, que también es de índole excepcional, por cuanto lo normal es que cada uno solo responda de las consecuencias de su propia conducta.

El Código Civil y Comercial de la Nación, en el cap. 1 del tít. V del Libro Tercero, dedicado a la responsabilidad civil, se ocupa de la responsabilidad de la persona jurídica por los actos causados por quienes las dirijan o administren (art. 1763), como así también de la responsabilidad por el hecho de los dependientes (art. 1753).

Las personas jurídicas son entes ideales carentes de los componentes psicológicos necesarios para actuar con dolo o culpa y esa es la base del problema referido a su responsabilidad. Las conductas dolosas o culposas no emanan de la persona jurídica, sino de los individuos que la conforman o actúan en su representación.

El art. 1763 toma de manera casi textual lo antes preceptuado por la primera parte del art. 43 del Código derogado. La persona jurídica responde por los actos causados por quienes las dirigen o administran en ejercicio o con ocasión de sus funciones. También responde por los per-

---

(17) PICASSO, Sebastián, “La unificación de la responsabilidad en el proyecto”, *Revista de Derecho Privado*, Ed. Infojus, año 1, nro. 3, p. 75.

(18) El art. 39 del Cód. Civil repetía el mismo principio, aunque refiriéndose a las corporaciones, asociaciones y etc., estableciendo que sus miembros no estaban obligados a satisfacer las deudas de la corporación, si expresamente no se hubiesen obligado como fiadores o mancomunados con ella.

juicios ocasionados por sus dependientes en función de lo establecido por el art. 1753.

Al margen de esta sistematización, el Cód. Civ. y Com. regula la responsabilidad de los entes ideales en otros artículos, así se ocupa de la responsabilidad de sus miembros, asociados, controlantes directos e indirectos al regular el instituto de la inoponibilidad de la personalidad, la responsabilidad de sus administradores y de sus miembros en términos generales y dentro de proceso de liquidación, como así también la responsabilidad de quienes la representan por exceso en sus funciones, todo ello dentro del Libro Primero de Parte General.

Existen además normas sobre responsabilidad establecidas para personas jurídicas en particular, nos ocuparemos de las legisladas dentro del Código Civil y Comercial de la Nación para las asociaciones civiles, fundaciones y las simples asociaciones.

### **III. LA INOPONIBILIDAD DE LA PERSONALIDAD JURÍDICA**

En nuestro análisis sobre la responsabilidad de la persona jurídica y sus miembros, no podíamos omitir tratar el instituto de la inoponibilidad de la personalidad. El reconocimiento de la personalidad jurídica diferenciada se hace en la medida que ella sea usada con fines lícitos. Lo cierto es que la realidad ha mostrado que en múltiples situaciones las personas jurídicas son usadas de manera desviada, esto es para perjudicar los derechos de terceros o para violar la ley. En esos casos, el ordenamiento jurídico reacciona desconociendo la personalidad jurídica diferenciada e imputando la actuación de la persona jurídica a las personas físicas que la hicieron posible.

El art. 143 del Cód. Civ. y Com. reafirma el principio de separación de la personalidad, de modo que a partir de la formación del ente ideal se crean dos personalidades y, por ende, dos patrimonios que responden, cada uno, por sus propias deudas. Los miembros o quienes dirigen la persona jurídica no tienen responsabilidad por las deudas de esta última excepto en los supuestos que expresamente se prevén en el nuevo Código o que así lo disponga una ley especial.

Pero, cuando la persona jurídica es usada con un fin distinto al otorgado por el legislador, con la intención violar la ley, el orden público o defraudar a terceros, es lícito desestimar su personalidad para imputar su accionar a sus miembros o administradores por los perjuicios causados. La doctrina de la separación de la personalidad y el "levantamiento del

velo” societario, se debe a la jurisprudencia americana y al estudio del alemán Rolf Serick (19).

Nuestra doctrina ha destacado la utilidad de este remedio legal (20) y la jurisprudencia ha hecho una fecunda aplicación de la teoría de la desestimación de la personalidad (21).

La doctrina que reseñamos sirve entonces para responsabilizar a los integrantes de la persona jurídica de forma excepcional. Como se ha destacado, el levantamiento del velo debe ser una especie de *ultima ratio*, como argumento final al que se llega tras una cuidadosa valoración de todas las circunstancias del caso y no, desde luego, como una decisión automáticamente adoptada ante la nueva constatación de determinados hechos (22).

---

(19) Serick sostiene que siendo la persona jurídica una creación del legislador, su personalidad debe desestimarse excepcionalmente, cuando se realiza un fraude a la ley por medio de la personalidad jurídica, cuando existe una lesión a un contrato o en aquellos supuestos en donde se ocasionan daños a terceros con la utilización fraudulenta de la persona jurídica (SERICK, Rolf, “Apariencia y realidad de las sociedades mercantiles. El abuso de derecho por medio de la persona jurídica”, Barcelona, 1958, trad. J. Puig Brutau, p. 44).

(20) La responsabilidad de los actos de la persona jurídica se traslada, por medio del desconocimiento de su personalidad, a las personas físicas que la componen, quienes generalmente son condenadas como deudoras solidarias de las obligaciones del ente ideal. También se sostiene, que en estos casos (de acuerdo con la norma del art. 54, ley 19.550), se produce un desplazamiento de la imputación de la conducta sancionada de un agente hacia otro u otros, con lo cual la acción de la sociedad ya deja de ser una actuación societaria, para ser considerada una actuación personal de los socios o controlantes que la hicieron posible (VÍTOLO, Daniel R., “Extensión del concepto de inoponibilidad de la personalidad jurídica, contemplado en la ley 19.550, al régimen de las personas jurídicas en general”, DCCyE 2012 [oct.], p. 146).

(21) El caso paradigmático fue “Compañía Swift de La Plata SA” (CS, 04/09/1973, Fallos 286:257, en donde se comprobó que esa sociedad, dedicada a la actividad frigorífica, había llegado a la insolvencia porque el grupo empresario al que pertenecía la había usado como una “sociedad cenicienta”, y por ende, se extendió su quiebra a todas las sociedades del grupo. Pero sin duda, la jurisprudencia laboral ha hecho una reiterada aplicación de esta teoría y del art. 54 de la ley 19.550, para extender la responsabilidad a socios y administradores de empresas, invocando que el fin extra-societario que justifica la desestimación de la personalidad puede estar fundado en una defectuosa registración del trabajador o en la imputación de pagos de salarios “en negro”. El *leading case* fue CNTrab., sala III, 11/04/1997, “Delgadillo Linares, Adela c. Shatell SA y otros s/ despido”, AR/JUR/5968/1997; el mismo tribunal luego dictó el fallo “Duquelsy, Silvia c. Fuar SA”, 19/02/1998, LA LEY 1999-B, 2. A esos pronunciamos siguieron muchos otros.

(22) EMBID IRUJO, José Miguel – VARELA, Fernando, “Personalidad jurídica, levantamiento del velo societario y práctica judicial reflexiones desde las dos orillas”;

Se sostiene que no existe en principio una desestimación de la personalidad jurídica, la que queda incólume. De lo que se trata en general es del desconocimiento de la tipología de segundo grado o más precisamente del principio de permeabilidad patrimonial. Es decir, en los casos de aplicación del instituto no se desconoce la personería jurídica, salvo casos excepcionales (como, p. ej., en el supuesto de confusión inescindible de patrimonios, previsto en el art. 161, inc. 3º, LCQ), sino que lo que se desconoce es la limitación de la responsabilidad de los socios frente a terceros (23).

También se ha formulado una distinción entre allanamiento, desestimación e inoponibilidad. El primero implica la prescindencia de la estructura societaria para así responder tanto ella como quienes la integran. La desestimación implica no tener en cuenta la personalidad para poder alterar los efectos del tipo societario que limita la responsabilidad de los socios. La inoponibilidad no importa una alteración del régimen de responsabilidades de los socios sino una protección al tercero de buena fe, sin afectar, en principio la normal actuación de la sociedad, permitiendo que no se oponga en una situación jurídica determinada, una personalidad diferenciada frente al tercero damnificado (24).

Desde la perspectiva del análisis económico del derecho se advierte sobre el peligro de aplicación excesiva de esta doctrina, pues existen situaciones en los cuales la penetración del velo no resulta óptima, ya que genera una fuente de riesgo adicional para los accionistas, convirtiéndose en un costo real para quienes sientan aversión por el riesgo que podría quedar excluido de la cobertura de un seguro, señalando además que muchas veces esta herramienta constituye una pesadilla administrativa si hay muchos accionistas y las acciones cambian de mano con frecuencia, porque habrá que decidir cuáles son los accionistas responsables y cómo se repartirá la responsabilidad entre los accionistas del grupo responsable (25).

---

LA LEY 2000-B, 1090.

(23) MOEREMANS, Daniel E., "Inoponibilidad de la persona jurídica en el Código Civil y Comercial de la Nación", AR/DOC/985/2021.

(24) BORDA, Guillermo J., "La recepción generalizada de la teoría de la inoponibilidad", RDPyC 2015-2-99.

(25) POSNER, Richard A., "El análisis económico del derecho", Ed. Fondo de Cultura Económica, México, 2007, trad. Eduardo Suarez, p. 652.

### III.1. La responsabilidad por el daño causado

Hay un tema que resulta relevante en nuestro análisis: la responsabilidad de los actos de la persona jurídica se traslada, por medio del desconocimiento de su personalidad, a las personas humanas que la componen, quienes generalmente son condenadas no como responsables por el daño causado, sino directamente como deudoras solidarias de las obligaciones del ente ideal.

Esa ha sido la forma de aplicar, casi de manera automática, la doctrina por parte de la mayoría de los tribunales laborales de nuestro país. Sin embargo, es importante destacar que tanto el art. 54 de la Ley General de Sociedades como el art. 144 del Cód. Civ. y Com. no sancionan este supuesto con la “comunicación de deudas”, sino que disponen que los responsables del uso antifuncional de la personalidad jurídica serán responsables “por los perjuicios causados”, resaltamos esto pues el efecto de la desestimación es (o debería ser) exclusivamente ese.

Esa es la correcta interpretación que debe darse al efecto que ocasiona la inoponibilidad y así lo determinó claramente el voto el Dr. Lorenzetti en el caso “Davedere”, donde se dijo (respecto de los arts. 59 y 274, ley 19.550) que la responsabilidad de los administradores, representantes y directores hacia terceros (como los trabajadores) es la del derecho común, que obliga a “indemnizar el daño”, la cual es diferente a la del obligado solidario en las obligaciones laborales. En consecuencia, resulta imprescindible acreditar la concurrencia de los presupuestos generales del deber de reparar, lo que no se ha hecho en la especie. Ello, por cuanto la solidaridad no se presume y debe ser juzgada en forma restrictiva (26).

En el fuero laboral usualmente el foco reside en el elemento de anti-juridicidad. Ante la simple constatación de un actuar contrario a la ley o el estatuto por parte del administrador, este ya resulta merecedor de una extensión de condena que abarca todos los rubros que deba indemnizar su real empleador (la sociedad), obstando analizar, y ulteriormente diferenciar, si dichos rubros constituyen un crédito debido al trabajador por el distracto de la relación laboral o un perjuicio efectivo, concreto y personalizado derivado de una acción u omisión antijurídica culpable de quien ejerce la administración de la patronal. Pero, para seguir con el ejemplo, la circunstancia de que el director deba responder por las in-

---

(26) CS, 29/05/2007, “Davedere, Ana M. c. Mediconex SA y otros”, AR/JUR/1519/2007”. Vale recordar que la mayoría del tribunal optó por rechazar el recurso con base en el art. 280, Cód. Proc. Civ. y Com.



demnizaciones previstas en la Ley Nacional de Empleo, que se deban por no haber registrado la relación laboral, o por haber efectuado pagos sin recibos respaldatorios, no importa necesariamente, que también deba responder por las indemnizaciones debidas por despido incausado, cuando este no tuvo relación con la falta de registración, como ocurriría en un despido directo no probado, o un despido por reestructuración decidido por la sociedad (27).

En algún caso se diferenció entre la responsabilidad solidaria que se impone a los administradores de la sociedad y la de los socios. A los primeros, les cabe la responsabilidad subjetiva del art. 59 de la ley 19.550 ya que, en todo momento, deben obrar con la lealtad y la diligencia de un buen hombre de negocios, siendo que la ausencia de registro de una relación de trabajo contraviene los deberes impuestos a un buen empleador (arts. 62 y 63, LCT). Pero la eventual responsabilidad solidaria de los socios sería diferente y menos rigurosa ya que, para que sea operativa, la actuación de la sociedad debe encubrir fines societarios o haber sido está constituida como un mero recurso para violar la ley, el orden público, la buena fe y/o para frustrar derechos de terceros (art. 54, ley 19.550) (28).

### III.2. No constituye un principio general sino la excepción

El Cód. Civ. y Com. ha generalizado la norma del art. 54 de la Ley General de Sociedades (en adelante, LGS) para todas las personas jurídicas, se establece que cuando “su actuación esté destinada a la consecución de fines ajenos a la persona jurídica, constituya un recurso para violar la ley, el orden público o la buena fe o para frustrar derechos de cualquier persona, se imputa a quienes a título de socios, asociados, miembros o controlantes directos o indirectos, la hicieron posible quienes responderán solidaria e ilimitadamente por los perjuicios causados”.

La generalización de la doctrina a todas las personas jurídicas ha llevado a sostener que ha consagrado como “principio general” la inoponibilidad (29). Ello, en modo alguno es así, pues la aplicación de este

---

(27) BERGOGLIO, Remo M., “Responsabilidad de administradores de personas jurídicas. Hacia un correcto entendimiento de su naturaleza jurídica”, LLC 2020 (abril), 5, AR/DOC/69/2020.

(28) CNTrab., sala II, 29/11/2017, “Gassibe, Vanesa M. c. Castro Grillo SRL y otros s/ accidente-acción civil”, AR/JUR/90352/2017.

(29) MARTORELL, Ernesto, “La inoponibilidad de la persona jurídica en el Código Civil y Comercial. Responsabilidad por uso disfuncional de la sociedad”, LA LEY 2014-F, 993. El mismo autor reitera el concepto en “El Código Civil y Comercial agrava la responsabilidad de los administradores de sociedades”, LA LEY 2016-D, 1180.

remedio es siempre de carácter restrictivo, no solo porque así lo sostuvo Serick hace más de sesenta años, sino porque la misma conclusión resulta, como hemos destacado, de recientes pronunciamientos del más alto tribunal de nuestro país (30).

Como ha dicho Saux, el postulado de “principio general” es sustentable desde lo cuantitativo, ya que involucra a todo tipo de personas jurídicas privadas, pero no desde lo cualitativo, pues cuanto, como lo consignan los mismos fundamentos del Código, no deja de ser una excepción a una regla de la separación de patrimonios entre el ente y sus miembros (31).

### III.3. Los supuestos que habilitan la inoponibilidad

Como se advierte, los casos previstos en el Cód. Civ. y Com. son varios.

El primero es la utilización de la personalidad con fines ajenos a los que determine la ley, es decir cuando se trata de una persona jurídica con causa ilícita o simulada.

---

(30) La CS ha establecido que resulta improcedente extender solidariamente la condena a los directores y socios de la sociedad anónima empleadora por la falta de registración de una parte del salario convenido y pagado a un trabajador, si no fue acreditado que se trataba de una sociedad ficticia o fraudulenta, constituida en abuso del derecho y con el propósito de violar la ley y que, prevaleciéndose de la personalidad, afecta el orden público laboral o evade normas legales (casos “Carballo c. Kanmar” y “Palomeque, Aldo R. c. Benemeth”). En fallos posteriores (“Bresciani”, “Ventura” y “Funes”), la Corte ha desestimado recursos extraordinarios por aplicación del *certiorari* o por ausencia de requisitos de admisibilidad que no importan, *per se*, un cambio de doctrina. Por su parte, la SCBA ha dicho que los socios integrantes de la empresa empleadora no pueden ser responsabilizados solidariamente si la personalidad jurídica no fue utilizada como un mero instrumento para perjudicar a terceros o para violar la ley, sino que se trata de una entidad regularmente constituida, con auténticos fines, que en su actividad social cometió actos ilegales sancionados expresamente por la ley” (SCBA, 04/05/2011, “Ahmed, Sara N. y otros c. Eben Ezer SA y otros s/ despido”). La polémica en torno a la extensión de este remedio no está cerrada, pero hay una clara tendencia de nuestro máximo tribunal a evitar una aplicación automática y desmesurada, ella ha quedado de manifiesto en recientes pronunciamientos como el caso “Chevron” (CS, 04/06/2013, “Aguinda Salazar, María c. Chevron Corporation s/ medidas precautorias”, LA LEY 2013-C, 522) y “Superficiarios de la Patagonia” (CS, 30/12/2014, “Asociación Superficiarios de la Patagonia c. YPF SA y otros s/ daño ambiental”, AR/JUR/85018/2014).

(31) SAUX, Edgardo I., “Tratado de derecho civil. Parte general”, Ed. Rubinzal-Culzoni, Santa Fe, 2019, t. II, p. 727.

En el ámbito societario se ha destacado que el encubrimiento de la consecución de fines extrasocietarios, bajo la actuación de la sociedad, implica, en principio, una simulación ilícita, lo que se halla abonado por la vinculación existente entre la teoría de la penetración y la de la simulación, con lo que la actuación de la entidad que encubre fines extrasocietarios resulta aplicable a los supuestos en los que, bajo la apariencia de una actuación societaria lícita, todos o algunos de los socios procuraren disimuladamente la consecución de un fin ilícito (32).

El legislador no se ha limitado al acto de constitución de la persona jurídica, ni se remonta al origen del ente para tornar aplicable la norma, sino que la expresión “actuación” debe entenderse también como comprensiva de cualquier acto emanado de los órganos de la persona jurídica en los cuales se exprese su voluntad y que tenga como víctimas a los terceros ajenos a ella o a algunos de sus integrantes, cuyos derechos puedan ser violados a través de las conductas consumadas por el ilegítimo empleo de la personalidad jurídica (33).

Si se trata de un recurso para violar la ley, esto puede significar la *transgresión* (cuando la actuación viola directamente la norma) y la *elusión* (cuando fraudulentamente se evita la aplicación de la norma pertinente). A diferencia de la LGS, el Cód. Civ. y Com. no establece que deba tratarse de un “mero recurso” sino simplemente de un “recurso” usado para violar el orden jurídico, ello ha sido considerado como una ampliación de la figura (34).

El orden público debe interpretarse en su acepción más estricta, como un régimen irrenunciable que protege el interés público. La mala fe se refiere a la actuación del socio o controlante de la persona jurídica, a quien se le extenderá o trasladará la imputación.

Por último, la frustración de derechos de terceros comprende cualquier tipo de negocio fraudulento en perjuicio de otras personas (insolvencia fraudulenta, herederos, cónyuges, etc.).

---

(32) VERÓN, Alberto V., “Breviario valorativo sobre desestimación de la personalidad jurídica”, AR/DOC/2134/2020.

(33) JUNYENT BAS, Francisco, “Apuntes sobre la persona jurídica en el Código Civil y Comercial”, RDCO 272-673.

(34) Sí puede entender como su reforzamiento porque permite interpretar que una actuación que tendiera a la consecución de fines extrasocietarios aunque no hubiera sido realizada “exclusivamente” para tal fin, igualmente permitiría “inoponer” la personalidad (GULMINELLI, Ricardo L., “La inoponibilidad de la personalidad jurídica”, LA LEY 2016-C, 987).

### III.4. Quiénes pueden ser alcanzados por la inoponibilidad.

El Código establece que la actuación de la persona jurídica se imputa a los socios, asociados, miembros o controlantes directos o indirectos. La terminología es amplia y permite dirigir la acción contra socios de una sociedad mercantil como contra asociados o miembros de una asociación civil, y significa que los efectos de los actos jurídicos obrados por la persona jurídica se atribuyen a las personas físicas, con repercusión directa sobre su patrimonio.

Este último aspecto es muy importante, pues si bien existían casos aislados de aplicación de la doctrina a entidades no lucrativas (35), el texto habilitaría a ir contra los asociados de una asociación civil o los miembros de cualquier otra persona jurídica, por los integrantes de un consorcio de propietarios o los miembros del Consejo de Administración de una fundación (36).

En cuanto a los controlantes, la ley refiere a los “directos o indirectos”. Los primeros son quienes gobiernan la entidad, en cambio los segundos serían quienes controlan la persona jurídica desde afuera y permiten con su accionar, un fin desviado de la personalidad (37).

## IV. LOS ADMINISTRADORES

La actuación de las personas jurídicas no pone punto final a la responsabilidad personal de quienes han tenido suficiente injerencia en la determinación de la voluntad de aquella y que han causado un daño al patrimonio de la sociedad. En otras palabras, la responsabilidad de

---

(35) CNTrab., sala VI, 14/03/2008, “Toledo, Juan C. c. Asociación Civil Tupa Rape y otro”, AR/JUR/76/2008.

(36) Con anterioridad a la vigencia del Cód. Civ. y Com. se resolvió: “El presidente y secretario de una Fundación no pueden ser responsabilizados en forma solidaria por las deudas laborales de la entidad, pues la condición de organizaciones civiles sin fines de lucro con un objetivo institucional de bien común excluye la posibilidad de aplicarle una normativa referida a la Ley de Sociedades Comerciales; ni es trasladable analógicamente ese marco normativo para establecer supuestos de responsabilidad previstos para otras situaciones y ámbitos, porque salvo convención en particular, la solidaridad solo puede ser impuesta legalmente por una norma expresa” (CNTrab., sala X, 11/05/2015, “Manuele, Ana M. c. Lifszyc, David y otros s/ despido”, DT 2015 (dic.), 2511, AR/JUR/25563/2015).

(37) El término “controlantes indirectos” parecería, en principio, reservado a las sociedades, pues es difícil pensar en controlantes externos de una asociación o una fundación.

la persona jurídica no excluye la que les incumbe a los individuos que obran los hechos imputables a ellas (38).

Los administradores son aquellas personas que se ejercen la actividad ejecutiva de la entidad, cuya actuación debe ceñirse al fin previsto en el estatuto o contrato social. La voluntad del órgano puede depender de la decisión de una sola persona humana o de varias, ya que es frecuente que la administración esté confiada a un órgano colegiado.

El rol básico del administrador es siempre el mismo, pero las responsabilidades a su cargo difieren, porque, por un lado, él responde por la mala administración del patrimonio social y, por el otro, por los daños que cause a terceros en ese rol (39).

Son muchos los supuestos en los que se imputan deberes resarcitorios a los administradores de las personas jurídicas, lo cual es la obvia consecuencia de la inobservancia de algunas de las profusas obligaciones que atañen a estos conductores, cuyo soslayo puede implicar una imputación de responsabilidad civil, ambiental, tributaria, aduanera, laboral, por insolvencia, etc. (40).

La responsabilidad de los administradores ha sido un tópico frecuentemente abordado por la doctrina comercialista y poco explorado en el ámbito de las entidades civiles. La Ley General de Sociedades les impone a los administradores societarios, el deber de obrar con “lealtad y con la diligencia del buen hombre de negocios”. Actuar con la diligencia de un buen hombre de negocios implica un estándar de conducta que denota un elemento de conocimiento y destreza en las cuestiones vinculadas al tráfico mercantil. Se refiere a una persona diligente, quien difícilmente pueda ser sorprendido en una actuación por cuestiones atinentes a representación, contenido o instrumentación de obligaciones en el ejercicio de sus funciones (41).

Así, el régimen societario establece una pauta objetiva para apreciar la conducta del administrador. La responsabilidad del administrador

---

(38) GRISPO, Jorge D., “La responsabilidad de los administradores societarios y el nuevo Código”, LA LEY 2015-F, 1068.

(39) VILLANUEVA, Julia, “La responsabilidad de los administradores frente a la insolvencia social”, LA LEY 2019-D, 1033.

(40) ABDALA, Martín E., “La responsabilidad de los administradores societarios en la actuación plural”, LA LEY 2014-F, 671.

(41) VÍTOLO, Daniel R., “Responsabilidad de los administradores societarios”, LA LEY 2007-E, 1313.

frente a la persona jurídica era considerada de naturaleza contractual y de tipo extracontractual cuando la invocaban terceros. Esa distinción carece hoy de sentido en el régimen unificado de responsabilidad del Cód. Civ. y Com. (42).

El criterio de la Ley General de Sociedades permite una evaluación en abstracto de la culpa del administrador, comparándola con un “modelo ideal” (similar a otros como “el buen padre de familia”). La diligencia de un buen hombre de negocios intenta reflejar los cuidados propios que deben tener los administradores societarios al desempeñar sus funciones, presuponiendo un nivel de exigencia traducido en concreta idoneidad, capacidad, conocimiento suficiente y eficiente de la actividad, que se evaluarán atendiendo a las circunstancias de personas, tiempo y lugar (43).

El Cód. Civ. y Com. sigue el criterio de la Ley de Sociedades, el art. 159 establece que los administradores de la persona jurídica deben obrar con *lealtad* y *diligencia* aunque sin referirse al *buen hombre de negocios*, criterio acertado teniendo en cuenta que se regula la actuación de los administradores de todas las personas jurídicas y no solo de aquellos que se dedican al tráfico mercantil.

La posición adoptada por el Código implica evaluar la lealtad del administrador con el ente ideal sin un modelo determinado pero su conducta deberá traslucir un actuar no solo diligente (sin imprudencia, sin falta de profesionalismo, etc.), sino también leal, que significa no ser infiel a la persona jurídica, anteponiendo sus propios intereses a los de la entidad. El deber de lealtad radica fundamentalmente en la prohibición de realizar actos por cuenta propia y ajena en competencia con la sociedad (o a una persona jurídica en general) en la que se es administrador.

El art. 159 establece además que el administrador no puede perseguir ni favorecer intereses contrarios a la persona jurídica (44). Si los tu-

---

(42) La Ley de Sociedades prevé una responsabilidad *in comitendo* para los administradores que personalmente causen el daño, y una responsabilidad *in vigilando* para los restantes managers. En ese orden de ideas, cuando se concreta una imputación fundada en la sola pertenencia a un órgano plural colegiado, la sindicación de responsabilidad sigue siendo subjetiva y se justifica en la denominada “culpa *in vigilando*”, pues el solo hecho de integrar un órgano societario plural colegiado obliga a todos sus miembros a un estrecho y estricto control recíproco, cuyo soslayo conducirá a la sindicación del deber resarcitorio (ABDALA, ob. cit.).

(43) VERÓN, Alberto V., “Ley de Sociedades 19.550”, Ed. La Ley, Buenos Aires, 2016, 3ª ed. conc. y act. con el Cód. Civ. y Com., t. II, p. 217.

(44) La responsabilidad de los administradores por los daños causados al interés social suele contemplarse como una responsabilidad profesional, derivada de una

viera en determinada operación, por sí o por interpósita persona, tiene obligación de informar la situación a los restantes miembros del órgano de administración o de gobierno, debiendo abstenerse de cualquier intervención relacionada con dicha operación. En definitiva, la idea es evitar los “conflictos de intereses”, si ellos existen, el administrador leal debe apartarse y hacer prevalecer el interés social por sobre el particular. Por último, se impone al mismo órgano de administración, la obligación de implementar sistemas y medios preventivos que reduzcan el riesgo de conflictos de intereses (45).

Luego, el art. 160 del Cód. Civ. y Com. se refiere a la responsabilidad de los administradores frente la entidad, a sus miembros o terceros. Los administradores responden en forma ilimitada y solidaria por su culpa en el ejercicio o con ocasión de sus funciones, por acción u omisión. Se establece pues una responsabilidad amplia basada en el actuar culposo (46). Señala Tobías que la culpa está referida aquí a su significado genérico y abarca, por ende, los comportamientos dolosos (47).

---

negligente administración y consecuencia de la atribución de los poderes de gestión al administrador, a mayor poder, mayor responsabilidad (PARRA LUCÁN, María Ángeles, “Responsabilidad civil de los administradores”, en REGLERO CAMPOS, L. Fernando (dir.), *Tratado de responsabilidad civil*, Ed. Aranzadi, Navarra, 2003, p. 1362).

(45) La teoría de los actos contrarios o en conflicto con la persona jurídica ha sido desarrollada por el derecho societario en preservación del llamado “interés social”. Los órganos sociales, en el cumplimiento de sus funciones (determinadas por la ley y por el estatuto) deben actuar conforme al interés social. Deben respetarlo. Desde una perspectiva deóntica, se podría decir que tienen la “obligación” de adecuarse al interés que los guía que establece límites que aparecen en el caso concreto (MOLINA SANDOVAL, Carlos A., “Tratado de las asambleas”, Ed. Abeledo Perrot, Buenos Aires, 2009, p. 526).

(46) En el ámbito del derecho societario se ha destacado que para que la responsabilidad opere es esencialmente necesaria la existencia real de culpa por parte del administrador. Esta culpa puede ser *in comitendo*, cuando se ejecutan decisiones que violan disposiciones legales o estatutarias; *in negligendo* cuando no se cumple con las obligaciones que emanan de la ley, el estatuto o las resoluciones asamblearias, e *in vigilando*, cuando se admite que se cometan faltas, descuidos o inobservancias de funciones en perjuicio de la sociedad. En cualquiera de estos supuestos, debe tratarse de culpa grave, pudiendo afirmarse que la responsabilidad del director no empieza allí donde termina su diligencia sino donde comienza su culpa o malicia, traducida en la voluntad consciente de causar un daño a sabiendas, o en un descuido injustificado o negligente de sus obligaciones como “buen hombre de negocios” (GRISPO, ob. cit.).

(47) TOBIÁS, José W., “Tratado de derecho civil. Parte general”, Ed. La Ley, Buenos Aires, 2018, t. II, p. 784.

La responsabilidad puede ser demandada por el ente ideal, sus miembros y los terceros perjudicados y la imputación al agente dañoso puede ser por acción o por omisión.

De tal modo, quienes dirigen las personas jurídicas responden no solo por los actos de dirección, sino también por aquellos causados “con ocasión” de sus funciones. Es decir, se extiende a aquellos eventos dañosos que indirectamente se vinculan a la actividad, pero que sin ella no se hubieran producido, de lo contrario, la limitación de la responsabilidad solo a los supuestos de daños cometidos en el ejercicio de las funciones importaría hacer valer frente a terceros damnificados cuestiones que hacen a la organización interna de la persona jurídica. Volveremos más adelante sobre la responsabilidad derivada de “la ocasión de las funciones”.

El Cód. Civ. y Com. no establece un régimen de responsabilidad de los integrantes de otros órganos de dirección o control (asambleas, síndicos, revisores de cuentas, etc.) por los hechos ilícitos que cometan contra la persona jurídica o terceros.

En el caso de los cuerpos colegiados de administración, no se distingue entre quienes ejercen la administración y quienes son representantes legales. Por ello, la responsabilidad debe extenderse, dentro de los administradores, al hecho de cualquiera de los integrantes, realizado en ejercicio u ocasión de sus funciones, fueren o no representantes legales de la entidad.

## **V. LOS MIEMBROS Y LOS ADMINISTRADORES EN EL PROCESO DE LIQUIDACIÓN**

Las causas de extinción de la persona jurídica ha de advertirse que no producen el efecto catastrófico de hacer, inmediata y automáticamente, tabla rasa de lo existente, sino que determina el comienzo de un período de liquidación, durante el cual la entidad social sigue existiendo como persona jurídica, con su patrimonio, ínterin no terminen las operaciones liquidatorias, en beneficio de todos lo que están interesados (48).

Ante la disolución, ocurrida por algunos de los supuestos previstos en el art. 163 del Cód. Civ. y Com., la persona jurídica no puede realizar su operatoria normal, debiendo dedicarse a concluir los negocios pendientes.

---

(48) DE CASTRO Y BRAVO, F., ob. cit., p. 290.



Frente a las pocas previsiones del Código Civil y Comercial sobre la materia, y de no mediar disposición en el estatuto, habrá que recurrir por analogía a normas especiales para resolver aspectos no regulados. Una de esas disposiciones es la del art. 101 de la ley 19.550. Establece un principio capital sobre la situación del ente en esta etapa: la sociedad en liquidación conserva su personalidad a los efectos de la liquidación. La fórmula es reiterada en el art. 87 de la ley 20.337 para las cooperativas. Esa expresión da cuenta de que la persona jurídica no se extingue automáticamente por el acacimiento de una causa, sino que mantiene su personalidad jurídica. No se trata de una nueva persona jurídica ni de una comunidad de bienes. A esto se lo denomina “principio de continuidad” o “principio de identidad” (49).

Así, producida una causal de disolución de la persona jurídica, esta ingresa en su período de liquidación que impone realizar las operaciones necesarias para cancelar el pasivo y dar al remanente el destino previsto por el estatuto o la ley. Los administradores y los miembros que, contando con poder de decisión, no toman las medidas tendientes a cumplir adecuadamente el proceso liquidatorio son responsables de forma ilimitada y solidaria frente a los acreedores de la entidad.

El Cód. Civ. y Com. regula la responsabilidad de los miembros y los administradores de las personas jurídicas ante el supuesto de su liquidación. El art. 167 dispone “que la liquidación consiste en el cumplimiento de las obligaciones pendientes con los bienes del activo del patrimonio de la persona jurídica o su producido en dinero. Previo pago de los gastos de liquidación y de las obligaciones fiscales, el remanente, si lo hay, se entrega a sus miembros o a terceros, conforme lo establece el estatuto o lo exige la ley. En caso de infracción responden ilimitada y solidariamente sus administradores y aquellos miembros que, conociendo o debiendo conocer la situación y contando con el poder de decisión necesario para ponerle fin, omiten adoptar las medidas necesarias al efecto”.

Se ha destacado que las pautas del art. 167 sobre el procedimiento de liquidación son insuficientes. Establece solo la liquidación privada del ente. En ocasiones, en su lugar la liquidación se realiza a través de una autoridad pública (p. ej., en la quiebra). Ciertas normas especiales resuelven en mayor o menor medida algunas de las múltiples situaciones que se presentan en esta etapa. Tal el caso de las sociedades (arts. 101 a 112,

---

(49) SÁNCHEZ HERRERO, Pedro, “Responsabilidad de administradores orgánicos y liquidadores en el proceso de disolución”, SJA del 09/06/2021, 3, AR/DOC/1342/2021.

ley 19.550), las cooperativas (arts. 86 a 98, ley 20.337) y las mutuales (res. del Instituto Nacional de Acción Mutua —hoy INAES—119/1988) (50).

La actividad a desplegar en el período liquidatorio por los responsables de la administración dependerá de cada tipo de entidad y de su situación concreta. En las sociedades, se deben realizar los actos tendientes a la conservación y cuidado de los bienes sociales, el mantenimiento de aquella actividad empresarial de producción cuya paralización podría generar daños a la sociedad o a sus socios, continuar cumpliendo con los contratos en curso de ejecución, seguir persiguiendo la percepción de cobranzas y créditos, como así también desarrollar toda otra actividad de administración cuya interrupción podría generar daños a la entidad o a sus miembros (51).

Lo que hace específicamente responsable al liquidador en esta etapa son los actos en exceso de sus funciones en este proceso que generan daños al ente. Solo lo serán en la medida que haya una infracción a su deber de actuación leal y diligente, conforme con los arts. 159 y 160 del Cód. Civ. y Com. La liquidación puede extenderse en el tiempo. En ese lapso, la persona jurídica puede ser deficitaria, pero esto no implica que haya una conducta antijurídica del liquidador (y, eventualmente, responsabilidad). En cambio, en la etapa de disolución, si esa pérdida se produce en el marco una actuación indebida del liquidador en términos generales (por ejemplo, por continuar con la actividad social), habrá allí una conducta antijurídica que lo puede hacer responsable (52).

Algo similar ocurre con las asociaciones y fundaciones, la liquidación en estos casos quedará en manos de sus miembros o de terceros, conforme lo establezca el estatuto o lo exija la ley (arts. 185 y 217, Cód. Civ. y Com.). En las asociaciones, las operaciones deben tender a destinar el remanente del patrimonio a lo dispuesto en el estatuto, o a una asociación civil domiciliada en la República con objeto igual o similar. En las fundaciones, el remanente de los bienes debe ir a una entidad de carácter público o una persona jurídica privada cuyo objeto sea de utilidad pública o de bien común, que no tenga fin de lucro y se encuentre domiciliada en la República, salvo que se trate de una fundación extranjera.

---

(50) *Ibidem*.

(51) VÍTOLO, Daniel R., “Sociedades comerciales”, cit., t. II, p. 441.

(52) SÁNCHEZ HERRERO, Pedro, ob. cit.

## VI. LOS REPRESENTANTES Y EL EXCESO EN SUS FUNCIONES

A diferencia de la teoría de la representación, emanada de la doctrina de la ficción, un lineamiento de pensamiento distinto producto de las tesis realistas concibió a la persona jurídica como organismo dotado de miembros que actuaban dentro de ella, cumpliendo cada uno de ellos una determinada función, cual los órganos del cuerpo humano, rigiéndose dicho vínculo interno por los estatutos que determinan las atribuciones que les cabe desempeñar a cada uno de ellos. Ineludible es advertir, además, que la teoría del órgano, al identificar las funciones asignadas a cada órgano, delimitar y establecer la distribución interna de las funciones y competencias de cada uno de ellos, e incluso al referirse a la proyección externa que ello adquiere, trasciende las fronteras propias del instituto de la representación e involucra en su desenvolvimiento la totalidad de la actuación social (53).

La persona jurídica responderá con su propio patrimonio cuando haya actuado a través de sus órganos. Desde este punto de vista se entiende sin dificultad que las personas jurídicas quedan comprometidas por los órganos legalmente encargados de tomar decisiones en su nombre (54).

Dentro de este nuevo concepto de “representación orgánica”, la persona jurídica se manifiesta mediante sus órganos, pero no todos los órganos tienen poder para representar a un ente ideal. Por ejemplo, la asamblea de una sociedad o de una asociación civil, salvo excepciones, solo delibera, no representa a la persona jurídica, para ello están los órganos ejecutivos dispuestos en el acto constitutivo, contrato o estatuto. Administración y representación pueden no coincidir, existen administradores que solo se ocupan de los asuntos internos de la persona jurídica, su actividad no compromete la persona jurídica hacia afuera (55).

El Cód. Civ. y Com. legisla por separado la representación y el contrato de mandato, el art. 358 aclara que la representación puede ser voluntaria, legal y también “orgánica” cuando resulta del estatuto de una per-

---

(53) RODRÍGUEZ OCAMPO, Mariel A., “Breves digresiones acerca de la representación orgánica o institucional”, SJA del 08/07/2015, p. 19.

(54) PARRA LUCÁN, ob. cit., p. 1360.

(55) Ferrara aclara que una corporación puede obrar en nombre colectivo (deliberaciones de asamblea que estipulan un contrato, aceptantes de una donación y semejantes), ya por medio de sus representantes. La segunda forma es la más frecuente y común, porque la acción individual se presta mejor, es un medio más libre y rápido del desarrollo de las personas jurídicas (FERRARA, ob. cit., p. 605).

sona jurídica (56). El representante obliga al representado “en los límites de las facultades conferidas por la ley o por el acto de apoderamiento”.

Conforme al art. 360, la representación alcanza a los actos objeto del apoderamiento, a las facultades otorgadas por la ley y también a los actos necesarios para su ejecución. El art. 375 dispone que las facultades contenidas en un poder son de interpretación restrictiva y que el poder conferido en términos generales solo incluye los actos de administración, estableciendo los actos que requieren facultades expresas (57). La enumeración no es taxativa, como lo había entendido la doctrina y jurisprudencia respecto del art. 1881 del Cód. Civil, dado que el poder general comprende solo actos de administración, por lo que cualquier acto excluido de la gestión general debe ser llevado a cabo con facultades expresas.

El art. 376 regula claramente la responsabilidad por exceso de representación, norma que debe interpretarse en conjunto con la disposición del art. 366, el representante queda obligado cuando el representado actúa dentro de los límites de su poder.

En consecuencia, el acto del representante celebrado extralimitando los límites del apoderamiento es ineficaz respecto de la persona que lo otorga, en nuestro caso, la persona jurídica (art. 382). La nulidad es relativa, susceptible de ser saneada por ratificación, y solamente puede ser invocada por la propia persona jurídica afectada (arts. 369, 386, y 388).

Además, el acto del representante celebrado extralimitando sus facultades dará al tercero perjudicado una acción contra dicho representante, por los daños que sufra por haber confiado en él, salvo que esa confianza derive de su propia culpa (art. 376). Téngase presente que el

---

(56) La representación configura un amplio género jurídico que permite a una persona otorgar en nombre y por cuenta de otro, actos jurídicos entre vivos, con la salvedad de aquellos que únicamente piden ser otorgados por el titular del derecho, por ser personalísimos de este o *intuitu personae*. La representación se basa en dos requisitos: el obrar en nombre ajeno, y el fundar su actuación en el apoderamiento, poder o procura. Sobre la base de su origen, será legal, orgánica o voluntaria (ÁLVAREZ JULIÁ, Luis - SOBRINO REIG, Ezequiel, en RIVERA, Julio C. - MEDINA, Graciela (dirs.), *Código Civil y Comercial de la Nación comentado*, Ed. La Ley, Buenos Aires, 2015, t. I, p. 802).

(57) El art. 58 de la LGS prevé que los actos del administrador o representante que, de acuerdo con el contrato o por disposición de ley tenga la representación de la sociedad, obliga a esta por todos los actos que no sean notoriamente extraños al objeto social. Así el apoderamiento es la primera limitación al accionar del representante societario pero apreciado con un criterio amplio cuyo marco lo dará el objeto de la persona jurídica.

tercero contratante puede solicitar al representante copia del instrumento del que su resulte su representación (art. 374).

Se ha aclarado con acierto, que la norma del art. 376 no implica sustraerse de la necesidad de verificar otros requisitos para la procedencia de la acción resarcitoria de daños. Es imprescindible que se concrete un perjuicio (patrimonial o no), pero además que exista un factor de atribución (entendemos, de tinte subjetivo) y el vínculo causal entre la actuación en exceso o inexistencia de representación y el daño (58).

En las asociaciones civiles, el miembro representante que se excede en sus facultades, al margen de su responsabilidad civil, es pasible de sanciones disciplinarias aplicables por la propia entidad. Todo ello, sin perjuicio de la ineficacia del acto (59).

Para finalizar el análisis de este punto, debemos señalar que el art. 368 ordena que “nadie puede en representación de otro, efectuar consigo mismo un acto jurídico, sea por cuenta propia o de un tercero, sin la autorización del representado. Tampoco puede el representante, sin la conformidad del representado, aplicar fondos o rentas obtenidos en ejercicio de la representación a sus propios negocios, o a los ajenos confiados a su gestión”. Este supuesto suele presentarse en el marco del posible exceso de actuación de los representantes de las personas jurídicas.

El profesor Compagnucci de Caso, con quien coincidimos, ha destacado que resulta ser un supuesto de ineficacia estructural relativa, que se puede conocer como “nulidad relativa”. La sanción viene a proteger un interés meramente particular del poderdante, y no resulta simple su ubicación que oscila entre la extralimitación de las facultades y el “abuso de poderamiento” (60).

---

(58) MÜLLER, Enrique, en LORENZETTI, Ricardo L. (dir.), ob. cit., t. II, p. 478.

(59) En un caso se dispuso lo siguiente: Hacer lugar a la demanda promovida por una asociación civil sin fines de lucro —en el caso, un club deportivo— a efectos de que se declare inoponible a su respecto el contrato celebrado por el presidente de la entidad, mediante el cual esta se comprometió a entregar en locación un inmueble por el plazo de diez años en caso de no restituirse el préstamo otorgado por el demandado ya que dicho contrato fue suscripto en exceso de las facultades de representación previstas en el estatuto, sin que obste a ello el hecho de que el contrato impugnado haya sido homologado judicialmente (CNCom., sala C, 31/03/2009, “Club Atlético Excursionistas c. Rabuffetti, Eduardo O.”, AR/JUR/8108/2009).

(60) COMPAGNUCCI DE CASO, Rubén H., “El autocontrato”, LA LEY 2016-F, 863.

## VII. LOS DEPENDIENTES

Existen casos en que el hecho generador del deber de indemnizar no ha sido obrar de la misma persona obligada a resarcir, sino de otro individuo; siendo esta situación la que se conoce como responsabilidad por el hecho de otro, indirecta o de rebote (*par ricochet*, según los franceses). En estos casos, la relación primaria y básica existente entre damnificado y dañador, se proyecta hacia un tercero extraño a aquella que va a quedar como responsable indirecto; estableciéndose así otra relación de segundo grado entre este último y la víctima (61).

La totalidad de los países que pertenecen al sistema europeo y al latinoamericano de derecho regulan la responsabilidad del principal por el hecho del dependiente de modo expreso, aunque con variantes y matices de significación según los casos. El Código Civil francés (art. 1384), el Código italiano de 1942 (art. 2049), el Código Español (art. 1903), los de Venezuela (art. 1191), Bolivia (art. 992) y Brasil (arts. 932, III y 993, Código de 2002), entre otros. En el sistema del *common law* la institución es conocida y aplicada bajo el nombre *vicarious liability*. La responsabilidad vicaria es impuesta por la ley sobre una persona, por falta de otra, aun cuando ella misma esté libre de cualquier reproche personal o culpa. Dentro del derecho inglés, el supuesto más importante es el de responsabilidad del empresario (*master*) por los daños causados por su trabajador (*servant*) en el ámbito de su cometido (*cause of employment*) (62).

En el Código Civil de Vélez Sarsfield no existía una regulación normativa completa sobre este tipo de responsabilidad; habiendo sido nuestra doctrina y la jurisprudencia las que fueron gestando una sistematización y elaboración de principios y requisitos para su juzgamiento (63). Aunque existía una manda explícita en la primera parte del primer párrafo del art. 1113 de dicho Código, que establecía: “La obligación del que ha causado un daño [o sea la responsabilidad por el hecho propio] se extiende a los daños que causaren los que están bajo su dependencia” (64).

---

(61) TRIGO REPRESAS, Félix, “Responsabilidad del principal por los daños causados por sus dependientes o personas de las que se sirve para el cumplimiento de sus obligaciones”, comunicación en la Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Buenos Aires, sesión privada del 27/08/2015.

(62) Siguiendo a Pizarro y Vallespinos, PANDIELA MOLINA, Juan Carlos, “Responsabilidad del principal por el hecho del dependiente”, RCyS 2014-VII, 41.

(63) LÓPEZ MESA, Marcelo J., “Curso de derecho de las obligaciones”, Ed. Depalma, Buenos Aires, 2002, t. III, p. 137.

(64) TRIGO REPRESAS, ob. cit.

El Cód. Civ. y Com., al ocuparse de las disposiciones generales sobre las obligaciones, establece la equiparación de la actuación del auxiliar en relación con el principal. El art. 732 dispone: “El incumplimiento de las personas de las que el deudor se sirve para la ejecución de la obligación se equipara al derivado del propio hecho del obligado”. La responsabilidad obligacional por el hecho de otro se incorpora así en forma expresa, en el derecho argentino.

En la vida moderna, las empresas o aun contratantes individuales utilizan otras personas para cumplir con las obligaciones; y dichas personas son auxiliares, dependientes, o representantes del sujeto pasivo de la relación (65). La intervención del auxiliar es igual a la que le corresponde al principal, y este no puede eximirse de responder demostrando que obró bien o sin culpa.

La interpretación armónica de los arts. 732 y 1753 del Cód. Civ. y Com. permite afirmar la existencia de un principio común en el fundamento de la responsabilidad por el hecho de otro. Dicho fundamento, aplicable al incumplimiento obligacional y al daño aquiliano.

Ante la unificación de ambos regímenes de responsabilidad civil, la norma del art. 1753 se aplica tanto a los supuestos de subordinados que causen daños en el ámbito del cumplimiento de una obligación —los terceros introducidos en la ejecución de la prestación obligacional— como a las hipótesis de perjuicios originados fuera de todo vínculo jurídico preexistente con el damnificado. Se entiende por dependiente al que actúa bajo las órdenes y subordinación de otro, jurídica o fácticamente, ocasional o transitoriamente, gratuita u onerosamente, sin que sea necesaria la relación laboral específica para tenerlo como tal, requiriéndose al menos una relación entre la función del principal y su acólito, bastando como veremos que el hecho dañoso del subordinado haya sido cometido en ocasión de la dependencia para responsabilizar al comitente (66).

También se ha considerado como dependientes o subordinados del deudor, a los empresarios autónomos, de cuya actividad se sirva para la realización del cumplimiento, no como un simple presupuesto fáctico de este, sino funcionalizándola al cumplimiento de una concreta obligación respecto del cual aquella actividad es instrumental. Lo importante no es la relación que medie entre el deudor y su auxiliar (que puede ser

---

(65) COMPAGNUCCI DE CASO, Rubén, en RIVERA -MEDINA, ob. cit., t. III, p. 26.

(66) SAGARNA, Fernando A., “Responsabilidad civil directa y por el hecho de terceros. En el nuevo Código Civil y Comercial de la Nación”, *Sup. Esp. Nuevo Cód. Civ. y Com.* 2014 (nov.), 17/11/2014, 143.

o no de dependencia) sino que aquel utilice a este para la ejecución de la relación obligatoria (67).

El fundamento de la responsabilidad del dependiente (y en general la derivada por el hecho de otra persona) ha generado distintas posturas. Se ha dicho que existe una “obligación de garantía”, el principal se constituye en garante de las conductas de sus subordinados en el ejercicio de sus funciones, brindando de tal modo una eficaz protección hacia la víctima ante la posible insolvencia del autor directo del daño (68).

Ahora bien, si se intenta buscar un fundamento a esa garantía legal, este es el *riesgo creado*, ya que quien utiliza dependientes para llevar a cabo determinadas actividades en su propio interés, debe asumir el riesgo de los eventuales daños que las conductas de estos pueden ocasionar a terceros, en el ejercicio o en ocasión de la función encomendada por el principal. Esta postura, ha sido esbozada en nuestro derecho por Borda y luego continuada y profundizada por Bueres —para quien la responsabilidad del principal es indirecta—, Zavala de González, Pizarro y Vallespinos (69).

No obstante, es frecuente ver que los jueces condenen al principal por la falta de su deber de vigilancia o de elección del dependiente o subordinado. Así, por ejemplo, se hizo lugar a una demanda contra un obispado por la conducta reprochable de un clérigo que había cometido un abuso sexual, sosteniendo que el obispado debe responder, pues en la época de la designación de este, conocía que el sacerdote no reunía las condiciones necesarias para llevar a cabo su tarea, por lo que incurrió en culpa *in eligendo* y posterior *in vigilando* (70).

Resulta difícil hoy sostener esta postura para poder condenar a una persona jurídica, pues muchas veces quien elige el personal para una sociedad es un tercero que se constituye en intermediario en esa contratación. Además, el dependiente puede aparecer, en una entrevista, como

---

(67) JORDANO FRAGA, Francisco, “La responsabilidad contractual”, Ed. Civitas, Madrid, 1987, p. 564.

(68) Con lo cual se explica el carácter inexcusable, o de “pleno derecho” según los franceses, de tal responsabilidad; como así también la eventual acción recursoria reconocida al principal que pagó la indemnización, contra el autor directo del daño (TRIGO REPRESAS, ob. cit.).

(69) CALVO COSTA, Carlos A., “Reflexiones en torno a la responsabilidad del principal por el hecho del dependiente”, RCyS 2012-II-37.

(70) CCiv. y Com. Quilmes, sala II, 09/04/2013, “V. B. C. c. Obispado de Quilmes”, LA LEY 2013-D, 108.



alguien apto para el cargo y probo, para luego demostrar lo contrario. En la actualidad, el principal no podría liberarse ni aun probando una buena elección de su parte (71). Tampoco podría sostenerse que una “vigilancia continua” del dependiente pudiera eximir de responsabilidad a la persona jurídica. Como ha graficado Borda, una empresa de transporte no puede eximirse de responsabilidad por el accidente de tránsito que causó su dependiente, aun cuando estuviera vigilado en ese momento por el presidente de la compañía.

También se ha dicho que a nadie ha de estar permitido ir en contra de sus propios actos y si la persona jurídica ha creado una situación de este tipo tendrá que responder. Por ello, “el fundamento de este principio está muy estrechamente relacionado con la doctrina que exige dar protección jurídica a la buena fe manifestada en la confianza depositada en la apariencia” (72).

La responsabilidad del principal no exime la propia del dependiente, para que se configure la responsabilidad refleja por el hecho de otra persona, es requisito previo ineludible la existencia de un acto ilícito de este último y que ese ilícito le sea imputable al que obra por otro.

### VIII. EL ADMINISTRADOR Y EL DEPENDIENTE CON OCASIÓN DE SUS FUNCIONES

El Código establece que el administrador (art. 160) y el dependiente (art. 1753) comprometen la responsabilidad del ente ideal, no solo por los actos realizados en ejercicio de sus cargos sino también por los efectuados con ocasión de sus funciones.

Es aplicable aquí la doctrina gestada en torno al art. 43 del Cód. Civil derogado: quienes dirigen las personas jurídicas responden no solo por los actos de dirección, sino también por aquellos causados “con ocasión” de sus funciones.

La función del órgano es la de simplificación de estructuras a los efectos de la certeza de las relaciones y de la más segura tutela de las si-

---

(71) TRIGO REPRESAS, Félix, en ALTERINI, Jorge (dir.), *Código Civil y Comercial comentado. Tratado exegético*, Ed. La Ley, Buenos Aires, 2015, t. IV, p. 67.

(72) ESPINOZA, Juan, “Sobre la importancia de considerar a la responsabilidad civil de la persona jurídica con ocasión de las funciones de sus órganos, representantes o dependientes como supuesto de hecho autónomo”, JA 2001-IV-1013.

tuaciones jurídicas de los sujetos involucrados por las actividades de las personas jurídicas (73).

Indudablemente, los actos de los administradores o dependientes “en ejercicio de su función” comprometen a la persona jurídica, pero el supuesto que siempre ha suscitado reparos y distintas interpretaciones es cuando se obra “con ocasión” de dichas funciones (74).

Sostuvo Borda (autor de la reforma introducida en el art. 43, Cód. Civil), que debe existir una relación “razonable” entre las funciones y el daño. Otra postura ampliamente difundida argumenta que deben incluirse aquí, todos aquellos casos en que la función encomendada facilite notablemente la comisión del acto perjudicial (Spota) (75). También, se explicó que existe acto “en ocasión”, si el hecho dañoso no hubiera podido realizarse de ninguna forma de mediar la función, para esta postura, no existirá responsabilidad del comitente si la “función” del subordinado solo facilitó el hecho ilícito, pero no era indispensable para su comisión (Trigo Represas) (76).

---

(73) GIANNINI, M. S., cit. por ESPINOZA, Juan, ob. cit.

(74) Llambías había criticado esta fórmula, alegando que era “impropia”, porque la mención del ejercicio sobra, por quedar siempre comprendido en la alusión de ocasión de la función, de modo que con decir esto, ya se dice todo; y “excesiva”, porque la responsabilidad del comitente no tiene razón de ser en el “ejercicio” del respectivo cometido, o sea en tanto y cuanto el agente obre en el ámbito de la incumbencia, criterio que es el adecuado para definir la responsabilidad del principal por los hechos obrados por sus dependientes que pueden constituir un engranaje anónimo de la maquinaria de la empresa, y con mayor razón lo es cuando se lo aplica a quienes conforman con su actividad la de la entidad que dirigen o administran. El obrar de estos solo puede ser imputado a esa entidad cuando es practicado “en el ejercicio de la función”, pues solo entonces el agente actúa como “órgano” de la persona jurídica, no cuando obra solo “con ocasión” de esa función, supuesto este en que carece de razón suficiente la imputación del daño a la entidad (LLAMBÍAS, Jorge J., “Tratado de derecho civil. Parte general”, Ed. Abeledo Perrot, Buenos Aires, 2009, 22ª ed. act. por P. Raffo Benegas, t. II, p. 80).

(75) Posición adoptada por un famoso caso en donde se condenó a una asociación civil por las expresiones agraviantes de su presidente, considerando que la expresión “con ocasión” comprende también aquellos actos que, aunque ajenos a la función, son ejecutados en virtud de una relación que facilitó notablemente su comisión (CNCiv., sala H, 26/05/1997, “Scime, Miguel A. c. Ríos Seoane, Francisco”).

(76) “Existen casos en que la violación de instrucciones u órdenes, ni siquiera puede ser concebida como integrando la esfera aparente de la incumbencia, pero en los que esta última ha sido la ocasión para que sobrevenga el acto ilícito. Este es el supuesto extremo y más controvertido por la doctrina, ya que de responsabilizarse al comitente aunque el hecho ilícito del subordinado hubiese sido realizado ‘con ocasión’ de las funciones, quedarían comprendidos no solo aquellos actos que corresponden

Pizarro ha destacado que la fórmula permite incluir no solo a los actos propios de la esfera de su incumbencia, sino también los supuestos de ejecución defectuosa de las funciones, o los de ejercicio aparente o abuso de estas (77). Tobías destaca que debe existir una “razonable adecuación” entre la función y del daño y que se trata de una “noción abierta” que impone atender cuidadosamente a las circunstancias de cada caso (78).

Las VI Jornadas de Derecho Civil, realizadas en la Universidad Nacional del Litoral, en Santa Fe, en 1977, en el tema V, “Responsabilidad civil de las personas jurídicas”, recomendó que por actos cometidos “con ocasión de las funciones” que responsabilizan a la persona jurídica, debe entenderse solo a aquellos actos ajenos o extraños a la función, pero que únicamente han podido ser llevados a cabo por el representante o administrador en tal calidad y que por lo tanto no habrían podido realizarse, de ninguna manera, de no mediar dicha función (79).

Así, la responsabilidad se extiende a aquellos eventos dañosos que indirectamente se vinculan a la actividad, pero que sin ella no se hubieran producido, ya que la limitación de responsabilidad a los supuestos de daños cometidos en el ejercicio de las funciones importaría hacer valer frente a terceros damnificados cuestiones que hacen a la organización interna de la persona jurídica.

Un antiguo fallo de la Corte Suprema nacional, usando el criterio de “abuso de la incumbencia”, recordó que el Gobierno Nacional es responsable por lo que haga un dependiente, “aún si este actuare sin fidelidad, pero solo si lo hiciera en cuanto tal”, porque únicamente en ese caso surge la relación que hace participar indirectamente al principal en lo efectuado y que es fundamento de su responsabilidad. Así, el Estado es

---

por su naturaleza a la función encomendada; sino también los ajenos o extraños a esta, pero que solo han podido ser llevados a cabo por el dependiente en tal carácter y en razón de esas funciones” (TRIGO REPRESAS, Félix, “‘Ejercicio’ u ‘ocasión’ de las funciones, como requisito de la responsabilidad refleja del principal por los hechos de sus dependientes, LA LEY 1982-B, 422).

(77) PIZARRO, Daniel, en BUERES, Alberto (dir.) - HIGHTON, Elena (coord.), *Código Civil y normas complementarias*, Ed. Hammurabi, Buenos Aires, 1995, t. 1, p. 388.

(78) TOBIÁS, José W., ob. cit., p. 812.

(79) Dentro de las recomendaciones de este importante encuentro académico, se aclaró “[q]ue la interpretación, respecto de cuáles actos ilícitos se consideran realizados ‘con ocasión’ no debe perder de vista los criterios de razonabilidad y equidad; y que para decidir equitativa y razonablemente en el tema deben computarse las circunstancias del caso: circunstancias objetivas de tiempo, lugar y modo operativo y circunstancias subjetivas de personas”.

responsable cuando el agente ejecuta el hecho dañoso “en el ejercicio de su función o con motivo de su desempeño”, ya que en estos casos tal desempeño de la función constituye la causa determinante del hecho delictuoso; mas no si el desempeño del empleo no ha dado motivo, sino solo ocasión u oportunidad de cometer el hecho ilícito, es decir, ha provisto una o varias circunstancias, pero que no eran indispensables para que este se cometiera (80).

Luego de la sanción de la ley 17.711, los tribunales han realizado una aplicación amplia del concepto de “con ocasión” de las funciones para responsabilizar a distintos tipos de personas jurídicas por la conducta de sus administradores o dependientes.

Entre los precedentes más recientes, podemos citar el caso del encargado de un establecimiento rural (de propiedad de una sociedad anónima) que llevó a la hija menor de un trabajador (quien también vivía dentro del campo) a dar un paseo en camioneta con permiso de la madre de esta, y luego aprovechó un momento de soledad para abusar a la niña sexualmente. El tribunal consideró que, de no mediar la relación laboral, el abusador no hubiera podido contactar a la menor y que todo sucedió en el ámbito de trabajo y no fuera de este, por ello resulta claro que hubo una relación de medio a fin, entre la función que cumplía el agresor y su actuar respecto de la menor, lo que hace extensiva la responsabilidad a su empleador (81).

El mismo tribunal terminó condenando a un consorcio de propietarios y a su encargado, por resultar responsables por los daños sufridos por la menor a quien este último abusara sexualmente, ya que el desempeño de su trabajo fue condicionante a efectos de provocar el hecho ilícito y los hechos sucedieron en el ámbito de trabajo (82).

---

(80) CS, 10/10/1945, “Rabanillo c. Gobierno Nacional”, LL T. 43, p. 891. En este famoso caso, un empleado (mayordomo) de la Facultad de Ciencias Matemáticas de la Universidad del Litoral atacó y mató al actor (empleado también de la misma universidad). Para el tribunal, el desempeño de la función no determinó el hecho delictuoso, solo le ofreció la oportunidad de cometerlo. La Corte Suprema, por mayoría con la disidencia del ministro Sagarna, estableció que, si el desempeño del empleo no ha dado motivo sino solo ocasión, no se ve con qué razón puede hacerse responsable de las consecuencias al principal.

(81) CCiv. y Com. Azul, sala I, 08/04/2014, “J., A. E. y otro c. A., H. D. y otro s/ daños y perjuicios”, RCyS 2014-VII, 41.

(82) CCiv. y Com. Azul, sala I, 16/04/2015, “M., M. J. c. C., O. F. y otros s/ daños y perjuicios”, AR/JUR/4150/2015.

## IX. LAS ENTIDADES NO LUCRATIVAS, LA RESPONSABILIDAD DEL TERCER SECTOR

Nuestra legislación y nuestra doctrina por años pasaron casi por alto el tratamiento de las hoy llamadas “entidades intermedias”. Las empresas significativas eran aquellas que reunían a los individuos en busca de objetivos puramente económicos. Las sociedades civiles tienen una larga regulación en el Código Civil, las sociedades comerciales fueron motivo de distintas leyes especiales y abundante bibliografía, mientras que nuestras asociaciones civiles y fundaciones se contentaban con un régimen jurídico limitado y una mención dentro del programa de la parte general de derecho civil.

Pero las uniones de individuos que buscan colectivamente la satisfacción de finalidades comunes, o de instituciones en donde se administra un patrimonio destinado a lograr distintas ventajas para los beneficiarios designados por los instituyentes, han adquirido, con el devenir del tiempo, un alto grado de complejidad y de diversidad de figuras jurídicas.

Mundialmente se ha agrupado la sociedad en tres sectores: el público o estatal, el sector productivo o económico y el tercer sector, que presenta fundamentalmente dos características: su apoyo en el voluntariado de sus miembros y un fin no lucrativo, entendiéndose esto último como la obtención de ganancias que no se reparten entre sus componentes y al voluntariado como una actividad que no excluye —de manera alguna— la intervención de verdaderos gerenciadorees profesionales.

En el tercer sector se mueven las llamadas organizaciones no gubernamentales (83). Este último término surgió desde el derecho internacional público (es una elaboración de las Naciones Unidas) para agrupar a quienes hoy también se denominan “empresas de economía social”, que fue definida, desde la ciencia económica, como un conjunto de empresas e instituciones que, al margen de su diversidad jurídica y la heterogeneidad de sus funciones, están ligadas por una ética común basada en la solidaridad, en el servicio a los socios y al interés general.

Gran parte del protagonismo que hoy tienen las entidades del tercer sector se debe al valor añadido diferenciado que aportan, bien sea por su mayor proximidad a las necesidades reales de la sociedad, por su capa-

---

(83) La doctrina especializada distingue a las ONG o entidades no lucrativas (*non profit*) del mercado comercial (*business*) y del Estado (*government*). Según Salas Murillo, las ONG constituyen una categoría nueva en la que prima la “finalidad” por sobre la “forma” jurídica adoptada.

cidad de actuar como sensor de esas necesidades que ni el mercado ni el sector público detectan por sí mismos o por su arraigada relación con la que es su principal fuente de inspiración: la sociedad civil (84).

Esta particular actuación de las entidades no lucrativas genera una responsabilidad hacia afuera de las entidades, pues están obligadas a cumplir con la finalidad de bien común que les impuso su fundador o su estatuto. Los beneficiarios de la obra de una fundación pueden tener un derecho subjetivo a reclamar el cumplimiento del cumplimiento de objeto fundacional cuando se encuentran directamente individualizados en el estatuto (p. ej., un hospital o un determinado orfanato); cuando la determinación es más imprecisa (los lisiados, los menores en estado de abandono, etc.) quien se encuentre en la situación descrita por el objeto fundacional solo tiene un interés legítimo, que si bien no lo habilita para accionar judicialmente reclamando el beneficio, sí lo autoriza a denunciar ante la autoridad de control el cumplimiento de la finalidad de la fundación (85).

Las asociaciones también tienen un compromiso frente a la sociedad que espera que su finalidad de interés general se trasluzca en obras concretas, la falta de cumplimiento de su finalidad o del desvío de su objeto pueden ocasionar sanciones por parte de organismo de control o activar mecanismos internos para solicitar la remoción de autoridades y su juzgamiento.

Existe entonces, en todas las entidades del tercer sector, una “responsabilidad social”. La sociedad civil organizada ha fomentado esa conciencia crítica a favor de una responsabilidad social. Sobre la base de comprender que la construcción de una ciudadanía responsable es una forma de mejorar la calidad de vida de los ciudadanos o de la sociedad como un todo podemos concebir a la responsabilidad social como el compromiso que cada persona física o jurídica asume con los valores de la sociedad por medio de actos y actitudes que afecten positivamente o ayuden a la construcción de esa ciudadanía. Actitudes estas basadas en valores éticos y morales (86).

---

(84) MARBÁN GALLEGU, Vicente, “La importancia de la actividad del tercer sector”, en directores BENEYTO PÉREZ, José M. – RINCÓN GARCÍA LOYGORRI, Alfonso, *Tratado de fundaciones*, Ed. Bosch, Barcelona, 2007, t. II, p. 1439.

(85) CROVI, Luis D., “Fundaciones. Régimen jurídico y actuación empresarial”, Ed. Abeledo Perrot, Buenos Aires, 2008, p. 145.

(86) SABO PAES, José E., *Fundações, associações e entidades de interesse social*, Ed. Forense, Brasil, 2010, 7ª ed., p. 138.

Al margen de esta responsabilidad frente a toda la sociedad, las asociaciones civiles y las fundaciones tienen responsabilidad civil frente a terceros como cualquier otra persona jurídica y además soportan algunos supuestos especiales de responsabilidad interna que desarrollaremos en los puntos que siguen.

## X. LAS ASOCIACIONES Y FUNDACIONES IRREGULARES

El Cód. Civ. y Com. sienta el principio de la libre constitución de las personas jurídicas, ellas nacen desde el acto constitutivo, sin ningún otro requisito, salvo que la ley imponga un requerimiento adicional. Cuando expresamente se requiere la autorización estatal, la personalidad queda condicionada a ese acto administrativo.

Tanto las fundaciones como las asociaciones civiles requieren autorización del Estado para funcionar (arts. 169, 174 y 193, Cód. Civ. y Com.). Se ha discutido si conviene seguir manteniendo este sistema de "autorización estatal", pues se asemeja más a un resabio de épocas monárquicas en donde el soberano autorizaba discrecionalmente el funcionamiento de las entidades. Actualmente, la idea es ir hacia un sistema de policía atenuado que solo se limite a controlar el cumplimiento de los requisitos legales y fiscales al momento de la inscripción del ente de contralor (87), la legislación comparada da muestras de esa tendencia (88).

El legislador nacional ha optado por mantener el requisito de autorización estatal para las asociaciones y fundaciones en virtud de la importante tarea que desarrollan en la sociedad, no se trata tan solo de registrarlas sino de verificar y controlar que el objetivo que declaran sea real y se presente como tal a los ojos de toda la sociedad.

No obstante, el requisito aludido, el art. 14 de nuestra CN permite el asociarse con fines útiles y esa importante garantía constitucional implica la posible existencia de asociaciones que no requieran la autoriza-

---

(87) CROVI, *Régimen legal de las asociaciones...*, cit., p. 56.

(88) La ley 1/2002 de España proclama que el derecho de asociación comprende la libertad de asociarse o crear asociaciones, sin necesidad de autorización previa. No obstante, la ley no ha dejado de prever que, cuando se encuentren indicios racionales de ilicitud penal en la constitución de la entidad asociativa, la Administración competente, mediante resolución motivada, suspenderá el procedimiento administrativo conducente a la inscripción registral (GONZÁLEZ PÉREZ, Jesús - FERNÁNDEZ FARRERES, Germán, "Derecho de Asociación, comentarios a la ley orgánica 1/2002 del 22 de marzo", Ed. Civitas, Madrid, 2002, p. 88).

ción legal para funcionar. Además, las fundaciones que actúan durante su etapa de formación, dan lugar al accionar un ente irregular cuyas consecuencias deben ser previstas por ley. Veamos brevemente cuáles son las responsabilidades emergentes de los actos celebrados por este tipo de entidades irregulares.

### **X.1. La responsabilidad de los miembros de una simple asociación civil**

Se ha sostenido que la fundación de una asociación civil no es un contrato sometido al imperativo de la voluntad de las partes, sino que se trata de un proceso donde no gobiernan los principios individualistas de los socios, sino un derecho corporativo que, por intereses económicos y sociales, el Estado se encarga de regular. Así pues, las partes en esta fase pueden ciertamente adherirse a las leyes reguladoras del tipo de asociación correspondiente, pero no pueden disponer libremente de ellas, y esta subordinación o adhesión de los asociados explica la teoría del “acto constitutivo” como acto complejo, capaz de crear una entidad nueva amparada bajo normas imperativas, pero que dejan amplio margen en cuanto a la autonomía de voluntad en cuanto a que dichas normas no suponen un límite sino un *mínimum* que los socios no pueden transgredir. Desde esta postura, la asociación simple sería una asociación irregular donde se verifica la voluntad de los socios de no inscribirla (y en nuestro caso de no pedir la autorización para funcionar) (89).

Las simples asociaciones no requieren autorización estatal y tampoco inscripción en el registro creado por el art. 1º de la ley 26.047. La falta de autorización estatal y de inscripción, acarrea un régimen de responsabilidad agravado para sus administradores, no así de sus miembros y fundadores que no responden en forma directa ni subsidiaria y su responsabilidad se limita al cumplimiento de los aportes comprometidos al constituirla o posteriormente y al pago de las contribuciones comprometidas o las cuotas impagas (art. 192, Cód. Civ. y Com.) (90).

---

(89) MORA ALARCÓN, José A., “Régimen jurídico de las asociaciones civiles”, Ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 1999, p. 126.

(90) La exoneración de responsabilidad de los miembros fundadores de una simple asociación recoge un reclamo efectuado por la doctrina. Bajo el régimen del art. 46 del Cód. Civil, hemos sostenido que no resultaba justo imponer una responsabilidad solidaria a quienes crearon la entidad con los escasos recursos que contaban pues sería como penar injustamente la conducta de los pioneros (CROVI, Luis D., *Asociaciones civiles*, cit., p. 123).



En cuanto a la responsabilidad de los administradores frente a terceros, si los bienes de la simple asociación no alcanzan para solventar sus deudas, el administrador y todo miembro que administre de hecho la entidad responde solidariamente frente a los acreedores por las decisiones que ha suscripto durante su gestión.

La norma del art. 191 del Cód. Civ. y Com. crea una preferencia a favor de los acreedores personales de los administradores (de hecho o de derecho) de la simple asociación, pues primero cobran ellos y luego, con remanente de bienes de la entidad, se satisfacen las obligaciones sociales. Se ha sostenido que no se trataría de un derecho de preferencia o un privilegio creado por ley en sentido estricto, sino de un mecanismo de *excusión inversa* (91), nosotros creemos junto a otro sector doctrinario que la facultad otorgada a los acreedores personales implica un rango legal de preferencia de cobro que prioriza a estos últimos por sobre los primeros (los de la simple asociación) (92).

## **X.2. La responsabilidad de los administradores de una fundación durante la etapa de gestación**

Las fundaciones son personas jurídicas que nacen de la voluntad única del fundador, pero el Estado les impone las formalidades para que puedan llevar adelante su idea altruista. Por ello, el fundador y todos quienes administran la entidad deben cumplir acabadamente con los requisitos legales y obtener la autorización para funcionar. Mientras tanto, si deciden actuar, son solidariamente responsables con aquella “fundación irregular”.

El art. 200 del Cód. Civ. y Com. establece que los fundadores y administradores de la fundación son solidaria e ilimitadamente responsables por las obligaciones contraídas hasta haber obtenido la autorización, salvo su recurso contra ella, si hubiera lugar. La norma persigue instar al fundador a cumplir el trámite de autorización; hasta que el organismo de contralor otorgue la correspondiente “personería”, el fundador y los administradores de la entidad son solidariamente responsables por las obligaciones asumidas por la entidad en formación.

---

(91) Así como en el caso del beneficio de excusión, los acreedores sociales no pueden agredir el patrimonio de los socios con responsabilidad subsidiaria hasta tanto no hubieran excutido los bienes sociales en su totalidad, de modo inverso, los acreedores sociales no pueden —en este caso— agredir los bienes del administrador hasta tanto no sean satisfechos sus propios acreedores (VÍTOLO, Daniel R., “Asociaciones civiles y fundaciones”, Ed. Erreius, Buenos Aires, 2016, p. 220).

(92) SAUX, Edgardo I., ob. cit., p. 660.

Se incorpora la misma previsión que la dispuesta para las simples asociaciones a favor de los acreedores individuales de los fundadores y administradores, estableciendo que los bienes de cada uno de ellos pueden ser afectados por las deudas solo después de haber sido satisfechos sus acreedores individuales. Como hemos destacado en el caso de las simples asociaciones, para un sector de la doctrina, esta facultad se trataría de un régimen de *excusión inversa* (93).

### XI. DAÑOS PRODUCIDOS POR EL EJERCICIO DEL PODER DISCIPLINARIO DE LAS ASOCIACIONES

La idea principal que encontramos en la base del derecho disciplinario común a todas las instituciones es que esta, siendo por naturaleza una organización serial establecida para realizar una finalidad de interés colectivo, tiene el poder de sancionar por medios apropiados y, en principio, todos los extravíos del espíritu asociativo o desvíos de conducta de los corporados, susceptibles de impedir al organismo alcanzar los fines propuestos (94).

Del estatuto de una asociación surgen derechos y deberes para sus miembros, para hacer cumplir los deberes de los asociados, la institución goza de un verdadero poder disciplinario, que significa para ella, la facultad de juzgar y penar la conducta de sus miembros sin recurrir a la instancia judicial. Esta potestad o poder es “espontáneo”, por el solo hecho de la existencia del ente, figure o no en estatuto. Evidentemente, si la entidad careciera del poder suficiente para hacer cumplir los reglamentos a sus asociados, imponiendo las sanciones necesarias, sería imposible lograr el cumplimiento de su objeto.

La Cámara Nacional Civil tiene dicho que el poder disciplinario resulta un poder implícito de cada asociación y que cada miembro que ingresa a una entidad, a la vez que adquiere los derechos que le confiere el estatuto, también renuncia a una parte de su libertad en aras de los intereses comunes (95). Es, a su turno, una exigencia vital de la entidad, pues si la autoridad societaria no dispusiera de medios apropiados para hacer cumplir sus resoluciones, resultaría quebrantada la cohesión del

---

(93) VÍTOLO, Daniel R., “Asociaciones civiles...”, cit. p. 258.

(94) PÁEZ, Juan L., “El poder disciplinario en las asociaciones”, LA LEY 14, 604 (1939).

(95) CNCiv., sala C, 07/03/1977, LA LEY 1978-C, 292; *id.*, sala D, 02/09/1974, LA LEY 1975-A, 438; *id.*, sala F, del 01/09/1982, ED 102-606.

núcleo humano que despliega su actividad a través de la forma jurídica de la corporación o asociación (96).

La jurisprudencia también ha remarcado que el poder disciplinario de las asociaciones es de primordial relevancia a los fines de su correcto desenvolvimiento, habida cuenta de que resulta ser el único medio para evitar el quebrantamiento de la necesaria cohesión y disciplina que debe existir en el grupo de individuos asociados, quienes deben cumplir las resoluciones que adopta la autoridad (97).

En el derecho asociativo no rige la máxima de *nulla poena sine lege* que se aplica al derecho penal. Toda institución implica una convergencia de pensamientos y actividades, tanto de sus miembros como de sus órganos, en vista de una obra o de una empresa de interés común; en consecuencia, toda falta disciplinaria se reduce, en principio, a un atentado directo o indirecto, voluntario o no, llevado a la idea de ese interés colectivo que reúne a los corporados y funda la acción de los órganos (98).

La asociación puede carecer en sus estatutos de disposiciones sobre la previsión de sanciones, cuando el estatuto no contiene una escala detallada de sanciones, lo normal es interpretarlas en el sentido de que la intención de sus autores ha sido establecer un sistema completo de penas. Las sanciones pueden ser de diversa gravedad de acuerdo con la falta cometida. Será el estatuto quien determinará el órgano encargado de la disciplina.

A falta de previsión estatutaria, la asamblea conserva para sí el poder disciplinario no delegado en órganos inferiores. De todas formas, aun cuando exista un órgano encargado de la disciplina, la asamblea actuará generalmente como tribunal de alzada de sanciones graves como la suspensión o expulsión. En estos casos, resulta conveniente que se dicte un reglamento que establezca de manera clara e igualitaria los plazos, la forma y el trámite de la apelación.

La potestad sancionatoria de una asociación debe respetar la garantía constitucional prevista en el art. 18 de nuestra carta magna, esto significa que la sanción (sobre todo cuando tiene cierta entidad como una expulsión) debe ser el resultado de un proceso en el cual se haya asegurado el derecho de defensa del asociado. Puede ser ejercida de manera personal por el imputado, a quien se le debe asegurar su derecho

---

(96) SCBA, 09/05/1972, ED 42-679.

(97) CNCiv., sala E, 21/09/2004, LA LEY 2005-A, 143.

(98) PÁEZ, ob. cit., p. 878.

a hacer el descargo correspondiente y ofrecer la prueba que hace a su derecho (99).

Las sanciones impuestas por una asociación podrán siempre ser recurridas a la justicia si en ellas se ha violado el debido proceso o se ha actuado de manera arbitraria. El sancionado debe, antes de recurrir a la justicia, agotar el procedimiento interno ante la entidad, pues de lo contrario se entiende que ha “consentido” la sanción (100). Así, si tiene posibilidad de ejercer una reconsideración ante un órgano menor (comisión directiva), o una apelación ante el órgano superior (asamblea) debe hacerlo, y solo con el resultado de dichos recursos optar por la vía judicial (101).

Mayo, recordando un voto de Colmo, reafirma que no hay asunto civil que pueda ser extraño a los tribunales civiles, no hay persona jurídica, por eminente que sea, que pueda tener derechos superiores a los de cualquier persona. La facultad de revisión es el correlato del interés legítimo que posee cualquier miembro de una asociación de impugnar las decisiones de los órganos de la entidad que estime contrarias a la ley, al acto constitutivo, y a los estatutos, no solamente por afectarse su propia situación jurídica, sino también el interés común de otros miembros,

---

(99) La asistencia letrada tendrá su razón de ser al recurrirse la sanción en sede judicial, mientras tanto, la actuación de abogados ante la Corte de Honor o la asamblea de una entidad puede constituir un elemento perturbador y ajeno a la “justicia entre pares” que analiza elementos (ética de la entidad, normas de conducta impuesta por los estatutos, etc.) no alcanzados por un análisis estrictamente jurídico. Por otra parte, el derecho de defensa concedido debe ser real y no meramente formal, de modo que el procedimiento mismo no resulte arbitrario o encubra un ánimo tendencioso.

(100) Se ha considerado que resulta improcedente la demanda por la cual se solicita la declaración de nulidad del acto emanado de la Comisión Directiva de una asociación civil que excluyó al actor como socio activo, pues el socio recurrió a la justicia sin esperar ni atacar lo resuelto por la asamblea general ordinaria que confirmó lo decidido por la comisión directiva (JNCiv. N° 73, 24/02/2002, LA LEY 2003-F, 663). También que sostuvo que, sin discutir el derecho de toda asociación de decidir con libertad respecto de la suspensión o expulsión de sus afiliados, no existe mérito que justifique que el órgano jurisdiccional sustituya a los órganos societarios cuando el socio propio sancionado arbitró los medios para que la situación sea resuelta en dicho seno y queda pendiente su decisión (CNCiv., sala K, “Digón, Roberto S. c. Club Atlético Boca Juniors”, AP 10/10140).

(101) La normativa de la Inspección General de Justicia reconoce expresamente este poder disciplinario en manos de la asamblea, al establecer que es competente para: 1) Aplicar sanciones disciplinarias a los asociados, respetando en todos los casos su derecho de defensa. 2) Resolver en instancia de apelación los recursos internos contra sanciones aplicadas por otro órgano facultado estatutariamente para ello (art. 418, res. 7/2005).

o aún el interés general (102). El derecho a recurrir a la jurisdicción es de orden público, siendo nulas las cláusulas que establezcan el carácter de irrecurrible de las decisiones dictadas por los órganos de la sanción o impongan sanciones a los asociados que acudan a la justicia.

En cuanto al alcance de la revisión judicial, hay que destacar que aquí el juez civil no actúa como un tribunal de alzada. La Corte Suprema de Justicia de la Nación, con arreglo a una reiterada y pacífica doctrina, ha recordado que la justicia solo debe limitarse a ejercer, en los supuestos de sanciones disciplinarias dispuestas por asociaciones de la índole de la aquí accionada, un control de legalidad y razonabilidad, más si no median tales extremos puntuales de ilegalidad o arbitrariedad manifiesta, o de “injusticia notoria”, en manera alguna puede inmiscuirse en el análisis acerca del mérito o conveniencia del acto. Las impugnaciones que se formulen por vía judicial con motivo de sanciones disciplinarias impuestas por asociaciones civiles resultan, como regla, improcedentes y solo deben admitirse cuando aquellas signifiquen el desconocimiento evidente de garantías constitucionales, sin que el órgano judicial pueda sustituir a los órganos estatutarios competentes para constituirse en tribunal de alzada de cuestiones que hacen al ejercicio de poderes disciplinarios (103). Es decir, la revisión judicial solo se limita a apreciar motivos de legitimidad, no de mérito, oportunidad o conveniencia de la sanción (104).

Estos principios han sido reiteradamente sostenidos por la jurisprudencia en distintos pronunciamientos, aclarando que el juez debe limitarse a ejercer un control de legalidad y razonabilidad, sin que pueda inmiscuirse en el análisis sobre el mérito o la conveniencia del acto sancionatorio cuando no media ilegalidad, irrazonabilidad o injusticia notoria. Mayo participa de esta tesis, pero aclara que la legitimidad no es solo formal no también sustancial en el sentido que también la oportunidad y conveniencia del acto es revisable cuando se presentan una injusticia notoria, pues como recuerda Spota “cuando so capa de un motivo, previsto en los estatutos o no, en realidad se persiguen fines inconfesables, propósitos de proceder con arbitrariedad o con móviles reñidos

---

(102) MAYO, Jorge, “Control judicial de las decisiones de los órganos de las asociaciones”, RDPyC 2004-3-81.

(103) CNCiv., sala G, 23/09/2010, “C., A. E. v. Buenos Aires Lawn Tennis Club”, AP 70065340.

(104) El juez debe limitarse a ejercer un control de legalidad y razonabilidad, sin que pueda inmiscuirse en el análisis sobre el mérito o la conveniencia del acto sancionatorio cuando no media ilegalidad, irrazonabilidad o injusticia notoria (CNCiv., sala D, 16/12/2004, “D. C., R. L. c. Tiro Federal Argentino de Buenos Aires”, LA LEY 2005-B, 679).

con una concepción sana y justa de las relaciones jurídicas que ligan a la asociación con sus miembros, el remedio judicial procede para evitar el abuso manifiesto por parte de la entidad” (105).

Los jueces no tienen que inquirir respecto de la oportunidad de la norma disciplinaria, porque la asociación es dueña de sus fines y de sus medios de acción, y sus fundadores o sus órganos deliberantes tienen toda la libertad para elegir las reglas que les parecen más aplicables. El contralor de la norma disciplinaria está pues, limitado por la autonomía de la asociación, que se opone para los magistrados aprecien la oportunidad de esa regla, pero bajo la reserva de que en su establecimiento el grupo no haya abusado de su derecho (106).

En función de lo antedicho, la revisión judicial solo puede apreciar si la sanción es arbitraria, abusiva en los términos del art. 10 del Cód. Civ. y Com., o ha sido producto de un proceso viciado por la falta de garantía de defensa del imputado, no les compete a los jueces aplicar ni graduar sanciones impuestas a un asociado. Ante la comprobación de los extremos mencionados, deberá la justicia decretar la nulidad y revocar la sanción, sin imponer una nueva.

Siguiendo una vez más al recordado Jorge Mayo, destacamos que no hay legislado un plazo de prescripción para ejercer esta acción y en esta materia no resulta posible recurrir a la analogía. Si la sanción se considera nula por los vicios en su formación, la mayoría de la nos encontraremos ante una nulidad relativa, pues el vicio de ilegalidad que afectaba el acto (sanción impuesta) solo puede ser invocado por el afectado y la ineficacia del acto será declarada solo en su interés, allí se aplicaría el plazo de dos años (art. 2562, Cód. Civ. y Com.).

El Cód. Civ. y Com. tiene una sola norma en materia de poder disciplinario (art. 180), estableciendo que los asociados solo pueden ser excluidos por causas graves previstas en el estatuto. El procedimiento debe asegurar el derecho de defensa del afectado. Si la decisión de exclusión es adoptada por la comisión directiva, el asociado tiene derecho a la revisión por la asamblea que debe convocarse en el menor plazo legal o estatutariamente posible. El incumplimiento de estos requisitos compromete la responsabilidad de la comisión directiva.

---

(105) CNCiv., sala H, 09/04/2010, “Aguilera, Alejandro L. c. Cons. de Prop. Campo Chico Country Club”, LA LEY 2010-D, 495.

(106) PÁEZ, “El contralor judicial del poder disciplinario”, LA LEY 15, 47 (1939).

El irregular ejercicio disciplinario puede ocasionar daños a los imputados o sancionados. La primera afección que puede ocasionar una sanción injusta es por supuesto moral, el honor del asociado queda comprometido frente a sus pares ante el descrédito que sufrió por parte del órgano asociativo facultado a imponer la sanción.

Así, por ejemplo, se ha sostenido que no cabe duda de que, para una persona que tuvo activa participación a lo largo de toda su vida en la entidad y continúa en estrecha vinculación con las actividades que allí se desarrollan, significa una lesión a sus afecciones legítimas el haber sido apercibido por medio de un procedimiento irregular, en el cual se le cercenó su derecho de defensa (107).

Los daños materiales son menos frecuentes en estos casos, pero no descartables. La privación de los servicios brindados por una entidad deportiva, pueden ocasionarle al socio injustamente suspendido o expulsado, la necesidad de procurárselos en otro establecimiento. Una asociación empresaria puede expulsar a una sociedad e impedirle con esa expulsión gozar de algunos beneficios que la entidad brindaba a los asociados, como por ejemplo la realización de determinados trámites ante organismos estatales, la consulta de estadísticas o sondeos de opinión realizados por la entidad, la participación en eventos congresos o encuentros empresarios que se encontraban cubiertos con la cuota social, etc. En definitiva, todo daño causado a un asociado resultaría procedente, salvo que la entidad pudiera demostrar que procedió en el ejercicio regular de su derecho disciplinario.

## XII. REFLEXIONES FINALES

Las personas jurídicas son un valioso instrumento para diversos fines, la agrupación de individuos en busca de objetivos económicos ha hecho crecer a las naciones del planeta. El esfuerzo conjunto de personas para tareas de interés general responde a esa innata necesidad del hombre de aunar fuerzas no solo para emprender proyectos lucrativos o egoístas, sino para proteger, defender o simplemente gozar de los derechos colectivos de un grupo, comunidad o sector social.

La evolución de la responsabilidad de las personas jurídicas se inserta en la transformación general del derecho de daños. Desde comienzos del siglo XIX toda persona es garante de sus hechos lesivos para

---

(107) CNCiv., sala F, 09/11/2006, "Río del Val, José A. c. Centro Buralés Asociación Civil", DJ del 23/05/2007, p. 238.

terceros y también por el hecho de otros sujetos vinculados con ella, los dependientes. Y desde mediados del siglo XX, también por actividades de las que es titular y por las cosas o bienes bajo su control, con independencia incluso de culpa en su actuación (108).

El principio general es siempre dar prioridad a la idea de una persona jurídica distinta de sus miembros, dirigida por un órgano integrado por personas físicas, susceptibles de incumplir sus obligaciones, de obrar sin dañar o perjudicando a terceros. Pero, el bien de la comunidad, que es el requisito de tales entes, también aparece a la hora de “tener de responder”, cargar con las consecuencias de un obrar indebido y perjudicial (109).

Hemos tratado de dar una rápida visión sobre la responsabilidad civil que tienen las personas jurídicas, sus administradores y sus miembros. El Código Civil y Comercial de la Nación ha ampliado el número de personas jurídicas, contamos ahora con una teoría general de los entes colectivos y con un régimen de responsabilidad que comprende solo a las personas jurídicas privadas, ya que la ley 26.944 suprimió la regulación de la responsabilidad del Estado que contenía el Proyecto de Código Civil y Comercial del año 2012 (110).

En la actualidad, la persona jurídica reafirma su carácter instrumental. Las sociedades mercantiles y en especial la sociedad anónima se transforman en un puro instrumento para intervenir en la vida económica, sin que exista ninguna realidad social que exija la personificación. Se conceptúa a la persona jurídica como una técnica instrumental que

---

(108) TRIGO REPRESAS, Félix - LÓPEZ MESA, Marcelo, “Tratado de la responsabilidad civil”, Ed. La Ley, Buenos Aires, 2011, t. I, p. 70.

(109) MOSSET ITURRASPE, Jorge, “Responsabilidad contractual y extracontractual de las personas jurídicas”, RDPyC 2004-3-109.

(110) Para la civilista, tales restricciones (palmarias en temas como la inaplicabilidad directa o subsidiaria del Código Civil a la materia, la no previsión de la obligación de prevenir los daños, la proscripción de sanciones pecuniarias disuasivas como las que la Ley de Defensa de Consumidores y Usuarios contempla si el Estado es proveedor directo de bienes o servicios, la limitación de la responsabilidad por omisión solo a la que se vincula con un deber legal expreso y determinado, el acotamiento del alcance cuantitativo de la responsabilidad por actos lícitos que además se declara “excepcional”, y la exclusión de la responsabilidad vicaria del Estado por los daños causados por los concesionarios de servicios públicos, entre otras) resultan inconciliables con el marco de constitucionalidad que la propia Carta Magna nacional, los tratados internacionales y la doctrina judicial de la Corte Federal han elaborado y consolidado (SAUX, “La Ley de Responsabilidad del Estado. Un tema controversial”, SJA del 08/10/2014, p. 3).



sirve para separar el patrimonio propio de sus elementos personales, y aislar la esfera de imputación, en cuanto los efectos y consecuencias de los actos y negocios de la persona jurídica son para ella y no para sus componentes. Este movimiento ha tenido su consagración legal en la admisión de la sociedad anónima unipersonal (111), figura receptada por la actual Ley General de Sociedades.

Pero el ropaje de la personalidad jurídica puede esconder una noble finalidad o ser usado para cometer todo tipo de malsanos propósitos. La persona jurídica puede ocasionar perjuicios a sus propios integrantes y a terceros. Ante esta última alternativa, el Cód. Civ. y Com. impone la reparación plena del daño causado (art. 1740) procurando la reposición del damnificado “al estado anterior al hecho dañoso, sea por el pago en dinero o en especie”. La idea es llegar, tan cerca como sea posible, a poner a la víctima en la misma posición en la que habría estado si no hubiera recibido el daño cuya compensación o reparación está obteniendo (112).

Ante esta misión actual del “derecho de daños”, la personalidad jurídica aparece muchas veces, como una valla que es necesario saltar y es ahí cuando se genera el conflicto entre la finalidad misma para el cual el ente ideal fue creado (la separación de la personalidad, la independencia de patrimonios, la responsabilidad diferenciada de sus miembros, etc.) y la expectativa del damnificado que procura la reparación de su perjuicio.

La justicia es un valor y, como tal, no tiene límites, ya que su realización debe ser perseguida por todos los medios. Es una aspiración social permanente y es una política de Estado que está a cargo de los tres poderes, y que además requiere una fuerte participación comunitaria (113). Dependerá de todos los operadores jurídicos que los entes colectivos sirvan para su finalidad o sean usados para el fraude. También será nuestra responsabilidad, que los daños que ocasionen las personas jurídicas, por intermedio de sus fundadores, administradores o miembros, no queden impunes y que el resarcimiento sea efectivo.

---

(111) DÍEZ PICAZO, Luis - GULLÓN, Antonio, ob. cit., p. 587.

(112) ALTERINI, Atilio, “Soluciones del Proyecto de Código en materia de responsabilidad civil”, LL 2012-D, 1154.

(113) LORENZETTI, Ricardo, “El arte de hacer justicia”, Ed. Sudamericana, Buenos Aires, 2014, p. 59.



# LA CAPACIDAD DE LAS PERSONAS JURÍDICAS PRIVADAS: CRÍTICA AL LLAMADO PRINCIPIO DE ESPECIALIDAD Y A SU VINCULACIÓN CON EL OBJETO

POR RAFAEL M. MANÓVIL

El maestro Félix Alberto Trigo Represas, ejemplo de jurista y de persona, merece que todos quienes lo conocimos y tratamos le rindamos un justo homenaje. Vayan con mi más sentido recuerdo, pues, estas modestas líneas a falta de un estudio de la envidia que la ocasión hubiera requerido.

## I. BREVE REFERENCIA AL DEBATE SOBRE LOS FUNDAMENTOS DE LA PERSONALIDAD JURÍDICA

Esta contribución versa sobre un tema sobre el cual se ha escrito, opinado y hecho tanta investigación histórica, que me parece que nada agregaría si intentara volver a hacer un resumen retrospectivo sobre el origen y el desarrollo de las personas ideales, morales o jurídicas, o si intentara terciar en las diversas concepciones desarrolladas por algunos de los más relevantes pensadores jurídicos de todas las épocas. Me limitaré, pues, solo a algunas notas introductorias.

Suele atribuirse el origen remoto del concepto de *persona* aplicado a entidades ideales al derecho romano de la época del Imperio (1). No aparece la noción unida a la estructura de la *societas* (2), pero se conocie-

---

(1) Véase el excelente estudio de PALMERO, Juan C., "La persona jurídica en el derecho romano", JA 2017-III, fasc. 12, nro. esp. XVI Jornadas Nacionales de Derecho Civil, ps. 13-135.

(2) DE CASTRO Y BRAVO, Federico, "La persona jurídica", Ed. Civitas, Madrid, 1981, ps. 138-142.

ron técnicas apoyadas en relaciones asociativas de tipo fiduciario, que se citan como posibles antecedentes de los *trusts* anglosajones (3), como expresión de unidad patrimonial y procesal. En algún punto estas estructuras se utilizaron también para ciertas sociedades relevantes para la economía pública, como las concesiones mineras y las encargadas de la recaudación de impuestos. De ello nació el concepto de la *corporación*, diluida luego de la caída del Imperio durante largos períodos de la Edad Media, pese a que se conocieron unidades patrimoniales separadas tratadas como *persona ficta* o como *repraesentata* (4). No fue sino hasta fines del siglo XVII que comienza la historia moderna de la concepción de ciertos entes como *persona*, sistematización desarrollada por Domat (5), así como la designación como *persona moral* acuñada por Puffendorf (6) y, un siglo más tarde, la de *persona jurídica*, debida a Gustav Hugo (7).

Es conocido que el debate acerca de los fundamentos de la personalidad jurídica en cuanto a si se trata de un dato prenормativo o de un atributo otorgado por la ley, comienza con Savigny, quien, siguiendo a los canonistas de la Edad Media (8), le atribuyó a la persona jurídica del derecho privado el carácter de una ficción de la ley. Sin embargo, Savigny no expresó la idea de ese modo tan simple y directo, sino que lo hizo diferenciando la capacidad jurídica de las personas físicas de la de las personas jurídicas. A las primeras atribuyó ser únicos titulares de una capacidad natural, capacidad que se extiende “a sujetos artificiales, solamente admitidos por una

---

(3) VERRUCOLI, Piero, “Il superamento della personalità giuridica delle società di capital (nella Comon Law e nella Civil Law)”, Ed. Giuffrè, Milán, 1964, ps. 10-11.

(4) DE CASTRO Y BRAVO, Federico, ob. cit., ps. 144-164; WIEDEMANN, Herbert, “Gesellschaftsrecht”, C. H. Beck, Munich, 1980, p. 191, con cita de SAVIGNY, Friedrich K. von, “Das System des heutigen Römischen Rechts”, t. II, 1840; LUDWIG, “Geschichte der juristischen Person”, 1933, y SCHNIZER, Helmut, “Die juristische Person in der Kodifikationsgeschichte des ABGB”, en *Festschrift für Walter Wiburg*, 1965.

(5) DOMAT, “Les lois civiles dans leur ordre naturel”, 1689. Sin embargo, como explica DE CASTRO, ya existía un precedente en Hugo de Grocio, cuando explicaba cómo varios reinos podían hallarse en cabeza de un solo soberano así como la situación de pueblos y ciudades, señalando que allí no existe un cuerpo natural sino un cuerpo moral, que admite una sola cabeza sobre varios de esos cuerpos (DE CASTRO Y BRAVO, Federico, ob. cit., ps. 164-165, con cita de GROCIO, *De iure belli ac pacis*, t. I, p. 1735, p. 90 de).

(6) PÜFFENDORE, “De iure naturae et Gentium, Libri octo”, 1672.

(7) HUGO, Gustav, “Lehrbuch des Naturrechts als einer Philosophie des positiven Rechts”, 1798.

(8) WIEDEMANN, Herbert, ob. cit., p. 192.

ficción” (9). De allí que “el ser humano, con su sola presencia física, lleva consigo su pretensión a la capacidad de derecho (...). Ante esa presencia cualquier otro sabe que debe respetar en él derechos propios y cada juez sabe que debe tutelar en él esos derechos. Cuando la capacidad natural del ser humano se transmite por una ficción a un sujeto ideal, esa legitimación falta por completo; solo la voluntad del poder puede suplirla” (10). Savigny sostenía, en esencia, entonces, la potestad del Estado de otorgar, o no, la condición de persona jurídica.

La reacción a esta concepción se produjo en Alemania años más tarde a partir de los escritos de Otto von Gierke (11), quien desarrolló la teoría de la personalidad real de las asociaciones con sustento en la realidad social de las organizaciones humanas, a las que atribuyó la calidad de portador de derechos (*Rechtsträger*). Sin embargo, pese a plantear la exigencia de que el Estado reconozca a estas entidades sociales, Von Gierke no dejó de reconocer que “es al Derecho y solo a él, a quien compete la decisión acerca de si un “algo” creado de algún modo posee la calidad de sujeto de derecho o no” (12), incluyendo a la costumbre jurídica en esa noción de derecho. La tesis de Von Gierke fue objeto de críticas variadas, entre otras, la de no tomar en cuenta supuestos como las sociedades uni-

---

(9) SAVIGNY, Friedrich K., ob. cit., ps. 1 y ss., cit. por SCHMIDT, Karsten, “Gesellschaftsrecht”, Carl Heymann, Köln - Berlin - Bonn - München, 1991, 2ª ed., p. 163.

(10) SAVIGNY, Friedrich K. ob. cit., ps. 277-278, cit. por SCHMIDT, Karsten, ob. cit., p. 163. Comparto con este último que Windscheid, Bierling y otros seguidores de Savigny y no este, quien no se refirió al aspecto sociológico de las personas jurídicas, fueron quienes, yendo más allá del propio Savigny, negaron toda realidad a la persona jurídica. Savigny incluso reconocía la realidad jurídica de ciertas instituciones con raigambre histórica a las que el derecho otorga por analogía el tratamiento jurídico dado a la persona humana. Así lo expone DE CASTRO Y BRAVO, Federico, ob. cit., ps. 175 y ss. En el derecho anglosajón prevaleció la concepción de la *corporation* como mera ficción del derecho, con origen aparente en el voto de Lord Coke en el caso “Suttons Hospital”, de 1612 (cit. por SERICK, Rolf, “Apariencia y realidad en las sociedades mercantiles. El abuso de derecho por medio de la persona jurídica”, Ed. Ariel, Barcelona, 1958, trad. J. Puig Brutau, p. 91, nota 8). También en la jurisprudencia de los Estados Unidos siguió esa concepción el *chief justice* Marshall en su voto en el caso “Dartmouth College vs. Woodward”, de 1819, en el cual expresó que la corporación “es un ser artificial, invisible, intangible y que existe solo en la consideración de la ley”. Para los antecedentes del derecho anglosajón, véase DOBSON, Juan M., “El abuso de la personalidad jurídica”, Ed. Depalma, Buenos Aires, 1991, ps. 56-59.

(11) GIERKE, Otto von, “Die Genossenschaftstheorie um die Deutsche Rechtspredung”, 1887, “Deutsches Privatrecht”, 1895, t. I, parág. 59, y “Das Wesen der menschlichen Verbände”, 1902.

(12) GIERKE, Otto von, “Die Genossenschaftstheorie...”, cit., ps. 19-20, y “Deutsches Privatrecht”, cit., p. 487.

personales o las fundaciones, pero sobre todo, la de que “desde el punto de vista de la teoría jurídica no es sustentable llegar a postulaciones en materia de efectos jurídicos sobre la base de una descripción sociológica del estado de cosas o, meramente, a partir del naturalismo jurídico” (13).

En Francia también se desarrollaron teorías de la realidad, tratando de explicar la personalidad moral o jurídica sobre una base material, como un dato de la realidad que existe a favor de las agrupaciones de individuos, independientemente de las formalidades. Hubo varias vertientes: una con acento en el aspecto voluntario de los integrantes de la persona, otra fundada en el aspecto objetivo del patrimonio de afectación (14), otra más fundada en los intereses protegidos (15) y, finalmente, la fundada en la teoría de la institución (16).

En mi opinión es Savigny quien, en definitiva, ha sentado el fundamento del aspecto jurídico de la cuestión, más allá de que la evolución histórica ha determinado que en la relación de fuerzas entre el poder del Estado y el de los grupos privados de personas (17), estos hayan obtenido el reconocimiento de su esencial autonomía y libertad para crear personas jurídicas privadas sobre la base de normas predispuestas en forma general por el ordenamiento jurídico (18). Las teorías normativas, o de la realidad jurídica, no son sino desarrollos a partir de los datos sustancia-

---

(13) WIEDEMANN, Herbert, ob. cit., p. 194.

(14) PERCEROU, Roger, “La personnalité morale de droit privé: patrimoine d’affectation”, Paris, 1951, cit. por VANHAECKE, Michael, “Les groupes de sociétés”, LGDJ, Paris, 1959, ps. 194-195, siguiendo una formulación de Planiol: “La pretendida personalidad moral es una forma colectiva de propiedad” (PLANIOL, “Traité élémentaire de droit civil”, 11ª ed., t. I, nro. 3016).

(15) MICHOU, Léon, “La théorie de la personnalité morale et son application au droit français”, LGDJ, Paris, 1932, 3ª ed. act. por L. Trotabas, ps. 116 y ss., citado por VANHAECKE, Michael, ob. cit., p. 196. Para Michoud “son sujetos de derecho los intereses jurídicamente protegidos por medio del poder reconocido a una voluntad de representarlos y de defenderlos”.

(16) HAURIU, Maurice, “La théorie de l’institution et de la fondation”, *Cahiers de la nouvelle journée* N° 4, 1925; RENARD, Georges, “La théorie de l’institution”, 1930, y “La philosophie de l’institution”, 1939, cit. por VANHAECKE, Michael, ob. cit., ps. 197 y ss.

(17) VERRUCOLI, Piero, ob. cit., p. 11.

(18) La generalizada y progresiva adopción universal del sistema normativo de creación de sociedades por acciones a partir de la segunda mitad del siglo XIX, es indicativa de la superación de la concentración del poder estatal para otorgar o reconocer la personalidad jurídica. Esa adopción “representa la renuncia del poder central a la discrecionalidad en la atribución del privilegio de la personalidad” (VERRUCOLI, Piero, ob. cit., p. 12).

les del pensamiento de Savigny. Tanto Ferrara (19), como Ascarelli (20) y Flume (21), y entre nosotros Colombres (22) y Suárez Anzorena (23), reconozcan o no esa influencia, llegan a la conclusión, expresada incluso en la Exposición de Motivos de la Ley de Sociedades, de que la personalidad jurídica no es un dato prenормativo ni una realidad supraindividual, sino un dato normativo que existe gracias a la creación y a la atribución que el derecho positivo hace de ella.

Unas palabras introductorias, también, sobre los atributos de la persona jurídica, o de los efectos de la personalidad. El primero de ellos, parte de su propia definición —tanto que es lícito preguntarse si se trata de un efecto o de un elemento esencial de aquella (24)—, es la atribución de una genérica capacidad de derecho (25), aunque por su propia naturaleza se halle limitada al ámbito de las relaciones patrimoniales, excluyendo las que derivan de la naturaleza biológica del ser humano. Para quienes sostienen que el Derecho ofrece una noción unitaria de

---

(19) FERRARA, Francesco, “Teoría de las personas jurídicas”, Ed. Reus, Madrid, 1929, trad. de su clásica obra, “Le persone giuridiche”

(20) ASCARELLI, Tulio, “Personalità giuridica e problema delle società”, *Rivista delle Società*, 1957, p. 981.

(21) FLUME, Werner, “Unternehmen und juristische Person”, en *Festschrift für Günther Beitzke*, De Gruyter, Berlin - New York, 1979, p. 43, y ya antes, “Die werdende juristische Person”, en *Festschrift für Ernst Geissler*, 1971, p. 3, y “Gesamthandgesellschaft und juristische Person”, en *Festschrift für Ludwig Raiser*, 1974, p. 27.

(22) COLOMBRES, Gervasio R., “Curso de derecho societario. Parte general”, Ed. Abeledo Perrot, Buenos Aires, 1972.

(23) SUÁREZ ANZORENA, Carlos, “Personalidad de las sociedades”, en ZALDÍVAR, Enrique y otros, *Cuadernos de derecho societario*, Ed. Abeledo Perrot, Buenos Aires, t. I, reimp., 2000, ps. 132 y 137-138.

(24) ORGAZ lo veía así: “la personalidad no es en sí un derecho subjetivo, sino la condición previa o el presupuesto necesario de toda adquisición de derechos y deberes” (ORGAZ, Alfredo, “Personas individuales”, Ed. Assandri, Córdoba, 1961, p. 11).

(25) Con esta afirmación adelanto mi posición al respecto. Pero téngase en cuenta que para la persona jurídica sociedad, que ocupa un lugar preponderante en la realidad de las personas jurídicas, la Exposición de Motivos de la Ley de Sociedades informa que “las sociedades constituidas regularmente gozan en principio de capacidad plena” aunque “existen respecto de ellas limitaciones que obedecen a circunstancias de distinta naturaleza”. Dejo de lado, por exceder el marco de este trabajo la cuestión de la capacidad de las sociedades no constituidas regularmente en el régimen anterior a la reforma que acompañó a la sanción del Cód. Civ. y Com., que también considero que era plena, para insistir en la idea que transmite el párrafo citado: capacidad plena, con limitaciones específicas que impone el ordenamiento.

la personalidad (26), aunque en aspectos concretos y en su dimensión pueda haber diferencias, la genérica capacidad de derecho de las personas jurídicas es cualitativamente igual a la de las personas humanas. Estrechamente vinculado con su capacidad, la persona jurídica tiene un patrimonio propio, separado y diferenciado del de sus miembros o de quienes actúan por ella (27). A este respecto, es indiferente que en algunos casos la ley establezca un régimen de responsabilidad de los miembros o de los socios: esa responsabilidad es por deuda ajena y es de naturaleza idéntica a la de un fiador (28). Es importante destacar que la aptitud de ser titular de un patrimonio es consecuencia de la capacidad de la persona jurídica y ambos son los “atributos de la subjetividad jurídica, inescindibles de la noción de persona misma [que] son imputados al sujeto colectivo o persona jurídica mediante un proceso conceptual de diferenciación de la capacidad y del patrimonio de los miembros individuales que lo constituyen e integran” (29).

La persona jurídica está necesariamente dotada de un modo de formar y expresar la voluntad que le es propia. Es consustancial a ella contar, por lo tanto, con una *organización jurídica*, ello a través de órganos

---

(26) En el derecho argentino, SUÁREZ ANZORENA, Carlos, ob. cit., ps. 132-134; OTAEGUI, Julio C., “Persona societaria: esquema de sus atributos”, RDCO 1974, p. 290. Algunas normas del derecho comparado lo establecen de modo expreso, como el art. 53 del Cód. Civil suizo: “las personas morales pueden adquirir todos los derechos y asumir todas las obligaciones que no sean inseparables de las condiciones naturales del hombre, tales como el sexo, la edad o el parentesco”.

(27) Así lo dispone el art. 154 del Cód. Civ. y Com. El art. 39 del Cód. Civil derogado decía que “los bienes que pertenecen a la asociación, no pertenecen a ninguno de sus miembros”.

(28) SUÁREZ ANZORENA, Carlos, ob. cit., p. 153, donde dice que la responsabilidad de los socios es una característica de los tipos que la admiten, no de la personalidad: “respecto de terceros el efecto de la personalidad societaria (...) se da (...) para el socio, a quien se libera de responder respecto de terceros, o se convierte, en tanto responsable subsidiario, en su fiador”. Por lo demás, la última parte del antiguo art. 39 del Cód. Civil decía que “ninguno de sus miembros (los de las corporaciones, asociaciones, etc.) ni todos ellos, están obligados a satisfacer las deudas de la corporación, si expresamente no se hubiesen obligado como fiadores, o mancomunado con ella”. El art. 143, párr. 2º, no hace referencia a la condición de fiador, pero mantiene el mismo principio: “los miembros no responden por las obligaciones de la persona jurídica, excepto en los supuestos que expresamente se prevén en este Título y lo que disponga la ley especial”.

(29) ZANNONI, Eduardo A., “La normativa societaria ante los actos fraudulentos de la sociedad. Planteo de la teoría del *disregard*”, RDCO, año 11, 1978, p. 1600.



propios, estructurados de acuerdo con su clase y su tipo (30). Y, como característica de todos estos atributos, pero diferenciada de su *capacidad* (31), la persona jurídica tiene una *imputabilidad* diferenciada de la de sus miembros. Los derechos y obligaciones que adquiere le son imputados a ella y solo a ella (32).

Por lo demás, me remito a algunos ilustrados y originales escritos de la época de los primeros proyectos de unificación de los Códigos Civil y Comercial, cuando, por fuerza, hubieron de proponerse y adoptarse soluciones para varios de los aspectos que conciernen a las personas jurídicas (33).

## II. LA DEFINICIÓN DE PERSONA JURÍDICA EN EL CÓDIGO CIVIL Y COMERCIAL: CRÍTICA

Como es sabido, el Código Civil y Comercial que nos rige desde agosto de 2015 fue no solo el producto de sus tres redactores, sino también de la colaboración de numerosos grupos de trabajo que aportaron a la comisión redactora propuestas sobre temas específicos. La variedad y calidad de los juristas que participaron provocó que en algunas materias las propuestas no fueran del todo coherentes entre sí, y la premura impuesta por los tiempos políticos determinó que ni el debate público, ni la Comisión, llegaran a pulir todas las asperezas. Ello aparte de que, como es también sabido, intromisiones ministeriales y parlamentarias,

---

(30) Arts. 157 y ss., Cód. Civ. y Com. y las normas propias para cada clase de persona jurídica.

(31) SUÁREZ ANZORENA, Carlos, ob. cit., p. 131.

(32) La imputación “es una mecánica mediante la cual la ley atribuye un hecho, acto o situación jurídica a determinada persona, fijando a tal fin diversos recaudos, variables según el supuesto, entre los cuales está la capacidad de cumplir el acto, adquirir los derechos o asumir las obligaciones que de él deriven y también las consecuencias sancionatorias de la ejecución de un acto prohibido” (SUÁREZ ANZORENA, Carlos, ob. cit., p. 131).

(33) Véanse las importantes reflexiones de FARGOSI, Horacio P., “Nota sobre sociedades comerciales y personalidad jurídica”, LA LEY 1988-E, 796 a 809; el exhaustivo análisis de PALMERO, Juan C., “La persona jurídica en el proyecto de Unificación de la legislación civil y comercial de la Nación”, RDCO, año 20, 1987, ps. 817-965; la muy ingeniosa, poco convencional y escéptica exposición de LE PERA, Sergio, “Sociedad y persona jurídica”, LA LEY 1989-A, 1084-1099, que comienza con una deliciosa cita de Ernst Rabel, uno de los más importantes iuscomparatistas de la primera mitad del siglo XX; también el ya citado de PALMERO, Juan C., “La persona jurídica en el derecho romano”, cit., ps. 13-35.

no siempre jurídicamente calificadas, introdujeron algunos cuerpos extraños en el conjunto, en perjuicio de la armonía del régimen (34).

Fue decisión de la Comisión la de dotar al nuevo código de una parte general de las personas jurídicas, siguiendo en esto el modelo del Proyecto de 1998. Pero el resultado no fue el óptimo, tal vez como consecuencia de las ideas personales del grupo de trabajo que proyectó las normas, y seguramente por la escasez de tiempo para pasar las propuestas una y otra vez por el adecuado tamiz. Son varias, pues, las piedras con las que tropezamos en el t. II del Libro I del Cód. Civ. y Com. El objeto de este trabajo es tratar solo de la primera, que nace de un inapropiado concepto en la propia definición de persona jurídica en el art. 141 del Cód. Civ. y Com.

Es importante tener en cuenta los antecedentes. El Proyecto de Unificación de 1987, a la vez que derogaba, entre otros, el art. 35 del Cód. Civil, establecía en su nuevo art. 34, inc. 3º, que “las personas jurídicas tienen, en general, la misma capacidad que las personas de existencia visible para los fines de su creación”, ello, por supuesto, como reza el encabezamiento de la norma, “con sujeción a las disposiciones especiales que les fuesen aplicables” (35). El Proyecto de la llamada Comisión Federal, de 1993, no propuso modificaciones al art. 35. En lo que hace al antecedente inmediato, el art. 138 del Proyecto de 1998 disponía que “son personas jurídicas todos los entes, distintos de las personas humanas, a los cuales el ordenamiento jurídico les reconoce aptitud para adquirir derechos y contraer obligaciones”, a la vez que establecía en su art. 139 que “las personas jurídicas tienen capacidad para adquirir derechos y contraer obligaciones, según los fines de su constitución”. Esto se remataba con la segunda frase de esta norma: “no tienen otras incapacidades que las resultantes de su naturaleza, o de una disposición legal”.

---

(34) Los ejemplos de esto último son múltiples, pero citaré solo uno, que concierne a la materia que más profeso, la societaria. La Comisión propuso receptar con amplitud, y para todos los tipos, la licitud de las sociedades unipersonales, ya sea en forma originaria como sobreviniente. Cuando el Anteproyecto se convirtió en Proyecto y fue enviado al Congreso, solo se admitió que pudieran constituirse como unipersonales las sociedades anónimas, a la vez que se las regulaba de tal modo que en la práctica se hacía demasiado compleja su utilización. Pero no solo se desvirtuó el propósito de responder a una demanda del tráfico, sino que no se alteró la norma proyectada como Art. 94 bis de la Ley General de Sociedades, que enfáticamente dice que “la reducción a uno del número de socios no es causal de disolución”, sin distinción de tipos sociales.

(35) Ponderando como mejor la fórmula de este proyecto que la del Código veleno, PALMERO, Juan C., “La persona jurídica en el proyecto...”, cit., p. 862. En particular, destaca positivamente que el nuevo inciso “correlaciona capacidad con finalidad”.

En cambio, el art. 141 del Cód. Civ. y Com., que quedó como lo había propuesto el grupo de trabajo, dice que “son personas jurídicas todos los entes a los cuales el ordenamiento jurídico les confiere aptitud para adquirir derechos y contraer obligaciones para el cumplimiento de su objeto y los fines de su creación”.

No solo se suprimió la referencia a la plena capacidad de las personas jurídicas del art. 139 del Proyecto de 1998, sino que se pretendió lo contrario. Además, sutilmente se modificó el término “reconoce” del art. 138 del Proyecto, y se lo reemplazó por “confiere”, como para resaltar que depende de la voluntad del Estado otorgar o no la personalidad. Los Fundamentos que acompañaron el Anteproyecto nada aclaran sobre los motivos por los cuales se vincula la capacidad de las personas jurídicas con su objeto, lo cual, aunque aparece en antigua bibliografía, no tiene precedentes normativos en nuestro país ni en el derecho comparado conocido (36).

### **III. EL LLAMADO “PRINCIPIO DE ESPECIALIDAD”. ¿VINCULACIÓN CON LA FINALIDAD DE LA PERSONA JURÍDICA O CON SU OBJETO? ¿LIMITA SU CAPACIDAD?**

Un heterogéneo paseo por alguna doctrina sobre el llamado *principio de especialidad* (37), al que algunos hacen referencia como inherente al dato de que la persona no humana es una creación del ordenamiento jurídico, mostrará, por una parte, la incidencia de las respectivas posturas sobre la naturaleza de la persona jurídica y, por la otra, una cierta oscuridad en cuanto a las consecuencias y efectos de la recepción del enunciado de tal *especialidad*. Ello explica que diversos conceptos aparezcan tratados con poco orden sistemático. La conclusión a la cual intento llevar al lector es a la de que la noción de *especialidad* de la persona jurídica carece de significado en sí misma, así como a la de que el análisis del jurista debe centrarse en determinar qué puede hacer una persona jurídica y qué no y, si existen límites, cuál es la fuente de estos.

---

(36) Debe presumirse que quien estructuró esta norma, quiso sembrar la base para sostener la especialidad de las personas jurídicas, construir un retorno a la doctrina del *ultra vires* (que siempre fue ajena al derecho continental europeo), y así sostener que la capacidad de una persona jurídica está limitada por la descripción de su objeto.

(37) No se trata, por cierto, de un genuino principio como lo entiende la filosofía jurídica. No es este el lugar para profundizar sobre el tema. Sin embargo, para ubicarnos, pensemos en que principios son postulados tales como el de la libertad y dignidad del ser humano, el de igualdad ante la ley, el de la forma republicana de gobierno y otros de similar envergadura, tanto del derecho público como privado.

Hecha esa aclaración, recordaré que este llamado principio de especialidad, que es visto como la versión continental de la doctrina anglosajona del *ultra vires* (38), tiene su origen en la doctrina francesa. Vale acotar como digresión, que la doctrina del *ultra vires* (39) ha sido abandonada incluso en Gran Bretaña, donde fue desarrollada por los tribunales en el siglo XIX so pretexto de proteger a los accionistas y a los acreedores (40). La doctrina fue abandonada cuando Gran Bretaña ingresó en la Comunidad Europea para así cumplir con la Primera Directiva de Derecho Societario. Luego, en 1989, al reformarse el *Companies Act* de 1985 y establecerse que “la validez de un acto de una compañía no será cuestionada sobre la base de la falta de capacidad en razón de cualquier disposición en sus estatutos” (41), se la dejó definitivamente de lado. Por fin, la reforma del año 2006 suprimió los fundamentos mismos de la doctrina del *ultra vires* al disponer que una compañía podía no tener un objeto determinado (42).

Volviendo al derecho francés: Juglart e Ippolito decían que “es porque posee personalidad que la sociedad tiene una plena capacidad para realizar los actos que están dentro de su objeto: es el principio de especialidad” (43). En cambio, Planiol y Ripert lo describen como que “el principio de la especialidad quiere que las personas morales no reciban

---

(38) LLOVERAS de RESK, María E., en BUERES, Alberto J. - HIGHTON, Elena I., *Código Civil y normas complementarias. Análisis doctrinario y jurisprudencial*, Ed. Hammurabi, Buenos Aires, vol. 1, 1995, p. 333, donde en nota 12 afirma que la teoría del *ultra vires* es la versión angloamericana del principio de especialidad.

(39) El Diccionario Panhispánico del Español Jurídico, dice que el *ultra vires* es un “principio jurídico que considera nulos los actos de las entidades públicas o privadas que rebasan el límite de la ley, y cuyo objetivo es prevenir que una autoridad administrativa o entidad de derecho privado o público actúe más allá de su competencia o autoridad”.

(40) GOWER - DAVIES, “Principles of Modern Company Law”, Thomson - Sweet & Maxwell, London, 8ª ed., 2008, p. 153, donde se critica tanto el propósito como la técnica empleada, sobre todo a la luz de que originariamente el objeto de las compañías no podía ser modificado por decisión de los socios. Otro autor señala que la doctrina surgió en los trabajos preparatorios del *Joint Stock Companies Act* de 1844, para proteger a los socios que respondían personalmente por las deudas sociales (MARTORANO, Federico, “Capacità delle società e oggetto sociale nel diritto anglo-americano”, Jovene, Napoli, 1961, ps. 17-18).

(41) Sección 35 del *Companies Act*.

(42) Para la explicación de la norma y también su influencia sobre sociedades con objeto determinado, GOWER - DAVIES, ob. cit., ps. 154-155.

(43) JUGLART, Michel de - IPPOLITO, Benjamin, “Droit Commercial”, Montchrestien, Paris, 1976, vol. II, p. 128.

derechos y no realicen actos más que de acuerdo con su destinación” (44). La preocupación de la época no era, por cierto, trabar el tráfico o someterlo a la potestad del poder estatal. Lejos de ello, estos autores vinculan el principio de especialidad con la debatida cuestión de si ciertos establecimientos podían recibir bienes a título gratuito, a menudo con cargos, cuando para ello se requería autorización administrativa. Es decir, para ciertos restringidos casos vinculan la especialidad con la naturaleza de la persona jurídica. Mas ninguna mención se hace a su objeto concreto. Planiol y Ripert señalan, en esa vertiente, que los límites para recibir bienes a título gratuito tienen por finalidad evitar la formación de patrimonios en manos muertas, ello con la aclaración de que estas limitaciones no conciernen a las sociedades civiles y comerciales, ni a las asociaciones profesionales o sindicales (45).

Por lo demás, el mayor debate en la doctrina francesa clásica ha girado alrededor de la actuación del Estado y de las entidades públicas, rara vez de las personas morales privadas. De entre estas, solo las fundaciones podrían merecer reflexiones similares a las que conciernen a las entidades públicas (46). En cambio, se reconoce que las corporaciones privadas, entre ellas las sociedades, pueden estatutariamente modificar su objeto con ciertos recaudos, aunque no cambiar su finalidad (su *causa fin*, como diríamos hoy), que es la de obtener un lucro a repartir (47).

En tono crítico Michoud expone el pensamiento de autores franceses que, como Laurent, sostenían que la persona jurídica no tendría, ni siquiera en materia patrimonial, una capacidad general, como la de las personas naturales, porque en realidad, siempre según Laurent, solo el hombre es una persona. Por lo tanto, según esa doctrina, “los establecimientos decorados con el nombre de personas civiles se benefician de una simple ficción que no debe ser extendida más allá de sus términos. No tienen, pues, más que los derechos que le son explícita o implícitamente acordados por la ley. Para ellas no es exacto decir que la capacidad es la regla y la incapacidad la excepción” (48). Es de esta concepción que surge, precisamente, la llamada regla de la especialidad, según la cual,

---

(44) PLANIOL, Marcel – RIPERT, Georges, “Droit civil français”, LGDJ, Paris, 1925, t. I, p. 88.

(45) *Ibidem*, p. 89.

(46) MICHOUUD, Léon, ob. cit., 2ª ed. act. por L. Trotabas, LGDJ, Paris, 1924, vol. 2, p. 168.

(47) *Ibidem*, ps. 168-169.

(48) *Ibidem*, ps. 112-113, con cita de LAURENT, “Principes de droit civil”, t. I, nro. 299 y ss. y t. XI, nro. 197.

en términos de Ducroix, ella es aplicación de la “verdad fundamental” de que la capacidad de las personas civiles nunca es tan amplia como la de las personas físicas (49). Michoud cita luego críticamente un párrafo revelador de estas doctrinas limitativas, que suenan como directamente inspiradas en Savigny: “si la personalidad moral varía según las personas morales, es porque no tienen, como las personas físicas, una capacidad natural; ellas no tienen más que una capacidad puramente artificial que les es concedida por un acto de la autoridad pública. El poder público es el dispensador soberano de la personalidad civil, y la confiere a los seres abstractos en la medida que le place, y a ella se le adosan los atributos jurídicos que le convienen. La capacidad de las personas morales difiere esencialmente de la de las personas físicas, que existe por sí misma, salvo que son limitadas en ciertos puntos por las disposiciones formales de la ley; ella no es nada más allá de la ley que la ha creado; es la ley que fija su extensión. Las personas morales carecen de todo derecho que expresa o implícitamente no le haya sido acordado por el legislador” (50).

Claramente se ve cómo estas posiciones se emparentan con las teorías de la ficción (51). Pero también se advierte el modo en que yerran al sacar conclusiones teóricas que exceden las premisas. Es cierto que el poder público, ya sea de modo general, ya sea en particular para una determinada persona jurídica o una clase de ellas, puede establecer limitaciones a su capacidad de derecho (52). Por ejemplo, que ciertas corporaciones o fundaciones no puedan ser titulares de inmuebles o, como establecía el antiguo art. 30 de nuestra LGS, que las sociedades por acciones no pueden ser socias sino de sociedades por acciones. Pero admitir la posibilidad de que existan restricciones impuestas por la ley, no importa invertir el razonamiento: las personas jurídicas tienen una capacidad general, salvo las específicas limitaciones que deriven de la ley o de una autolimitación que se imponga en sus propios estatutos (53).

---

(49) *Ibidem*, p. 113.

(50) Párrafo atribuido a TISSIER, transcripto en MICHOU, Léon, ob. cit., p. 114.

(51) También hace esta asociación JOSSERAND, Louis, “Derecho civil, revisado y completado por André Brun”, Ed. Bosch, Buenos Aires, 1950, trad. de S. Cunchillos y Manterola, t. I, vol. I, p. 466.

(52) Para la cuestión en Alemania, puede verse el libro clásico de LEHMANN, Heinrich, “Tratado de derecho civil. Parte general”, Ed. Revista de Derecho Privado, Madrid, 1956, trad. J. Navas, vol. I, ps. 635 y ss.

(53) Los clásicos franceses, como DOMAT y POTHIER, cuando tratan de las personas hablan de limitaciones a su capacidad, lo cual demuestra que parten de la capacidad genérica. Véase, al respecto, MICHOU, Léon, ob. cit., ps. 115-116 y sus notas.

Como señala Michoud al rechazar la corriente que vincula las limitaciones a la capacidad con el principio de especialidad, este último se refiere a una cuestión distinta: “no limita los derechos que pueden pertenecer a las personas morales, sino la finalidad que pueden perseguir” (54).

Esta última era la posición más frecuentemente admitida por los autores hasta el primer cuarto del siglo XX, incluso por quienes seguían la teoría de la ficción y, por supuesto, por los seguidores de la doctrina de la realidad (55). En este sentido, con referencia a la discusión que ya data de hace más de un siglo atrás, y en favor de lo que Giorgio Giorgi denominaba la plenitud de la personalidad jurídica puesta en ejercicio, militaba el principio de “la capacidad de gozar de cualquier derecho patrimonial en el ámbito de la propiedad y de las obligaciones” (56), lo cual admite, siempre según el mismo autor, tanto restricciones como ampliaciones derivadas de la ley o del estatuto (57).

El llamado principio de especialidad no tiene, pues, vinculación con la capacidad de la persona jurídica. En cambio, y lejos de ello, aunque esta última pueda adquirir toda clase de derechos patrimoniales, no puede usarlos del mismo modo que una persona humana: “no puede emplearlos (los derechos adquiridos) más que para una o varias finalidades determinadas” y es a esto a lo que se refiere la teoría de la especialidad (58).

Josserand lo centra en la naturaleza de la persona jurídica: “las personas morales están constituidas para un objetivo determinado: comercial, político, filantrópico, religioso, caritativo; casi todas se encuentran

---

(54) *Ibidem*, p. 115, nota 1.

(55) Michoud enumera a Aubry et Rau, Jay, Lyon-Caen et Renault, Planiol, Thaller, Piébourg, Capitant, Vereilles-Sommières y, por supuesto, a Von Gierke (MICHOU, Léon, ob. cit., ps. 116-117, notas 2 y 1, respectivamente, y respecto de las sociedades y su capacidad para recibir liberalidades en particular, ps. 120 y nota [2]).

(56) GIORGI, Giorgio, “La dottrina delle Persone Giuridiche o Corpi Morali”, Ed. Fraelli Cammelli, Firenze, 1913, vol. I, p. 295, con citas de Savigny y de Heisser. En el marco de la discusión que cita (Laurent, Del Rosso, Mantellini), concluye: “para mí, la condición de las personas jurídicas en materia de derechos patrimoniales no puede ser distinta de la de las personas físicas. Me parece una cuestión clarísima. (...) ¿qué es erigir en persona jurídica si no es la concesión de los derechos patrimoniales?” (*ibidem*, p. 297).

(57) En contra, ENNECCERUS, Ludwig, “Derecho civil (parte general)”, Ed. Bosch, Barcelona, 1953, trad. de la 39ª ed. rev. por H. C. Nipperdey, t. I, p. 436, para quien el estatuto no puede limitar la capacidad, aunque citando, en contra, a Von Thur, a Lehmann y a von Gierke, además de la doctrina inglesa del *ultra vires* y la francesa de la *specialité*.

(58) MICHOU, Léon, ob. cit., p. 144.

de esa manera especializadas y giran en un círculo del que no podrán evadirse: solo tienen capacidad y solo puede decirse que existen para la función que les ha sido asignada y que resulta de su misma naturaleza; no se concebiría que una obra de beneficencia se dedicase a comerciar, o que una sociedad de comercio se transformase en organización política; esto chocaría con el principio de especialidad” (59). Se advierte que, sin hacer claramente la distinción, Jossierand intuye que la especialidad obra con relación al elemento finalista de la clase de persona jurídica de que se trata, pero no con su concreto objeto estatutario. Puesto de otro modo: mientras el patrimonio de una persona humana puede ser usado por esta para satisfacer todos sus intereses, según su voluntad, en el caso de la persona jurídica, aún en el caso del propio Estado, los bienes patrimoniales que le son propios están solo destinados a satisfacer uno o algunos de los intereses que confluyen en la persona jurídica.

En nuestro país la doctrina fundó la presencia de la especialidad en el art. 35 del Cód. Civil, pero muchos autores lo interpretaron en exceso de sus términos. La norma establecía que “las personas jurídicas pueden, para los fines de su institución, adquirir los derechos que este Código establece, y ejercer los actos que no les sean prohibidos, por el ministerio de los representantes que sus leyes o estatutos les hubiesen constituido”. Su simple lectura indica que si había límites a la genérica capacidad de adquirir derechos y realizar actos, eran los fines de su institución y prohibiciones expresas de la ley o de sus estatutos los que se lo imponían.

Salvat, vincula el principio de la especialidad con el “objeto de la institución” (60), pero de inmediato aclara que en los límites del fin de la persona jurídica, “podría realizar toda clase de operaciones, cualquiera sea su naturaleza” (61). Aunque no distingue con claridad lo referido al objeto concreto a desarrollar por la persona jurídica, del elemento causal que anida en su finalidad, Salvat rechaza como fundamentalmente errónea la posición según la cual para las personas humanas (“de existencia visible”) la regla sería la capacidad plena y la habilitación para realizar todos los actos excepto los prohibidos, mientras que para las personas jurídicas la regla sería la inversa, o sea la de la incapacidad, y la capacidad la excepción. Además de rechazar esa postura a la luz del derecho argen-

---

(59) JOSSIERAND, Louis, ob. cit., ps. 468-469.

(60) SALVAT, Raymundo, “Tratado de derecho civil argentino - Parte general”, Ed. TEA, Buenos Aires, 1954, 10ª ed. act. por V. Romero del Prado, I, p. 702.

(61) *Ibidem*. Como ejemplo: “una compañía de seguros puede descontar en un banco los documentos de sus clientes (...); una sociedad de socorros mutuos podría organizar todo lo necesario para transportar por sí misma, sin tener que recurrir a empresas de transporte, los medicamentos”.



tino entonces vigente, señalaba con gran acierto que “se confunden (...) dos cosas: la esfera de acción dentro de la cual se ejerce la capacidad de la persona jurídica, con la capacidad misma; la primera está limitada por el fin de su institución; la segunda, a condición de obrar dentro de este fin, es plena” (62).

También Llambías incurre en confusiones, incluso más graves: “el principio de especialidad indica que la capacidad de la persona jurídica solo puede ejercerse en orden a los fines de la institución, que son aquellos que el Estado en su momento computó como conducentes al bien común, y en vista de los cuales reconoció al ente como sujeto de derecho. Se comprende, entonces, que al margen de los fines de su institución la persona jurídica carezca de toda capacidad, porque en verdad carece de personalidad” (63). Se nota que el distinguido tratadista duda, porque por una parte vincula el ejercicio de la capacidad con los fines de la institución —que no es lo mismo que su objeto—, pero llega al extremo de parcializar la personalidad del ente cuando pregonaba su ausencia de capacidad, lo cual no es admisible: la persona es persona, o no lo es, sin admitir graduaciones.

En la doctrina más reciente, para Lloveras de Resk, partidaria de las teorías de la realidad de la persona jurídica, esta “goza de amplia capacidad de derecho tanto en las relaciones patrimoniales como en las extrapatrimoniales, salvo las restricciones que provienen del objeto social, las que la ley le impone, y las limitaciones que derivan de la naturaleza de las cosas” (64). O como más adelante explica ella misma, “el principio de la especialidad es el límite más importante que encuentra la capacidad de derecho de las personas jurídicas (...) consiste en que la ley reconoce capacidad de derecho a las personas jurídicas solamente para alcanzar los fines de su institución” (65). Pero enseguida de citar al entonces art. 35 del Cód. Civil incurre en la muy frecuente confusión de vincular erróneamente “los fines de su institución” (la de la persona jurídica) con el objeto concreto de cada una de ellas: dice que, como consecuencia del principio de especialidad, “el objeto de cada persona jurídica actúa como límite de su capacidad” (66). Más aún: “el ente solo puede adquirir los de-

---

(62) SALVAT, Raymundo, ob. cit., p. 705.

(63) LLAMBÍAS, Jorge J., “Tratado de derecho civil argentino. Parte general”, Ed. Abeledo Perrot, Buenos Aires, 1997, t. II, p. 55.

(64) LLOVERAS de RESK, María E., ob. cit., p. 331, con cita de Llambías y de Borda.

(65) *Ibidem*, p. 333.

(66) *Ibidem*. En igual sentido TOBÍAS, José W., en ALTERINI, Jorge H., “Código Civil y Comercial anotado. Tratado exegético”, Ed. La Ley, Buenos Aires, 2015, t. I, p. 1026,

rechos relacionados con su objeto, o que le permitan alcanzarlo”. Y para peor, “le está prohibido a las personas jurídicas realizar actos contrarios o ajenos a su objeto, actos que en su caso serán afectados de nulidad” (67). El fundamento de tal principio radicaría en que “el fin u objeto (como si fueran nociones equivalentes) de la persona jurídica es la razón de ser tenida en cuenta por el Estado para reconocerla como persona independiente (...); por lo tanto, el Estado solo le reconoce capacidad en cuanto tiende a ese fin u objeto” (68). Aunque la capacidad deriva de la voluntad del Estado, el estatuto, como instrumento que delimita el objeto, obraría como regulador indirecto de la capacidad de la persona jurídica (69).

En otros trabajos doctrinarios, incluso en materia societaria, también se toma como dato dado, sin demasiado sentido crítico, el de que “el objeto y fines de la persona jurídica constituyen el motivo y límite de su subjetividad jurídica (la aptitud para adquirir derechos y contraer obligaciones), con lo que se pone en relieve el carácter relativo o instrumental de la persona jurídica: la entidad social solo tiene capacidad para la realización de su objeto y está limitada por la finalidad que persigue” (70). Más terminante aún: “la principal importancia del objeto de las personas jurídicas radica en que (...) el objeto delimita el alcance de la personalidad y la capacidad jurídica del ente” (71). También se ha dicho que “el objeto es esencial para el funcionamiento de las personas jurídicas, porque determina la extensión de la capacidad de derecho” (72). Martorano decía sobre este tipo de tesis que solo tenían sentido en un régimen

---

donde, comentando el art. 141 del Cód. Civ. y Com. afirma que “la regla general es la de la capacidad ella está limitada por su objeto o finalidad (principio de especialidad)”.

(67) LLOVERAS de RESK, María E., ob. cit., p. 333, con cita de SALVAT - ROMERO DEL PRADO - SPOTA - LLAMBÍAS - COLOMBRES, “Curso de derecho societario”, p. 105. En contra, por lo menos en materia de sociedades, HAGGI, Graciela A. - NISSEN, Ricardo, “Las garantías otorgadas por las sociedades comerciales y la doctrina del *ultra vires*”, ED 169-302, donde adhieren a BUTTY, Enrique, “La inoponibilidad de la persona jurídica por violación de la legítima”, en *Las Sociedades Comerciales y la transmisión hereditaria*, Ed. Ad-Hoc, Buenos Aires, 1993, ps. 47 y ss., lugar en que correctamente sostiene que no se trata de una nulidad sino de la inoponibilidad del acto a la sociedad.

(68) LLOVERAS de RESK, María E., ob. cit., ps. 333-334.

(69) *Ibidem*, p. 335.

(70) ROITMAN, Horacio - AGUIRRE, Hugo - CHIAVASSA, Eduardo - SÁNCHEZ, María Victoria, “Las personas jurídicas privadas en el Código Civil y Comercial Argentina”, RCCyC, año IV, nro. 04, mayo 2018, p. 19, con cita de otros autores.

(71) *Ibidem*.

(72) FISSORE, Diego, “Capacidad y objeto de las personas jurídicas”, RDPyC 2015-2-58.

de concesión estatal de la personalidad jurídica, pero no en un sistema normativista (73), como el que regía entonces en Italia y en la Europa continental, y en la Argentina desde 1972.

Pese a lo terminante de las posiciones que critico, buena parte de la doctrina favorable a las restricciones derivadas del objeto se ve en la necesidad de admitir que el principio no puede aplicarse con rigidez, que debe existir una cierta amplitud de apreciación: ello sería ineludible a la luz de la realidad de cómo se desenvuelve el tráfico. Esta necesidad de amplitud interpretativa (74) denota, en realidad, la incomodidad con el principio mismo o, por lo menos, con el hecho de que él no pueda operar con el grado de certeza con que debería trazarse la línea de aquello para lo que la persona jurídica tiene o no capacidad. Incluso se ha llegado a decir que, aunque el art. 58 de la LGS es ley especial aplicable a las sociedades, el principio de imputabilidad de los actos si no son notoriamente extraños al objeto, debe ser también de aplicación al resto de las personas jurídicas, porque “no es más que un principio razonable para determinar cuestiones relativas al alcance de la personalidad jurídica” (75). Ese reconocimiento y esta última propuesta constituyen la mejor prueba de lo endeble y, sobre todo, de lo antifuncional de la construcción: la capacidad de un sujeto de derecho no puede quedar a merced de los criterios de interpretación de quien juzgue cada caso concreto.

Lo más grave de la posición que critico es que la consecuencia que se derivaría de vincular el llamado principio de especialidad con la capacidad de la persona jurídica, consecuencia que gran número de autores eluden explicitar, es que la violación al primero “importará la nulidad de los actos jurídicos que rebasan los fines de la persona jurídica: estos serán inválidos” (76), incluso con el alcance de que, como ya cité, “le está

---

(73) MARTORANO, Federico, ob. cit., p. 101, donde descalifica la posición según la cual “los actos sociales, independientemente de su naturaleza jurídica, solamente son válidos si en las circunstancias concretas son reconocibles como tendientes a la realización del objeto concreto del ente”.

(74) RIVERA, Julio C., “Tratado de derecho civil. Parte general”, Ed. Abeledo Perrot, Buenos Aires, 2007, p. 240, donde escribe que “son las propias entidades quienes están en la mejor situación para apreciar si un determinado acto conviene o no a la obtención de sus finalidades, no siendo válidas las objeciones que opone el intérprete fundadas en su particular criterio de la oportunidad”. También, entre muchos otros, AMARILLA GHEZZI, Julianio, “El nuevo concepto de persona jurídica del anteproyecto de reformas del Código Civil y Comercial de la Nación - Incidencia sobre el principio de especialidad”, RDCO 298, sept.-oct. 2019, p. 1239 y sus citas.

(75) FISSORE, Diego, ob. cit., p. 60.

(76) LLOVERAS de RESK, María E., ob. cit., p. 334, con cita de Colombres.

prohibido a las personas jurídicas realizar actos contrarios o ajenos a su objeto, actos que en su caso serán afectados de nulidad” (77). Aunque su posición se inscribe en la corriente que critico, Zannoni no es tan drástico: “si el objeto de la sociedad pone límites a la personalidad del ente, ninguna duda puede haber que todo acto contra la ley excede esos límites imputándose su autoría, y consiguientemente su responsabilidad, a los miembros que lo ejecutaron” (78).

A esta altura de la exposición, para introducir la tesis contraria, parece oportuno citar las enseñanzas de Enneccerus cuando escribe que “el concepto del derecho subjetivo, como un poder investido por el ordenamiento jurídico que sirve a la satisfacción de intereses humanos, presupone un sujeto a quien se atribuye este poder, un sujeto de derecho o, lo que equivale en el lenguaje jurídico, una persona. Pero la personalidad no es un derecho (subjetivo), sino una cualidad jurídica, que constituye la condición previa de todos los derechos y deberes; equivale a la capacidad jurídica. La persona jurídica puede realizar cualquier clase de actos jurídicos” (79). Finalmente agrega que “la capacidad de las personas jurídicas se refiere a todo el derecho privado, con excepción de aquellas relaciones jurídicas que presuponen la individualidad humana” (80).

En nuestro país y en posición opuesta a quienes pregonan que la capacidad de la persona jurídica halla límite en su objeto, Otaegui destaca que “la capacidad de las personas jurídicas a tenor del Código Civil, arts. 35 y 41 es tan amplia como la de las personas de existencia visible (...) y (...) el acatamiento a los fines de constitución atañe a la existencia de la persona jurídica pero no a su capacidad” (81). También, con particular

---

(77) *Ibidem*, p. 333, con varias citas.

(78) ZANNONI, Eduardo A., ob. cit., ps. 1615-1616.

(79) ENNECCERUS, Ludwig, ob. cit., p. 318, con cita coincidente de Von Thur. La relación entre persona y derechos subjetivos también la explica Satanowsky: “persona y derechos subjetivos son, pues, términos correlativos. No hay derechos sin sujeto. (...) La capacidad jurídica o de derecho es sinónimo de personalidad. (...) La capacidad jurídica o de derecho es sinónimo de personalidad, elemento permanente de toda relación en la vida civil. (...) Persona es quien tiene capacidad de derecho; quien tiene capacidad de derecho es persona. (...) Se es persona por el solo hecho de tener la facultad para actuar jurídicamente, aunque no se tenga ningún derecho y aunque no se participe de ninguna relación. Lo que interesa es la mera aptitud” (SATANOWSKY, Marcos, “Estudios de derecho comercial”, Ed. TEA, Buenos Aires, 1950, t. I, p. 46).

(80) ENNECCERUS, Ludwig, ob. cit., p. 434, con cita del art. 53, Cód. Civil suizo.

(81) OTAEGUI, Julio C., ob. cit. Argumentaba que al suprimir la reforma de 1968 del art. 33 del Cód. Civil el requisito de que la personalidad jurídica se acordara para un objeto conveniente al pueblo, y reconocer el Estado, así, la personalidad para un

referencia a las sociedades, Macagno ha dicho, con razón, que “el principio de especialidad debe ser reinterpretado (...) a partir de lo cual es dable inferir que el objeto de la sociedad resulta irrelevante para determinar su capacidad de derecho en ese ámbito de aplicación (...) la extralimitación del objeto refiere a una cuestión de imputación de actos” (82).

En esta línea, siguiendo a Satanowsky (83), agrega con agudeza el mismo Macagno que “ambas nociones (personalidad y capacidad) confluyen. La capacidad es la aptitud jurídica (aunque potencial) de adquirir derechos y contraer obligaciones; persona es quien tiene capacidad de derecho y quien tiene capacidad de derecho es persona” (84). Con base en la aseveración de Suárez Anzorena en cuanto a que la capacidad varía de conformidad con la categoría de personas de que se trate, y aún dentro de la misma categoría, pero “en razón de causales que alcanzan a las personas comprendidas en igual supuesto” (85), Macagno concluye en que “cuando se alude a capacidad, uno se refiere a la naturaleza de los actos que un sujeto puede realizar, con independencia de su contenido” (86). En cambio, el objeto, esté más o menos determinado, tiene por propósito proteger a los miembros de la persona jurídica (87).

Como también afirma Macagno, “la capacidad está indicada (*rectius*: representada) por el fin; ergo, como tal, inexorablemente debe ser mayor al objeto, porque puede realizar actos que directa o indirectamente lo

---

objeto de bien particular, “es obvio que no tiene por qué ceñir la capacidad exclusivamente al cumplimiento de este fin”.

(82) MACAGNO, Ariel A. G., “Capacidad plena de la persona jurídica sociedad. La justa medida del principio de especialidad reinterpretado a la luz de la Ley General de Sociedades”, RCCyC, año IV, nro. 4, mayo 2018, p. 30.

(83) SATANOWSKY, Marcos, ob. cit., ps. 46 y 55.

(84) MACAGNO, Ariel A. G., ob. cit., p. 54, con cita de SUÁREZ ANZORENA, Carlos, ob. cit., ps. 130-133.

(85) *Ibidem*, p. 133.

(86) MACAGNO, Ariel A. G., ob. cit., p. 54.

(87) Esto lo expuse hace muchos años (MANÓVIL, Rafael M., “Actos que exceden el objeto social en el derecho argentino”, RDCO, año 11, 1978, p. 1054). y es coincidente con ello MACAGNO, Ariel A. G., ob. cit., p. 54. También; BROSETA PONT, Manuel, “Cambio de objeto y ampliación de operaciones sociales en la ley española de sociedades anónimas”, en *Estudios jurídicos en homenaje a Joaquín Garrigüés*, Ed. Tecnos, Madrid, 1971, ps. 47-48, donde dice que, “al delimitar las facultades y la competencia de los órganos, les garantiza (a los socios) que el patrimonio social no será invertido o desviado hacia o actos o negocios extravagantes); también HAGGI, Graciela A. - NISSEN, Ricardo, ob. cit., p. 297.

vinculen con él” (88). Se enrola, entonces entre quienes sostienen que el objeto no limita la capacidad de derecho de las personas jurídicas (89) y, siguiendo a Butty, corona su posición, con la que coincide, afirmando que “el principio de especialidad (...) no implica restricción a la capacidad, como meridianamente resulta del art. 41, Código Civil (de Vélez); y trasladado al ámbito societario mercantil en el art. 58 LS, el sistema establecido por este implica un régimen de oponibilidad que simplemente tiende a proteger a los socios para evitar que la administración los embarque en negocios ajenos a la causa contractual —límite del riesgo por ellos asumido— y a los terceros, como factor de certeza de imputabilidad a la sociedad de sus contrataciones, pero en nada concierne a la capacidad del ente societario ni, por ende, a la validez de los actos excedentes del objeto” (90).

En los acápites siguientes trataré de establecer dónde debe ubicarse el límite entre lo que la persona jurídica puede o no puede hacer.

#### **IV. LA CAUSA FIN, LA FINALIDAD DE CADA CLASE DE PERSONA JURÍDICA Y LOS LÍMITES QUE SURGEN DE ELLA**

Como surge de lo hasta aquí expuesto, si ha de continuar hablándose de la *especialidad* de la persona jurídica, debe desligársela de su objeto concreto y de su capacidad de derecho, para centrarla en el elemento causal, o sea en su finalidad.

La causa como elemento de los actos jurídicos y, por tanto, de los contratos, ha sido objeto de discusiones durante siglos (91) así como de desarrollos doctrinarios intensos, con algunos autores que sobresalen de modo relevante. Entre estos cabe mencionar a Emilio Betti, que en su no-

---

(88) MACAGNO, Ariel A. G., ob. cit., 5.

(89) *Ibidem*, p. 56, con citas en igual sentido de SUÁREZ ANZORENA, Carlos, ob. cit., ps. 130 y sigtes; OTAEGUI, Julio C., ob. cit., ps. 288 y ss.; MANÓVIL, Rafael M., ob. cit., ps. 1062-1065 y Grupos de sociedades en el derecho comparado, Ed. Abeledo Perrot, Buenos Aires, 1998, p. 954; BUTTY, Enrique M., en la actualización de HALPERÍN, Isaac, “Curso de derecho comercial”, ps. 280-281; MARSILI, María Celia, “La personalidad jurídica en la ley 19.550”, RDCO, año 11, 1978, ps. 1079 y ss.; y BADOLÁ, Claudia M., “Sociedad anónima: actos notoriamente extraños al objeto social y derecho de recesso”, VII Congreso Argentino de Derecho Societario, t. II, ps. 134-135.

(90) MACAGNO, Ariel A. G., ob. cit., p. 63.

(91) Para una recorrida por la evolución histórica de la noción, comenzando por el derecho romano, DÍEZ PICAZO, Luis, “Fundamentos del derecho civil patrimonial”, Ed. Thomson-Civitas, Pamplona, 2007, 6ª ed., vol. I, ps. 257-2563.

table libro sobre la “Teoría general del negocio jurídico” halla el núcleo del problema causal en la razón del negocio, en el porqué del mismo (92). “La verdad es que la causa es el interés normal determinante de la voluntad individual y que esta se nos presenta, por lo regular, vuelta hacia la causa como a su fin práctico inmediato (...). La causa del negocio no es causa ni concausa del “efecto” jurídico naturalistamente entendido, sino razón determinante normal de la voluntad que establece el precepto del negocio. El Derecho —y ya antes que él la conciencia social— aprueba y protege a la autonomía privada, no en cuanto sigue el capricho momentáneo, sino en cuanto procura un típico interés en el cambio del estado de hecho y se dirige a funciones sociales dignas de tutela” (93). “La causa o razón del negocio se identifica con la función económico-social del negocio entero considerado, con independencia de la tutela jurídica, en la síntesis de sus elementos esenciales” (94).

Ello lleva a Betti a desembocar en el carácter finalista de la causa cuando habla de “la función típica que es su característica. Su síntesis, representando el tipo del negocio, en cuanto negocio causal, representa igualmente su función típica. Función económico-social del tipo de negocio como ejercicio de la autonomía privada, que es un fenómeno social antes de transformarse, por virtud de recepción, en un hecho jurídico” (95). “La causa se manifiesta a través de la estructura misma de todo negocio causal y rige la medida de los efectos jurídicos” (96).

Así, no parece hoy haber mayor discusión en el sentido de que en el Código Civil italiano “ha triunfado la teoría que afirma la autonomía de la causa y, dentro de ella, la concepción objetiva” (97). La *relazione* a su “Libro de las obligaciones” dice expresamente que “la causa exigida por el derecho no es el fin subjetivo, cualquiera que este sea, perseguido por el contratante en el caso concreto (...) sino que es la función económico-social que el Derecho reconoce como relevante para sus fines”, lo cual implica acoger la concepción objetiva y positiva de la causa (98). No obstante, Cariota Ferrara, se inclina por precisar la definición de este ele-

---

(92) BETTI, Emilio, “Teoría general del negocio jurídico”, Ed. Revista de Derecho Privado, Madrid, trad. M. Pérez, 2ª ed., p. 133, con abundante cita bibliográfica.

(93) *Ibidem*, p. 140.

(94) *Ibidem*, p. 141.

(95) *Ibidem*, p. 142.

(96) *Ibidem*, p. 146.

(97) CARIOTA FERRARA, Luigi, “El negocio jurídico”, Ed. Olejnik, Santiago de Chile, 2019, trad. Manuel A., ps. 535-536.

(98) *Ibidem*, p. 536.

mento como “la función práctico-social del negocio (se comprende que en general y preventivamente), reconocida por el Derecho, es decir, la función que aquel objetivamente tiene y que el Derecho, como tal sanciona y reconoce” (99). No vale la pena discurrir aquí sobre los matices profundos que al citado autor le hacen preferir esta concepción por sobre otras, pero sí señalar que ella es de utilidad para la demostración que pretendo hacer sobre el correcto enfoque del llamado principio de especialidad (100), aunque se centre aquí en la función del negocio (101).

En el derecho argentino el camino seguido ha sido similar: en el Proyecto de 1998 ya se habían propuesto normas que incorporaban la causa como un elemento del contrato y de los actos jurídicos. El Cód. Civ. y Com. lo adoptó de modo sustancialmente similar, con la sola diferencia de que el Proyecto de 1998 tenía una frase en su art. 952 (“las disposiciones relativas a la finalidad se refieren a la causa”), que no se reprodujo en el Cód. Civ. y Com. Pero ello es irrelevante, porque, el art. 281 Cód. Civ. y Com. trae una definición coincidente con esa identificación: “La causa es el fin inmediato autorizado por el ordenamiento jurídico que ha sido determinante de la voluntad” (102).

---

(99) *Ibidem*, p. 538. Agrega después este autor que “referirse a la función práctico social reconocida, sin embargo, por el Derecho, significa tener en cuenta el conjunto de la situación que viene a producirse y debe producirse por virtud del negocio y, por consiguiente, tener en cuenta todas sus repercusiones definitivas y, por así decir, finales en la esfera jurídica concreta de las partes o de los terceros y no solo la producción formal de efectos jurídicos” (ps. 839-8340). Otro autor, luego de un análisis que pasa por otras consideraciones, plegándose a la opinión de Federico de Castro, habla de la causa concreta, distinta de la causa abstracta: “La causa se configura así como el resultado que las partes quieren conseguir o el propósito práctico buscado, sin perjuicio de que la causa actúe también como el criterio que sirve para valorar o medir ese propósito práctico, determinar de acuerdo con él, el grado de eficacia del contrato celebrado” (DÍEZ PICAZO, Luis, ob. cit., p. 275).

(100) Véase la exposición de críticas modernas a la teoría objetiva en *ibidem*, p. 267.

(101) *Ibidem*, p. 273.

(102) En el Proyecto de la Comisión designada por dec. 468/1992, también se advierte la identidad de la causa como elemento del acto jurídico con la finalidad de este (art. 579). Como lo explica un autor que sostiene que el Cód. Civ. y Com. adoptó la concepción dualista objetivo-subjetiva de la causa, esta está “integrada por el fin jurídico inmediato y abstracto, idéntico en todos los contratos típicos de la misma naturaleza, la función que objetivamente el negocio tiene y que, como tal el ordenamiento reconoce y sanciona (causa-fin inmediata u objetiva); y por los motivos o móviles subjetivos, individuales, variables en cada negocio, que impulsan a las partes a contratar, si son jurídicamente relevantes (causa-fin mediata subjetiva)” (FREYTES, Alejandro E., “La causa contractual en el Código Civil y Comercial de la Nación”, JA 2019-IV, fasc. 10, p. 13).



Pulidas las impurezas e inexactitudes sobre el llamado *principio de especialidad*, si se quiere admitirle alguna utilidad al mismo, ya puede adelantarse que, ateniéndonos al propio texto del art. 35 del Código de Vélez, así como a la expresión final del art. 141 del Cód. Civ. y Com., el único elemento genuinamente limitante para las personas jurídicas es el finalista, el de su causa fin, el de su naturaleza. Esto remite, a su vez, al análisis de las distintas clases de personas jurídicas, cada una de las cuales tiene, objetivamente, una finalidad diferente. Como expresa Heredia, “la finalidad es un carácter esencial común a toda persona jurídica que hace a la propia existencia del ente en cuanto tal y, como lógica derivación de ello, a la construcción de su concepto dogmático-legal” (103). Para hacer una clara diferencia entre la finalidad de la persona jurídica y sus intereses, agrega luego que “si bien la finalidad de la persona jurídica es necesaria e inmutable, los intereses correspondientes a sus necesidades pueden ser múltiples y poliformes, contingentes e incluso variables y, en cualquier caso, la modificación o supresión de los existentes o el nacimiento de nuevos, no incide en el reconocimiento del ente en su existencia” (104). Pero interés y finalidad se coordinan funcionalmente en tanto “el interés en la persona jurídica es la objetiva necesidad de que los bienes o servicios del ente se orienten a la satisfacción de su propia finalidad” (105).

En otras palabras: de lo expuesto puede colegirse que la esencia y la naturaleza de la persona jurídica —su *especialidad*, si se quiere— están vinculadas con su finalidad, mientras que el objeto, o sea, el listado de actividades establecido en su estatuto, define el interés propio de la persona jurídica. Con agudeza se ha destacado así a la causa fin como determinante de la capacidad de derecho de la persona jurídica: “el principio de especialidad apunta a la razón determinante o causa fin” (106), por lo que el objeto de la persona jurídica, en particular el de la sociedad, no constituye un límite a su capacidad de derecho (107).

---

(103) HEREDIA, Pablo D., “El acto del administrador contrario al interés de la persona jurídica privada”, RCCyC, año IV, nro. 4, mayo, 2018, p. 110.

(104) *Ibidem*. En nota 20 aclara con un ejemplo: “el ejercicio en común de una actividad económica para dividir las utilidades que caracteriza a la sociedad, representa para esta última una finalidad que no puede no existir ni desaparecer (necesidad e inmutabilidad). Si esa finalidad no se presenta o no se mantiene, no cabría pensar en la existencia de una persona jurídica societaria sino en otra situación jurídica”.

(105) *Ibidem*, p. 10.

(106) ALTERINI, Ignacio E., “Órgano de ejecución de la voluntad societaria. Exorbitancia del objeto social”, LA LEY 2012-E, 1001.

(107) *Ibidem*, con citas, entre otros, de SUÁREZ ANZORENA, Carlos, ob. cit., p. 131; OTAEGUI, Julio César, ob. cit., p. 290; ALEGRIA, Héctor, “La representación societaria”.

Importa, entonces, distinguir entre el objeto concreto que los creadores de la persona jurídica le asignan en cada caso particular, de la finalidad que es propia de su naturaleza. O sea, debe desentrañarse cuál es el elemento finalista de las distintas clases de personas jurídicas privadas.

En lo que concierne a la *causa fin* de la sociedad, ella resulta de lo dispuesto en la última parte del art. 1º de la LGS, centrado en la comunidad de riesgos de los socios, en el consiguiente objetivo interés común a todos ellos consistente en que el riesgo corrido en común se traduzca en utilidades a repartir, y no en pérdidas a soportar (108). En el XIV Congreso Argentino de Derecho Societario, celebrado en Rosario en septiembre de 2019, la *causa fin* de la sociedad fue objeto de ponencias y debate, incluso, entre otros datos, se marcó la diferenciación entre la finalidad de la persona jurídica y la causa-fin del contrato constitutivo de la sociedad (109). Esto último ya había sido resaltado en Italia por Zanelli (110). Como escribió en su día uno de los autores de la Ley de Sociedades, “la causa fin del negocio de constitución de una sociedad lo es el advenimiento de una persona jurídica para desarrollar actividad independiente. (...) “la característica específica del contrato plurilateral de sociedad que lo distingue netamente de los demás esquemas jurídicos, es la participación en las ganancias y en las pérdidas. Esta nota constituye la causal del contrato de sociedad, o sea la función económico-social del negocio reconocida por el derecho” (111).

En este contexto, es preciso destacar que la propia LGS admite que la estructura jurídica sea utilizada para una finalidad distinta: su art. 3º

---

RDPyC nro. 6, p. 271; CABANELLAS, Guillermo, “Los órganos de representación societaria”, RDCO, año 24, 1991, p. 37.

(108) Para la correlación entre la causa-fin de la sociedad, el riesgo, la *affectio societatis*, el interés social y el principio de la igual calidad de los derechos del socio, me permito remitir a MANÓVIL, Rafael M., “Grupos de sociedades en el derecho comparado”, Ed. Abeledo Perrot, Buenos Aires, 1998, ps. 568-5677.

(109) CALCATERRA, Gabriela S. – HADAD, Lisandro A. y COSTE, Diego, “Conclusiones”, JA 2019-IV, fasc. 11, ps. 95-97. Como relatan los autores, una de las discusiones giró en torno de si la comunidad de riesgos es un componente, o no, de la causa fin de la sociedad. La profundización sobre este punto no interesa al objeto de este trabajo.

(110) ZANELLI, “La nozione di oggetto sociale”, Giuffrè, Milano, 1962, ps. 27-28, quien marca la diferencia entre objeto social y objeto del contrato de sociedad, y concluye en que “el objeto del contrato de sociedad y el objeto social son no solo conceptos distintos, sino también no comunicantes”.

(111) COLOMBRES, Gervasio R., ob. cit., p. 56, también citado por NICOSIA, Andrés, “La tipicidad en el derecho societario argentino”, en *Hacia un nuevo Derecho Societario, XIV Congreso Argentino de Derecho Societario*, Universidad Nacional de Rosario, 2019, t. I, p. 190.

establece que “las asociaciones, cualquiera fuere su objeto, que adopten la forma de sociedad bajo algunos de los tipos previstos, quedan sujetas a sus disposiciones” (112). Profundizando esta posibilidad, el Proyecto de Reformas a la LGS ingresado en el Senado en junio de 2019, previó un segundo párrafo para el art. 1º que, al lado de la objetiva causa fin de las sociedades, habilitaba la existencia de sociedades con otra finalidad: “El contrato social o estatuto pueden prever cualquier destino para los beneficios de la actividad o la forma de aprovecharlos. Pueden prever también el no reparto de utilidades entre los socios”. Es decir, la estructura jurídica del sujeto de derecho sociedad puede ser utilizada también, total o parcialmente, para otras finalidades, como la beneficencia, la investigación, el desarrollo, o cualquier otra, sin por ello alterar el funcionamiento de su organización jurídica (113).

Para las asociaciones civiles el art. 168 del Cód. Civ. y Com. exige que su objeto “no sea contrario al interés general o al bien común”, y agrega que “no puede perseguir el lucro como fin principal, ni puede tener por fin el lucro para sus miembros o terceros”. Más allá de las críticas que merezca esta redacción (114), el texto denota la presencia de pautas incompatibles con la idea de que el objeto limite la capacidad de la asociación civil. La esencia de la asociación civil radica en que su finalidad es el bien común o el interés general, incompatible con la de obtener un lucro a repartir entre sus miembros o a terceros.

Pero ello no quita que tenga capacidad para realizar una actividad lucrativa cuyo resultado esté destinado a la finalidad de bien o interés

---

(112) Es lo admitido también en el derecho italiano. El art. 2247 del Cód. Civil de 1942 establece que “con el contrato de sociedad dos o más personas aportan bienes o servicios para el ejercicio en común de una actividad económica con el fin de dividir las utilidades”, pero es admisible que esa causa fin normal pueda ser en algunos casos distinta, pero igualmente válida (ROMANO PAVONI, Giuseppe, “Teoria delle società”, Giuffré, Milano, 1953, ps. 140 y ss., donde ejemplifica con sociedades mutuales y de otros tipos, cuya causa fin recorre un camino diferente al típico de la sociedad).

(113) En el numeral 11 de la Nota de Elevación del Proyecto se dice al respecto que “se ha profundizado la tendencia de favorecer crecientemente la iniciativa del genuino empresario facilitándole que construya las figuras jurídicas que considere más idóneas para el desarrollo de una actividad en la cual sus partícipes, como regla general, comparten riesgos pero, al mismo tiempo, pueden procurar que el desarrollo de los negocios se mantenga cercano a la coyuntura social y a la posibilidad de que, por la vía de estructuras empresarias jurídicamente organizadas, se persiga el logro no solo de objetivos individuales y propios de los socios, sino también, en beneficio de la comunidad en general o de sectores específicos”.

(114) Véase, por todos, RAGAZZI, Guillermo E., “El nuevo régimen para las asociaciones civiles”, RDPyC 2015-2-216 y ss. y trabajos allí citados.

común, propia de su naturaleza. Cuando un club organiza espectáculos deportivos o culturales y percibe ingresos por ello, o incluso cuando alquila sus instalaciones a terceros, las utilidades que obtenga son destinadas a mantener o ampliar sus instalaciones y actividades, no a la distribución entre sus asociados. Si el objeto estatutario de la entidad no contemplara expresamente el cobro de la admisión o la posibilidad de dar en alquiler sus instalaciones, ¿carecería de capacidad para hacerlo? La respuesta afirmativa llevaría a la consecuencia de que contratos con ese contenido serían nulos por falta de capacidad de una de las partes. El resultado sería no solo intrínsecamente disvalioso y antifuncional, sino también contrario a la finalidad del ordenamiento jurídico cuando regula personas jurídicas de esta naturaleza.

Algo similar cabe predicar respecto de las fundaciones. El art. 198 del Cód. Civ. y Com. las caracteriza por su “finalidad de bien común, sin propósito de lucro, mediante el aporte patrimonial de una o más personas, destinado a hacer posibles sus fines”. En doctrina se ha subrayado la existencia de ciertos elementos y características que las definen: “a) La afectación de un patrimonio con carácter de permanencia o perpetuidad; b) una finalidad u objeto de utilidad o interés general; c) la existencia de beneficiarios determinados con mayor o menor precisión” (115). Pero que el propósito o su finalidad no sea la obtención de lucro, no quita que el lucro pueda ser un medio para lograr el sustento patrimonial para destinarlo a la finalidad de bien común (116). Con la sola inversión financiera del aporte patrimonial inicial, así sea en la más simple cuenta bancaria, o con dar un inmueble propio en alquiler, ya está realizando una actividad lucrativa. También la estará realizando por el solo hecho de organizar eventos para recaudar fondos. Si, como ocurrió en nuestro país en el pasado, el Estado decide apoyar ciertas fundaciones dándoles en concesión la explotación de playas de estacionamiento en lugares pú-

---

(115) CROVI, Luis D., “Naturaleza jurídica y finalidad de las fundaciones”, RDPyC 2004-3-23.

(116) *Ibidem*, p. 34: “para que las fundaciones no tengan que depender exclusivamente de las rentas que provienen de sus activos fijos, ni esperar la ayuda providencial de eventuales benefactores, o gestionar subsidios estatales, hay que admitir que pueden ejercer actividades lucrativas, obtener beneficios, administrarlos y gestionarlos con rigor y técnica empresaria”. Y más adelante, nuevamente: “las fundaciones pueden realizar actividades económicas para la conservación de su patrimonio y la obtención de nuevos recursos. No hay obstáculo para que las fundaciones realicen actos de comercio, ni actúen en el tráfico mercantil” (p. 38).

blicos, también estarán desarrollando una actividad lucrativa, a veces incluso calificable como actividad empresaria (117).

Cuál sea el *objeto* (118) de la fundación, la investigación de alguna enfermedad, la educación en una cierta religión, la promoción y estímulo del estudio de las ciencias, el otorgamiento de becas de investigación, o cualquier otro, no altera la naturaleza de su finalidad de bien común, que es propia de la clase de persona jurídica que es, pero no causa mella en su genérica capacidad para realizar toda clase de actos y actividades dirigidos a su finalidad o a aprovechar de las rentas que le generen sus inversiones. El problema no radica en la limitación de su capacidad, sino en que el fin último al cual está dirigida la actividad sea el de bien público para el cual se creó. No puede, lo mismo que las asociaciones civiles, dar al producido de su actividad otro destino que el que corresponde a su finalidad (119).

Incluso en la debatida cuestión de la personalidad jurídica del consorcio de copropietarios (art. 2044, Cód. Civ. y Com.) cabe plantear las mismas consideraciones. Si en el reglamento de un edificio o de un conjunto inmobiliario sometido a ese régimen (art. 2075, Cód. Civ. y Com.) entre las cosas y partes comunes no indispensables (art. 2042, Cód. Civ. y Com.) se incluyen uno o más locales comerciales, ¿acaso, por el principio de especialidad no podrá alquilarlos?

El art. 2º de la ley 20.337 de Cooperativas establece que ellas “son entidades fundadas en el esfuerzo propio y la ayuda mutua para organizar y prestar servicios” y que tienen, entre otras características, las de que “distribuyen los excedentes en proporción al uso de los servicios sociales” (inc. 6º), “no tienen como fin principal ni accesorio la propaganda de ideas políticas, religiosas, de nacionalidad, región o raza, ni imponen condiciones de admisión vinculadas con ellas” (inc. 7º) y “establecen la irrepartibilidad de las reservas sociales y el destino desinteresado del

---

(117) Véase, por todos, SAUX, Edgardo I., “Las fundaciones en el Código Civil y Comercial”, RDPyC 2015-2-351 a 353, y doctrina allí citada.

(118) El art. 216 del Cód. Civ. y Com. establece en su última frase que “la modificación del objeto (de la fundación) solo es procedente cuando lo establecido por el fundador ha llegado a ser de cumplimiento imposible”. La norma es criticable porque impide que una fundación para investigar una determinada enfermedad, no podría cambiar su objeto para investigar otra nueva como la que azota a la humanidad en este tiempo.

(119) En el derecho argentino no se admiten las fundaciones con finalidad privada, como en algunos países del derecho comparado. Pero aun en estos las fundaciones solo pueden invertir su patrimonio mas no encarar actividades empresarias en forma directa, porque su finalidad es de otra naturaleza.

sobrante patrimonial en casos de liquidación” (inc. 12). Si quisiera teorizarse sobre la objetiva causa fin, en el sentido de la función económico social de la cooperativa, se podría reconocer como dato común a todas ellas la de la eliminación de una etapa de intermediación en el proceso productivo, según la clase de cooperativa de que se trate (120). Ello surge del modo en que el art. 42, inc. 5º, dispone sobre la distribución de los retornos: “en las cooperativas o secciones de consumo de bienes o servicios, en proporción al consumo hecho por cada asociado” —inc. a)—; “en las cooperativas de producción o trabajo, en proporción al trabajo efectivamente prestado por cada uno” —inc. b)—; “en las cooperativas o secciones de adquisición de elementos de trabajo, de transformación y de comercialización de productos en estado natural o elaborados, en proporción al monto de las operaciones realizadas por cada asociado” —inc. c)—, y así sucesivamente.

El elemento causal mutualista de la cooperativa es incompatible con la distribución de las utilidades de la empresa cooperativa usando la matriz de una sociedad regida por la LGS (121): solo se reparten retornos al socio en proporción a su uso de los servicios o de las operaciones realizadas (122), como modo de reducir el costo del socio. En cambio, el socio no tiene acceso al margen de utilidad que haya obtenido la cooperativa por servicios prestados o por operaciones realizadas con terceros no socios. Estas son las únicas barreras infranqueables para la cooperativa. Pero cualquiera sea el objeto concreto que ella tenga, tiene plena capacidad para realizar toda clase de actos y para celebrar toda clase de contratos.

En conclusión, se prefiera seguir llamándolo *principio de especialidad* o se prescindiera de esta denominación, la ubicación del límite a la actuación de la persona jurídica se ubica en la naturaleza de cada clase de ellas, en los objetivos *finés* de su creación. No se trata de un problema

---

(120) En efecto: en la cooperativa de trabajo la función de empresario es asumida por los socios trabajadores; en la cooperativa de consumo, los socios consumidores asumen la función del empresario minorista; en la cooperativa de producción, los socios productores reemplazan al empresario que sigue en la cadena de producción y se acercan un paso al mercado final; en la cooperativa de crédito los socios ahorristas y los socios consumidores de crédito reemplazan colectivamente al intermediario bancario; y así sucesivamente.

(121) No ingresaré aquí en la discusión acerca de si las cooperativas deben o no ser consideradas sociedades, cuestión que, de todos modos, no tiene incidencia en lo que expongo en el texto.

(122) Excepción hecha de las cooperativas de crédito, lo cual tiene explicación en razones propias de esa actividad.

de *capacidad de derecho* para actuar en el ámbito patrimonial, sino en la asignación del resultado de su actividad.

### V. EL OBJETO DE LA PERSONA JURÍDICA NO LIMITA SU CAPACIDAD DE DERECHO. SE TRATA DE UNA CUESTIÓN DE IMPUTABILIDAD

En el acápite precedente he tratado de vincular el concepto de *causa* con la finalidad de cada clase de persona jurídica, adelantándome en la argumentación acerca de que el *objeto* de cada una de ellas, no tiene vínculo con su plena capacidad jurídica. En el presente procuraré precisar este último elemento.

Para comenzar, vale recordar la noción de objeto de los contratos que da Puig Brutau: “el concepto jurídico que designamos con la expresión de objeto del contrato solo es una expresión abreviada que incluye lo siguiente: a) la celebración de un convenio, b) creador de un derecho personal de crédito, c) que impone determinada conducta entre los interesados o partes en la relación contractual, d) cuya conducta ha de referirse a una determinada cosa, objeto o servicio. Propiamente tienen objeto los derechos y obligaciones que han nacido del contrato” (123). Pero el elemento objeto así descripto corresponde a los contratos de cambio. Respecto de las personas jurídicas, en cambio, cuando se habla de objeto, la noción tiene “una naturaleza funcional. Se trata de un objeto de ejercicio continuado” (124). O, también, refiriéndose a las sociedades pero aplicable, *mutatis mutandis* a las demás personas jurídicas privadas, “el objeto está constituido (...) por la realización de la empresa” (125). El objeto de la persona jurídica es la descripción del contenido de actos o categorías de actos para atender o cumplir la finalidad de aquella, según su propia naturaleza (126).

---

(123) PUIG BRUTAU, José, “Fundamentos de derecho civil”, Ed. Bosch, Barcelona, 1954, t. II, vol. I, p. 142.

(124) COLOMBRES, Gervasio R., ob. cit., ps. 104-105.

(125) JUGLART, Michel de - IPPOLITO, Benjamin, ob. cit., ps. 72-73.

(126) Para estos conceptos, ZANELLI, ob. cit., p. 3. Como ya cité, este autor para las sociedades marca la diferencia entre objeto social y objeto del contrato de sociedad, así como otras relevantes consideraciones (*ibidem*, ps. 27-30) que lo llevan a concluir que “el objeto del contrato de sociedad y el objeto social son no solo conceptos distintos, sino también no comunicantes”.

Más allá de antiguas discusiones en la doctrina francesa acerca de si el objeto estaba tan estrechamente ligado a la personalidad que su cambio importaría también un cambio de esta última (127), y más allá, también, de la afirmación, en el derecho inglés, de la inmutabilidad del objeto de las compañías creadas por el parlamento (128), el objeto es mutable conforme a las reglas legales y estatutarias de la persona jurídica. No obsta a esa mutabilidad que en nuestro derecho, como en otros, el objeto deba ser determinado, como lo exigen los arts. 156 del Cód. Civ. y Com., 11, inc. 3º, de la LGS, y 8º, inc. 2º, de la ley 20.337 de cooperativas: el del objeto es un dato que forma parte del consentimiento calificado de quienes crean la persona jurídica, con mayor o menor énfasis en algunos casos, pero seguramente de modo determinante en el supuesto de las sociedades (129). Por ello existen reglas de consentimiento para modificar el objeto, consentimiento a veces unánime, a veces por mayorías calificadas, a veces con límites (130). Pero para todas las personas jurídicas existen reglas que lo permiten.

No cabe duda de que la de las personas jurídicas privadas es materia que ha merecido un tratamiento más frecuente y más intenso respecto de las sociedades que respecto de otras clases de entidades, con abundante jurisprudencia sobre diversos matices. Por ello los aportes desde esa fuente, en la que me apoyaré, son a menudo esclarecedores para ser extrapolados a las demás personas jurídicas privadas. Recuerdo, así, que en el derecho positivo argentino el art. 58 de la LGS (131) ocupa un lugar

---

(127) Véase HÉMARD, Jean - TERRÉ, François - MALIBAT, Pierre, "Sociétés commerciales", Dalloz, Paris, 1972, t. I, ps. 168-169. Véase también, respecto de una cuestión parecida en el derecho argentino anterior a la ley 19.550 (transformación si no había modificación sustancial del objeto), MALAGARRIGA, Carlos C., "Tratado elemental de derecho comercial", Ed. TEA, Buenos Aires, 1963, t. I, ps. 767 y ss.

(128) "La regla de la inmodificabilidad del objeto, comprensible en cuanto a la incorporación de la sociedad provenga de un acto legislativo en función de una finalidad pública (*statutory companies*), pero menos justificable cuando la formación de la sociedad se perfecciona a través de un procedimiento de registración de carácter general, e indiferente en cuanto a la finalidad particular perseguida por los socios (*registered companies*) confiere, en todo caso, coherencia al principio de la nulidad de los actos *ultra vires*" (ZANELLI, ob. cit., p. 378).

(129) Remito a MANÓVIL, Rafael M., "Actos...", cit., ps. 1055-1056.

(130) En el caso de las fundaciones, el art. 216, última frase, dispone que "la modificación del objeto solo es procedente cuando lo establecido por el fundador ha llegado a ser de cumplimiento imposible", norma que parece ser demasiado estrecha frente a otras circunstancias que puedan hacer aconsejable un cambio, por ejemplo, una ampliación.

(131) "Art. 58.- Representación: régimen. El administrador o el representante que de acuerdo con el contrato o por disposición de la ley tenga la representación de la so-



central para sostener que el objeto no limita la capacidad de la sociedad, y que, en cambio, se trata de una cuestión de su *imputabilidad* por los actos realizados por sus administradores y representantes, como demostraré más abajo.

En otro orden, y volviendo a la cuestión de la determinación del objeto, es preciso analizar qué intereses puede proteger y qué intereses protege el objeto de la persona jurídica. La sociedad es, otra vez, la clase de persona jurídica en la cual el análisis resulta más claro. Está ante todo, el interés de la propia persona jurídica, por caso, el de la sociedad. Respecto de esta se ha escrito, por ejemplo, que ello es así “porque delimita la esfera de su propia actividad (...) porque permite definir el ‘interés social’” (132). Pero, por sobre todo, como ya señalé *supra*, la determinación del objeto protege el interés de los socios por ser parte de su calificado consentimiento y porque sirve para que el patrimonio que contribuyeron a formar no sea aplicado a actividades o a riesgos que no consintieron.

El interés general o el interés público no es protegido en modo alguno por la determinación del objeto, excepto que se trate de entidades reglamentadas por su actividad, como compañías de seguros, entidades financieras, concesionarias de servicios públicos, etc., en cuyo caso tanto la mutabilidad como el apartamiento del objeto necesariamente debe contar con la aprobación de la autoridad respectiva.

En el plano teórico, la determinación del objeto, por lo menos de las sociedades, interesa no solo a los socios, sino también a la generalidad de los terceros, porque les da una pauta de las facultades de los representantes de la persona jurídica y de los eventuales elementos de riesgo a los que estarán sometidos al vincularse con ella (133). Empero, en el derecho positivo argentino, salvedad hecha de una estipulación contrac-

---

ciudad, obliga a esta por todos los actos que no sean notoriamente extraños al objeto social”.

(132) BROSETA PONT, Manuel, ob. cit. Disiento con este enfoque, porque en la visión contractualista del interés social, a la que adhiero, la voluntad común de los interesados, o sea, la de los socios en el caso de la sociedad, está por encima del objeto social, ya que puede modificarlo. En otras palabras, como ya señalé, en nota más arriba, el concepto de interés social está ligado al elemento causal y no al objeto. En sentido diverso, los enfoques institucionalistas de Walter Rathenau, Schlegerberger, Landsberger, Hausmann, Hauriou, Renard etc., para cuya crítica puede verse SATANOWSKY, Marcos, *Derecho comercial*, Ed. TEA, Buenos Aires, 1957, t. I, ps. 25-111.

(133) En particular es ello así para las sociedades, ya que son las que más frecuentemente se exponen a actividades que entrañan riesgos. Véase BROSETA PONT, Manuel, ob. cit., p. 48.

tual (134) no existe norma alguna que les dé la posibilidad de protegerse frente a un cambio, incluso sustancial, del objeto.

En cambio, la perspectiva es la inversa si se considera en particular al tercero que tiene interés en que a la persona jurídica le sea atribuida la relación jurídica de la cual es parte. Es en el interés de este tercero que, en la disyuntiva entre proteger razonablemente a este y proteger a la persona jurídica y sus integrantes, la norma societaria (art. 58) haya optado claramente por el primero, siempre que los actos realizados por los representantes “no sean notoriamente extraños al objeto social”. Se relegan así al ámbito interno las restricciones estatutarias y sus sanciones. La expresión no era nueva en el derecho argentino: está tomada del art. 302 del Cód. Com. de 1889, que exceptuaba de la responsabilidad solidaria de los socios de una sociedad colectiva “únicamente los casos en que la firma social fuese empleada en transacciones notoriamente extrañas a los negocios designados en el contrato de sociedad”. En otras palabras, las limitaciones internas a las facultades de los órganos de las sociedades son inoponibles a los terceros cuando el acto en cuestión sea un acto de administración social no notoriamente extraño al objeto social. Esa inoponibilidad deriva de que esos actos notoriamente extraños al objeto no son imputables a la persona jurídica y, como decía el más arriba citado Zannoni, son imputados a título personal a quien los realizó.

Con sustento en el art. 58 de la LGS, Otaegui (135) hace una clasificación de los actos según el grado de su lejanía respecto del objeto, con particular énfasis en los que son a título gratuito y en las liberalidades propiamente dichas, para concluir en que “1) el objeto social determina las actividades asignadas a la sociedad pero no limita la capacidad de la misma; 2) la sociedad queda obligada por los actos jurídicos extraños al objeto social que hayan concertado sus administradores ello sin mengua de la responsabilidad de estos; 3) la sociedad no queda obligada por los actos jurídicos notoriamente extraños al objeto social o actos extrañísimos que hayan concertado sus administradores (...); 4) no son *per se* actos extrañísimos (...) los actos jurídicos gratuitos tales como la

---

(134) Como la caducidad de plazos de un crédito en caso de modificarse el objeto social, por ejemplo.

(135) Este autor encuentra sustento adicional para sostener la desvinculación de la capacidad plena de las sociedades respecto de su objeto en las normas contables de la LGS, v.gr., por el hecho de que, conforme al art. 63-1º d LSG, puede hacer inversiones ajenas a la explotación de la sociedad (OTAEGUI, Julio C., “Objeto social, capacidad societaria y falencia”, comentario al fallo “Liledi SA s/ concurso de la CCiv. y Com. Mar del Plata”, sala I, 30/05/2006, LA LEY 2006-E, 545).

donación, la fianza la hipoteca de tercero, la renuncia de derechos y las liberalidades” (136).

Sobre la base de la diferenciación entre las nociones jurídica de capacidad e imputación, Suárez Anzorena hace ya casi cuatro décadas concluía en forma terminante que “la determinación del objeto de la sociedad hace exclusivamente al mecanismo de imputación de sus actos, pero no altera la genérica capacidad legal del ente de realizar actos jurídicos concretos, que existe conforme la ley se la confiera en cada supuesto, cualquiera fuere el objeto social” (137). Por sus fundamentos lógicos y jurídicos, la conclusión es idéntica para todas las personas jurídicas.

Si la cuestión vinculada al objeto es una cuestión de *imputabilidad*, o sea, de *oponibilidad* del acto a la persona jurídica, es claro que, contra lo que sostienen los autores que en ese sentido cité a lo largo de este trabajo, los actos ajenos al objeto no están afectados por *nulidad* alguna. Se trata de otra categoría de ineficacia, conforme lo establece el art. 382 del Cód. Civ. y Com.: “los actos jurídicos pueden ser ineficaces en razón de su nulidad o de su inoponibilidad respecto de determinadas personas”. La inoponibilidad a la persona jurídica de los actos excedentes de su objeto los hacen imputables a quienes actuaron por ella en exceso de esos límites.

Consecuencia de ello es que la persona jurídica privada, como lo sostuve para el caso particular de las sociedades mucho tiempo atrás (138), excepto que se trate de convalidar una ilicitud o de una actividad reglamentada por el Estado, los actos realizados en exceso de los límites del objeto pueden ser subsanados por el consentimiento, la autorización o la ratificación de los órganos competentes de cada persona jurídica, con los recaudos que correspondan a su clase y a su tipo, aún sin necesidad de producir una modificación de ese objeto en forma general y permanente.

## VI. EN TORNO DE LAS NOVEDADES DEL RÉGIMEN DEL CÓDIGO CIVIL Y COMERCIAL

Adelanto que más allá de lo que haya sido la intención de quien o quienes hayan querido retrotraer el estado de la cuestión a tiempos y concepciones largamente superados, el razonamiento jurídico sobre el

---

(136) OTAEGUI, Julio C., “Objeto...”, cit., p. 550.

(137) SUÁREZ ANZORENA, Carlos, ob. cit., p. 131.

(138) MANÓVIL, Rafael M., “Actos...”, cit., ps. 1067-1069. Cfme.: BADOLÁ, Claudia M., ob. cit., ps. 134-135.

tema no se altera con la sanción del Cód. Civ. y Com. En todo caso, para las sociedades no cabe duda de que prevalece inalterado su régimen especial. Ello así en razón de que el art. 150 del Cód. Civ. y Com. establece para las personas jurídicas privadas un orden de prelación en la aplicación de las normas que las rigen, y su inc. a) dispone que ello es “por las normas imperativas de la ley especial o, en su defecto, de este Código”.

La lógica jurídica impone idénticas respuestas para el resto de las personas jurídicas privadas, pese a que, como señalé más arriba, el art. 141 del Cód. Civ. y Com. se apartó de los proyectos precedentes, en particular del de 1998, en tanto a la aptitud para adquirir derechos y contraer obligaciones, le agregó “para el cumplimiento de su objeto y los fines de su creación”, y pese, también, a que omitió la disposición por la que “las personas jurídicas tienen capacidad para adquirir derechos y contraer obligaciones, según los fines de su constitución” (art. 139 del Proyecto de 1998).

Inmediatamente de conocido el Anteproyecto de lo que luego sería el Cód. Civ. y Com., se generó debate sobre el propuesto art. 141. Hubo quienes, sin un análisis crítico adecuado, y sobre todo sin justificación, dieron por hecho que “decididamente la reforma limita la capacidad de la sociedad al objeto y fines de su creación” (139). Otros, como Urbaneja, fueron severos críticos del texto proyectado, calificando la innovación de disvaliosa y asistémica, precisamente porque su texto “puede brindar argumentos a la perimida tesis según la cual ‘el objeto es la medida de la capacidad’” (140). Por ello sugería la reformulación del artículo. Porque, como ya señalé, las sociedades cuentan con el cuerpo normativo más desarrollado y más estudiado, el análisis de Urbaneja versa fundamentalmente sobre las sociedades y no sobre las otras personas jurídicas. Con relación a las sociedades, entonces, se pliega a otros autores, como Benseñor, para, apoyándose en la estructura lógica del art. 58 de la LGC rechazar de plano la idea de que el objeto pueda limitar la capacidad de cualquier persona jurídica,

Junyent Bas, ya sancionado el Cód. Civ. y Com., adhiere a la concepción que afirma la plenitud de la personalidad de la persona jurídica y que esta, por lo tanto, “puede realizar todo tipo de acto sin limitación de nin-

---

(139) LARRUY, Carlos B., “La persona jurídica en la reforma a los Códigos Civil y Comercial”, ED 251-566.

(140) URBANEJA, Marcelo E., “El objeto social y la capacidad de las sociedades comerciales en el Proyecto de Código Civil y Comercial de 2012”, ED 254-684.

guna especie” (141). Agrega que “la actuación en el ámbito de su objeto y fines de la creación no es un tema que afecte la capacidad del ente, sino que hace a la imputabilidad de los actos”. Es decir, excluye la posibilidad de que actos ajenos al objeto sean declarados nulos, y mucho menos nulos de nulidad absoluta, como pretende sin fundamento algún autor (142).

En el año 2018 se presentó un Anteproyecto para introducir algunas reformas al Cód. Civ. y Com., entre las cuales se contaba la propuesta de modificar el art. 141 para, recogiendo los textos literales del Proyecto de 1998, reparar las inconsistencias y ambigüedades de la norma sancionada. Ello provocó tanto apoyos (143) como críticas, estas últimas por considerarlo un *retroceso* (144). Vítolo, reiterando sus críticas al Anteproyecto citado, pero esta vez sumándole las que sobre el punto le merece el proyecto de Reformas a la Ley General de Sociedades de 2019, expresó en una ponencia que la reforma significaría la eliminación del principio de especialidad (como si este fuera un valor en sí mismo), y que ello sería desacertado, un retroceso y no un progreso, porque “debe mantenerse el principio de especialidad en materia de personas jurídicas privadas” (145). Ese principio, según el mismo autor —cuyos desarrollos analizo por lo representativo de su autoridad— “impone una limitación intrínseca a la capacidad de las personas jurídicas; es decir, no la restringe para determinadas especies de actos, sino que les están prohibidos algunos de ellos, cuando se consideren desvinculados de las finalidades que persiguen dichas personas” (146).

Su crítica, cuyo razonamiento es muy escueto e incompleto, luce infundada. Respecto de la que dedica a la reforma al art. 141 del Cód. Civ. y

---

(141) JUNYENT BAS, Francisco A., “Apuntes sobre la persona jurídica en el Código Civil y Comercial”, RDCO 2015-A-638.

(142) NISSEN, Ricardo A., “Ley de Sociedades Comerciales comentada”, Ed. Astrea, Buenos Aires, 2010, 3ª ed., t. I, p. 646, cuya devoción por las nulidades absolutas pasa por alto que, para que se configure tan grave consecuencia, debe hallarse afectado el orden público, la moral o las buenas costumbres, y no intereses privados.

(143) SAUX, Edgardo, “Algunas consideraciones sobre las reformas proyectadas en la parte General del Código Civil y Comercial de la Nación”, LA LEY, AD/DOC/827/2018, p. 8.

(144) VÍTOLO, Daniel, “Modificaciones sugeridas al régimen legal de personas jurídicas privadas en el anteproyecto de reformas al Código Civil y Comercial de la Nación”, Ed. Errepar, nro. 327, nov. 2018, p. 1048. Con similares argumentos AMARILLA GHEZZI, Juliano, ob. cit., ps. 1241-1242.

(145) VÍTOLO, Daniel, “Las personas jurídicas privadas frente al principio de especialidad”, en *Hacia un nuevo derecho societario*, cit., t. I, ps. 198.

(146) *Ibidem*.

Com. se limita a decir que estaría en contradicción con el art. 144 cuando este permite la declaración de inoponibilidad ante una actuación destinada a la consecución de fines ajenos a la persona jurídica (147). La crítica debe ser rechazada: parece a todas luces erróneo hacer depender el encuadre de una institución del derecho, como lo es la persona jurídica, de una norma que establece las condiciones de excepción para prescindir de ella en algún caso concreto. Además, en lo que concierne a la inoponibilidad de la personalidad jurídica, la eventual procedencia de su declaración se refiere al apartamiento de los fines propios de la persona jurídica, no a la actuación fuera de su objeto.

Idéntica crítica repite Vítolo respecto del Proyecto de Reformas a la LGS, en cuanto el art. 54 proyectado mantiene el criterio de procedencia de la inoponibilidad por utilización de la sociedad para fines extrasocietarios (148), mientras el art. 1º del Proyecto permite que las sociedades se creen con una finalidad distinta a la del reparto del lucro producto del riesgo corrido en común. Esta crítica también es inconsistente a la luz del vigente art. 3º de la LGC. Por fin, también critica que en el art. 2º se sustituyó la expresión “con el alcance fijado en esta ley”, por el fijado en la ley, en general. Ello sería “hacer escapar a las sociedades y su regulación del tradicional “derecho de categoría” con el cual hoy están investidas” (149). Esta crítica es tan infundada como las demás. No solo no explica en qué consistiría el valor de ese llamado derecho de categoría, sino que pasa por alto que la enmienda en el art. 2º fue puramente semántica, con el propósito de hacer notar que la condición de sujeto de derecho de las sociedades encuentra su límite en la legalidad y no solo en el marco de la misma Ley de Sociedades.

No puedo dejar de decir que *retroceso* es, en verdad, volver a sistemas de control restrictivo para la creación y para el funcionamiento de personas jurídicas privadas, o de rígidas cortapisas para su actividad, acercándose a tiempos históricos perimidos de poder absoluto del Estado. Por lo demás, críticas como algunas de las analizadas, derivan, a no dudarlo, de no haberse tomado en cuenta la separación conceptual entre el *objeto* y el elemento finalista y causal de las personas jurídicas en general, y de las sociedades en particular.

Como conclusión, diré que el art. 141 del Cód. Civ. y Com., al vincular la aptitud de las personas jurídicas para adquirir derechos y contraer

---

(147) *Ibidem*, p. 199.

(148) *Ibidem*, p. 200.

(149) *Ibidem*, ps. 200-201.

obligaciones con el *cumplimiento* de su objeto, ha introducido un factor de perturbación para el normal desarrollo del tráfico jurídico, ya que es de prever que alguna doctrina o, peor, alguna autoridad pública, pretenda hacer una aplicación restrictiva que eche dudas a la facultad de las personas jurídicas para desenvolverse libremente: por ello la cuestión debería ser legislativamente corregida. Pero no obstante el rancio sabor de la expresión allí usada, deberá prevalecer el racional análisis lógico-jurídico, aún *de lege data*. Valgan, entonces, las siguientes consideraciones finales, que lejos están de agotar todos los matices de la problemática:

a. El objeto de una persona jurídica no se *cumple*. La errónea expresión de *cumplir el objeto* aparece en muchas normas, pero no por ello es menos errónea, con muy contadas excepciones. Como lo expone la doctrina prácticamente en forma unánime, el objeto de la persona jurídica es un enunciado de uno o más tipos de actividades que ella se propone realizar para alcanzar su *finalidad*. Así, una fundación podrá tener por objeto la investigación de una enfermedad, o de enfermedades que afectan a un determinado órgano, una sociedad podrá tener por objeto importar y exportar frutas, una asociación civil podrá tener por objeto crear y desarrollar un establecimiento educativo que respete los valores de cierta religión. Esos objetos, como se señaló más arriba, son de ejecución continua, se mantienen en el tiempo, las actividades fluyen de modo permanente y no se agotan. *Cumplir* con el objeto sería tanto como estar sometido a una obligación, a una orden. Lo correcto sería referirse al *ejercicio de actividades comprendidas en el objeto* y, en todo caso, a su *agotamiento* cuando su enunciado admite que ello ocurra (v.g., construir un edificio determinado para su venta).

b. Demostrado que *capacidad* es un dato diferente al de la *imputabilidad* y que, en el plano de la lógica jurídica la delimitación del objeto de una persona jurídica es, precisamente, una cuestión de *imputabilidad* y no de falta de *capacidad* de derecho, no resulta sostenible una interpretación que rompa con esa lógica. Ello particularmente así en razón de la mutabilidad del objeto por decisión de los integrantes de la persona jurídica, de la prevalencia del sistema del art. 58 de la LGS para las sociedades por sobre una norma que solo trae la definición de un concepto y por la necesidad de interpretación sistemática del derecho, entre cuyos datos milita el de preservación del acto jurídico.

c. Señalé arriba que aún el acto notoriamente extraño al objeto de una persona jurídica, en particular de una sociedad, puede ser autorizado, convalidado o ratificado por el órgano competente de aquella, aún sin modificar ese objeto en forma general. Si la determinación del objeto generara una nulidad por los actos que lo exceden, tal acto de autoriza-

ción, convalidación o ratificación importaría una modificación voluntaria de la capacidad de derecho y un ir y venir inaceptable para una categoría jurídica como la *capacidad*.

d. Si alguien pudiera invocar la supuesta incapacidad de la persona jurídica para realizar el acto, sería ella misma, porque es ella en cuyo beneficio se establece. No es el poder público, porque la nulidad no sería absoluta (no hay contravención al orden público, ni a la moral o a las buenas costumbres, art. 386 del Cód. Civ. y Com.), sino relativa. Tampoco la contraparte. Regirían, entonces, lo dispuesto en el art. 388 Cód. Civ. y Com., en cuanto dice que “la nulidad relativa solo puede declararse a instancia de la persona en cuyo beneficio se establece” y el art. 393 del Cód. Civ. y Com. cuando dice que es “la parte que puede articular la nulidad relativa” quien puede manifestar expresa o tácitamente su voluntad de confirmar y tener por válido el acto viciado. Por supuesto que no paso por alto que la confirmación se puede manifestar “después de haber desaparecido la causa de nulidad”. Pero sería una petición de principios: si la causa de la nulidad era la ajenidad al objeto, bastaba con modificarlo, aún para el solo negocio a subsana, para que la causa desaparezca.

e. Por fin, contra la opinión de algunos autores clásicos que he citado, que creían en la posibilidad de fragmentar a la persona jurídica sobre la base del alcance de su capacidad, la persona jurídica es una sola, íntegra e indivisible (excepto por un acto orgánico como la escisión). Vale, entonces hacer el planteo siguiente: la aptitud para adquirir derechos y obligaciones es precisamente eso, una cualidad, una aptitud. De esta deriva la condición de persona jurídica. Entonces, cuando la persona jurídica adquiere derechos o contrae obligaciones que son ajenos o excedentes a su objeto, ¿qué ocurre con la persona jurídica? ¿Deja de ser persona? ¿Acaso habrá perdido la aptitud para adquirir derechos y contraer obligaciones? ¿O seguirá siendo el mismo sujeto que, simplemente, realizó un acto que excede de su objeto? ¿Cuál es la consecuencia más razonable y más práctica? Las respuestas se concatenan: sigue siendo persona, sigue teniendo la aptitud para adquirir derechos y contraer obligaciones, el acto que excedía o era ajeno a su objeto sigue siendo un acto pero es ineficaz respecto de la sociedad, le es inoponible, no le es *imputable*. Plantearlo como un acto nulo no protege a nadie y es ineficiente.

f. En cualquier caso es necesario tener presente que la persona jurídica tiene capacidad genérica para realizar cualquier clase de actos y adquirir cualquier clase de derechos de contenido patrimonial. Puede realizar todos los actos y celebrar todos los contratos lícitos previstos o no en el ordenamiento jurídico, y asimismo, en el estado actual de nuestro derecho, actos ilícitos, que también le pueden ser imputados. Los lí-



mites que derivan del objeto se refieren únicamente al *contenido* de los actos, no a su categoría. La persona jurídica puede comprar, por ejemplo, pero tal vez su objeto le impida comprar ciertas cosas o comprarlas con determinado destino. Sin embargo, contenidos idénticos pueden estar dentro del objeto o excederlo en función de otros datos. Un ejemplo lo demuestra. Una sociedad tiene por objeto importar fruta desde Brasil y Paraguay. El contrato a celebrar es la compra de camiones. Mientras compre un número adecuado a su propio tráfico de mercadería, el acto estará dentro del objeto. Si el número es muy grande, por ejemplo, 50 camiones, parecerá casi obvio que no son para transportar la mercadería sino para otro fin, eventualmente revenderlos. ¿Dónde estará el límite? La noción de *notoriamente extraño* ayuda a analizar el caso concreto con un criterio de racionalidad. Por supuesto que la cuestión se hace más difícil si los 50 camiones no se compran al mismo proveedor sino a varios. En todo caso, en una situación así, es evidente que la sociedad del ejemplo no puede haber sido capaz para adquirir hasta un número determinado de camiones e incapaz para adquirir el resto.

g. Invocar en todo este contexto la *especialidad*, y tanto más atribuirle la jerarquía de un *principio*, no agrega una palabra a la sustancia de la discusión. Lejos de ello, puede ser la herramienta, aún involuntaria, para predicar restricciones innecesarias y contraproducentes, así como para ejercer la opresión del poder sobre los particulares que necesitan o desean hacer uso del instrumento de la persona jurídica, en cualquiera de sus clases.

## VII. CIERRE

Aunque probablemente lo escribió en un contexto más profundo que el de esta contribución, quisiera cerrarla usando palabras de Ascarelli, quien escribió que “la personalidad jurídica constituye, en sustancia, un instrumento que debemos dominar y no ya una hipótesis por la cual debemos ser dominados. Es por eso necesario siempre examinar a qué problema se refiere la normativa indicada con persona jurídica y a cuáles problemas esa normativa es extraña” (150).

---

(150) ASCARELLI, Tulio, “Problemi giuridici”, Milán 1959, t. II, p. 896, 15, cit. por FARGOSI, Horacio, ob. cit., p. 796.



# ¿POR QUÉ EL DERECHO DE LA NAVEGACIÓN SE APARTA DEL DERECHO CIVIL EN MATERIA DE RESPONSABILIDAD? (1)

POR ALBERTO C. CAPPAGLI

## PRIMERA PARTE

### I. INTRODUCCIÓN

1. No intento ofrecer un estudio sobre la responsabilidad civil en el derecho de la navegación. El propósito de estas líneas se limita a considerar por qué el derecho de la navegación se aparta del derecho civil en materia de responsabilidad.

2. Para facilitar la exposición, en esta Primera Parte dedico unas pocas líneas a las actividades que regula la Ley de la Navegación (2) (en adelante, LN), a la autonomía del derecho de la navegación, a su lugar en el ordenamiento jurídico argentino, a la “personificación” del buque y a una cuestión de lenguaje (¿transportador o transportista?).

En la Segunda Parte me ocupo de las razones por las que el derecho de la navegación se aparta del derecho civil en materia de responsabilidad.

---

(1) Me he ocupado de la responsabilidad civil en el derecho de la navegación en la disertación del 25/11/2014 en el marco de la Sección de Derecho de la Navegación del Instituto de Derecho Empresarial de la Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Buenos Aires, y en el artículo publicado en LA LEY, 2019-B, 1023.

(2) Ley 20.094, 1973.

### I.1. La Ley de la Navegación

3. El art. 1º de la LN dispone: “Todas las relaciones jurídicas originadas en la navegación por agua se rigen por las normas de esta ley, por las leyes y reglamentos complementarios y por los usos y costumbres. A falta de disposiciones de derecho de la navegación y en cuanto no se pudiera recurrir a la analogía, se aplicará el derecho común”.

### I.2. Las relaciones jurídicas regidas por la Ley de la Navegación

4. Al disponer que rige “todas las relaciones jurídicas originadas en la navegación por agua”, la LN es aplicable a la navegación marítima, fluvial, portuaria y lacustre, cualesquiera sean los propósitos: transporte de personas o de cosas, investigaciones científicas, apoyo a buques o a plataformas flotantes o fijas de cualquier tipo, deporte, esparcimiento, etcétera (3). Solo quedan excluidos del ámbito de aplicación de la LN, los buques militares y de policía, y sus actividades (4).

El régimen de la responsabilidad civil en el derecho de la navegación no varía según las aguas en las que se la practique ni de los propósitos con los que se navegue.

### I.3. La autonomía de las ramas del derecho

5. La autonomía de las ramas del derecho ha sido discutida (5). Se ha considerado que *autonomía* es un concepto relativo (6) y se ha dicho que la división entre derecho público y derecho privado solo sería aceptable debido a que la tradición llevaría a considerarla como un valor entendido que también tiene utilidad didáctica (7).

Considero que la autonomía de las diversas ramas del derecho no implica que ellas constituyan compartimientos estancos, aislados y sin

---

(3) Art. 5º, Ley de la Navegación.

(4) Art 6º de la misma ley.

(5) AFTALIÓN, Marcelo E., “Acerca de la pretendida autonomía de las ramas jurídicas”, LA LEY, 122-1201.

(6) RAY, José D., “Derecho de la navegación con textos legales nacionales e internacionales y sobre comercio exterior”, Ed. Abeledo Perrot, Buenos Aires, 1992, t. I, ps. 99-100.

(7) AFTALIÓN, Enrique A. - GARCÍA OLANO, Fernando - VILANOVA, José, “Introducción al derecho”, Ed. Cooperadora de Derecho y Ciencias Sociales, Buenos Aires, 1980, 11ª ed. actualizada, p. 489-490.

conexión (8). El derecho es solo uno. Su división en ramas autónomas es una herramienta que se emplea para su interpretación y para determinar el orden de precedencia entre las diferentes normas del ordenamiento jurídico (9).

#### I.4. La autonomía del derecho de la navegación (10)

6. En la República Argentina el derecho de la navegación —también mencionado como derecho marítimo (11)— constituye una rama autónoma del derecho (12).

El actual Código Civil y Comercial que entrara en vigor el 1 agosto de 2015 fue aprobado por la ley 26.994 (2014), cuyo art. 5º mantuvo la vigencia de la LN como “ley especial”. Es una de las leyes a las que, entre otras, aluden los arts. 963 y 1709 del Cód. Civ. y Com. al disponer que las

---

(8) Como señalaba Ray, los términos “autonomía, especialidad y particularismo, se pueden utilizar como sinónimos (RAY, ob. cit., t. I, p. 100), de modo que así los utilizo. Desde la segunda mitad del siglo XX, los autores italianos y también los argentinos, suelen emplear la palabra “autonomía”, en tanto que los autores franceses suelen aludir a la “particularidad” del derecho marítimo.

(9) Sobre la autonomía de las ramas del derecho, con particular referencia al derecho de la navegación, ver: RAY, ob. cit., t. I, 99-107.

(10) Sobre la autonomía del derecho de la navegación en la Ley de la Navegación argentina, se puede ver: RAY, ob. cit., t. I, ps. 99 y ss.; GONZÁLEZ-LEBRERO, Rodolfo A., Ed. Depalma, Buenos Aires, 2000, 4ª ed. ampliada y actualizada, ps. 16-18; MONTIEL, Luis B. - DOLCE, Marino (col.), “Curso de derecho de la navegación”, Ed. Astrea, Buenos Aires, 1975, ps. 4-7, entre otros autores.

(11) Tradicionalmente el derecho marítimo fue la rama del derecho que regulaba la navegación marítima. La navegación en aguas interiores, ríos y lagos era ajena al derecho marítimo, tal como hoy ocurre en diversos ordenamientos jurídicos extranjeros. Por el contrario, en nuestro país el Libro III del hoy derogado Código de Comercio, se titulaba “De los derechos y obligaciones que resultan de la navegación” y gobernaba la navegación marítima y también la fluvial y la lacustre, tal como la actualmente ocurre bajo la vigente LN. Si bien la denominación adecuada es “derecho de la navegación”, es frecuente que los autores y los tribunales la mencionen como “derecho marítimo”. Probablemente esto se deba a que aún entrado el siglo XX, el grueso de la literatura jurídica provenía de autores de países que comentaban *il diritto marítimo*, *le droit maritime* o *the maritime law*, de modo que los juristas locales utilizaban —y siguen utilizando— similar lenguaje.

(12) Si bien el particularismo y la autonomía del derecho marítimo data de siglos atrás, modernamente se manifestó de modo terminante en el Código de la Navegación de Italia de 1942. En gran medida, a través del Proyecto Malvagni, el código italiano ha inspirado a nuestra Ley de la Navegación vigente. Más recientemente, en 2014, España ha sancionado su Ley de Navegación Marítima en la misma línea.

disposiciones de las leyes especiales prevalecen sobre las disposiciones del Código (13).

Ricardo L. Lorenzetti menciona la LN y otras leyes como “microsistemas” (14), caracterizando estos como “normas con un alto grado de autonomía, ya que presentan propias fuentes, sus leyes, reglamentos, interpretación, congresos científicos, con una especificidad que se acentúa hasta constituirse en subsistemas autorregulados” (15).

### 1.5. La ubicación del derecho de la navegación en el ordenamiento jurídico argentino

7. Como queda dicho, la autonomía consagrada por la LN no significa que el derecho de la navegación constituya un compartimiento estanco (16).

Esta rama del derecho integra el ordenamiento jurídico argentino encabezado por la Constitución Nacional que con “las leyes de la Nación que en su consecuencia se dicten por el Congreso y los tratados con las potencias extranjeras son la ley suprema de la Nación” (17).

Claramente, tanto las leyes como los tratados aprobados por el Congreso (18) tienen jerarquía suprema si respetan las disposiciones de la

---

(13) Si bien el ap. a) del art. 1089 parece disponer que las normas indisponibles del Código Civil y Comercial tendrían prelación sobre las disposiciones indisponibles de las leyes especiales, en realidad son las normas de las leyes especiales las que tienen prelación por sobre las del Código (ALFERILLO, Pascual E., coment. al art. 1709, en ALTERINI, Jorge H. (dir.), “Código Civil y Comercial comentado. Tratado exegético”, Ed. La Ley, Buenos Aires, t. VIII, p. 12, y en el mismo sentido, LÓPEZ HERRERA, Edgardo, coment. al art. 1722, en RIVERA, Julio C. - MEDINA, Graciela (dirs.), “Código Civil y Comercial comentado”, Ed. Thomson Reuters - La Ley, Buenos Aires, 2014, t. IV, p. 991. A su vez, el art. 1281 excluye de su normativa al transporte por agua (CALLEJA, Martín, coment. al art. 128, en BUERES, Alberto [dir.], “Código Civil y Comercial de la Nación y normas complementarias. Análisis doctrinario y jurisprudencial”, Ed. Hammurabi, Buenos Aires, 2018, vol. 3D, p. 275).

(14) LORENZETTI, Ricardo L., “Teoría de la decisión judicial. Fundamentos de derecho”, Ed. Rubinzal-Culzoni, Santa Fe, 2008, 1ª ed., 1ª reimp., p. 36, nota 17.

(15) *Ibidem*, p. 36.

(16) *Supra*, nro. 4, párr. 2º.

(17) Art. 31, CN.

(18) El art. 2º, 1. a) de la Convención de Viena sobre Derecho de los Tratados, de la que nuestro país es parte, dispone: “Se entiende por ‘tratado’ un acuerdo internacional celebrado por escrito entre Estados y regido por el Derecho Internacional, ya

Constitución (19). Las leyes y los tratados internacionales que se apartan de la Constitución no pueden ser considerados dictados en consecuencia de ella (20).

Los tratados aprobados por el Congreso tienen jerarquía superior a las leyes (21) y son tales no solo los denominados tratados, sino también diversos otros instrumentos internacionales con distintas denominaciones entre ellos los llamados convenios o convenciones internacionales (22). La diversidad terminológica es irrelevante (23).

Nuestro país es parte en numerosos convenios o convenciones internacionales que tratan diversos aspectos de derecho público y de derecho privado de la navegación, y numerosos instrumentos internacionales son fuente de nuestro derecho interno.

### **1.6. El orden de prelación de las normas aplicables a las cuestiones regidas por la Ley de la Navegación**

8. Aunque el art. 1º de la LN no menciona la Constitución ni los tratados, el orden de prelación de las normas aplicables a las relaciones jurídicas originadas en la navegación es:

i) La Constitución Nacional.

ii) Los tratados, convenciones, convenios y otros instrumentos internacionales aprobados por el Congreso, que regulen relaciones jurídicas originadas en la navegación.

---

constare en un instrumento único o en dos o más instrumentos conexos y cualquiera sea su denominación particular”.

(19) Art. 75, inc. 22, CN.

(20) Invocando los arts. 27 y 31, CN, Lorenzetti expresa que al tener jerarquía de ley, los tratados también se deben ajustar a la Constitución debido a lo dispuesto por los arts. 27 y 31 de esta (LORENZETTI, Ricardo L., ob. cit., p. 95).

(21) Art. 75, inc. 22, CN.

(22) DE LA GUARDIA, Ernesto – DELPECH, Marcelo, “El derecho de los tratados y la Convención de Viena de 1969”, Ed. La Ley, Buenos Aires, 1970, p. 151.

(23) VERDROSS, Alfred, “Derecho internacional público”, Ed. Biblioteca Jurídica Aguilar, Madrid, 1974, 4ª ed. alemana, en colaboración con Karl Zemanek, trad. directa con notas y bibliografías adicionales por A. Truyol y Serra, p. 92.

iii) La LN y las leyes complementarias (p. ej., la Ley de Cabotaje (24) y la Ley de Desarrollo de la Marina Mercante Nacional (25), entre otras).

iv) Los reglamentos complementarios (por ejemplo, el Régimen de la Navegación Marítima, Fluvial y Lacustre (26), que suele ser citado como *Reginave*).

v) Los usos y costumbres (los usos y costumbres propios de las relaciones jurídicas originadas en la navegación).

vi) A falta de disposiciones del derecho de la navegación, se debe recurrir a las soluciones adoptadas por el derecho de la navegación para situaciones análogas a las del caso a resolver.

vii) Solo cuando se agotan todas las alternativas mencionadas, corresponde aplicar el derecho común, ello es disposiciones del Cód. Civ. y Com. —aunque sin limitarse a las de este (27)— y los principios y valores jurídicos, interpretados coherentemente con todo el ordenamiento.

9. El derecho de la navegación no prescinde del derecho común, en gran medida expresado en el Cód. Civ. y Com., ni lo relega. El derecho civil es la columna vertebral del derecho privado y cuando la índole de las relaciones jurídicas emergentes de la navegación no hace necesario que se aparte del derecho civil, el derecho de la navegación se atiene a sus disposiciones.

Cuestiones tales como la capacidad de las personas, la nulidad de los actos jurídicos, los aspectos básicos del régimen de las obligaciones y de los contratos, los conceptos de culpa, dolo y caso fortuito, el régimen general de la prescripción, sus efectos, su suspensión e interrupción, y numerosos conceptos e instituciones del derecho civil, no hacen necesarias disposiciones distintas para satisfacer las necesidades de la navegación, de modo que en los aspectos no contemplados por las fuentes del derecho de la navegación que resultan del art. 1º de la LN, las disposiciones del Cód. Civ. y Com. son directamente aplicables a las relaciones jurídicas emergentes de la navegación.

---

(24) Dec.-ley 19.492 de 1944, ratif. por ley 12.980 y también por la ley 27.419 de 2017 y las diversas modificaciones resultantes de las leyes 18.706 (1970), 22.415 (1981), 26.778 (2012), 27.419 (2017) y 27.445 (2018).

(25) Ley 27.419 (2017).

(26) Dec. 770/2019.

(27) En causas de derecho de la navegación, la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil y Comercial Federal, ha recurrido a disposiciones del derecho aeronáutico (sala 1, 27/11/1986, “Caja... c. Administración General de Puertos y otra causa 4194”).



### **I.7. Las disposiciones de la Ley de la Navegación no concurren con disposiciones del Código Civil y Comercial ni con las disposiciones de otras leyes**

10. En los casos de concurrencia disposiciones del Cód. Civ. y Com. con disposiciones de leyes especiales (la LN es una de ellas), los arts. 963 y 1709 del Código asignan prelación a las disposiciones de las leyes especiales, siguiendo así el principio que la ley especial prima sobre la general. Sin embargo, ninguna disposición de la LN “concorre” con disposiciones del Cód. Civ. y Com.

El art. 1º *in fine* de la LN es terminante: Ninguna disposición del derecho de la navegación puede concurrir con disposiciones del derecho común porque este solo se aplica “a falta de disposiciones de derecho de la navegación y en cuanto no se pudiese recurrir a la analogía”.

### **I.8. La “personificación” del buque**

11. En la literatura jurídica dedicada al derecho de la navegación, en las sentencias de los tribunales y en la legislación, es frecuente que se aluda al buque como si fuera una persona, un sujeto que sería titular de derechos e incurriría en obligaciones.

Así es que en diversas disposiciones de la LN se lee:

- “Disponer (...) con cargo al buque” (art. 41);
- “los buques (...) pueden accionar directamente contra terceros (...) o reclamar ante la autoridad marítima por las indemnizaciones o compensaciones” (también art. 41);
- “los buques surtos en puertos están obligados recíprocamente a” (art. 42);
- “Ni el transportador ni el buque son responsables” (art. 275);
- “La responsabilidad (...) del buque” (art. 278);
- “Ni el transportador ni el buque responden” (art. 279);
- “Si el abordaje es causado por culpa de uno de los buques” (art. 359).

12. El art. 2º de la LN establece que buque es “toda construcción flotante destinada a navegar” y el art. 155 lo califica como “bien registrable”. En el lenguaje del art. 16 del Cód. Civ. y Com., el buque es uno de “los

bienes materiales [que] se llaman cosas". No cabe duda alguna de que los buques son "cosas" (28).

Sin embargo, como he dicho, la literatura dedicada al derecho de la navegación, la jurisprudencia y la LN, suelen mencionar a los buques como si fueran sujetos capaces de adquirir derechos y contraer obligaciones. Sobre la personificación del buque, Antonio Scialoja sostuvo: "La personificación metafórica del buque es tradicional y se remonta a una época en la que realmente no podía ocultar ningún significado jurídico (Tabla de Amalfi, cap. 4: *patronus debet de clarare quantas partes trahit navigium*; cap. 38: *si aliquod navigium contrahit societatem cum alio navigium, vulgariter conserva*: cap. 47: *se lo navilio no havese alcuno guadagno*).

"Sin embargo, ciertos autores llevaron tan adelante esta metáfora que llegaron a creer que se le podrían extraer deducciones jurídicas, y luego otros sostuvieron expresamente que el buque es, o debería ser considerado como un sujeto jurídico, tesis que llegó a contar con el apoyo de un congreso internacional de derecho marítimo" (29).

### I.9. ¿Transportador o transportista?

13. La LN y la doctrina utilizan frecuentemente la palabra "transportador", aunque también usan "transportista", de modo que resulta generalizado el uso de estas palabras como sinónimos.

De acuerdo con el *Diccionario de la lengua española*, "transportador" es un adjetivo que significa "que transporta", pero también es usado como sustantivo. En la segunda acepción significa "círculo graduado de metal, talco o papel, que sirve para medir o trazar los ángulos de un dibujo geométrico".

"Transportista", según el mismo *Diccionario* es un sustantivo masculino y tiene solo una acepción: "el que tiene por oficio hacer transportes". Siendo "transportista" un sustantivo y teniendo solo una acepción,

---

(28) Conf., SCIALOJA, Antonio, "Sistema del derecho de la navegación", Ed. Bosch y Cía. Editores, Buenos Aires, 1950, trad. D. Viterbo de Frieder y S. Sentís Melendo, ps. 201-203. Contra, CHAMI, Diego E., "Manual de derecho de la navegación", Ed. Abeledo Perrot, Buenos Aires, 2010, ps. 104-105, que considera que se puede afirmar que el buque no es simplemente una cosa porque comprende no solamente el aspecto material como cosa, sino que en el concepto de buque se incluiría, además de esa parte material susceptible de tener valor, aspectos inmateriales susceptibles de tener valor.

(29) *Ibidem*, ps. 202-202.

en general me he inclinado a usar esta palabra (aunque reconozco que no siempre lo hice en el pasado). En las transcripciones me atengo al lenguaje del texto que transcribo.

## SEGUNDA PARTE

### II. LA RESPONSABILIDAD CIVIL EN EL DERECHO DE LA NAVEGACIÓN ARGENTINO

#### II.1. Razones que justifican las particularidades de las disposiciones sobre responsabilidad civil en las relaciones jurídicas originadas en la navegación

14. La doctrina ha señalado diversos factores propios de la navegación que justifican el régimen particular de responsabilidad que, en diversos aspectos, se apartan del derecho común.

15. En la doctrina italiana, Antonio Scialoja (30) señaló como fundamento de la especialidad del derecho marítimo las situaciones peculiares y a las exigencias del tráfico, destacando el riesgo de la navegación, la mancomunidad y solidaridad de quienes arriesgan vidas y bienes, y la lejanía del buque, confiado a la autoridad y pericia del capitán ante cualquier eventualidad, concluyendo Scialoja que “es inevitable que estos elementos de hecho, tan marcados y distintos, impongan al derecho de la navegación normas reguladoras, originales o adaptadas, un sello común, preciso y característico” (31).

16. El autor francés Pierre Bonassies se refiere a los fundamentos del particularismo del derecho marítimo, diciendo que se explica por la naturaleza de las cosas. Cuando en el pasado se fue formando esta rama del derecho, con la zarpada del buque se perdía el contacto entre el naviero y el capitán. Paralelamente el buque constituía —y me permito agregar que todavía constituye— un elemento relevante para el crédito: era —y es— el único bien del patrimonio del naviero al alcance de los acreedores para perseguir sus créditos, especialmente en puertos extranjeros. Y

---

(30) Antonio Scialoja era un convencido y gran difusor de la autonomía del derecho de la navegación. La autonomía fue acogida por el Código de la Navegación italiano de 1942 y luego por nuestra actual LN.

(31) SCIALOJA, Antonio, ob. cit., p. 5.

como razón fundamental del particularismo, Bonassies señala los riesgos de la navegación (32).

17. El español Francisco de Gamechogicoechea y Alegria menciona el mar y los peligros del mar, y dice que “el ambiente en el que se desenvuelven las normas marítimas presenta rasgos fisonómicos que no hallan aplicación en las reglas civiles o comerciales terrestres” (33).

18. Considero que actualmente las particularidades del régimen de la responsabilidad civil en el derecho de la navegación se justifican no solo por los factores señalados por los autores que cité precedentemente, sino fundamentalmente por la diversidad de sujetos que participan en la explotación de los buques y por las características de esa explotación. También influye la tendencia a la unificación o armonización del derecho de la navegación.

## **II.2. La diversidad de sujetos que participan en la explotación de los buques, las características de su explotación y la internacionalidad de la actividad**

### ***II.2.a. La diversidad de sujetos***

19. Cuando se considera la responsabilidad en el derecho de la navegación, es imprescindible tener en cuenta que son varios los sujetos que pueden tener la disponibilidad de un buque, tales como los propietarios, los armadores, los fletadores a tiempo, los fletadores por viajes y los transportistas.

i) “Propietario”, es el titular del dominio del buque.

ii) “Armador” es quien utiliza el buque por cuenta propia (art. 219, LN). El armador puede ser propietario, caso en el cual las dos calidades coinciden en el mismo sujeto. Quien no es propietario puede utilizar un buque por cuenta propia por haberlo recibido bajo un contrato de locación, caso en el cual el propietario y el armador son sujetos distintos.

iii) “Fletador a tiempo” es quien mediante un contrato con el armador (que puede ser o no propietario) tiene a su disposición el buque, para realizar viajes durante el plazo y en las condiciones del contrato (art. 227, LN).

---

(32) BONASSIES, Pierre, en BONASSIES, Pierre – SCAPEL, Christian, “Droit maritime”, LGDJ, Paris, 2006, p. 5.

(33) DE GAMECHOGOICOEHEA – ALEGRIA, Francisco, “Derecho marítimo español”, Bilbao, 1941, t. I, ps. 45-46.

iv) “Transportista” es quien contrata con el cargador el transporte de mercaderías, sea propietario, armador, fletador (fletador a tiempo, o fletador total o parcial por uno o más viajes) o quien tenga la disponibilidad del buque (art. 267, LN).

Estas distintas calidades o algunas de ellas, pueden coincidir en un sujeto o cada calidad puede ser asumida por distintos sujetos.

Es frecuente que algunos de los sujetos mencionados (en especial los propietarios o armadores) sean sociedades constituidas por un testaferro (34) en un “paraíso fiscal” y que estas sociedades operen solo un buque que constituye todo su patrimonio (*one ship, one company*), buque que nunca ha visitado ni visitará puerto alguno del estado de su bandera, y que el capitán, oficiales y tripulantes no son nacionales ni residentes de ese estado. Se trata de estados cuya legislación facilita la transferencia instantánea de la propiedad y el cambio de la nacionalidad del buque.

Estas sociedades, sus socios verdaderos y los buques, carecen de relación auténtica con el estado en el que se constituyera la sociedad y se registrara el buque, adquiriendo este la nacionalidad del estado y el derecho a usar su bandera. Las tasas de registración de las sociedades y de los buques, son la principal (o casi única) fuente de recaudación de esos estados. Se trata de las llamadas “banderas de conveniencia” (35).

Muchas personas razonablemente educadas, no ubicamos fácilmente en un mapamundi a algunos de estos estados (36) pero sus registros encabezan la lista de los mayores tonelajes de buques mercantes y los buques de su bandera transportan la mayor parte del comercio marítimo mundial (37).

---

(34) Según el *Diccionario de la lengua española*, testaferro es “el que presta su nombre en un contrato, pretensión o negocio que en realidad es de otra persona”.

(35) Sobre banderas de conveniencia y segundos registros, se puede ver, entre otros: RAY, ob. cit., t. I, ps. 279 y ss.; CHAMI, Diego E., ob. cit., ps. 139 y ss.

(36) Por ejemplo, Islas Caimán, Comora, Madeira, Islas Marshall, Moldavia, Vanuatu. Incluso he oído a un abogado de un país cuya bandera es de conveniencia (pero que no uno de los países mencionados) aludir —en una reunión académica pública— a “los consumidores de la bandera” de su país.

(37) En Panamá, país que lidera la lista de países de banderas de conveniencia, el 01/01/2019 estaban registrados 7.860 buques, que constituían el 8,16% del total mundial de buques mercantes de navegación marítima, con 333.337.000 toneladas, constituyendo el 17% del tonelaje mundial; seguían a Panamá, Islas Marshall, Liberia, Hong Kong, Singapur y Malta. El primer país cuya bandera no es de conveniencia era China, que ocupaba el séptimo lugar con 5.589 buques que implicaban el 5,80% del total mundial de buques mercantes, totalizando 91.905.000 toneladas que signi-

### *II.2.b. Las particularidades de la explotación de los buques*

20. Los buques —tanto aquellos que sus propietarios o armadores tienen una relación auténtica con el estado de su bandera, como los de bandera de conveniencia— navegan en todas aguas navegables del planeta y recalcan brevemente en diversos puertos de distintos estados, en los que se les prestan servicios de pilotaje, de remolque y de amarre, los armadores compran provisiones y los fletadores a tiempo compran combustible, los propietarios ordenan reparaciones y diversos sujetos incurren en una larga lista de gastos relativos al buque.

Fuera de las actividades relacionadas con la navegación, los acreedores normalmente conocen a sus deudores, saben sus domicilios y tienen información sobre sus patrimonios, pero esto no ocurre en la actividad marítima (38).

Por el contrario, quienes prestan servicios, proveen combustible y provisiones y llevan a cabo reparaciones, normalmente desconocen si el armador es o no propietario del buque, si este está fletado a tiempo o si contraerá obligaciones que puedan generar privilegios que venzan al suyo (39) y hasta desconocen qué persona física o jurídica es su deudor, con el cual tal vez no tenga contacto directo alguno (40). En la misma situación se encuentran los interesados en la carga transportada, cuando en el puerto de destino se constatan pérdidas o daños a la mercadería.

Para proteger a los acreedores marítimos, la LN (al igual que la legislación de la generalidad de los países), adopta disposiciones que se apartan significativamente de las del art. 2573 y ss. del Cód. Civ. y Com.

---

ficaban el 5% del tonelaje mundial, datos todos estos según cálculos de la secretaría de la UNCTAD, en: Conferencia de las Naciones Unidas sobre Comercio y Desarrollo (UNCTAD), Informe sobre el transporte marítimo, 2019, p. 59.

(38) Cfr. RAY, ob. cit., t. I, p. 441.

(39) De acuerdo con el art. 2573 del Cód. Civ. y Com., el privilegio solo puede ser ejercitado si la cosa gravada permanece en el patrimonio del deudor, en tanto que el art. 487 de la LN dispone que el privilegio grava al buque aunque la deuda no hubiera sido contraída por su propietario y el art. 484, inc. c) dispone que la transferencia de la propiedad del buque no extingue los privilegios sino después de transcurridos tres meses desde la inscripción en el Registro de Buques, pero los nuevos privilegios pueden tener preferencia sobre los nacidos con anterioridad.

(40) Quienes prestan servicios o proveen suministros en los puertos, especialmente cuando se trata de buques que no recalcan regularmente allí, mantienen los contactos con el agente marítimo local que actúa como mero representante del propietario, del armador, del fletador a tiempo o de algún otro sujeto, pero que no responde por las deudas de ellos.

Así es que el derecho de la navegación reconoce privilegios sobre los buques aunque quien contrajera la deuda no fuera el propietario (41), establece la prioridad de los créditos privilegiados sobre los buques en orden inverso a la fecha del nacimiento (42), asigna prioridad a los del último viaje por sobre los de viajes anteriores (43), gravan el buque aunque este cambie de propietario o de armador (44), y facilitan el embargo de los buques y la prohibición de navegar mientras el pago de los créditos no es garantizado (45).

### **II.2.c. La tendencia a la unificación**

21. El derecho de la navegación tiene una clara tendencia a la unificación internacional. Decía Ray: “Es indiscutible que existe una tendencia a buscar la uniformidad por el carácter internacional de la navegación, que pone en contacto a personas de países y ordenamientos distintos y se explica así que casi la totalidad de las instituciones hayan sido materia de conferencias internacionales, con miras a dictar normas uniformes que supriman las divergencias existentes o aseguren la adopción de determinadas medidas. No obstante, no podemos dejar de puntualizar que se trata de una simple tendencia hacia a uniformidad, porque los ordenamientos estatales presentan siempre ciertos caracteres, producto de circunstancias o situaciones especiales del lugar o del mismo ordenamiento, que distinguen las instituciones de diversos Estados” (46).

Atilio Malvagni, en la Exposición de Motivos de su Proyecto de Ley General de la Navegación, fuente inmediata de la mayoría de las disposiciones de la actual LN expresó: “Las convenciones internacionales

---

(41) Art. 487, LN. RAY, ob. cit., t. I, p. 443. Jorge BENGOLEA ZAPATA se ha detenido en estos aspectos, en “La responsabilidad del propietario no armador. Evolución de su régimen”, en *Instituciones de derecho de la navegación*, Ed. Lerner, Córdoba, 2014, 1ª ed., ps. 412 y ss., en particular, ps. 415-420. En la p. 417, Bengolea Zapata parecía considerar que con el desarrollo de la publicidad (entendiendo que de la publicidad registral) se podría superar que el propietario no armador se viera obligado a enfrentar deudas vinculadas con incumplimientos contractuales en los que no hubiera incurrido. Considero que, ello es meramente teórico porque en la práctica no sería posible registrar los créditos privilegiados. no son objeto de inscripción registral.

(42) Art. 480, párr. 3º, LN.

(43) Art. 482, LN.

(44) Art. 484, inc. c), LN.

(45) Arts. 531 y 532, LN. Del embargo e interdicción de navegar me he ocupado en “Embargo preventivo de buques”, LA LEY 2015-A, 965.

(46) RAY, ob. cit., t. I, p. 40. En la misma línea, CHAMI, ob. cit., ps. 55-56.

aprobadas por el Comité Marítimo Internacional (47), de primordial importancia para la unificación del derecho de la navegación, han sido incorporadas en sus respectivos títulos, con la menor alteración posible para no perjudicar dicha finalidad. No se han adoptado sino aquellas que han merecido la aprobación de gran cantidad de naciones y cuyos principios forman parte ya de la práctica internacional” (48).

En materia de responsabilidad civil, cabe mencionar la Convención de Bruselas de 1910 sobre unificación de ciertas reglas en materia de abordajes y la Convención de Bruselas de 1924 para la unificación de ciertas reglas en materia de conocimientos. La primera se refiere a la responsabilidad civil por los daños causados por abordajes o choques entre buques, y la otra a las obligaciones del transportista de mercaderías y a su responsabilidad. Nuestro país es parte en estas convenciones (49) y ambas han sido fuentes de las respectivas disposiciones de la LN.

Se debe tener presente que el grueso del intercambio comercial internacional se realiza por medio de buques y estos navegan en todas las aguas navegables del mundo y visitan todos diversos puertos. El comercio internacional y la seguridad jurídica se verían muy afectados si la comunidad internacional no dispusiera de normas razonablemente uniformes en estas y en otras materias.

### **II.3. Los rasgos básicos de la responsabilidad civil en el derecho de la navegación**

22. Los rasgos básicos de la responsabilidad civil en el derecho de la navegación son:

---

(47) La publicación oficial del Proyecto Malvagni data de 1962. Entonces el Comité Marítimo Internacional era la entidad que proyectaba la gran mayoría de las convenciones internacionales sobre derecho marítimo privado y luego el gobierno belga convocaba a conferencias diplomáticas para su consideración y aprobación (son las conocidas Convenciones de Bruselas). Hacia el último tercio del siglo XX, aunque el Comité Marítimo Internacional sigue teniendo importante intervención, las convenciones comenzaron a ser proyectadas por organismos de las Naciones Unidas: la Organización Marítima Internacional (OMI) y la Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional (CNUDMI o UNCITRAL por sus siglas en idioma castellano y en idioma inglés, respectivamente).

(48) MALVAGNI, Atilio, “Proyecto de Ley General de la Navegación con las modificaciones introducidas por la Comisión Asesora, Consultiva y Revisora y aceptadas por el autor”, Ed. Oficial, Buenos Aires, 1962, p. 21.

(49) La Argentina adhirió a la Convención de 1910 por disposición de la ley 11.132, y a la de 1924 por disposición de la ley 15.787.



- i) La responsabilidad se centra en el armador.
- ii) Los factores atributivos de la responsabilidad son subjetivos (la culpa y el dolo) y la responsabilidad objetiva es excepcional.
- iii) La limitación de la responsabilidad.
- iv) Los privilegios sobre el buque.
- v) Las medidas precautorias sobre el buque (embargo e interdicción de navegar) y su sustitución.

## **II.4. En el derecho de la navegación, la responsabilidad civil se centra en el armador**

### ***II.4.a. El armador***

23. El art. 170 de la LN establece: “El armador es quien utiliza un buque, del cual tiene la disponibilidad en uno o más viajes o expediciones, bajo la dirección y gobierno de un capitán por él designado, en forma expresa o tácita. Cuando realice actos de comercio debe reunir la capacidad requeridas para ser comerciante”.

Se han formulado algunas objeciones a la definición (50) y se ha preferido definir al armador siguiendo la definición de explotador de aeronaves del Código Aeronáutico: “la persona que la utiliza legítimamente por cuenta propia, aún sin fines de lucro” (51).

José Domingo Ray decía que “según nuestra ley, armador es quien tiene a su cargo la navegación del buque, por cuenta propia, cualesquiera sean sus finalidades” (52).

Atilio Malvagni ha sido el autor del proyecto que, con algunos retoques, es la actual Ley de la Navegación. En la Exposición de Motivos de su Proyecto, Malvagni señaló al armador como “figura principalísima del derecho de la navegación, pues es el sujeto en quien se centra casi toda la responsabilidad emergente de la actividad navegatoria” (53).

---

(50) Ver: CHAMI, Diego E., ob. cit., p. 221.

(51) MONTIEL, Luis B., ob. cit., p. 157.

(52) RAY, ob. cit., t. II, p. 28.

(53) Proyecto de Ley General de la Navegación, redactor Dr. Atilio Malvagni, con las modificaciones introducidas por la Comisión Asesora, Consultiva y Revisora y

Las figuras de propietario y de armador coinciden cuando el propietario utiliza el buque, pero si transfiere su uso y goce (normalmente a través del contrato de locación), las figuras de propietario y armador recaerán sobre sujetos distintos (locador y locatario).

#### ***II.4.b. La obligación de inscribir la transferencia de la calidad de armador en el Registro Nacional de Buques***

24. Como otros bienes valiosos, los buques son registrables (54). Además de los propietarios, en el Registro Nacional de Buques se inscriben los armadores (55), sobre quienes, como queda dicho, el derecho de la navegación centra la responsabilidad civil (56).

Cuando se omite la inscripción, el armador y el propietario responden solidariamente frente a terceros (57). Esta solución está en línea con lo que es habitual en materia registral: cuando la ley impone la obligación de registrar ciertos actos, la omisión de la inscripción impide oponer tales actos a terceros.

#### ***II.4.c. Aun mediando inscripción, el propietario no armador resulta obligado a responder***

25. Como queda dicho, los privilegios gravan al buque aunque la obligación no haya sido contraída por el propietario (58). Ello es así porque las disposiciones relativas a los privilegios sobre el buque se aplican aunque el armador no sea su propietario (59). Esta solución particular del derecho de la navegación protege a los acreedores (proveedores, reparadores, prestadores de servicios, acreedores de indemnizaciones por daños).

Frecuentemente, el buque es el único bien que los acreedores tienen a su alcance para ejecutar sus créditos (60). Como en el derecho de la navegación la responsabilidad civil se centra en el armador pero los privile-

---

aceptadas por el autor, Edición oficial, Ministerio de Educación y Justicia de la Nación, Subsecretaría de Justicia, Buenos Aires, 1962, nro. 77 de la Exposición de Motivos.

(54) Art. 155, LN.

(55) Art. 171, LN. La ley 19.170 es la que gobierna el Registro Nacional de Buques.

(56) *Supra*, nro. 22 (i).

(57) Art. 171, párr. 2º de la LN.

(58) *Supra*, nro. 22 (iv).

(59) Art. 487, LN.

(60) Ver *supra*, nro. 21, último párrafo.

gios se asientan sobre el buque, si se aplicara la disposición del art. 2573 del Cód. Civ. y Com. que condiciona el ejercicio de los privilegios a que la cosa esté en el patrimonio del deudor, los acreedores resultarían desprotegidos cuando el armador no fuera propietario del buque.

#### ***II.4.d. Responsabilidad solidaria. Acción del propietario contra el armador***

26. De acuerdo con el segundo párrafo del art. 171 de la LN, el propietario y el armador responden solidariamente ante los terceros, pero si quien pagara al acreedor fuera el propietario no armador, este tendría derecho a repetir contra el armador, en virtud de los arts. 840 y 841, inc. c) del Cód. Civ. y Com., aplicable en razón del art. 1º *in fine* de la LN.

#### ***II.4.e. Las obligaciones del armador regidas por la Ley de la Navegación***

27. Se deben distinguir las obligaciones del armador ajenas a las relaciones jurídicas originadas en la navegación, de las obligaciones originadas en las relaciones jurídicas originadas en la navegación.

Las obligaciones del armador ajenas a las relaciones jurídicas originadas en la navegación (61) no están regidas por las disposiciones del derecho de la navegación, sino a las del derecho común (62). Sí están regidas por las disposiciones del derecho de la navegación, las obligaciones del armador resultantes de las relaciones jurídicas originadas en la navegación (art. 1º, LN).

El primer párrafo del art. 174 de la LN dispone: “El armador es responsable de las obligaciones contractuales contraídas por el capitán en todo lo relativo al buque y a la expedición, y por las indemnizaciones a favor de terceros a que haya dado lugar por hecho suyo o de los tripulantes”.

Este párrafo del art. 174 se refiere:

i) a las obligaciones contractuales contraídas por el capitán en su carácter de representante legal del armador y del propietario, en todo lo

---

(61) Por ejemplo, un accidente de tránsito causado por un vehículo de la empresa armadora, conducido por un empleado de esta cuando se dirige a una dependencia de la Prefectura para llevar a cabo los trámites de zarpada de un buque de la empresa, los contratos vinculados con el mantenimiento y funcionamiento de las oficinas, las obligaciones frente al personal de tierra, etc.

(62) MONTIEL, ob. cit., p. 201.

relativo al buque y a la expedición (art. 201 de la LN) obligaciones que generan la responsabilidad directa del armador, y

ii) a las indemnizaciones a favor de terceros a que hayan dado lugar los hechos del capitán o de los tripulantes, que generan la responsabilidad indirecta o vicaria del armador, a las que el Cód. Civ. y Com. menciona como “responsabilidad del principal por el hecho del dependiente”.

## **II.5. En el derecho de navegación los factores de atribución de responsabilidad son predominantemente subjetivos (la culpa y el dolo). La responsabilidad objetiva es excepcional**

28. Cuando Ray se refiere a la responsabilidad del armador dice que es subjetiva y explica: “Al decir que es *subjetiva*, se quiere destacar que siempre se funda en la idea de *culpa* y que se opone a la responsabilidad *objetiva*, en cuyo caso es suficiente probar la relación de *causalidad* para que surja la obligación de responder, con independencia de que se haya incurrido en culpa o no” (63).

29. Que en el derecho de la navegación el factor subjetivo (la culpa o el dolo) es el atributivo de responsabilidad, es un rasgo común a la responsabilidad contractual (64) y a la extracontractual.

Como se verá (65), bajo los diversos contratos de utilización de buques es subjetiva la responsabilidad del propietario, del armador, del fletador a tiempo, del fletador bajos los contratos de fletamento total o parcial, por uno o más viajes, y también es subjetiva la responsabilidad del transportista. Y con respecto al factor atributivo de los daños en materia extracontractual, también se verá que es la culpa (66).

Consideraré la responsabilidad contractual separadamente de la extracontractual, sin que esto importe ignorar que el actual Cód. Civ. y

---

(63) RAY, ob. cit., t. II, p. 34.

(64) Debo aclarar que el art. 152 de la LN dispone que el contrato de construcción de buques “se rige por las normas relativas a la locación de obra del derecho común”, hoy las disposiciones del contrato de obra del Cód. Civ. y Com., con la salvedad que se aplican los arts. 148, 149, 150, 151 y 153 de la LN, que se refieren a la instrumentación del contrato, a su invocación frente a terceros, al momento a partir del cual el comitente adquiere la propiedad de la obra, a plazos referidos a vicios ocultos y a la aplicación de las disposiciones de la LN sobre el contrato de construcción de buques, a la construcción de artefactos navales.

(65) Ver nros. 32 y ss.

(66) Ver nros. 60 y ss.

Com. adoptó la tesis de la unidad del fenómeno de la ilicitud, aunque dejando subsistentes algunas diferencias.

### III. LA RESPONSABILIDAD CIVIL CONTRACTUAL

#### III.1. La responsabilidad del armador por las obligaciones contractuales contraídas por el capitán

30. El capitán, además de tener a su cargo la dirección y el gobierno del buque (art. 120, LN), es representante legal del armador y del propietario no domiciliados en el lugar en todo lo referente al buque y a la expedición, sin perjuicio del mandato especial que se le haya conferido (art. 201). Él está facultado por la ley para realizar todos los contratos corrientes relativos al equipo, aprovisionamiento y reparaciones del buque, salvo en el puerto del domicilio del armador o donde exista un mandatario de este con poder suficiente, caso en el cual el capitán carece de facultades para realizar gasto alguno relacionado con el buque (art. 210), aunque podría actuar como apoderado del armador si este le hubiera conferido mandato.

La razón por la cual la LN atribuye al capitán esta representación legal en los puertos en los que no se encuentra el armador, es la lejanía del buque respecto de armador y que es inevitable que en los puertos en los que recala se contraigan obligaciones relativas al buque y al viaje. Ante el hecho que el armador no está presente en cada puerto y tampoco suelen estar mandatarios del armador, se impone la necesidad de un representante. Si bien actualmente los agentes marítimos ejercen en los puertos la representación legal de los armadores y propietarios (67), el ejercicio de tal representación por el capitán no solo es tradicional y está establecida en la legislación, sino que —aunque con menor frecuencia— el capitán continúa ejerciéndola.

Destaco que no obstante que el capitán es designado por el armador (68), no solo es representante legal de este sino que también lo es del propietario no armador (69). Que la LN atribuya al capitán el carácter de representante legal de un propietario que no lo designó ni es armador del buque, se funda en lo que Bengolea Zapata menciona como un principio

---

(67) Art. 193, LN.

(68) Art. 170, LN.

(69) Art. 201, LN y *supra*, nro. 22.

del derecho de la navegación: *la expedición debe cumplir su objeto* (70) o *la expedición se debe cumplir*, pues de lo contrario se perjudicarían los intereses de los titulares de la mercadería y de los pasajeros. En los diversos puertos se incurre en gastos y cuando el capitán se encuentre sin fondos para continuar el viaje, puede contraer deudas con garantía hipotecaria sobre el buque (71), lo que no podría hacer si no representara al propietario.

La facultad de celebrar “todos los contratos corrientes relativos al equipo, aprovisionamiento y reparaciones del buque”, y la facultad de contraer deudas con garantía hipotecaria sobre el buque en los puertos donde no se encuentra el armador ni un mandatario, no depende de mandato alguno, sino que son facultades atribuidas al capitán por los art. 210 y 214 de la LN, en su carácter de representante legal del armador y del propietario del buque, representación legal que, resulta del art. 201 de la LN. Dice Ray: “La facultad que tiene el capitán de representar al propietario y armador (...), es de carácter muy particular porque *deriva exclusivamente de su designación y del ejercicio del cargo*, con prescindencia respecto de terceros de lo que pueda haber convenido con el armador” (72).

Esta representación legal no está establecida solo en interés del armador (que bien podría otorgar mandato al capitán), sino en interés de los proveedores, reparadores y otros sujetos que resulten acreedores. Los actos llevados a cabo y las obligaciones contraídas por el capitán “en todo lo referente al buque y a la expedición” (73), no pueden ser desconocidos ni discutidos por el armador invocando que el capitán no se haya atendido a sus instrucciones. Si los suministros, obras o servicios se prestaron al buque y a la expedición, el armador resulta ineludiblemente obligado a responder, salvo que el capitán hubiera incurrido en conducta fraudulenta con conocimiento de quien invoca ser acreedor.

### **III.2. El ejercicio por el capitán de la representación legal genera la responsabilidad directa del armador**

31. Las obligaciones contractuales contraídas por el capitán en lo relativo al buque y a la expedición, no obligan al capitán sino que obli-

---

(70) BENGOLEA ZAPATA, ob. cit., p. 71.

(71) Arts. 212 y 213, LN.

(72) RAY, ob. cit., t, II, p. 48 (destacado del original).

(73) Art. 201.

gan directamente al armador (74). Esta es la regla del derecho común (arts. 359 y 360 del Cód. Civ. y Com., aplicables en razón de lo dispuesto por el art. 1º *in fine* de la LN).

Cuando Chami dice que “el armador *asume* las deudas contractuales contraídas por el capitán, vinculadas con el buque y la expedición, es decir que *asume* responsabilidad contractual” (75), entiendo que ese autor no sostiene que el armador esté *asumiendo* obligaciones que pesen sobre el capitán, sino que las deudas nacen en cabeza del armador porque han sido contraídas por el capitán en su carácter de representante legal de aquel, en ejercicio de las facultades que le atribuye la ley (76). No se trata de responsabilidad indirecta ni de responsabilidad por el hecho de otro. El único obligado es el armador.

### III.3. La responsabilidad en los contratos de utilización de buques

32. En el nros. 29 y ss. me he ocupado de la responsabilidad del armador por “las obligaciones contractuales contraídas por el capitán en todo lo relativo al buque y a la expedición”, tal como lo expresa la primera parte del primer párrafo del art. 174 de la LN, actuando el capitán como representante legal del armador y del propietario (art. 201), en ejercicio de las facultades conferidas “para realizar todos los contratos corrientes relativos al equipo, aprovisionamiento y reparaciones del buque” en los puertos en los que el armador no tenga su domicilio (art. 210).

33. Ahora paso a considerar la responsabilidad en el marco de los contratos de utilización de buques, del propietario, del armador, del fletador a tiempo, del fletador total o parcial por uno o más viajes, del transportista, o de quien teniendo la disponibilidad del buque contrata con el cargador el transporte de mercaderías (77). En este marco no se debe olvidar que —además de representante legal del armador— el capitán y

---

(74) RAY, en ob. cit., t. II, p. 69, dice: “La celebración de contratos relativos al buque y a la expedición no genera responsabilidad directa para el capitán, que ejerce en esos el carácter de representante del armador”. En el mismo sentido: LENA PAZ, Juan, “Ley de la navegación (Nº 20.094) comentada”, Ed. Plus Ultra, Buenos Aires, 1985, t. I, p. 126. No parece tener la misma opinión MONTIEL, ob. cit., p. 201, cuando refiriéndose a la responsabilidad indirecta o refleja del armador incluye la “que resulta de las obligaciones contractuales contraídas por el capitán en todo lo relativo al buque y a la expedición”.

(75) CHAMI, ob. cit., p. 223.

(76) Art. 359, Cód. Civ. y Com., aplicable por disposición del art. 1º *in fine*, LN.

(77) Art. 267, LN.

también los demás tripulantes, son dependientes del armador y que este se sirve de ellos para el cumplimiento de sus obligaciones, de modo que por disposición del art. 1º *in fine* de la LN son aplicables los arts. 732 y 1753 del Cód. Civ. y Com. (78).

#### **III.4. La generalidad de las disposiciones de la Ley de la Navegación relativas a los contratos de utilización de buques, son supletorias de la voluntad de las partes**

34. La generalidad de las disposiciones de la LN que se ocupan de los diversos contratos de utilización de buques, son supletorias de la voluntad de las partes. Mientras no afecten disposiciones imperativas (79) de la legislación, los contratantes gozan de libertad para acordar las cláusulas contractuales (80).

#### **III.5. Disposiciones imperativas**

35. El segundo párrafo del art. 259 de la LN dispone que las disposiciones de la secc. 5ª del cap. II, tít. III (que comienzan con el art. 267), son “imperativas” (de orden público). El art. 267 dice: “A los efectos de las disposiciones de esta sección se entiende por transportador (81) a la persona que contrata con el cargador el transporte de mercaderías, sea propietario, armador o fletador o quien tenga la disponibilidad del buque”.

A su vez, según el primer párrafo art. 268 de la LN: “Las disposiciones de la presente sección se aplican durante el tiempo transcurrido desde la carga hasta la descarga, al transporte de cosas que se realice por medio de un contrato de fletamento total o parcial, al efectuado en buques de carga general, al de bultos aislados en cualquier buque, y a todo otro en

---

(78) Advierto que, como se verá más adelante, la LN establece diferencias sustanciales con la relación de dependencia que legisla el Cód. Civ. y Com. Por ejemplo, el armador puede limitar su responsabilidad por los daños a terceros causados por el capitán y los tripulantes, y en materia transporte, las culpas náuticas del capitán o de los tripulantes, pueden eximir de responsabilidad al transportista y también al armador.

(79) Imperativas es la palabra utilizada por el art. 259 de la LN, en tanto que el art. 958 del Cód. Civ. y Com. alude al “orden público”.

(80) Arts. 222, 227, 235, párr. 2º, 241 *in fine*, y 259 de la LN, y 958 y 959 del Cód. Civ. y Com. La prevalencia de la autonomía de la voluntad es señalada por RAY, ob. cit., t. II, p. 170, y por CHAMI, ob. cit., p. 477.

(81) ¿Transportador o transportista? Ver *supra*, nro. 13.



el que el transportador (82) asuma la obligación de entregar la carga en destino, salvo en el caso del art. 281” (83).

Y según el art. 280: “Es absolutamente nula y sin efecto toda cláusula de un contrato de transporte o de un conocimiento, que exonere o disminuya la responsabilidad del transportador, propietario o armador del buque, o de todos ellos en conjunto, por pérdidas o daños sufridos por la mercadería, o que modifique la carga de la prueba, en forma distinta a la prevista en esta sección. Esta nulidad comprende la de la cláusula por la cual el beneficio del seguro de la mercadería, directa o indirectamente, sea cedido a cualquiera de ellos”.

### III.6. Disposiciones imperativas y diversidad de sujetos

36. De los mencionados arts. 259, 268 y 280 de la LN, resulta que las normas de la secc. 5ª son imperativas en materia de responsabilidad del transportista, entendiéndose por transportista a quien contrata con el cargador el transporte de mercaderías, sea aquel propietario o armador del buque, fletador (a tiempo, o por uno o más viajes, ya sea total o parcial) o quien tenga la disponibilidad del buque (art. 267).

Frente a quienes tienen derecho a recibir la carga en destino, los sujetos mencionados en el segundo párrafo del art. 259 (propietario, armador, fletador a tiempo, fletador total o parcial, transportista o quien tenga la disponibilidad del buque) incurrir en responsabilidad concurrente por las pérdidas o daños de la mercadería, sea que uno reúna todas las calidades mencionadas, reúna varias, o que en cada calidad solo resulte encuadrado uno. Las particularidades de la navegación (*supra*, nro. 19) llevan a esta responsabilidad concurrente (84) con el objeto de proteger a los titulares de la carga por pérdidas o daños.

Así es que los créditos por daños a la carga y los que tienen su origen en contratos de fletamento o de transporte, tienen privilegio sobre el buque (art. 476. g y h, de la LN) aunque el transportista no sea su propietario. La LN dispone cuáles son los créditos con privilegio sobre el buque independientemente de que el transportista sea o no su propietario, de modo que la norma del art. 487 que hace aplicables las disposiciones relativas

---

(82) *Ibidem*.

(83) El art. 281 dispone cuáles son las normas de la LN de las que es válido que las partes se aparten en sus contratos.

(84) Sin perjuicio de las acciones de recobro entre ellos.

a los privilegios sobre buques aun cuando el armador no sea su propietario, también se aplican cuando el transportista no sea propietario (85).

### **III.7. Contratos de utilización de buques - Obligación característica y fundamental: ejercer diligencia razonable para poner el buque en estado de navegabilidad**

37. Al legislar sobre los diversos contratos de utilización de buques, la LN establece una obligación característica y fundamental: ejercer diligencia razonable para poner el buque en estado o condiciones de navegabilidad (86).

#### ***III.7.a. La navegabilidad***

38. La navegabilidad involucra dos conceptos: la navegabilidad en sentido absoluto o abstracto (que suele ser mencionada *seaworthiness*) y la navegabilidad en sentido relativo o concreto (que suele ser mencionada *cargoworthines*).

Ray enseña que la navegabilidad en sentido absoluto o abstracto implica la aptitud genérica del buque para navegar con seguridad, en tanto que en sentido relativo, implica la aptitud del buque para realizar el viaje concreto de que se trate y cumplir el propósito del contrato (87).

En la misma línea pero con más detalle, Chami dice que la navegabilidad en sentido absoluto o abstracto (la aptitud del buque para navegar con seguridad), implica la capacidad de gobierno y maniobra del buque, la propulsión, la flotabilidad y las condiciones básicas para operar, en tanto que la navegabilidad en sentido relativo (concreto), implica un buque en condiciones de satisfacer la función específica a la que está destinado (transporte de personas o de cosas, actividades científicas, esparcimiento o deporte, remolque o cualquier otra actividad) (88).

39. Si bien la navegabilidad aparece configurada en el art. 270 a propósito de la responsabilidad por pérdidas y daños de la mercadería transportada, esta norma es analógicamente aplicable, *mutatis mutandi*, a los diversos contratos de utilización de buques (89).

---

(85) Conf.: RAY, ob. cit., p. 443.

(86) RAY, ob. cit., t. II, p. 201.

(87) *Ibidem*, ps. 201 y 202.

(88) CHAMI, ob. cit., p. 481.

(89) Art. 1º, LN.

El art. 270 dispone: “Antes y al iniciarse el transporte, el transportador debe ejercer una diligencia razonable para:

a) Poner el buque en estado de navegabilidad;

b) Armarlo, equiparlo y aprovisionarlo convenientemente;

c) Cuidar que sus bodegas, cámaras frías o frigoríficas, y cualquier otro espacio utilizado para el transporte de mercaderías, estén en condiciones apropiadas para recibirlas, conservarlas y transportarlas”.

Como decía Ray, “la navegabilidad se refiere al aspecto técnico, al viaje y a la carga” (90) (es claro que “a la carga”, cuando se trata del transporte de mercaderías pero la afirmación se aplica a los diversos propósitos del viaje).

### ***III.7.b. La navegabilidad en sentido absoluto o abstracto (seaworthiness)***

40. Como queda dicho (*supra*, párrafo segundo del nro. 41), la navegabilidad en sentido absoluto o abstracto (la aptitud del buque para navegar con seguridad), implica la capacidad de gobierno y maniobra, la propulsión, la flotabilidad, las condiciones básicas para operar.

El buque (cada una de sus partes, aparatos y sistemas) debe haber obtenido los diversos certificados que exige el Convenio Internacional para la Seguridad de la Vida Humana en el Mar (91) (Solás, por sus siglas en el idioma inglés) y, cuando este no es aplicable, el Régimen de la Navegación Marítima, Fluvial y Lacustre (Reginave) (92). Sin embargo no basta haber obtenido los certificados ni que el término por el cual fueron emitidos no se haya operado. Los certificados solo prueban las condiciones del buque cuando fue inspeccionado, de modo que la obligación de ejercer la diligencia razonable se extiende al mantenimiento y a las reparaciones, y en el caso del transportista hasta el inicio del transporte (art. 270 de la LN).

También es exigible el cumplimiento de las instrucciones e indicaciones de los manuales de los equipos, y de todo otro recaudo indicado

---

(90) RAY, ob. cit., t. II, p. 209.

(91) La República Argentina es parte de este Convenio Internacional en virtud de la ley 22.079.

(92) El Reginave fue aprobado mediante el dec. 770-2019. La versión anterior había sido aprobada mediante el dec. 4516/1973.

por las normas de seguridad emanadas de las autoridades y de entidades vinculadas con la actividad.

Es importante señalar que en el último decenio del siglo pasado la Organización Marítima Internacional (OMI) adoptó el Código Internacional de Gestión de Seguridad (Código IGS), cuyas disposiciones son obligatorias (regla 3.1 del capítulo IX del Anexo al Convenio Solas). La ordenanza marítima 05/18 (tomo 2, Régimen Administrativo del Buque) dispone que el régimen de gestión de seguridad es aplicable también a diversos buques y embarcaciones que hacen navegación marítima nacional, y navegación fluvial, lacustre e interior de puerto.

El objeto del Código IGS es garantizar la seguridad marítima, evitar lesiones y la pérdida de vida de personas, y daños al ambiente marino y a bienes (art. 1.2.1), estableciendo prácticas de seguridad en las operaciones del buque, adoptando precauciones frente a los riesgos, mejorando continuamente los conocimientos prácticos del personal de tierra y de abordaje sobre gestión de seguridad (art. 1.2.2), garantizando el cumplimiento de las normas y reglas obligatorias, y teniendo presentes los códigos aplicables, las directrices y normas recomendadas por la OMI, por las administraciones del estado de las banderas, de las sociedades de clasificación y de las organizaciones del sector (art. 1.2.3). El Código IGS es bien detallado (93) y probar que se le ha dado cumplimiento es de

---

(93) El Código IGS, las directrices de la OMI y las disposiciones domésticas en la línea del mencionado Código y de las directrices, establecen normas para la gestión y operación de buques en condiciones de seguridad, siguiendo procedimientos de gestión a bordo y en tierra, requiriendo que los navieros adopten una política para lograr tal objetivo, y proporcionen los recursos necesarios y apoyo en tierra, designen personas en tierra con acceso al más alto nivel de gestión para proporcionar un enlace entre la organización en tierra y quienes están a bordo. Los procedimientos descriptos en el Código deben ser documentados y recogidos en un manual que se conservará en cada buque. La autoridad correspondiente del estado de la bandera del buque o una organización reconocida por esa autoridad debe verificar que el naviero y su gestión a bordo se ajusten al sistema de gestión de seguridad, expedirán un Certificado de Gestión de Seguridad y verificarán periódicamente el cumplimiento correcto del sistema de gestión de seguridad.

Los navieros deben elaborar, aplicar y mantener un sistema de seguridad que comprenda principios de seguridad, instrucciones y procedimientos, niveles de autoridad y vías de comunicación entre el personal de tierra y de a bordo, procedimientos para notificar accidentes e incumplimientos de disposiciones del Código IGS, procedimientos de preparación para afrontar emergencias y procedimientos para auditorías internas y evaluaciones de gestión (art. 1.4 del Código). También se deben asegurar de que se aplican y mantienen las disposiciones a los distintos niveles, tanto a bordo como en tierra (art.2.2). Determinarán y documentarán la responsabilidad, autoridad e interdependencia del personal involucrado en las tareas de seguridad (art.

importancia capital a la hora de decidir si se ha ejercido diligencia razonable para poner un buque en estado o condiciones de navegabilidad.

### **III.7.c. La navegabilidad en sentido relativo o concreto (cargoworthiness)**

41. A la navegabilidad en sentido relativo o concreto se refieren los apartos. b) y c) del art. 270 de la LN, que apuntan al viaje o viajes, y al propósito concreto de los viajes.

El apart. b) se refiere a la obligación de armar, equipar y aprovisionar convenientemente al buque. De acuerdo con la *Enciclopedia General del Mar*, “armar” significa “aprestar y abastecer a los buques de todo lo necesario para la navegación y su cometido militar o comercial” (94), y de acuerdo con el *Diccionario de la lengua española*, “armar”, en su decimoquinta acepción, significa “aprestar una embarcación o proveerla de todo lo necesario”.

Mientras el apart. a) apunta a la seguridad del buque como tal, el apart. b) apunta a que el buque esté tripulado y pertrechado para llevar a buen término el viaje a llevar a cabo, lo que exige una tripulación apta, y que esté suficientemente abastecido para terminar el viaje o arribar a un puerto en el que se pueda reponer lo consumido, como por ejemplo el combustible, el agua y los alimentos.

Y el apart. c) se refiere al estado de las bodegas y espacios utilizados para el transporte de mercaderías, y a las condiciones apropiados para

---

3.2), y habilitará los recursos y apoyo necesario al personal (art. 3.3). El naviero designará personas en tierra directamente ligadas a la dirección, cuya responsabilidad y autoridad les permita supervisar las operaciones del buque que afecten la seguridad, y garantizar los recursos suficientes y el apoyo en tierra (art. 4). En cuanto a la responsabilidad y autoridad del capitán, los navieros determinarán y documentarán sus atribuciones para implantar las disposiciones de seguridad, fomentar entre la tripulación su aplicación, para impartir las órdenes e instrucciones de manera clara y simple, verificar que se cumplen las medidas prescritas y revisar los sistemas de seguridad dispuestos e informar sus deficiencias a la dirección en tierra (art. 5). Los navieros garantizarán (se asegurarán) de la capacidad del capitán para ejercer el mando, su conocimiento de los sistemas de seguridad y que cuenta con asistencia necesaria para cumplir satisfactoriamente sus funciones (art. 6.1). También se deben asegurar de la competencia de la tripulación (art. 6.2), de que las ordenes se impartan en idiomas que la tripulación entienda (arts. 6.6 y 6.7), deberá establecer programas de ejercicios y prácticas para que la tripulación actúe con urgencia, y un largo etcétera.

(94) MARTÍNEZ-HIDALGO Y TERÁN, José M. (dir.), “Enciclopedia General del Mar”, Ed. Garriga, Barcelona, 1968, 2ª ed. ampliada y puesta al día, t. I, p. 711.

recibir las, conservarlas y transportarlas. Este apartado se refiere a las condiciones para dar cumplimiento al cuidado de las mercaderías.

### ***III.7.d. Sujetos que deben ejercer la diligencia razonable y oportunidad***

42. La LN establece quién y cuándo debe ejercer o emplear la diligencia razonable para que el buque esté en condiciones de navegabilidad:

- bajo el contrato de locación, cuando el propietario entrega el buque al locatario (art. 222) y el deber de diligencia se extiende durante todo el tiempo de la locación (art. 223);

- bajo el contrato de fletamento a tiempo, cuando el armador (sea o no propietario) lo pone el buque a la disposición del fletador a tiempo y durante la vigencia del contrato (art. 229);

- bajo el contrato de fletamento total o parcial cuando el fletante, en el lugar y tiempo convenido, da comienzo al cumplimiento de la prestación que acordara con el fletador (art. 241);

- bajo el contrato de transporte, el transportista (sea propietario, armador, fletador o quien tenga la disponibilidad del buque) debe emplear la diligencia razonable para que el buque esté en condiciones de navegabilidad antes y al iniciarse el transporte de mercaderías (arts. 267 y 270), y el transportista de personas, antes y al iniciarse el viaje y durante todo el transcurso del mismo, debe ejercer la diligencia razonable para que el buque esté en condiciones de navegabilidad, obligación que se mantiene a lo largo del viaje a efectos de que este se realice en condiciones de seguridad para los pasajeros (art. 317).

### ***III.7.e. La diligencia razonable***

43. La LN indica cuál es el fin buscado mediante el ejercicio de la diligencia razonable (obtener o mantener la navegabilidad del buque), pero no desarrolla el concepto de “diligencia razonable” (95). De acuerdo con el art. 1º *in fine* de la LN, cabe recurrir al derecho común.

---

(95) La Convención de Bruselas de Bruselas de 1924 para la unificación de ciertas reglas relativas a los conocimientos, también conocida como Reglas de La Haya, en el texto en idioma inglés se refiere a la *due diligence* (diligencia debida), en tanto que en su texto francés dice *diligence raisionnable* (diligencia razonable). La República Argentina es parte en esta Convención en virtud de la ley 15.787 y es fuente de las dispo-

En distintos artículos, el Cód. Civ. y Com. se refiere a la “lealtad y diligencia” —art. 159—, a la “debida diligencia” —art. 361—, a la “razonable diligencia” —art. 1317—, a la “diligencia apropiada” —art. 774, a)—, a la “diligencia exigible” y a “la diligencia exigida por las circunstancias” —art. 1340—, a la “diligencia de un buen hombre de negocios” —arts. 1358, 1483, b), y 1674—, y a “la diligencia” —arts. 1536 b) y 1786—.

Considero que el concepto de culpa del art. 1724 del Cód. Civ. y Com. (que sigue al muy logrado texto del art. 512 del Cód. Civil de Vélez Sarsfield) es —*a contrario sensu*— útil para entender el significado de la “diligencia razonable” que exige la LN. Para determinar si la diligencia razonable ha sido ejercitada, se debe considerar la naturaleza de la obligación, y las circunstancias de las personas, del tiempo y del lugar, y no admitir conductas imprudentes, negligentes que se aparten de las reglas del arte o profesión.

En cuanto a la *naturaleza de la obligación*, se debe tener en cuenta que la navegabilidad se relaciona directamente con la seguridad del buque y, consecuentemente, la seguridad de las personas y de las cosas de terceros que se encuentren a bordo.

Respecto de las *circunstancias de las personas* se debe tener presente que los obligados a ejercitar la diligencia razonable respecto de las condiciones de navegabilidad del buque son profesionales de la actividad que desempeñan.

En cuanto a las *circunstancias de tiempo y de lugar*, no se debe dejar de lado que los obligados a ejercer la diligencia razonable a los efectos de la navegabilidad (el propietario, en el contrato de locación, el armador en el contrato de fletamento a tiempo, el fletante en el contrato de fletamento total o parcial y el transportista en el contrato de transporte) y los terceros de los que se valgan para cumplir la obligación, operan desde tierra y su obligación debe ser cumplida antes de la zarpada del buque.

### ***III.7.f. Bajo los contratos de utilización de buques, el factor de atribución de los daños causados por innavegabilidad, es la culpa***

44. En vista de que la omisión de la diligencia razonable determina que se incurra en culpa, es claro que estamos ante lo que el art. 1724 del Cód. Civ. y Com. califica como factor subjetivo de atribución de daños.

---

siciones de la LN que en materia de responsabilidad del transportista de mercaderías siguió casi a la letra.

### III.8. Las causales de exoneración de responsabilidad del transportista de mercaderías

45. Cuando se producen pérdidas o daños de la mercadería transportada, el transportista [ello es “la persona que contrata con el cargador el transporte de mercaderías, sea propietario, armador, fletador o quien tenga la disponibilidad del buque” (96)], está amparado por diversas causales de exoneración de responsabilidad:

- La innavegabilidad del buque posterior a la zarpada —art. 272—.
- Las faltas náuticas —art. 275, a)—.
- Las causales del art. 275 desde la letra b) hasta la ñ).
- Cualquier otra causa que no provenga de su culpa o negligencia o de sus agentes o subordinados —art. 275, o)—.

45. En punto a la exoneración de responsabilidad del transportista de mercaderías, la LN sigue casi a la letra los arts. 3.1, 4.1, 4.2 y 4.3 de la ya mencionada Convención de Bruselas de 1924. Tras la exoneración por innavegabilidad sobreviniente a la zarpada que dispone el art. 272, el art. 275, en los incs. a) a o), enuncia otras causas de exoneración.

#### III.8.a. La innavegabilidad del buque posterior a la zarpada

47. Sujeto a que el transportista (transportista en el sentido mencionado *supra*, nro. 34), pruebe que antes y al iniciarse el transporte ha ejercido diligencia razonable para poner el buque en condiciones de navegabilidad, *ni el transportista ni el buque* son responsables por las pérdidas o daños originadas en la innavegabilidad.

Claramente, estamos ante una obligación de medios, de modo que la responsabilidad es subjetiva, en línea con los arts. 1721 y 1724 del Cód. Civ. y Com. En efecto, en los casos de pérdida de o daños de la mercadería transportada causadas por innavegabilidad del buque, el obligado a ponerlo en condiciones de navegabilidad se libera de responsabilidad probando haber ejercido la diligencia razonable, ello es, probando la falta de culpa.

---

(96) Art. 267, LN.



### III.8.b. La culpa náutica (*faltas comerciales y faltas náuticas*)

48. El art. 275.a) de la LN también libera de responsabilidad al transportista por la pérdida o el daño sufrido por la mercadería transportada, cuando tal pérdida o el daño es causado por “actos, negligencias o culpas del capitán, tripulantes, prácticos u otros dependientes del transportador [transportista] en la navegación o en el manejo técnico del buque, no relacionados con las obligaciones mencionadas en el art. 271”.

La LN distingue las *faltas comerciales* del capitán, oficiales y tripulantes (que no exoneran de responsabilidad al transportista), de las *culpas* o *faltas náuticas* del capitán, oficiales y tripulantes (que son las que exoneran de responsabilidad al transportista).

El art. 271 dispone que el transportista “procederá en forma convenientes y apropiada a la carga, manipuleo, estiba, transporte, custodia, cuidado y descarga de la mercadería”.

De acuerdo con el art. 205, en general estas operaciones se llevan a cabo bajo la dirección o vigilancia del capitán, quien “tiene, en representación del armador, el carácter de depositario de la carga y de cualquier efecto que se reciba a bordo, y como tal está obligado a cuidar de su apropiado manipuleo en las operaciones de carga y descarga, de su buen arrumaje y estiba, de su custodia y conservación, y de su pronta entrega en el puerto de destino”.

Se trata de obligaciones que pesan sobre la generalidad de los transportistas, tanto terrestres, aéreos o por agua, similares a las de los dependientes de la generalidad de los transportistas. Las faltas cometidas en el ejercicio de tales funciones constituyen *faltas comerciales* que, como queda dicho, no liberan de responsabilidad a los transportistas.

49. El concepto de *faltas náuticas*, que sí liberan de responsabilidad al transportista, es propio del derecho de la navegación y se aparta de las disposiciones de los arts. 732 y 1753 del Cód. Civ. y Com., referidos a la responsabilidad del principal por el hecho del dependiente. Se trata, como resulta del art. 275. a) de la LN, de las pérdidas o daños que sufre la mercadería como consecuencia de faltas o errores en del personal navegante en materia de navegación (varaduras, choques o abordajes y otros accidentes náuticos) o del manejo técnico del buque (errores en la operación de las máquinas del buque o de los sistemas de inundación). Es feliz la expresión de Ray cuando decía que las faltas náuticas son aquellas que

se incurren “con independencia de la atención y cuidado de la carga a que todo transportador marítimo se compromete” (97).

Para fundar esta causal de exoneración de responsabilidad del transportista, se ha señalado que es una característica constante del derecho marítimo que los interesados en la expedición compartan los riesgos del mar, ya que “tanto el titular de los intereses del buque como los de la carga exponen sus bienes y sus respectivos seguros cubren los riesgos que derivan de los errores de tipo técnico o náutico en que puedan incurrir los dependientes del primero durante la navegación y el manejo técnico del buque” (98).

Luis Beltrán Montiel decía: “el transportador contrata personal habilitado e idóneo formalmente para la conducción del buque (...)”.

“A su vez, a causa de las características mismas de la explotación naval, el transportador no está en condiciones de ejercitar una vigilancia constante sobre el personal navegante ni este, ante la mayor parte de los hechos que pueden tener por escenario los espacios acuáticos, se halla en condiciones de consultar a su principal antes de tomar ciertas decisiones. Todo ello genera un área de autonomía a favor del personal navegante, que exige soluciones específicas” (99).

Teniendo en cuenta la evolución de la técnica náutica, la amplitud de los criterios actuales en materia de responsabilidad por los hechos de los dependientes y el criterio amplio para determinar la relación de dependencia, es probable que esta causal de eximición de responsabilidad —que Chami califica como ajena al ideal de justicia y anacrónica (100)— no aparezca en las leyes que se dicten en el futuro, como ya no aparece en los instrumentos internacionales del último cuarto del pasado siglo X, que son las Reglas de Hamburgo de 1978 (101) y las Reglas de Rotterdam de 2008 (102).

---

(97) RAY, ob. cit., t. II, p. 446.

(98) *Ibidem*, t. II, p. 444.

(99) MONTIEL, Luis B., ob. cit., p. 277.

(100) CHAMI, ob. cit., p. 568.

(101) Convención de las Naciones Unidas de 1978 sobre transporte de mercaderías por mar, de la que la Argentina no es parte.

(102) Convenio de las Naciones Unidas sobre el contrato de transporte internacional de mercaderías, total o parcialmente marítimo (UNCITRAL), aprobado por la Asamblea General de las Naciones Unidas el 11/12/2008, abierto a la firma en Rotterdam el 23/09/2009, del que la Argentina no es parte.

No obstante la tendencia a eliminar las faltas náuticas, esta causal de exoneración de responsabilidad del transportista está establecida en el art. 275. a) de la LN y en el art. 4.2.a de la Convención de Bruselas de 1924 para la unificación de ciertas reglas en materia de conocimientos (también conocida por Reglas de La Haya), de la que —además de ochenta estados— la República Argentina es parte (103).

### ***III.8.c. La culpa náutica y la obligación de ejercer la diligencia razonable para poner al buque en condiciones de navegabilidad***

50. Es importante tener presente la obligación del transportista de ejercitar, antes y al inicio del viaje, diligencia razonable para poner el buque en condiciones de navegabilidad, implica dotarlo de un capitán y de tripulantes competentes (*supra*, nro. 40). Si el capitán o los tripulantes incurrían en faltas o culpas náuticas, para invocar la eximición de responsabilidad por la pérdida o daño de la mercadería transportada se ha requerido que el transportista demuestre haber ejercido diligencia razonable en la elección y control del capitán y de los tripulantes, tal como ha sido resuelto en el caso del buque *Estado do Pará* (104).

### ***III.8.d. Las otras causales de eximición de responsabilidad de los transportistas en la Ley de la Navegación***

51. Los eximentes de responsabilidad del transportista de mercaderías por agua que aparecen en el art. 275 de la LN fueron tomados de la Convención de Bruselas de 1924, también conocida como Reglas de La Haya.

Ray explicaba que, en vista de que en ausencia de disposiciones específicas, las condiciones del transporte resultaban de los conocimientos de embarque en los que los transportistas fueron insertando *negligence clauses* con el propósito de reducir al mínimo su responsabilidad, cláusulas que fueron resistidas por los cargadores y los destinatarios de la carga, y consideradas inválidas por los tribunales que las consideraron una imposición arbitraria. En 1893, los Estados Unidos de América sancionaron sancionó la llamada *Harter Act* que declaró inválidas las cláusulas destinadas a exonerar a los transportistas de la debida diligencia para poner el buque en condiciones de navegabilidad y de las faltas cometidas al efectuar la carga, el arrumaje, y el cuidado de la carga durante el viaje y su descarga, admitiendo la exoneración en los casos de

---

(103) Ley 15.787 (1960).

(104) CNFed. Civ. y Com., sala I, 27/03/1981, "Occidente SA de Seguros c. capitán y otros del buque Estado do Pará", LA LEY 1982-A, 30.

faltas náutica y la limitación de responsabilidad. Otros países siguieron la misma línea y en la Conferencia de La Haya convocada por la *International Law Association* se redactaron las reglas que conciliarían las posiciones de los armadores, de los cargadores, de los banqueros y de los aseguradores. Sin embargo, la remisión de los conocimientos a tales Reglas o la inclusión en tales documentos podía llevar a que fueran desestimadas en razón de las distintas interpretaciones judiciales que pudieran darse sobre su validez. Así fue que a instancias del Comité Marítimo Internacional, el gobierno belga convocó a una conferencia diplomática que aprobó la Convención de Bruselas de 1924 sobre Unificación de Ciertas Reglas en Materia de Conocimientos, que recibió una gran cantidad de ratificaciones y adhesiones (105), y fue introducida en la legislación de diversos estados hasta una fecha muy reciente como la del Reino de España que la adoptó en su legislación doméstica (106).

Del resultado de la Convención, Malvagni ha dicho: “El desiderátum de la unificación internacional del derecho marítimo, ha tenido sus manifestaciones a través de los principios que rigen la responsabilidad del armador en el contrato de transporte. Además de evitar los continuos conflictos de leyes, finalidad esencial de la unificación, se persigue, en este aspecto, impedir que la desigual responsabilidad establecida en las leyes marítimas de los diversos países, o la diferente acogida que los tribunales reciben las cláusulas exonerativas, favorezcan a unas marinas mercantes y perjudiquen a otras, en la lucha normal de competencia que tienen entablada en el mercado internacional de cargas” (107).

El ya citado art. 275 de la LN dispone que “ni el transportador ni el buque son responsables” (108) por las pérdidas o daños de la mercadería transportada causados por:

a) Las ya comentadas llamadas faltas náuticas (*supra*, nros. 47 y 48).

b) El incendio, salvo que sea causado por culpa o negligencia del transportista, armador o propietario del buque, que deberá ser demostrada por quienes la invoquen. Los daños sufridos por la carga como consecuencia de incendio no responsabilizan al transportista, salvo que la culpa de este (o de aquellos por los que este debe responder) sea demostrada por los reclamantes.

---

(105) RAY, ob. cit., t. II, p. 386.

(106) Art. 277, inc. 2º, Ley de Navegación Marítima de España.

(107) MALVAGNI, ob. cit., p. 593.

(108) Sobre este lenguaje que parece considerar al buque como persona o sujeto de derecho, ver *supra*, nros. 11 y 12.

c) Los *riesgos, peligros y accidentes del mar o de otras aguas navegables*, tampoco responsabilizan al transportista. Si bien la jurisprudencia argentina tiende a asimilarlos al caso fortuito o de fuerza mayor (109), se ha hecho mención a la flexibilización de los extremos exigidos por el caso fortuito o fuerza mayor civilista (110), y también se ha dicho que los extremos requeridos para el caso fortuito “pueden, a lo sumo, consentir una cierta amplitud de criterio para juzgar la entidad de los hechos, pero no amenguan las exigencias básicas de la imprevisibilidad del acontecimiento, de la inimputabilidad del deudor, de la carga de la prueba y de la solución que cabe si —luego de observar ese criterio de alguna amplitud— subsiste la situación de duda” (111).

d) El *caso fortuito o fuerza mayor*, es la causal de exoneración de responsabilidad del derecho común. A los conceptos de caso fortuito y fuerza mayor les es aplicable el art. 1730 del Cód. Civ. y Com. Atilio Malvagni ha analizado la Convención de Bruselas de 1924 que, como he señalado (*supra*, nro. 53), en materia de causales de exoneración de responsabilidad del transportista por agua ha sido seguida casi al pie de la letra por el art. 275 de la LN. Este distinguido doctrinario, que fue el autor del proyecto de la mencionada ley, ha englobado dentro del *caso fortuito o fuerza mayor* a varias de las causales de exoneración de responsabilidad del transportista establecidas por el art. 275, tales como el ya mencionado incendio, los peligros del mar, los hechos de guerra, los hechos de enemigos públicos, las detenciones por orden de la autoridad o por hechos del pueblo, embargo o detención judicial, las demoras o detenciones por cuarentena, las huelgas, cierres patronales, huelgas, suspensiones o limitaciones en el trabajo, cualquiera sea la causa, parciales o generales, los tumultos, conmociones o revoluciones, y el salvamento de bienes o de personas en el agua, tentativa de ello o cambio razonable de ruta que se efectúe con el mismo fin (112). Si bien Malvagni parece relativizar o suavizar el rigor del concepto de caso fortuito o fuerza ma-

---

(109) CNFed. Civ. y Com., sala II, 11/06/1991, “Fluivialco Navegación SA c. Transportes Fluviales Argenrío SA”, LA LEY 191-E, 188.

(110) CNFed. Civ. y Com., sala II, 12/04/1991, “Agencia Marítima Petrozan SRL c. Trans-Ona, en Revista Ateneo del Transporte”,

(111) CNFed. Civ. y Com., sala II, 28/04/1978, “Cosmos c. bq. Doña Pascuala”.

(112) MALVAGNI, Atilio, “Contratos de transporte por agua”, Ed. Roque Depalma, Buenos Aires, 1956, nro. 381, p. 632. En los nros. 381 y 382, ps. 632-637. Excedería los propósitos de este trabajo analizar cada una de las causales de exoneración, pero señalo que MALVAGNI, se ocupa de ellas en su ob. cit., nros. 381 y 382, ps. 632-637. También las comenta, entre otros, CHAMI, ob. cit., ps. 574-580.

yor (113), este distinguido autor también dice que en los países latinos la tendencia de los tribunales lleva a aplicar con todo rigor la fuerza mayor civilista (114).

e) Los *hechos de guerra*.

f) Los *hechos de enemigos públicos*.

g) Las detenciones *por orden de la autoridad o por hechos del pueblo, embargo o detención judicial*.

h) Las *demoras o detenciones por cuarentena*.

i) Los *hechos u omisiones del cargador o propietario de la mercadería, de su agente o de quien los represente*. Se trata de pérdidas o daños causados por hechos u omisiones atribuibles a la otra parte de la relación contractual.

j) Las *huelgas, cierres patronales, paros, suspensiones o limitaciones en el trabajo, cualquiera sea la causa, parciales o generales*.

k) Los *tumultos, conmociones o revoluciones*.

l) El *salvamento de bienes o de personas en el agua, tentativa de ello o cambio razonable de ruta que se efectúe con el mismo fin, el que no debe considerarse como incumplimiento del contrato*.

m) La *merma, pérdida o daños en las mercaderías provenientes de su naturaleza, vicio oculto o propia de las mismas*. Esta y las dos siguientes causales de exoneración de responsabilidad, se refieren a daños o pérdidas cuyas causas son ajenas al transportista.

n) La *insuficiencia de embalaje*.

o) La *insuficiencia o imperfecciones de las marcas*.

p) Los *vicios ocultos del buque que no puedan ser descubiertos empleando una diligencia razonable*, que se vinculan con la *navegabilidad*, a la que me he referido *supra* en el nros. 39 y ss.

q) Finalmente, *la falta de culpa*, ello es, *cualquier otra causa que no provenga de su culpa o negligencia o de las de sus agentes o subordinados*. Sin embargo, *quien reclame el beneficio de la exoneración debe probar que*

---

(113) MALVAGNI, ob. cit., p. 473.

(114) *Ibidem*, p. 96.

*ni la culpa o negligencia del transportista, propietario o armador, ni la de sus agentes, han causado o contribuido a causar la pérdida o daño.* Más adelante me referiré a este inciso del art. 275 (*infra*, nros. 52 y 53).

52. La lista de eximentes de responsabilidad y su lenguaje son totalmente alejados de los textos legales argentinos. Nuestro sistema jurídico es romano-germánico (*civil law*) en tanto que la Convención seguida por la LN tiene un lenguaje en línea con el sistema jurídico conocido como *common law*.

Sobre el texto de la Convención, Malvagni ha expresado: “Pese a las tentativas que se hicieron para darles una forma legislativa, ya que la tenía propias de las cláusulas de un conocimiento de redacción anglosajona, no era suficientemente clara y repetía ciertos principios contenidos en la mayoría de las leyes, aquellas [las tentativas] no prosperaron ante el temor de introducir modificaciones que hubieran podido romper el acuerdo, unánime que se había obtenido sobre las Reglas. Estas fueron reproducidas, salvo pequeños detalles, en la ‘Convención para la unificación de ciertas reglas en materia de conocimiento’ que aprobó la Conferencia” (115).

### ***III.8.e. La falta de culpa. El inciso o) del artículo 275 de la Ley de la Navegación***

53. Como se ha visto, el transportista [transportista tal como lo entiende el art. 267 de la LN (116)] está obligado a ejercer la diligencia razonable para, antes y al inicio del viaje, poner el buque en condiciones de navegabilidad y para descubrir los vicios ocultos que pudiera tener la nave (arts. 272 y 275.ñ de la LN), pero el transportista no garantiza la navegabilidad del buque ni que la tripulación sea adecuada. Como queda dicho, estamos ante una obligación de medios y el factor de atribución de los daños se encuadra en el art. 1724 del Cód. Civ. y Com. (responsabilidad subjetiva).

54. El inc. o) del art. 275 es terminante en el sentido que la responsabilidad del transportista se funda en la culpa (responsabilidad subjetiva): “o) Cualquier otra causa que no provenga de su culpa o negligencia o de la de sus agentes o subordinados. Sin embargo, quien reclame el beneficio de la exoneración debe probar que ni la culpa o negligencia del

---

(115) *Ibidem*, p. 595.

(116) De acuerdo con el art. 267 de la LN, se entiende por transportista” a la persona que contrata con el cargador el transporte de mercaderías, sea propietario, armador o fletador o quien tenga la disponibilidad del buque”.

transportador, propietario o armador, ni la de sus agentes ha causado o contribuido a causar la pérdida o daño (117)".

Si bien Ray señalaba que "esta causal de exoneración es la que menos se ha aplicado en la práctica" (118), esta causal *genérica* es definitoria para concluir que estamos ante una responsabilidad subjetiva.

La prueba de la ausencia de culpa pesa sobre quien la invoque. Si bien se trata de demostrar algo negativo (la falta de culpa), se deberá recurrir a pruebas positivas sobre el cumplimiento de todo lo exigible para cumplir con la diligencia razonable que el transportista está obligado a ejercitar. Ello es, se deberán probar hechos positivos para apoyar la negación de toda culpa (119), salvo que se demuestre puntualmente cuál es la causa concreta de la pérdida o daño. Por ejemplo, suponiendo causa fuera el ingreso de agua a las bodegas, sin que se preciara donde se produjo la vía de agua, la prueba del ejercicio de la diligencia razonable deberá apuntar a todas las posibles vías de agua, pero si se probara que el ingreso de agua se produjo por una válvula, la prueba se dirigiría al ejercicio de la diligencia razonable respecto de esa válvula.

### ***III.8.f. Las obligaciones del transportista de mercaderías por agua son obligaciones de medios***

55. Calificada doctrina (120) y algunos fallos (121) han mencionado a las obligaciones del transportista de mercaderías por agua como obligaciones de resultado. No comparto esta idea. Considero que se trata de obligaciones de medios (122).

Comentando el actual Cód. Civ. y Com., Marcelo López Mesa señala: "en las 'obligaciones de resultado', también llamadas obligaciones de fines o determinadas, se compromete concretamente la obtención de un resultado determinado equivaliendo obtener ese resultado y solo ese a cumplir la prestación, la que debe tenerse por no cumplida en caso contrario, aun con la mejor diligencia empleada por el deudor.

---

(117) El destacado es nuestro.

(118) RAY, ob. cit., t. II, p. 465.

(119) *Ibidem*, p. 466 y CHAMI, ob. cit., p. 588, letra g).

(120) RAY, ob. cit., t. II, p. 466, nota 71 de pie de página.

(121) CNFed. Civ. y Com., sala II, 31/08/1990, "Columbia SA de Seguros y Colorín, c. capitán y otro buque Monte Cristo", JA 1991-III, síntesis.

(122) Chami es terminante en que se trata de una obligación de medios. CHAMI, ob. cit., ps. 537-538.



“Estamos en presencia de una de estas obligaciones, cuando el deber de prestación supone la *necesaria* (123) de un determinado efecto o consecuencia” (124).

Tanto bajo la LN como bajo la Convención de Bruselas de 1924, el transportista por agua no compromete un resultado determinado, sino que las suyas son obligaciones de medios que y le son exigibles diligencia, prudencia y un desempeño eficiente. Sobre esto dice López Mesa que “En las obligaciones de medios —sean contractuales o extracontractuales— al acreedor, para reclamar indemnización por el incumplimiento, no le basta demostrar el daño sufrido, sino que debe probar además la culpa del deudor en la falta de resultado, o *que no puso en práctica los medios que normalmente conducen a la obtención del efecto perseguido*, o que en el empleo de estos medios se ha incurrido en negligencia, imprudencia, desidia, etcétera (...) aun cuando el factor de atribución es aquí subjetivo, la diligencia que cabe al deudor en las obligaciones de medios debe ser apreciada severamente, exigiéndose una diligencia máxima. Así, la causa de liberación se ubica, a veces, próxima al caso fortuito.

“Claro que no cualquier actividad libera al deudor de medios, sino que la actividad (o medios empleados) debe ser diligente, prudente, eficiente normalmente para alcanzar el resultado” (125).

56. Cuando ni la culpa o negligencia del transportista, propietario o armador, ni de sus agentes ha causado o contribuido a causar la pérdida o daño, ellos no incurren en responsabilidad. Es claro que estamos ante una obligación de medios que genera responsabilidad subjetiva.

### ***III.9. En la generalidad de los contratos de utilización de buques la responsabilidad es subjetiva***

57. La obligación de ejercer diligencia razonable es una obligación de medios cuya omisión genera responsabilidad subjetiva, y es exigida por la LN en la generalidad de contratos de utilización de buques:

---

(123) El destacado es nuestro. También señalo que entiendo que se trataría de un error de imprenta y que se debería leer: “supone la necesidad de un determinado efecto”.

(124) LÓPEZ MESA, Marcelo - BURGUEÑO IBARGUREN, Manuel, en LÓPEZ MESA, Marcelo - BARREIRA DELFINO, Eduardo (dirs.), “Código Civil y Comercial de la Nación comentado. Anotado. Interacción normativa. Jurisprudencia seleccionada. Examen y crítica”, Ed. Hammurabi, Buenos Aires, 1ª ed., t. 10-A, ps. 208-209.

(125) *Ibidem*, p. 207-208. El destacado es nuestro.

- Por los arts. 222 y 223, en el contrato de locación de buques.
- Por el art. 229, en el contrato de fletamento a tiempo.
- Por el art. 241, en el contrato de fletamento total o parcial.
- Por el art. 270, en cualquier contrato en el que el transportista, que es quien contrata con el cargador el transporte de mercadería, sea propietario, armador, fletador o quien tenga la disponibilidad del buque.

Por el art. 317, en contrato de transporte de personas (y el art. 330 responsabiliza al transportista por culpa o negligencia).

- El art. 354 dispone que el remolque-transporte, cuando el gobierno del convoy esté a cargo del buque remolcador, el contrato se rige por las disposiciones aplicables al transporte de cosas en el que, como se ha visto, la responsabilidad del transportista es subjetiva.

- El art. 355 dispone que en el contrato de remolque-maniobra, cuando la dirección de la operación está a cargo del remolcador, se rige por las disposiciones de la locación de servicio del derecho común, lo que nos lleva al art. 1252 del Cód. Civ. y Com., a las obligaciones de medios y a la responsabilidad subjetiva.

### ***III.10. Conclusión: en los contratos de utilización de buques legislados por la Ley de la Navegación, la responsabilidad del transportista es subjetiva***

58. Como se aprecia, bajo todos los contratos de utilización de buques legislados por la LN, el propietario, el armador, el fletante por tiempo, el fletante total o parcial, el transportista y quien tenga la disponibilidad del buque, asumen obligaciones de medio y el factor de atribución de responsabilidad es subjetivo.

59. La LN se aparta de las disposiciones del Cód. Civ. y Com. en materia de responsabilidad del transportista. De acuerdo con el art. 1286 del Cód. Civ. y Com., cuando se trata de transporte de personas es aplicable el art. 1757, que dispone que la responsabilidad es objetiva.

Cuando se trata de transporte de cosas, el segundo párrafo del art. 1286 del Cód. Civ. y Com. establece que el transportista excusa su responsabilidad probando la "causa ajena". En la misma línea, el art. 1306 del Cód. Civ. y Com. dispone que "el transportista está obligado a entregar la carga en el mismo estado en que la recibió, excepto causa ajena". Como expresa Maximiliano Rafael Calderón, bajo el Cód. Civ. y Com.

“la obligación del transportista es de resultado (art. 774, inc. b., Cód. Civ. y Com) y, por ende, su responsabilidad es objetiva (art. 1727, Cód. Civ. y Com)” (126), conclusión en la que coincide la generalidad de la doctrina (127) en tanto que la responsabilidad del transportista por agua es, como se ha visto, subjetiva.

#### IV. LA RESPONSABILIDAD CIVIL EXTRA CONTRACTUAL

##### IV.1. La responsabilidad del armador por las indemnizaciones a favor de terceros por los hechos del capitán o de los tripulantes

60. El primer párrafo del art. 174 de la LN dispone: “El armador es responsable de las obligaciones contractuales contraídas por el capitán en todo lo relativo al buque y a la expedición, y por las indemnizaciones a favor de terceros a que haya dado lugar por hecho suyo o de los tripulantes” (128).

##### IV.2. Responsabilidad indirecta del armador

61. Mientras que las obligaciones resultantes de los contratos celebrados por el capitán como representante legal del armador obligan directamente al armador (*supra*, nro. 30), los actos u omisiones del capitán y tripulantes generan la responsabilidad indirecta del armador (129), quien “responde objetivamente” por aquellos.

---

(126) CALDERÓN, Maximiliano R., “Contrato de transporte”, en SÁNCHEZ HERRERO, Andrés (dir.), *Tratado de derecho civil y comercial*, Ed. La Ley, Buenos Aires, 2016, t. V, p. 318.

(127) Conf.: AICEGA, María Valentina – GÓMEZ LEO, Osvaldo R., coment. al art. 1286, en ALTERINI, Jorge H. (dir.), ob. cit., t. VI, p. 685; PIEDECASAS, Miguel A., coment. al art. 1286, en LORENZETTI, Ricardo L., *Código Civil y Comercial de la Nación*, ob. cit., t. VII, ps. 23-24; NALLAR, Florencia – ARRASCAETA, Arturo, coment. al art. 1286, en RIVERA, Julio C. – MEDINA, Graciela, ob. cit., t. IV, ps. 69-70.

(128) El destacado es nuestro.

(129) CHAMI, ob. cit., p. 225.

### **IV.3. Responsabilidad extracontractual. Particularidad de la responsabilidad objetiva del armador por los hechos del capitán y de otros tripulantes. El capitán o los otros tripulantes deben haber incurrido en culpa (responsabilidad subjetiva).**

62. El armador debe responder objetivamente “por las indemnizaciones a favor de terceros” a que hayan dado lugar los hechos del capitán o de los tripulantes.

Debido a lo dispuesto por el art. 1º de la LN y ante la falta de disposiciones del derecho de la navegación sobre cuál es el factor que atribuye al armador los daños causados a terceros por el capitán o por los tripulantes, es aplicable el art. 1753 del Cód. Civ. y Com.: “el principal [el armador] responde objetivamente por los daños que causen los que están bajo su dependencia [el capitán o los tripulantes]”.

La responsabilidad del armador es indirecta (interpretación *a contrario sensu* del art. 1749 del Cód. Civ. y Com.) y “concurrente” (no solidaria) con la del capitán y de los otros tripulantes (art. 1753 *in fine* del Cód. Civ. y Com.).

Para que el armador deba responder por los hechos del capitán y de los otros tripulantes, estos debieron incurrir en culpa (responsabilidad subjetiva). Durante la vigencia del hoy derogado Código Civil, Félix A. Trigo Represas y Marcelo J. López Mesa explicaron: “Para que se configure la responsabilidad refleja de alguien por el hecho de otra persona es requisito previo la existencia de un acto ilícito del dependiente; para calificarse de ilícito, el hecho del empleado debe ser un acto antijurídico imputable al dependiente que ocasione un daño a un tercero y se requiere además que medie relación causal entre el acto y el daño. Ello es así, porque la responsabilidad del comitente tiene como presupuesto legal la responsabilidad del trabajador, sin la cual no llega a existir el primero.

”Prestigiosa doctrina y numerosa jurisprudencia han manifestado que es menester ante todo, que se haya cometido un acto ilícito y que este sea imputable al dependiente, sin que interese que se trate de un delito o cuasidelito.

”Ello es así, dado que la responsabilidad civil del comitente es refleja y existe, por tanto, solo en virtud del hecho del subordinado, de manera que si este hecho no fuera ilícito o no le fuera imputable, desaparecería

el fundamento de la responsabilidad indirecta y el principal no se vería obligado a reparación alguna” (130).

Bajo el actual Cód. Civ. y Com., la solución es la misma y López Mesa dice que “el responsable por el hecho ajeno responde independientemente de la culpa propia, salvo en el caso previsto en el art. 1756 *in fine* del Cód. Civ. y Com., pero sí responde en general por hechos culposos o dolosos de su dependiente o de su hijo o de su pupilo, etc. Por lo que se requiere que el proceder del responsable directo sea reprochable; ello pues si así no fuera no habría motivo para que responda el principal. Sin reprochabilidad de la conducta al dañador, no queda vinculado ni este ni el principal al hecho dañoso” (131).

Federico Ossola y Aldo M. Assar, comentando el actual Cód. Civ. y Com. señalan, respecto de la responsabilidad por hechos de terceros, que “existe coincidencia en que debe tratarse de un hecho ilícito por parte del subordinado, dependiente, tutelado o sujeto a la potestad del principal” (132).

63. La responsabilidad del armador por los hechos del capitán y de los otros tripulantes (al igual que la responsabilidad de principal por los daños que causen los que están bajo su dependencia) es objetiva porque el armador debe responder aunque pruebe no haber incurrido en culpa o negligencia alguna al elegir al capitán y a los demás tripulantes, ni al ejercer vigilancia sobre su actuación. Es en este sentido que el armador “responde objetivamente” por los daños causados por el capitán y los otros tripulantes.

64. Entonces, si bien el factor atributivo de responsabilidad indirecta al principal (al armador) es “objetivo”, este solo responderá si la conducta del dependiente (del capitán o de los tripulantes) ha sido reprochable (factor “subjetivo” de atribución de responsabilidad).

Empleando un lenguaje coloquial, me permito decir que detrás de la “responsabilidad objetiva” que la ley impone al principal, debe estar la “responsabilidad subjetiva” del dependiente.

---

(130) TRIGO REPRESAS, Félix A. – LÓPEZ MESA, Marcelo J., «Tratado de la responsabilidad civil», Ed. La Ley, Buenos Aires, 2004, t. III, ps. 57-58.

(131) LÓPEZ MESA, Marcelo, «Responsabilidad indirecta o por el hecho de otro en el Código Civil y Comercial», LA LEY 2018-A, 825); TRIGO REPRESAS, Félix A. – LÓPEZ MESA, Marcelo J., ob. cit.

(132) AZAR, Aldo M. – OSSOLA, Federico, “Tratado de derecho civil y comercial”, Ed. La Ley, Buenos Aires, 2ª ed., p. 624.

#### **IV.4. En el derecho de la navegación, los factores de atribución de responsabilidad civil extracontractual son la culpa y el dolo (responsabilidad subjetiva)**

65. Como queda dicho, la culpa y el dolo (factores subjetivos) son los factores de atribución de responsabilidad no solo cuando se consideran los contratos de utilización de buques, sino también cuando se considera la responsabilidad civil extracontractual (*supra*, nro. 29), salvo cuando la responsabilidad objetiva es impuesta por las leyes o por los convenios internacionales (ver *infra*, nro. 75).

Nótese que en el derecho común la responsabilidad es objetiva solo cuando así lo dispone “la normativa”. Cuando “la normativa” no establece la responsabilidad objetiva, el factor de atribución de un daño al responsable es la culpa (art. 1721, Cód. Civ. y Com.) y nada lleva a que la solución sea distinta en el derecho de la navegación.

##### ***IV.4.a. La cuestión en la jurisprudencia***

66. En el caso del buque *Río Bravo*, que versó sobre daños que el buque causara a un muelle durante la maniobra de atraque, la Corte Suprema de Justicia de la Nación decidió expresamente, compartiendo los fundamentos y conclusiones del dictamen del procurador general, que la LN no admite la responsabilidad civil extracontractual objetiva.

En su dictamen el procurador general había dicho: “Afirma el apelante que el fallo interpreta erróneamente el art. 174 de la ley 20.094 ya que este y, en especial, sus concordantes arts. 175, 177 y 181 no excluyen que el propietario, armador y el capitán de un buque respondan, aun cuando no tengan la culpa, en caso de daños causados por un navío a terceros (...)”.

”La apelante no discrepa con la afirmación del a quo en el sentido de que la causa debe resolverse aplicando los principios consagrados en la Ley de la Navegación en lo concerniente a la responsabilidad por los daños sufridos en el muelle de embarque por la actora [siguen menciones de diversas fojas del expediente] (...).

”Por otra parte, tal conclusión encuentra apoyo en lo determinado por el art. 1º de dicho cuerpo normativo, que expresa que todas las relaciones jurídicas originadas en la navegación por agua se rigen por sus normas, las de las leyes y reglamentos complementarios y por los usos y costumbres, y que solo se aplicará el derecho común a falta de disposiciones de derecho de la navegación y en cuanto no se pudiere recurrir a la analogía.

"De acuerdo a ello, [siguió diciendo el procurador general en su dictamen] coincido con la Cámara en cuanto sostuvo que para declarar responsable a la demandada por los daños era menester probar la culpa indirecta o refleja del armador en los hechos que les dieron origen, demostrando fundamentalmente la culpa del capitán o de la tripulación [siguen menciones de diversas fojas del expediente] (...).

"Es que no se advierte que las normas invocadas por la recurrente (133) permitan inferir que se ha consagrado el principio de responsabilidad sin culpa del armador, es decir, una responsabilidad objetiva basada en la teoría del riesgo creado.

"Por el contrario, el art. 174 citado sienta como principio general la responsabilidad del armador por las obligaciones contractuales contraídas por el capitán en todo lo relativo al buque y a la expedición, y por las indemnizaciones a favor de terceros a que haya dado lugar por hecho suyo o de los tripulantes.

"Por su parte, las normas restantes reglan aquellos casos en los que el armador puede limitar la responsabilidad al valor allí establecido salvo caso de culpa propia con relación a los hechos que den origen al crédito reclamado (art. 175), o la de sus dependientes de la empresa terrestre en los casos del art. 177, inc. c).

"A su vez, el art. 181 extiende la posibilidad de invocar la limitación de responsabilidad en las condiciones allí fijadas al propietario del buque y al transportador —cuando sean una persona o entidad distinta del armador— y a sus dependientes o los del armador y al capitán y miembros de la tripulación en las acciones ejercidas contra ellos.

"Ninguna de estas disposiciones contradice el principio general determinado por el art. 174" (134).

---

(133) Las normas invocadas por la recurrente fueron los arts. 174, 175, 177 y 181 de la LN.

(134) CS, 16/06/1988, "Sulfacid SAIC c. capitán y/o propietario y/o armador del buque Río Bravo", Fallos 311:1015.

#### IV.5. Responsabilidad civil extracontractual - Accidentes de navegación - Aplicación analógica de las disposiciones sobre abordajes

67. En el derecho de la navegación el abordaje constituye el caso de responsabilidad civil extracontractual por excelencia (135) [aunque no el único (136)]. Los arts. 359, 360, 362 y 363 de la LN son terminantes en el sentido que el fundamento de la responsabilidad es la culpa y diversos autores sostienen —con buen criterio— que en razón de la analogía (art. 1º *in fine* de la LN), la culpa es el factor atributivo de la responsabilidad en la generalidad de los casos de responsabilidad civil extracontractual (137).

No solo la aplicación analógica de la LN lleva a esa solución. También llevan a la aplicación de las normas sobre abordajes a otros accidentes, las disposiciones del Tratado de Montevideo de 1940 sobre navegación comercial internacional, ratificado por nuestro país por el dec.-ley 7771/1956. El art. 11 del Tratado dispone: “Las precedentes disposiciones sobre abordaje se extienden a la *colisión entre buques y cualquiera propiedad mueble o inmueble*” (el destacado es nuestro).

En la misma línea, Chami considera que las disposiciones sobre abordajes o colisiones entre buques son analógicamente aplicables a los daños que un buque cause a un muelle porque “al ser un hecho ilícito similar al abordaje, se regirá en virtud de la mencionada aplicación analógica, y en la medida que esta fuera pertinente, por las normas del abordaje, propias del derecho de la navegación” (138).

Hernán López Saavedra también se ha referido a la colisión de un buque contra un muelle, sosteniendo que “corresponde probar la culpa del buque que embiste, por la sencilla razón de que, antes de aplicar el Código Civil, hay que recurrir a la analogía (art. 1º de la Ley de la Navegación). Y el caso más análogo a la colisión entre un buque y un muelle

---

(135) CHAMI, ob. cit., p. 223, nota 3.

(136) Como accidentes de la navegación, además de los abordajes, se pueden mencionar la afectación de las vías de navegación por cosas caídas o arrojadas a las aguas (arts. 16 y 17 de la LN) y los daños a instalaciones portuarias (arts. 26 y 27 de la LN).

(137) Lo expuesto es sin perjuicio de que hay excepciones: es objetiva la responsabilidad civil por los daños debidos a la contaminación de las aguas navegables y la responsabilidad civil por daños nucleares, a los que referiré más adelante (*infra*, nro. 74).

(138) CHAMI, ob. cit., p. 228.



es la colisión entre dos buques, dado que se trata de circunstancias que tienen un mismo 359 y 360 de la ley” (139).

68. Respecto de la responsabilidad civil extracontractual del armador, Fernando Romero Carranza, si bien no invoca expresamente la analogía, señala que no son aplicables las disposiciones del derecho común y descarta la responsabilidad objetiva. Este autor dice: “El hecho de navegar crea de por sí riesgos al propio buque, a la carga, a la propia tripulación, a personas y bienes de terceros que serán atribuibles al manejo y conducción del buque, dependiente de la pericia o impericia, error o negligencia de su comando y del personal embarcado.

”Cuando esos riesgos se concretan en accidentes de la navegación que producen efectos y crean relaciones jurídicas con terceros afectados por los hechos del capitán y los tripulantes, estaremos concretamente y expresamente frente a esas relaciones que el art. 1º, ley 20.094, establece que deben regirse por las normas expresas y particulares de su régimen legal autónomo, donde el derecho común será recurrible solo en forma subsidiaria en caso de falta de disposición expresa de la ley”.

Luego de transcribir el art. 174 de la LN, Romero Carranza continúa diciendo: “La clara instauración del principio de responsabilidad subjetiva e indirecta del armador por hechos del personal embarcado por daños a terceros durante la navegación, es tan clara y expresa en este artículo de la ley comentada, que a nuestro entender no cabe la aplicación del principio de responsabilidad objetiva en los casos de estos reclamos indemnizatorios” (140).

Señalo que si bien los párrafos transcritos Romero Carranza se refieren al art. 174 de la LN, particularizan sobre el caso del *Río Bravo*, buque que durante su maniobra de atraque dañara el muelle (*supra*, nro. 66).

69. Si se prescindiera de la interpretación que la Corte Suprema diera al art. 174 de la LN en el caso del buque *Río Bravo* (*supra*, nro. 66), señalo que es clara la analogía entre los daños causados por un abordaje y los causados por cualquier otro accidente de navegación. El abordaje es un

---

(139) LÓPEZ SAAVEDRA, Hernán, «Colisión de buques contra elementos fijos o flotantes: *quid* de la aplicabilidad del art. 1113 del Código Civil”, en RADOVICH, Jorge M. (dir.), *Problemas actuales de derecho marítimo en la Argentina*, Ed. Quorum, Buenos Aires, 2004, p. 304.

(140) ROMERO CARRANZA, Fernando, “La responsabilidad del propietario y armador del buque en el régimen legal de la navegación en la República Argentina”, en CHAMI, Diego (dir.), *Estudios de derecho marítimo en homenaje al doctor José Domingo Ray*, Ed. LexisNexis, Buenos Aires, 2005, p. 379.

accidente de navegación generador de responsabilidad civil extracontractual. Coloquialmente, se puede decir que el abordaje es *el accidente de navegación por excelencia* (141).

70. Cuando un buque en movimiento choca (colisiona) a un buque inmóvil (atracado a un muelle, o varado), no se discutiría que se trataría de un abordaje y que para la reparación de los daños se aplican las disposiciones de los arts. 358 y ss. de la LN (o las disposiciones de los arts. 3 y 4 de la Convención de Bruselas de 1910 sobre abordaje, si fuera aplicable). Si el buque no hubiera estado atracado al muelle, el choque o colisión habría dañado al muelle. En uno y otro caso, se trataría de responsabilidad civil extracontractual por daños causados por un buque en movimiento a cosas inmóviles (a un buque inmóvil atracado a un muelle, o al muelle mismo).

Tampoco habría dudas sobre la aplicación de las normas sobre abordajes, si un buque en movimiento chocara y dañara a un buque fondeado. También podría ocurrir que en lugar de colisionar un buque fondeado, colisionara y dañara una boya (una ayuda a la navegación que permanece fondeada).

En las hipótesis mencionadas, estamos ante daños ocasionados por buques a otros buques (ya sea en movimiento, fondeados o inmóviles atracados a muelle), o por buques a construcciones sobre costas (por ejemplo, un muelle), o por buques a cosas flotantes fijas. En cualquiera de esas y de otras hipótesis, i) se trataría de daños, ii) los daños habrían ocurrido como resultado de la maniobra de un buque, iii) los daños ocurridos durante la maniobra afectarían a cosas propias de actividades de la navegación y iv) habrían ocurrido fuera del marco de la ejecución o cumplimiento de contratos, de modo que se estaría ante casos de responsabilidad civil extracontractual.

Es claro que los accidentes de navegación guardan analogía con el accidente de abordaje y que diversas normas legales disponen la aplicación de las normas sobre responsabilidad civil en los casos de abordaje, a accidentes que no constituyen choques entre buques.

#### **IV.6. Accidentes de navegación. Jurisprudencia sobre responsabilidad del armador**

71. En el caso del buque *Río Bravo* (*supra*, nro. 65), aun sin invocar la analogía con el abordaje, la Corte Suprema exigió la prueba de la culpa

---

(141) CHAMI, ob. cit., p. 223, nota 3.

del capitán o de los tripulantes para atribuir al armador la responsabilidad extracontractual indirecta o refleja por los hechos de aquellos.

En otro caso, una persona murió participando en el intento de zafar de una varadura a una embarcación de placer, y a través del voto del doctor Vocos Conessa, la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil y Comercial Federal, también sin recurrir a la analogía, dijo que “todo buque o embarcación —por causa de su naturaleza y del medio en que se mueve— comporta en navegación una cosa riesgosa puesto que se enfrenta a múltiples factores susceptibles de ocasionar daños a terceros (de orden técnico, personal, climatológico, mariológico, etc.). Y precisamente porque la actividad navegatoria, de la que el buque es el elemento esencial, está signada por el riesgo —de allí que una de las características de la navegación por agua sea la limitación de la responsabilidad—, el precepto particular del art. 1113, segunda parte del párr. 2º del Cód. Civil es desplazado por la normativa propia de la ley 20.094 y de las convenciones internacionales, las que conforman un régimen autónomo (art. 1º, LN)” (142).

72. En la misma línea se han expedido otras salas de la misma Cámara y la Cámara Federal de Rosario, por ejemplo en los casos del buque *Astravalentina* fallado en 1994 (143) y “Servicio Portuarios c. Psarros”, fallado en 2011 (144).

#### IV.7. Responsabilidad objetiva del armador

73. No obstante el principio según el cual el factor de atribución de responsabilidad al armador y al propietario de buques es subjetivo, el principio tiene excepciones que solo podrán resultar de normas expresas.

El art. 1721 del Cód. Civ. y Com. dispone: “La atribución de un daño al responsable puede basarse en factores objetivos o subjetivos. En ausencia de normativa, el factor de atribución es la culpa”. Entonces, la responsabilidad solo es objetiva cuando la “normativa” así lo dispone. En la LN no encuentro norma alguna que establezca responsabilidad objetiva, aunque la establecen algunas convenciones internacionales de las que

---

(142) CNFed. Civ. y Com., sala II, “Galer, Susana E. y otros, c. Raffo, Lorenzo J. y otros”, LA LEY 1997-E, 22, AR/JUR/2264/1997.

(143) CNFed. Civ. y Com., sala III, 24/08/1994, “YPF Soc. del Estado c. Astra CAPSA s/ daños y perjuicios”.

(144) CFed. Rosario, sala B, 06/10/2011, “Servicios Portuarios SA c. Psarros, Theodoros s/ daños y perjuicios”, página web del Centro de Información Judicial.

nuestro país es parte y la ley 22.190, que integran el derecho de la navegación argentino (*infra*, nro. 75).

#### **IV.8. Responsabilidad objetiva del armador por los hechos del capitán y de los tripulantes. Particularidad**

74. Si bien la responsabilidad del armador es objetiva cuando debe responder por los hechos del capitán y de los tripulantes actuando como tales, *esta responsabilidad objetiva tiene una particularidad*: para que el armador resulte obligado a responder, el capitán o los tripulantes deben haber incurrido en responsabilidad subjetiva, tal como ocurre en el derecho común cuando el principal debe responder por los hechos del dependiente (ver *supra*, nro. 62).

#### **IV.9. Casos excepcionales de responsabilidad objetiva del armador**

75. También es objetivo el factor de atribución al propietario del buque de los daños por contaminación y de los daños nucleares, que resulta de diversas convenciones internacionales:

- La Convención de Bruselas de 1962 sobre responsabilidad de los operadores de buques nucleares, de la que la República Argentina no es parte;

- La Convención de Bruselas de 1971 sobre responsabilidad civil en la esfera del transporte marítimo de materiales nucleares, de la que la República Argentina es parte (ley 22.455 del año 1981), también se refiere a buques nucleares (art. I.1) a daños nucleares (art. I.7) y a incidentes nucleares (art. I.7);

- La Convención Internacional de Bruselas de 1969 sobre la responsabilidad civil por los daños causados por derrames de hidrocarburos adoptada por la República Argentina en la versión resultante del Protocolo de 1976 (ley 25.137 del año 1999) establece la responsabilidad objetiva del propietario de buques (no del armador), por los daños causados por derrames de hidrocarburos;

- El Convenio Internacional sobre la responsabilidad civil nacida de daños debidos a la contaminación por hidrocarburos para combustible de los buques, del año 2001 (conocido como Convenio *Bunker*), de la que la República Argentina no es parte; y

- El Convenio Internacional sobre responsabilidad e indemnización de daños en relación con el transporte marítimo de sustancias nocivas y potencialmente peligrosas (de Londres, 1996) (conocido como Convenio SNP) y su Protocolo de 2010, del que la República Argentina no es parte.

También la ley argentina 22.190 (año 1980) sobre el régimen de prevención y vigilancia de la contaminación de las aguas, impone la responsabilidad objetiva (y solidaria) del armador y del propietario por los gastos de limpieza de las aguas que hayan realizado la Prefectura, la Administración General de Puertos o cualquier otro organismo interviniente.

76. Estas convenciones internacionales llevan a Chami a decir que “el sistema de responsabilidad legislada del derecho de la navegación incluye tanto responsabilidades subjetivas como responsabilidades objetivas” (145). Esto es así, pero la responsabilidad objetiva no es la regla en el derecho de la navegación, sino que “la normativa” la impone en casos específicos, tal como ocurre en el derecho común (art. 1721 del Cód. Civ. y Com.).

#### **IV.10. Carácter excepcional de la responsabilidad objetiva en el derecho de la navegación**

77. Las convenciones precedentemente mencionadas (*supra*, nro. 75) establecen disposiciones excepcionales, solo aplicables en el ámbito de aplicación de ellas. La responsabilidad objetiva que imponen no es impuesta por el resto de las convenciones internacionales de derecho de la navegación (146) y tampoco es impuesta por otras convenciones la obligación de mantener seguros cubriendo la responsabilidad civil, ni establecen fondos internacionales para responder al pago de indemnizaciones. Asimismo, los límites de responsabilidad son distintos —y muy alejados— de los que establecen las otras convenciones internacionales que regulan la limitación de responsabilidad en el derecho de la navegación.

En cuanto a la ley argentina 22.190, impone la responsabilidad objetiva solo por el pago de los gastos de limpieza de las aguas y costas, realizados por el Comando en Jefe de la Armada (actualmente, la Prefectura Naval), por la Administración General de Puertos o por cualquier otro organismo interviniente.

---

(145) CHAMI, ob. cit., p. 225.

(146) *Ibidem*.

78. Reitero: en el derecho de la navegación la responsabilidad objetiva solo es impuesta en casos muy específicos: daños nucleares y daños causados por contaminación de las aguas navegables. Si el accidente que causa tales daños también causa otro tipo de daños que no impliquen daños nucleares ni daños causados por la contaminación de las aguas (por ejemplo, daños materiales a buques, lucro cesante derivado de los daños materiales, daños personales) la responsabilidad por estos no es objetiva.

Disposiciones tan específicas referidas a daños tan precisamente señalados, no puedan ser aplicadas a otras situaciones ni a otros daños que no sean los expresamente señalados en las respectivas normas.

#### **IV.11. Responsabilidad extracontractual objetiva en el derecho de la navegación**

79. Chami considera que el lenguaje del art. 174 de la LN no significa que el armador sea responsable solo por sus conductas y las de los dependientes y no sea responsable por los hechos causados con o por las cosas (147). Menciona los regímenes de responsabilidad extracontractual objetiva establecidos para los daños causados a terceros por los buques a propulsión nuclear y por los derrames de hidrocarburos desde buques y sostiene que “el sistema de responsabilidad legislada por el derecho de la navegación incluye tanto responsabilidades subjetivas como responsabilidades objetivas”.

El mismo autor sostiene que “nada impide que la legislación marítima se integre con la legislación civil y que el art. 1113 del Código Civil (148), que consagra un sistema de responsabilidad objetiva, se aplique en el ámbito del derecho de la navegación (149)”.

Si bien el art. 1º *in fine* de la LN dispone aplicar el derecho común las relaciones jurídicas resultantes de la navegación, la aplicación del derecho común solo es admitida “a falta de disposiciones de derecho de la navegación y en cuanto no se pudiese recurrir a la analogía”. Es claro que antes que al derecho común se debe recurrir a la analogía dentro del derecho de la navegación. Entonces, en materia de accidentes de la navegación generadores de responsabilidad civil extracontractual, se deben aplicar las disposiciones sobre abordajes (*supra*, nro. 67).

---

(147) *Ibidem*.

(148) Chami escribió la obra que cito antes de la derogación del Código Civil.

(149) CHAMI, ob. cit., p. 224 (y, en el mismo sentido, p. 225).

Destaco que la primacía de las disposiciones del derecho de la navegación (incluyendo el recurso a la analogía) que resulta del art. 1º de la LN, es concordante con el orden de prelación del art. 1709 del Cód. Civ. y Com. (*supra*, nros. 8 y nro. 10). El mismo Cód. Civ. y Com., en su art. 1721 establece que, “en ausencia de normativa”, la culpa es el factor de atribución de un daño al responsable. Como las “disposiciones del derecho de la navegación” solo establecen la responsabilidad objetiva en casos específicos, fuera de tales casos solo son aplicables —directamente o recurriendo a la analogía— las disposiciones del derecho de la navegación.

80. Además de los argumentos ya mencionados, Chami sostiene que “existe otro argumento claro para admitir la aplicación del art. 1113 del Código Civil (150) al derecho de la navegación”: “El art. 177, último párrafo, de la LN, establece que podrá oponerse la limitación de responsabilidad aun cuando la responsabilidad provenga de la propiedad, posesión, custodia o control del buque. La responsabilidad consecuente de la propiedad, posesión, custodia o control del buque no es otra que la responsabilidad objetiva que consagra el art. 1113 del Código Civil respecto del propietario o guardián de una cosa riesgosa o viciosa. Consecuentemente, al preverse que en tales casos de responsabilidad objetiva podrá limitarse la responsabilidad, cabe concluir que la propia Ley de la Navegación no impide, sino que contempla como posibilidad, la aplicación de una responsabilidad objetiva basada en la propiedad, posesión, custodia o control del buque. De tal forma, el art. 177 nos da una respuesta clara según la cual el art. 1113 que consagra una responsabilidad civil objetiva resulta aplicable al derecho de la navegación.

”En su Exposición de Motivos, Malvagni recuerda que, en Francia, la condición de propietario-armador como guardián jurídico del buque fue invocada para negarle el beneficio de la limitación de responsabilidad, en fallos que —recuerda Malvagni— fueron muy criticados en su hora por la doctrina. Se trató de los casos de los buques ‘Lamoricière’ y ‘Champolion’. El ‘Lamoricière’ naufragó el 9/1/1942 cerca de las islas Baleares y la Corte de Casación francesa determinó que el armador era responsable en los términos del art. 1384 del Código Civil francés similar a nuestro art. 1113, y que por aplicarse la normativa civil, no correspondía amparar al armador en la limitación de responsabilidad del art. 216 del Código de Comercio francés. Esta doctrina fue reiterada por la Corte de Apelaciones de París en el caso del buque ‘Champolion’ y, posteriormente, en el caso del buque ‘France’. Esta jurisprudencia francesa que consagró una responsabilidad objetiva e ilimitada en los

---

(150) Se refiere al art. 1113 del Cód. Civil derogado. Actualmente la referencia sería a los arts. 1757 y 1758 del Cód. Civ. y Com.

dos primeros casos estuvo inspirada en la necesidad de proteger a los reclamantes de créditos por muerte y lesiones corporales.

"A su vez, la norma del art. 177, último párrafo, de la LN, cuya fuente es el art. 1º, párr. 31, de la Convención de Bruselas de 1957, tuvo por finalidad contrarrestar la orientación jurisprudencial francesa, según la cual, como vimos en caso de responsabilidad objetiva, no resultaba posible limitar la responsabilidad.

"Consecuentemente, con esta solución en la Ley de la Navegación cabe concluir que es posible aplicar el art. 1113 del Código Civil para regir la responsabilidad civil marítima.

"Citamos algunos ejemplos en los cuales ello puede ocurrir. Así, en caso de derrame, cuando no fuera aplicable el Convenio CLC 69/PROT 92 por no reunirse los requisitos de aplicación, no habría obstáculo para que el caso fuese regido por el art. 1113 del Código Civil o por la Ley General del Ambiente 25.675. Otra hipótesis sería la explosión de carga o de los gases de la carga a bordo de un buque que cause daños a terceros, supuesto en el cual nuestra jurisprudencia ya se expidió respecto de la aplicabilidad del art. 1113 del Código Civil y consecuente responsabilidad del propietario de la carga. De explotar la carga y el buque causa (*sic*) daños a otras instalaciones, la cosa y el buque mismo serían una cosa riesgosa que generará responsabilidad objetiva.

"Por otra parte, es muy interesante recordar que uno de los primeros precedentes de responsabilidad objetiva en la jurisprudencia fue la explosión de una caldera de un remolcador, caso en el cual se admitió la responsabilidad con base en lo previsto por el art. 1384 del Código Civil francés, similar a nuestro art. 1113. Además, la doctrina francesa sostiene que, teniendo en cuenta los términos del art. 1384 del Código Civil francés, el armador podía ser condenado por los daños causados por su buque a terceros.

"Sin embargo, la aplicación del art. 1113 no deberá ser automática ni discriminada, y no deberá aplicarse a aquellos institutos que a) tengan una solución específica y distinta en la Ley de la Navegación, como el abordaje que adopta un sistema de responsabilidad subjetivo (art. 358 y ss.) y que consecuentemente no admite que sea regido por un sistema objetivo y b) que admitan la aplicación analógica de una institución analógica del propio derecho de la navegación, como por ejemplo, la colisión de un buque contra un muelle que, al ser un hecho ilícito similar a un abordaje, se regirá, en virtud de la mencionada aplicación analógica y en



la medida que fuera pertinente, por las normas del abordaje, propias del derecho de la navegación.

”Finalmente, respecto de la colisión de un buque contra un muelle, la no aplicación de la responsabilidad objetiva genérica del art. 1113 del Código Civil no es consecuencia de que lo veda, sino que ello es así por aplicación analógica a dicha colisión de un buque contra un muelle, de las normas sobre abordaje, en virtud de lo dispuesto por el art. 1º de la LN.

”Es interesante señalar que la doctrina francesa, que es partícipe de aplicar la responsabilidad objetiva al derecho de la navegación, considera correctamente que ello no es extensible al abordaje, cuya responsabilidad es netamente subjetiva, pero que, por el contrario, sería de responsabilidad objetiva el choque de un buque contra un objeto fijo” (151).

81. La larga transcripción precedente responde a que estamos frente a una cuestión importante, como lo es la responsabilidad en cualquier rama del derecho, y porque disentir con la opinión de este autor me obliga, antes de expresar mis puntos de vista, a exponer con fidelidad los fundamentos de la opinión con la que disiento.

Paso a exponer mis puntos de vista sobre lo expresado por Chami.

#### ***IV.11.a. El párrafo final del inciso c) del artículo 177 de la Ley de la Navegación***

82. El párrafo final del inc. c) del art. 177 de la LN permite al armador invocar el beneficio de la limitación de cuando su responsabilidad deriva de la propiedad, posesión, custodia o control del buque, salvo que se pruebe su culpa o la de sus dependientes de la empresa terrestre. Chami se apoya en el párrafo final del inc. c) del art. 177 para sostener que la LN admite la responsabilidad objetiva que imponía el art. 1113 del hoy derogado Código Civil, responsabilidad objetiva que actualmente acogen los arts. 1757 y 1758 del Cód. Civ. y Com.

Entiendo que el razonamiento de este autor citado sería: si la LN permite al armador invocar la limitación aun cuando la responsabilidad derive de la propiedad, posesión, custodia o control del buque, esto significaría que la LN admitiría la responsabilidad objetiva en el derecho de la navegación.

---

(151) CHAMI, ob. cit., p. 225-229.

Considero que el párrafo final del art. 177 de la LN no implica que la responsabilidad objetiva constituya una solución ordinaria en el derecho de la navegación argentino. En mi opinión, este párrafo final se aplica cuando la limitación de responsabilidad está gobernada por la ley argentina, aunque la obligación de indemnizar resulte de la aplicación de una ley extranjera que admita la responsabilidad objetiva. Por ejemplo, si un buque de bandera argentina dañara un muelle en un puerto francés y el armador fuera condenado por un tribunal francés aplicando la legislación francesa, la sentencia francesa se dictaría considerando que se trata de un caso de responsabilidad objetiva (152). Si la sentencia se ejecutara ante un tribunal argentino, como en materia de limitación de responsabilidad se debe aplicar la ley de la bandera del buque (153) estaríamos ante un caso en el cual, como consecuencia de la aplicación de la ley francesa el factor de imputación de responsabilidad sería objetivo, pero como el régimen aplicable a la limitación de la responsabilidad es el de la ley del Estado de la bandera del buque (en la hipótesis, la ley argentina) la responsabilidad que no se podría limitar bajo la ley del lugar donde se causó el daño indemnizable (la ley francesa), sí se limitaría bajo la ley de la bandera del buque y del Estado donde se ejecuta la sentencia (la ley argentina), por aplicación del art. 177, inc. c), *in fine*, de la LN.

#### ***IV.11.b. Diferencia fundamental entre el derecho francés y el derecho argentino***

83. Como queda dicho (*supra*, nro. 80) Chami explica que en el caso del buque *Lamoricière*, luego seguido por el caso del buque *Champion*, los tribunales franceses dictaron las condenas por aplicación del art. 1384 del Código Civil de Francia, de modo que siendo aplicable la normativa civil francesa, no cabría acoger la limitación de responsabilidad del art. 216 del Código de Comercio francés (154).

Sin embargo, las decisiones extranjeras —por ejemplo, las decisiones de tribunales franceses aplicando derecho francés— no siempre constituyen una buena guía para la interpretación de la LN argentina, básicamente porque el derecho francés no tiene una disposición equivalente a la del art. 1° de nuestra LN.

---

(152) *Ibidem*, p. 226.

(153) CHAMI, ob. cit., p. 273; CAPPAGLI, Alberto C., “El derecho internacional privado en la Ley de la Navegación argentina”, Ed. Instituto de Derecho Internacional y de la Navegación - Biblioteca de la Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Buenos Aires, Buenos Aires, 2004, p. 217.

(154) CHAMI, ob. cit., ps. 226-227.

En el derecho argentino, cuando se trata de *relaciones jurídicas originadas en la navegación*, se deben aplicar las fuentes propias del derecho de la navegación, incluso recurriendo a la analogía. Solo cabe aplicar el derecho común si no se pudiere recurrir a la analogía dentro del derecho de la navegación.

Recuerdo que nuestra Corte Suprema, haciendo suyo el dictamen del procurador general rechazó la responsabilidad objetiva (155), al igual que la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil y Comercial Federal, que descartó la aplicación del art. 1113 del Código Civil entonces vigente (156).

#### **IV.12. El Código Civil y Comercial no es aplicable a los daños causados por el riesgo o vicio de los buques o por los peligros de la navegación**

84. Los arts. 1757 y 1758 del Cód. Civ. y Com. se refieren a la responsabilidad derivada de la intervención de cosas y a las actividades riesgosas o peligrosas, imponiendo la responsabilidad objetiva. Estas disposiciones no se aplican a las relaciones jurídicas originadas en la navegación.

Las relaciones jurídicas originadas en la navegación se rigen por las disposiciones de las convenciones internacionales en las que nuestro país es parte, por la LN, por las leyes y reglamentos complementarios, y por los usos y costumbres de la actividad. Si una cuestión no puede ser resuelta aplicando tales fuentes, se debe recurrir a la analogía dentro del derecho de la navegación. Solo cabe recurrir al derecho común, cuando la cuestión tampoco pueda ser resuelta mediante la analogía dentro de las normas del derecho de la navegación, tal como lo dispone el art. 1º *in fine* de la LN (*supra*, nro. 8).

Así es que la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil y Comercial Federal con asiento en la ciudad de Buenos Aires, tiene dicho que “todo buque o embarcación —por causa de su naturaleza y del medio en que se mueve— comporta en navegación una cosa riesgosa, puesto que se enfrenta a múltiples factores susceptibles de ocasionar daños a terceros (de orden técnico, personal, climatológico, mariológico, etc.). Y precisamente porque la actividad navegatoria, de la que el buque es el elemento esencial, está signada por el riesgo —de allí que una de las características de la navegación por agua sea la limitación de la responsabilidad—, el precepto particular del art. 1113, segunda parte del párr.

---

(155) Fallos 311:1015 y *supra* nro. 66.

(156) *Supra*, nro. 71 *in fine* y 72.

2º del Cód. Civil es desplazado por la normativa propia de la ley 20.094 y de las convenciones internacionales, las que conforman un régimen autónomo —art. 1º, LN” (157)—.

Entonces ¿qué disposiciones legales son aplicables en los casos de daños causados por el riesgo o vicio de los buques?

El art. 71 de la LN dispone: “Los buques y artefactos navales deben reunir las condiciones de seguridad previstas en las convenciones internacionales incorporadas al ordenamiento jurídico nacional y las que establezca la reglamentación”.

#### IV.13. Las convenciones internacionales y los reglamentos

85. La Organización Marítima Internacional (OMI) es un organismo de las Naciones Unidas dedicado a la seguridad marítima y a la preservación del ambiente marítimo. Desde su creación se han elaborado diversos instrumentos, tales como el Convenio Internacional sobre la Seguridad de la Vida Humana en el Mar de 1974 (Convenio Solas por sus siglas del idioma inglés), el Convenio Internacional sobre Líneas de Carga de 1966, el Convenio Internacional sobre el Reglamento Internacional para Prevenir los Abordajes de 1972, el Convenio Internacional para la Seguridad de los Buques Pesqueros de 1977, el Convenio Internacional sobre Normas de Formación, Titulación y Guardias para Gente de Mar de 1978 y el Código Internacional de Gestión de la Seguridad del Buque y la Prevención de la Contaminación (Código IGS). entre otros. El Convenio Solas y el Código IGS son los más amplios de los mencionados.

86. Además de ser parte en esos convenios, la Argentina ha recogido sus disposiciones en el cuerpo reglamentario denominado Régimen de la Navegación Marítima, Fluvial y Lacustre (Reginave) (158), de modo que las disposiciones para la navegación marítima han sido adoptadas para nuestra navegación fluvial y lacustre, y para la navegación marítima ajena al ámbito de aplicación del Convenio Solas, del Código IGS y de los otros convenios internacionales.

---

(157) CNFed. Civ. y Com., sala II, 06/03/1997, “Galer, Susana F. y otros c. Raffo, Lorenzo J. y otros”, LA LEY, 1997-E, 22, AR/JUR/2264/1997. En sentido similar, en un caso de daños a un muelle atribuidos a un buque: CFed. Rosario, sala B, “Servicios Portuarios SA c. Pssarros, Teodoros, s/ daños y perjuicios”, expte. 5126-C, página web del Centro de Información Judicial.

(158) Aprobado por el dec. 770/2019. La versión anterior del Reginave fue aprobada mediante el dec. 4516/1973.

***IV.13.a. El Convenio Internacional para la Seguridad de la Vida Humana en el Mar (Convenio SOLAS) y el Código Internacional de Gestión de la Seguridad del Buque y la Prevención de la Contaminación (Código IGS)***

87. El *corpus* que se suele citar como Convenio Solas (o simplemente Solas) está formado por el Convenio Internacional de 1974 para la Seguridad de la Vida Humana en el Mar, por su Protocolo de 1988 y por el Anexo del Convenio de 1974 y del Protocolo de 1988. La República Argentina es parte en virtud de las leyes 22.079 (1979) y 24.213 (1993).

El Anexo del Convenio Solas, establece muy detalladas reglas técnicas sobre construcción de los buques, estructuras, compartimentado y estabilidad, instalaciones de máquinas e instalaciones eléctricas (cap. II-1, reglas 1 a 54); reglas de construcción para prevención, detección y extinción de incendios (cap. II-2, reglas 1 a 6); sobre control de incendios (cap. II-2 regla 7 a 11); sobre evacuación (cap. II-2, reglas 12 y 13); sobre dispositivos y medios de salvamento (cap. III, reglas 1 a 37); sobre radiocomunicaciones (cap. IV, reglas 1 a 18); sobre seguridad de la navegación (cap. V, reglas 1 a 33); sobre transporte de cargas (cap. VI, reglas 1 a 9); sobre transporte de mercancías peligrosas (cap. VII, reglas 1 a 16); sobre buques nucleares (cap. VIII, reglas 1 a 12); sobre medidas de seguridad aplicables a buques de gran seguridad (cap. X, reglas 1 a 3); sobre medidas especiales para incrementar la seguridad marítima (cap. X-1, reglas 1 a 5); sobre medidas especiales para incrementar la protección marítima (cap. XI-2, reglas 1 a 13), sobre medidas adicionales aplicables a los graneleros (cap. XII, reglas 1<sup>a</sup> 13); y un Apéndice con modelos de certificados.

También incluye disposiciones sobre la inspección de los buques (cap. I, regla 6), tanto sobre las inspecciones antes de la entrada en servicio, como de las inspecciones periódicas posteriores (cap. I, reglas 7 a 10); sobre el mantenimiento del estado del buque después de las inspecciones a fin de garantizar que en todos los sentidos el buque esté en condiciones de hacerse a la mar sin peligro para el buque mismo y para la personas a bordo (cap. I, regla 11); sobre los certificados y su validez (cap. I, reglas 12 y 14 a 17); sobre las facultades de la autoridades del Estado del puerto para inspeccionar buques extranjeros e impedirles zarpar si no están en condiciones (cap. I, regla 19).

Reitero y destaco que el estado del buque debe ser mantenido, de modo que se ajuste a las reglas aplicables, a fin de garantizar que el buque seguirá en condiciones de hacerse a la mar sin peligro para el buque y para las personas a bordo (Solas, Anexo cap. I, regla 11.a), obligación que pesa sobre el propietario o armador.

El Código Internacional de Gestión de la Seguridad del Buque y la Prevención de la Contaminación (Código IGS) dispone establecer normas de procedimientos con el objetivo de garantizar la seguridad del buque, incluyendo normas para auditar el cumplimiento de los procedimientos y para asegurar la eficacia de la relación entre el capitán y la tripulación, con el personal de tierra.

#### ***IV.13.b. El Régimen de la Navegación Marítima, Fluvial y Lacustre (REGINAVE) y las reglamentaciones argentinas***

88. Como queda dicho, el Reginave y las reglamentaciones argentinas, están en línea con el Convenio Solas, el Código IGS y los demás instrumentos internacionales sobre seguridad de la navegación (*supra*, nro. 86).

El tít. 1 del Reginave se ocupa de la construcción de los buques, modificación, reparación y verificaciones complementarias, del francobordo, del instrumental náutico, de los sistemas y dispositivos de lucha contra incendio e inundación, y de los dispositivos de salvamento; el tít. 2 de los libros, registros y de los instrumentos electrónicos que los reemplacen, y de las inspecciones y certificados de seguridad; el tít. 4 de las normas de seguridad de los buques tanque de transporte de combustibles líquidos, de los buques de transporte de cargas a granel, de transporte de mercaderías peligrosas.

Cabe destacar que en línea con el Convenio Solas, Anexo, cap. I, regla 11.a (159), el art. 204.0104 del Reginave dispone: “204.0104. Mantenimiento de las condiciones de seguridad: La aprobación de las inspecciones que se realicen para el otorgamiento de un certificado, será válida solamente para el momento en que aquellas fueran efectuadas. A partir de entonces y durante todo el período de validez del certificado, los propietarios, armadores, capitanes, patrones o el tripulante que corresponda, según las circunstancias del caso, serán responsables del mantenimiento de las condiciones de seguridad, de manera que garanticen que el buque o artefacto naval y su equipo, le permiten navegar u operar sin constituir un peligro para su propia seguridad o para la de terceros”.

#### **IV.14. La responsabilidad por los daños causados por el riesgo o vicio de los buques o por los peligros de la navegación**

89. Las disposiciones de los instrumentos internacionales y las disposiciones domésticas llevan a que los buques sean construidos y equi-

---

(159) *Supra*, último párrafo del nro. 90.

pados, y en caso de daños, que sean reparados con altos estándares de calidad para afrontar los riesgos y peligros de la navegación. Los proyectos de construcciones y de modificaciones son revisados y aprobados por funcionarios técnicos de las autoridades. La satisfacción de los estándares exigidos es controlada y verificada durante la construcción o modificación y antes de que los buques comiencen a operar, por inspectores calificados y la autoridad emiten los respectivos certificados. Las inspecciones se repiten regularmente y se emiten nuevos certificados. Cualquier anomalía o cualquier accidente que sufra el buque, debe ser denunciado a la autoridad y motivará inspecciones extraordinarias. Los buques también pueden ser inspeccionados por las autoridades de puertos extranjeros. Las autoridades del Estado de la bandera o del Estado del puerto en el que se encuentre el buque, pueden impedir su navegación si encuentran deficiencias.

Y lo que es determinante a los efectos de la responsabilidad por los daños que cause un buque, es que si bien los certificados de seguridad expedidos por la autoridad hacen fe de su contenido salvo prueba en contrario (art. 80, LN), de lo que hacen fe es de las condiciones del buque en el momento de la inspección, pero —como no podría ser de otro modo— el mantenimiento de tales condiciones corresponde al propietario o armador (Convenio Solas, Anexo, cap. 1, regla 11. a, y Reginave, art. 204.0104).

Consecuentemente, el armador y el propietario (160) que no hubieran mantenido el buque en las condiciones que en las que estaba cuando fue inspeccionado, debe responder por los daños que sean consecuencia del estado o condiciones del buque, salvo que los daños hayan sido causados por el reclamante, por caso fortuito o fuerza mayor, o por hechos de un tercero que no han podido ser previstos o previstos, no han podido ser evitados.

La prueba que se exigiría para demostrar el vicio del buque o el peligro que significa su estado o condición, podría parecer *diabólica*. Sin embargo, probado o admitido un daño causado “con” un buque o “por” un buque, es claro que las cosas (o los hechos) hablan por sí mismas (*things speak for themselves* o *res ipsa loquitur*). Salvo caso fortuito o fuerza mayor, hechos de terceros por los que no deba responder el armador o culpa de la víctima, probada o admitida la relación de causalidad, la sana crítica (161) lleva a concluir que los daños, solo pueden

---

(160) Sobre la responsabilidad del propietario no armador, ver *infra*, nros. 108 y 109.

(161) Art. 386, Cód. Proc. Civ. y Com.

ser atribuibles a errores o faltas del armador, del capitán, de los demás tripulantes o de otros sujetos por los cuales el armador deba responder, o bien a defectos o vicios del buque, y en una u otra hipótesis el armador debe responder por los daños. Si se trata de errores o faltas del capitán o de los demás dependientes, el armador responde por ellos en razón de lo dispuesto por el art. 174 de la LN. Si no se tratara de errores o faltas del capitán, de los demás tripulantes, o de otros dependientes, ni de culpa de la víctima, ni del accionar de terceros por los cuales el propietario o armador no deben responder, ni tampoco de daños resultantes de caso fortuito o de fuerza mayor, es indudable que los daños son consecuencia del estado o condiciones del buque, lo que lleva a la conclusión que el armador, el capitán, los tripulantes, los dependientes de tierra del armador o aquellos de los que el armador se sirve, han fallado en el cumplimiento de sus obligaciones.

Ante la prueba o la admisión de que un daño ha sido causado con un buque (o “por” un buque), es claro que “alguien —no necesariamente a bordo— ha hecho algo mal” u omitió hacer lo que debía hacer: el daño “habla por sí mismo”. Probado o reconocido un daño causado “con” o “por” un buque, sin mediar caso fortuito o fuerza mayor, ni culpa de la víctima, ni conducta de un tercero por quien no se deba responder, “las reglas de la sana crítica” (162) no llevan a otra conclusión.

Y si así no fuera, el armador se podrá valer de todos los medios de prueba para demostrarlo, tales como los certificados de seguridad, los certificados e inspecciones de la sociedad de clasificación, los libros y registros del buque, el cumplimiento del Código IGS, las investigaciones de las autoridades marítimas, la información reunida por los aseguradores, las declaraciones del personal de a bordo y de tierra, las constancias documentales relativas a las tareas de mantenimiento y de reparaciones, etcétera.

En palabras de Mosset Iturraspe y de Piedecabras: “El daño que el acreedor prueba, es elocuente: habla por sí mismo. Obliga a extraer conclusiones razonables, inspiradas en la experiencia. Si son erradas, equivocadas o falsas, el deudor lo podrá demostrar. El *common law* ha vulgarizado el brocardo, más aún frente a daños anormales. Ello surge de las *massima di sperienza*” (163).

---

(162) *Ibidem*.

(163) MOSSET ITURRASPE, Jorge - PIEDECABRAS, Miguel A., “Responsabilidad por daños. Código Civil y Comercial de la Nación. Ley 26.994”, Ed. Rubinzal-Culzoni, Santa Fe, 2016, 1ª ed. revisada, t. II A, p. 98.



## V. LA LIMITACIÓN DE LA RESPONSABILIDAD

90. Como queda dicho, una de las características (quizás la más notable) que distingue el régimen de la responsabilidad civil en el derecho de la navegación, es la limitación de la responsabilidad (*supra*, nro. 22). Jorge Bengolea Zapata la consideró un principio del derecho de la navegación (164). Sin embargo, no es exclusiva del derecho de la navegación. Scialoja señala que la limitación de responsabilidad ha sido ampliamente aceptada por el derecho comercial para las sociedades anónimas, de responsabilidad limitada y cooperativas, “creando con estas sociedades el instrumento más potente del movimiento comercial” (165).

### V.1. Antecedentes

91. En cuanto al origen del instituto, se lo ubica en el Consulado del Mar que admitía la limitación de la responsabilidad mediante el abandono del buque. Fue recogido por la Ordenanza de la Marina de Francia de 1681 y seguido por el Código de Comercio de Francia, que a su vez inspiró a diversos códigos europeos y latinoamericanos del siglo XIX (166), entre ellos el hoy derogado Código de Comercio argentino.

En el Reino Unido, en 1733 se admitió la limitación de responsabilidad al valor del buque más el flete (167) y en 1862 se introdujo un sistema basado en el tonelaje de arqueo (168).

En el sistema alemán, “la garantía se encontraba formada por el buque y los fletes o ganancias del viaje y no podía ejecutarse ningún otro bien, perteneciente al mismo propietario, que tendría tantas fortunas de mar como buques en propiedad” y “la diferencia con el sistema francés radicaba en que según este, la limitación dependía de que la opusiera el propietario del buque y, en cambio, de acuerdo con el sistema alemán, no era necesario invocarla porque se encontraba establecida expresamente en la ley” (169).

---

(164) BENGOLEA ZAPATA, Jorge, “Teoría general del derecho de la navegación”, Ed. Plus Ultra, Buenos Aires, 1976, p. 76.

(165) SCIALOJA, ob. cit., p. 204.

(166) *Ibidem*, p. 205.

(167) SCIALOJA, ob. cit., p. 206.

(168) GRIGGS, Patrick - WILLIAMS, Richard - FARR, Jeremy, “Limitation of liability for maritime claims”, LLP, London, Singapore, 2005, 4<sup>th</sup> ed., p. 5.

(169) RAY, ob. cit., t. I, p. 368.

En el sistema estadounidense la responsabilidad se limitaba al valor del buque después del accidente, pero en el año 1935 una ley del congreso amplió el límite a razón de sesenta dólares por tonelada de arqueo, a favor de los créditos por muerte o daños personales (170).

Bajo el Código de la Navegación de Italia de 1942, la limitación se fija según el valor del buque al final del viaje, pero no menos de un quinto del valor al iniciarse el viaje ni más de dos quintos.

## V.2. Razones expresadas para admitir la limitación de responsabilidad

92. Claramente, la LN (y el derecho de la navegación o derecho marítimo de la generalidad de las naciones) se aleja drásticamente de la reparación plena de los arts. 1738 y 1740 del Cód. Civ. y Com. Las razones expresadas para sostener el instituto de la limitación de responsabilidad son variadas.

93. José D. Ray señaló la ya mencionada concepción del buque como patrimonio o fortuna de mar como el fundamento del instituto de la limitación de responsabilidad. También mencionó que al capitán se le confía la navegación y el buque, y que se desempeña lejos del control del principal; y que quienes se someten a los riesgos del mar, comparten las consecuencias de los hechos del capitán y de los tripulantes cuando no sean consecuencia de una falta u omisión del armador ni del propietario (171). El mismo Ray decía: “En la *actualidad*, el instituto tiene como finalidad establecer límites fijos que permitan al armador contratar seguros (172) dentro de costos razonables y distribuir entre todos los interesados en la expedición los riesgos propios del mar, especialmente en casos de grandes catástrofes” (173).

El autor francés Daniel Danjon ubicó la aparición de la limitación de responsabilidad de los armadores en la Edad Media, recogida por la Ordenanza de la Marina de Francia de 1681 (174) y luego por el Código de Comercio de 1807 (y seguida por varios códigos europeos y latinoameri-

---

(170) *Ibidem*, p. 369.

(171) RAY, ob. cit., t. I, p. 363.

(172) Entiendo que Ray se refiere a coberturas de responsabilidad civil, tales como las coberturas que otorgan los llamados Clubes de Protección e Indemnidad y las coberturas resultantes de las cláusulas de colisión de los seguros de casco.

(173) RAY, ob. cit., t. I, p. 363.

(174) Ordenanza de la Marina, L. II, tít. VIII, art. II.

canos del siglo XIX). Danjon explica que admitida la responsabilidad de los armadores o propietarios frente a terceros por los actos del capitán y de los tripulantes, una nueva idea se introdujo en los usos marítimos: la responsabilidad de los propietarios de buques se limitaba a los valores involucrados en cada expedición, de modo que se separó ficticiamente el patrimonio del armador en dos partes, la fortuna de tierra y la fortuna de mar o fortuna flotante, admitiéndose que la fortuna de mar respondía por los actos del capitán y de los tripulantes, y que la fortuna de tierra del armador quedaba liberada cuando abandonaba la nave y los fletes a favor de los acreedores (175).

En la doctrina italiana, Antonio Scialoja justificó la limitación de la responsabilidad de los propietarios y armadores en las condiciones del tráfico marítimo y su gran utilidad para el desarrollo de la navegación marítima, del mismo modo que el principio de la responsabilidad limitada diera tanto impulso a la formación e incremento de las sociedades comerciales (en comandita, anónimas, de responsabilidad limitada), creando con estas sociedades el instrumento más potente del movimiento comercial” (176).

También en la doctrina italiana, Antonio Brunetti explicaba que el acogimiento en el medioevo de la limitación de responsabilidad se debió principalmente a causas económicas, a la grave preocupación de los armadores por la posibilidad de destrucción de su patrimonio por causa de las incontables responsabilidades con las que la nave podía tropezar en la navegación, tal vez superiores a la nave misma, difícil de soportar por las más sólidas fortunas. Reducir esta responsabilidad a proporciones razonables representaba una aspiración “que todas las legislaciones del mundo han creído razonable secundar, considerando que el mayor apoyo y la más eficaz protección de la marina nacional debía consistir precisamente en una adecuada tutela de los patrimonios que se aventuraban a las empresas del mar” a través de la separación del patrimonio terrestre del naval, dejando inatacado al primero por las acciones de responsabilidad que gravan al segundo, señalando Brunetti “el unánime consentimiento de las legislaciones en establecer de un modo u otro, limitaciones de la responsabilidad de los armadores” (177).

---

(175) DANJON, Daniel, “Traité de droit maritime”, Librairie Générale de Droit et de Jurisprudence, Paris, 1912, t. II, ps. 261-264, nro. 565.

(176) *Ibidem*, p. 204.

(177) BRUNETTI, Antonio, “Derecho marítimo privado italiano”, versión española anotada por R. Gay de Montellá, Barcelona, Ed. Bosch, Casa Editorial, 1950, t. II, ps. 63-65.

El español Francisco Fariña decía que todos los criterios en torno a la responsabilidad de los propietarios de buques “coinciden en reconocer que debe tener ciertos límites”, que si se exigiese la reparación íntegra del perjuicio ocasionado la industria marítima no se podría desarrollar sobre bases firmes, porque las *aleas* serían muy grandes “y esta es la principal consideración en virtud de la cual todas las legislaciones han establecido un régimen de limitación de responsabilidad” (178).

Patrick Griggs, Richard Williams y Jeremy Farr señalan que la limitación de la responsabilidad posibilita tomar seguros con costos razonables (179).

94. Considero que actualmente la posibilidad de tomar seguros con primas razonables es una sólida razón para aceptar la limitación de la responsabilidad de los propietarios y armadores de buques (¿qué armador serio haría navegar sus buques sin coberturas de responsabilidad civil y qué asegurador serio podría otorgar coberturas sin límites?). Por otro lado, si algunos Estados no admitieran la limitación de responsabilidad de sus armadores, podría afectar la competitividad de sus flotas mercantes.

95. Los sistemas antes esbozados (*supra*, nro. 91), dejan abierta la posibilidad de montos de limitación bajos, según el estado del buque al finalizar el viaje e incluso un valor nulo si el buque resulta una pérdida total, de modo que bajo el impulso del Comité Marítimo Internacional, las Convenciones de Bruselas de 1924 y de 1957 y el Protocolo de 1979 modificadorio de la Convención de 1957 buscaron soluciones satisfactorias, sin verdadero éxito.

Solo se logró un sistema ampliamente aceptado por la comunidad internacional con la Convención de Londres de 1976 sobre limitación de responsabilidad por créditos marítimos y su Protocolo de 1996. Este sistema conocido como forfaterio, establece los límites de responsabilidad en base a sumas expresadas en Derechos Especiales de Giro por tonelada de arqueo, al tiempo que amplía la lista de sujetos que se pueden amparar en el régimen.

---

(178) FARIÑA, Francisco, ob. cit., t. I, p. 112, nros. 108 y p. 119, nro. 117.

(179) GRIGGS, Patrick - WILLIAMS, Richard - FARR, Jeremy, ob. cit., p. 3.

### V.3. El sistema de limitación de responsabilidad en la Ley de la Navegación

96. Aparte de las disposiciones sobre la limitación de responsabilidad de los transportistas de personas y de mercaderías (arts. 278, 331 y 337), la LN establece un régimen de limitación de responsabilidad general o global en sus arts. 175 y ss.

El sistema de limitación de responsabilidad del art. 175 y ss. no es afectado por las disposiciones que benefician a los transportistas. Así lo dispone el art. 282, de modo que “conviven” ambos regímenes, resultando aplicable el límite menor.

97. En el régimen general o global, el fondo de limitación de responsabilidad se forma con una suma de dinero equivalente al valor del buque al final del viaje en el que se generaran los créditos, más los fletes percibidos o a percibir por el viaje, más los créditos a favor del buque que hayan nacido durante el viaje (art. 175, primer párrafo, de la LN). El total de estas sumas se distribuye entre los acreedores a los que les resulte oponible la limitación general o global (arts. 571 y 572 de la LN).

El armador puede optar, en lugar del valor al final del viaje, por poner el buque a la disposición de los acreedores, adicionando los otros valores. Esta opción debe ser ejercida pidiendo la apertura del juicio de limitación dentro de los tres meses contados desde la terminación de la expedición (art. 175, segundo párrafo). La opción es coloquialmente conocida como “abandono” e implica que el buque o sus restos, serán vendidos judicialmente. Una u otra opción lleva a que si el buque constituye una pérdida total su valor será cero, lo que no ocurre bajo la mencionada Convención de Londres de 1976 (*supra*, nro. 95, segundo párrafo).

#### V.3.a. Daños personales

98. Cualquiera sea el valor del buque al final del viaje, el monto de los pasajes y fletes percibidos o a percibir y los créditos ganados durante el viaje, en los casos de daños personales el tercer párrafo del art. 175 de la LN, dispone que si no se alcanza a cubrir la totalidad de las indemnizaciones hasta el monto de trece argentinos (180) por tonelada de arqueo

---

(180) Si bien la LN dice “pesos argentinos oro”, esta denominación no aparece en la ley 1130, sino que fue introducida por empleados o funcionarios gubernamentales de la entonces Secretaría de Estado de Justicia (RAY, José D. [dir.], “Ley de la Navegación N° 20.094”, Ed. Abeledo Perrot, Buenos Aires, 1981, p. 208). Se trata de los “argentinos” de la ley 1130 (CNFed. Civ. y Com., sala 2º, 25/08/1994, “Ohology, G. E c. Huber,

total del buque, la responsabilidad del armador se acrecerá en la cantidad necesaria para alcanzar ese monto, el que se destinará exclusivamente al pago de las indemnizaciones por muerte o lesiones de personas.

### ***V.3.b. Sujetos que pueden invocar la limitación de responsabilidad***

99. El art. 181 de la LN permite que —además del armador— puedan invocar la limitación de responsabilidad el propietario del buque y el transportista cuando sean personas o entidades distintas del armador, los dependientes del propietario y del transportista, los dependientes del armador, el capitán, los tripulantes y los prácticos y pilotos, cuando las acciones sean ejercidas contra ellos.

### ***V.3.c. Créditos frente a los cuales se puede invocar la limitación de la responsabilidad***

100. El art 177 de la LN permite invocar la limitación de responsabilidad frente a los créditos originados en a) muerte o lesiones corporales de cualquier persona; b) pérdida de bienes o de derechos, o daños sufridos en ellos; y c) responsabilidad u obligación emergente de la remoción de restos náufragos, o de reflotamiento de un buque hundido o varado, o de daños causados a obras de arte de un puerto o vías navegables, salvo cuando el armador o el propietario hayan incurrido en dolo o actuado en conciencia temeraria de que el daño podría producirse, y como consecuencia de ello se ocasionaren graves perjuicios (181).

### ***V.3.d. Créditos frente a los cuales no se puede invocar la limitación de responsabilidad***

101. Los arts. 175 y 177 *in fine*, excluyen la posibilidad de invocar cuando el armador o sus dependientes de la empresa terrestre hayan incurrido en culpa con relación a los hechos que den origen al crédito reclamado.

---

Ronaldo y otro s/ daños”, causa 5723/1992) o de su equivalente en moneda corriente, para lo cual se tomará la cotización del oro contenido en dicha moneda, sin considerar su valor numismático.

(181) En realidad, esta salvedad es sobreabundante porque el art. 175 ya señaló esta salvedad: “salvo que exista culpa de su parte [del armador] en relación a los hechos que den origen al crédito reclamado.

***V.3.e. Solo se puede limitar la responsabilidad frente a las indemnizaciones a favor de terceros a que haya dado lugar los hechos del capitán o de los otros tripulantes***

102. De los arts. 175 y 177 *in fine* resulta que solo se puede limitar la responsabilidad refleja por las indemnizaciones a que haya dado lugar los hechos del capitán o de los otros tripulantes, ya sea por daños generadores de responsabilidad civil extracontractual o por daños a las personas o a las cosas transportadas. Se trata de acontecimientos que, desde el punto de mira del derecho común, caerían bajo las disposiciones de los arts. 1753 y 732, respectivamente, del Cód. Civ. y Com.

Considero que el armador no puede limitar su responsabilidad por las obligaciones contractuales que, en ejercicio de su representación legal, hayan sido contraídas por el capitán con relación al buque y a la expedición (arts. 201 y primera parte del primer párrafo del 174), ya que los actos celebrados por el representante en los límites de las facultades conferidas por la ley producen efecto directamente para el representado (art. 359, Cód. Civ. y Com.). Por ejemplo, si en ejercicio de la representación legal del armador, el capitán contrata la compra de suministros o los servicios de remolcadores, la obligación de pagar los suministros o los servicios, recae directamente sobre el armador (182).

## **VI. LOS PRIVILEGIOS SOBRE EL BUQUE**

103. Las disposiciones del derecho de la LN no definen los privilegios marítimos ni hacen referencia a su origen, de modo que de acuerdo con el art. 1º *in fine* de la LN, se debe recurrir al derecho común: “privilegio es la calidad que corresponde a un crédito de ser pagado con preferencia a otro”, “resultan exclusivamente de la ley” y “el deudor no puede crear a favor de un acreedor un derecho para ser pagado con preferencia a otro, sino del modo como la ley lo establece” (primera frase del art. 2573 y art. 2574 del Cód. Civ. y Com.).

---

(182) VALIN, René-Josué, “Nouveau commentaire sur l’Ordonnance de la Marine, du Mois d’Aout 1681”, La Rochelle, Librairie des Fermes Générales du Roi, MDCCLX, t. I, p. 536.

### **VI.1. Los propósitos de las disposiciones aplicables a los privilegios sobre el buque**

104. Considero que las disposiciones aplicables a los privilegios, particularmente a los privilegios sobre el buque, apuntan a dos propósitos: proteger los intereses de los acreedores y alentar el crédito. Entiendo que, en líneas generales, son los mismos propósitos a que apuntan los privilegios en el derecho común, aunque en el derecho de la navegación los privilegios se ejercen con mayor vigor en razón de las particulares circunstancias en las que es desarrollada la actividad naviera (*supra*, nro. 104) y sobre las que volveré.

Si los acreedores carecieran de la protección que resulta de los privilegios (o de vías procesales adecuadas para embargar buques), estarían menos dispuestos (o no estarían dispuestos) a otorgar créditos a quienes operan buques (particularmente, buques extranjeros). Y si quienes operan buques no gozaran de crédito en puertos extranjeros, se perjudicaría su actividad.

¿Qué proveedor suministraría provisiones o combustible a un buque extranjero, sin antes o contemporáneamente recibir el pago, si no estuviera protegido por un privilegio sobre el buque que le permitiera embargarlo si su crédito no fuera satisfecho o garantizado antes de la zarpada?

¿Y qué armador podría operar normalmente en puertos extranjeros si no gozara de crédito para comprar provisiones o combustible para el buque?

### **VI.2. Los privilegios que establece la Ley de la Navegación**

105. El art. 476 de la LN, modificado por la ley 27.419 del año 2017, establece los siguientes privilegios en primer lugar sobre el buque:

a) Los gastos de justicia hechos en interés común de los acreedores para la conservación del buque, o para proceder a su venta y a la distribución de su precio;

b) Los créditos del capitán y de los demás tripulantes derivados del contrato de ajuste, de las leyes laborales y de los convenios colectivos de trabajo;

c) Los créditos por construcción del buque, de carácter hipotecario o prendario;



d) Los derechos, impuestos, contribuciones y tasas retributivas de servicios, derivados de la navegación o de la explotación comercial del buque;

e) Los créditos por muerte o lesiones corporales que ocurran en tierra, a bordo o en el agua, en relación directa con la explotación del buque;

f) Los créditos por hechos ilícitos contra el propietario, el armador o el buque, no susceptibles de fundarse en una relación contractual, por daños a las cosas que se encuentren en tierra, a bordo o en el agua, en relación directa con la explotación del buque;

g) Los créditos por asistencia o salvamento, remoción de restos náuticos y contribuciones en avería gruesa.

Después de la precedente lista de créditos privilegiados en primer lugar, el art. 511 coloca el privilegio de la hipoteca sobre el buque y a continuación establece los privilegios en segundo lugar:

h) Los créditos para avería a las cosas cargadas y equipajes;

i) Los créditos que tengan su origen en contratos o fletamentos de un buque o en un contrato de transporte;

j) Los créditos por suministros de productos o de materiales al buque, para su explotación o su conservación;

k) Los créditos por construcción, reparación o equipamiento del buque o por gastos de dique;

l) Los créditos por desembolsos del capitán, y los efectuados por los cargadores, fletadores o agentes por cuenta del buque o de su propietario;

m) El crédito por la última adquisición del buque y los intereses debidos por los dos [2] últimos años.

Como se aprecia, prácticamente todas las deudas vinculadas con el buque (salvo las primas de seguros) generan privilegios sobre él.

### **VI.3. Los privilegios sobre el buque son privilegios especiales**

106. Los privilegios sobre el buque establecidos por la LN son “especiales” y resultan preferidos sobre cualquier otro privilegio general o especial. Así lo dispone el art. 471 de la LN, coincidente con el art. 2582, inc. f) del Cód. Civ. y Com., y con los arts. 241, inc. 6º, y 243, inc. 1º, de la LCQ.

#### **VI.4. Razones que por las que el derecho de la navegación se aparta del derecho común en materia de privilegios sobre el buque**

107. En el nro. 20 he mencionado las circunstancias que en general llevan a que el derecho de la navegación se aparte de las disposiciones del derecho común, y a continuación consideraré las circunstancias y razones que fundamentan las particularidades de varias soluciones en materia de privilegios sobre el buque.

#### **VI.5. Los privilegios gravan al buque aunque la obligación haya sido contraída por quien no sea el propietario**

108. Bajo el derecho común los privilegios solo pueden ser ejercitados mientras la cosa afectada permanece en el patrimonio del deudor (art. 2573 del Cód. Civ. y Com.). Diferenciándose del derecho común, el art. 487 de la LN dispone que los privilegios sobre el buque pueden ser ejercitados aunque el armador no sea su propietario.

Si bien el art. 487 de la LN menciona al armador no propietario que contrajera la obligación, se entiende que también comprende a las obligaciones contraídas por el fletador a tiempo (183) y, más ampliamente, a quien haya contraído la obligación (184). Se debe tener presente que lo relevante para generar el privilegio es que los gastos y créditos sean los enunciados en la lista de créditos privilegiados del art. 476 de la LN. Dice Ray: “El derecho de persecución sobre el buque puede ser ejercido por el acreedor, con total independencia de la persona de su propietario, de tal manera que aun cuando se tratara de un buque explotado por un armador no propietario, no cabe ninguna duda que el privilegio que nace de la ley otorga al acreedor el derecho de cobrarse con el buque, aunque quien lo explote no sea su propietario. De ahí que muchos autores han considerado los privilegios marítimos como verdaderos derechos reales, distinguiéndose netamente de los privilegios terrestres y de la tradicional polémica sobre su carácter real o personal” (185).

109. Que los privilegios graven al buque aunque las deudas no hayan sido contraídas por su propietario, se explica por la diversidad de sujetos que “utilizan” el buque bajo distintos contratos de utilización.

---

(183) Conf., CHAMI, ob. cit., p. 144.

(184) Conf., LENA PAZ, Juan, ob. cit., ps. 407-408.

(185) RAY, “Derecho de la navegación...”, cit., t. I, p. 441.

El armador no propietario es el sujeto sobre quien se centra la responsabilidad (186), es el empleador de la tripulación y es quien debe afrontar las indemnizaciones por los daños causados a terceros.

Si, por ejemplo, los privilegios del art. 476, incs. b) y e) que protegen, respectivamente, al capitán y a los demás tripulantes y a los terceros que sean víctimas de hechos ilícitos, no pudieran ser ejercitados sobre un buque cuyo armador no fuera propietario, ocurriría que estos acreedores no estarían protegidos por los privilegios.

Fuera de las relaciones originadas en la navegación los acreedores suelen conocer a sus deudores, su domicilio y su patrimonio, y también suelen tener referencias sobre su conducta comercial.

En las relaciones originadas en la navegación, la situación es bien diferente: los acreedores en virtud de actos o hechos jurídicos relativos al buque suelen desconocer si el armador o quien tiene la disposición del buque, es un sujeto distinto del propietario (187) y cuál es la solvencia de su deudor, muchas veces extranjero. Solo tienen a su alcance, como garantía de sus créditos, al buque mismo (188) lo que también justifica las disposiciones sobre embargos de buques y su interdicción de navegar (189).

#### **VI.6. El buque constituye el asiento de los privilegios, aunque haya pasado a poder de un tercero**

110. El art. 2573 del Cód. Civ. y Com. exige que para ejercitar los privilegios la cosa afectada permanezca en el patrimonio del deudor, pero el derecho de la navegación se aparta de esta disposición.

De acuerdo con el art. 484, inc. c) de la LN, en caso de enajenación voluntaria del buque, el privilegio subsiste durante tres meses contados a partir de la inscripción en el Registro de Buques de la transferencia de la propiedad, inscripción que se realiza previa publicación de edictos por tres días en el Boletín Oficial anunciando la transferencia. Si a la fecha de la inscripción de la transferencia el buque se encuentra fuera de jurisdic-

---

(186) *Supra*, nro. 23.

(187) Recuérdese la diversidad de sujetos que, de un modo u otro, utilizan el buque (*supra*, nro. 119).

(188) Conf., RAY, "Derecho de la navegación...", cit., t. I, ps. 440-441.

(189) *Ibidem*, p. 440, nota 18 de pie de página.

ción nacional, el término de tres meses se cuenta a partir de su regreso a puerto argentino.

Si no se exigiera la publicidad previa del art. 484, inc. c) de la LN, la transferencia de la propiedad del buque —que en ciertos regímenes puede ser casi instantánea (190)— haría muy fácil que los acreedores perdieran su privilegio como resultado de la “enajenación voluntaria”.

### **VI.7. Entre los acreedores privilegiados con el mismo rango, es preferido aquel cuyo crédito es de fecha más reciente**

111. El art. 483 de la LN dispone que —salvo los derivados de un contrato único de ajuste— los créditos privilegiados del último viaje son preferidos a los anteriores, y el art. 480 dispone que los créditos vinculados al último viaje son privilegiados —con algunas excepciones— en el orden en el que aparecen en el art. 476 y que en caso de insuficiencia se distribuyen a prorrata entre los del mismo orden. El mismo artículo dispone que —los créditos nacidos en el mismo viaje— se graduarán en orden inverso al de las fechas en que nacieron.

El coloquialmente mencionado “orden inverso de preferencia” se justifica porque los acreedores cuyos créditos nacen en el último viaje, no conocen ni pueden conocer [los privilegios no se registran (191)] si sobre el buque hay privilegios originados en viajes anteriores. Si los hubiera, habría sido decisión de los acreedores no hacer valer las disposiciones legales para impedir la realización de nuevos viajes generadores de nuevos privilegios (192) y la exposición a los riesgos de la navegación. Si el buque llegó al puerto, es razonable que los proveedores y otros acreedores den por sentado que el buque no está afectado a privilegios y que el privilegio que protege a su crédito no será disputado por acreedores anteriores que no procedieron diligentemente para asegurar sus créditos.

112. En cuanto a los créditos nacidos en el mismo viaje cuyo orden de preferencia es inverso al de las fechas en que nacieron, cuando se trata de créditos por asistencia y salvamento, y de contribución en avería gruesa, la preferencia se justifica porque se trata de actos llevados a cabo

---

(190) *Supra*, nros. 19 y 20.

(191) CHAMI, ob. cit., p. 145.

(192) La LN, como la generalidad de los ordenamientos jurídicos de otros países, permite obtener la prohibición de navegar, evitando así que se generen nuevos privilegios sobre el buque y que el mismo se sustraiga de la jurisdicción de los tribunales argentinos y se someta a los riesgos de la navegación. Volveré sobre esto al referirme al embargo y a la interdicción de navegar.

para la seguridad común, tendientes a mantener al buque sobre el que se asientan los privilegios, de modo que la solución alienta a asumir estas operaciones y sacrificios que beneficiarán al resto de los intereses involucrados en la expedición (193).

Cuando se trata de créditos provenientes de contratos de locación, fletamento o transporte, de suministros para la explotación o conservación del buque, y para gastos de dique, Chami explica que el propósito de la preferencia es promover la explotación de los buques mediante los contratos de utilización y transporte, el suministro de efectos, y la reparación y equipamiento (194).

### VII. EL EMBARGO DE BUQUES Y LA PROHIBICIÓN DE NAVEGAR (195)

113. El embargo de los buques y su interdicción de navegar es —junto con los privilegios— una protección que la LN (y la generalidad de las legislaciones) proporciona a los acreedores frente a deudores tan poco identificables y de solvencia desconocida (o difícil de conocer) como pueden ser quienes explotan buques (196).

114. El embargo y la prohibición o interdicción de navegar son medidas precautorias fundamentales “porque es el medio de que puede valerse el acreedor (...) para obtener el afianzamiento de su crédito, antes de que el buque zarpe y se exponga a los riesgos de la navegación” (197), genere nuevos créditos privilegiados que tengan preferencia sobre los anteriores (*supra*, nro. 111) o se sustraiga a la jurisdicción de los tribunales argentinos.

Si bien en los casos regidos por el derecho común los acreedores también están teóricamente expuestos a que la ejecución de una futura sentencia fracase porque no se ubiquen bienes del condenado, las condiciones en las que se desarrolla el negocio naviero (*supra*, nros. 19 y 20), determinan que los acreedores resulten más expuestos que en las relaciones terrestres y que el “peligro en la demora” resulte evidente y acuciante.

---

(193) Conf. CHAMI, ob. cit., p. 153.

(194) *Ibidem*.

(195) Me he ocupado del embargo de buques y de su interdicción de navegar en CAPPAGLI, Alberto C., “Embargo...”, cit.

(196) Ver *supra*, nros. 19 y 20.

(197) RAY, ob. cit., t. I, p. 491.

### VII.1. El embargo

115. El embargo de buques regulado por la LN se dispone para asegurar créditos marítimos que, en general (198), son créditos que gozan de privilegio sobre el buque. Los créditos ajenos al buque, a su explotación o la navegación, están sujetos al derecho común (art. 531 *in fine* de la LN).

La LN distingue, a los efectos del embargo, entre buques de nacionalidad argentina y buques de nacionalidad extranjera (arts. 531 y 532).

#### VII.1.a. Buques de nacionalidad argentina

116. El derecho de la navegación no se aleja del derecho común en materia de embargo de bienes registrables. Así es que los buques argentinos pueden ser embargados por créditos privilegiados en cualquier puerto de la República (art. 531 de la LN) (199). Del embargo se toma nota en el Registro Nacional de Buques (200), con lo que el buque queda jurídicamente indisponible sin afectar su navegación, salvo que el tribunal también ordene su interdicción de navegar (art. 539).

#### VII.1.b. Buques de nacionalidad extranjera

117. El art. 532 de la LN dispone que los buques extranjeros surtos en los puertos de la República, pueden ser embargados: (a) por créditos privilegiados, tal como también está dispuesto para los buques argentinos; (b) por deudas contraídas en el país en utilidad del mismo buque, o de otro buque que pertenezca o haya pertenecido al mismo propietario cuando se originara el crédito; y (c) por deudas originadas en la actividad del buque, o por otros créditos ajenas a esta, cuando sean exigibles ante los tribunales del país.

A diferencia del embargo de buques argentinos que solo implica la interdicción de salida cuando si así lo dispone expresamente el tribunal embargante, el embargo de un buque extranjero lleva implícita la interdicción de navegar (art. 539 de la LN). El embargo de un buque extran-

---

(198) Digo “en general” porque existen créditos que no son privilegiados sobre los buques, como por ejemplo los correspondientes a las primas de sus seguros, pero son propios de la explotación de los buques (el seguro sobre buques está específicamente regulado por la LN).

(199) El art. 210, inc. 3º, Cód. Proc. Civ. y Com. permite el embargo de bienes muebles e inmuebles cuando el crédito es privilegiado.

(200) Art. 7º, inc. e), ley 19.170 (año 1971).

jero lleva implícita su interdicción de navegar, lo que asegura que permanezca en la jurisdicción del tribunal embargante.

## VII.2. La prohibición o interdicción de navegar

118. En el derecho común, el embargo de cosas no implica la prohibición de usarlas en su destino habitual. En el derecho de la navegación, al tiempo que se dispone el embargo de buques, habitualmente se ordena la prohibición o interdicción de navegar o de zarpar del puerto en el que se encuentre, impide su utilización en la actividad propia del destino dispuesto por la ley, que es navegar (201). La Prefectura Naval Argentina es la autoridad que hace efectiva la prohibición de navegar que le es informada mediante un oficio librado por el tribunal embargante.

Cuando se decreta el embargo de un buque extranjero, es preceptiva su interdicción de navegar, y cuando se decreta el embargo de un buque argentino es habitual que también se disponga la interdicción de navegar, especialmente si se trata de un crédito privilegiado, calidad que tienen casi todos los créditos marítimos (202).

## VII.3. La *ratio legis* de la interdicción de navegar como medida precautoria

119. Las medidas precautorias que impiden usar las cosas según su destino son inusuales en las relaciones jurídicas originadas fuera de la navegación. Salvo que se disponga el secuestro de cosas o que se embargue dinero, las cosas seguirán siendo utilizadas según su destino habitual. Los muebles embargados continuarán siendo utilizados como tales, los automóviles embargados continuarán circulando y las casas seguirán alojando gente.

En cambio, cuando se trata de relaciones jurídicas originadas en la navegación y un tribunal dispone que un buque quede interdicto de navegar, no obstante que el art. 2º de la LN lo define como construcción destinada a navegar (art. 2º de la LN), ese buque no podrá ser utilizado para cumplir el destino para el que fue construido.

En el nro. 114 he mencionado razones por las que la interdicción de navegar (o interdicción de salida) se aparta de las medidas precautorias

---

(201) De acuerdo con el art. 2º de la LN, buque es una "construcción flotante destinada a navegar".

(202) Así resulta de la lista de créditos privilegiados sobre el buque (art. 476, LN).

del derecho común. En los párrafos que siguen me detengo brevemente en esas razones.

***VII.3.a. El embargo y la prohibición o interdicción de navegar son un medio para obtener el afianzamiento de un crédito***

120. Como muy gráficamente ha señalado Ray, los pedidos de medidas precautorias se resuelven “a tambor batiente” (203). El art. 547 de la LN dispone que sean despachados con carácter preferencial y habilitando día y hora.

***VII.3.b. ¿Por qué la Ley de la Navegación impone el trámite preferencial y la habilitación de días y horas inhábiles?***

121. Los equipos y sistemas de los que disponen actualmente los buques y los puertos para ejecutar las operaciones de carga y descarga permiten operaciones muy rápidas. A la rapidez de las operaciones se suman los elevados costos portuarios y las pérdidas económicas que implica un buque amarrado todo lo cual lleva a que la permanencia en puerto sea muy breve. Adoptar medidas “precautorias” para garantizar el cobro de los créditos nacidos en esos pocos días (y hasta en horas), más que una “precaución”, para los acreedores constituye una “necesidad”.

***VII.3.c. Las consecuencias de la zarpada de buques sin garantizar las obligaciones contraídas***

122. Diversas circunstancias y diversas disposiciones legales afectan las perspectivas de cobro de los créditos cuando el buque vuelve a navegar, zarpando del puerto sin garantizar las deudas allí contraídas:

1) El buque, especialmente si es extranjero, podría no retornar a puertos del país en el incurriera en deudas impagas, impidiendo o dificultando el cobro.

2) Los riesgos de la navegación pueden causar la pérdida del buque que, frecuentemente, es el único bien de valor significativo que integra el patrimonio del deudor (ver *supra*, nro. 19, cuarto párrafo).

3) Los nuevos créditos privilegiados que graven al buque vencerán a los créditos anteriores (ver *supra*, nro. 20, último párrafo).

---

(203) RAY, ob. cit., t. I, p. 491.



4) No embargar el buque determinará la caducidad de los privilegios por el mero transcurso de un año (art. 484, inc. a, de la LN).

123. Las disposiciones sobre privilegios y sobre medidas precautorias del derecho común, no satisfacen las particularidades que resultan de las relaciones originadas en la navegación. Tales particularidades hacen necesarias las soluciones, también particulares, del derecho de la navegación.

## VIII. RESUMEN

124. Resumiendo:

1) Los riesgos o peligros del mar, la mancomunidad de intereses y la solidaridad de quienes arriesgan vidas y bienes en el mar, la lejanía del buque que cuando zarpa queda confiado a la autoridad y pericia del capitán, el hecho que el buque es el único bien del naviero que queda al alcance de los acreedores para perseguir sus créditos (204), la diversidad de sujetos que participan en la explotación del buque (205) y las particularidades de su explotación (206).

2) El capitán, si bien es designado por el armador, no solo es representante legal de este, sino también del propietario no armador. Esta solución propia del derecho de la navegación protege los interesados en la carga procurando que esta llegue a destino, de modo que si el capitán no cuenta con fondos para terminar el viaje puede contraer deudas hipotecando el buque en garantía (207).

3) Para apartarse de la regla según la cual los privilegios solo pueden ser ejercitados mientras la cosa sobre la cual recaen permanece en el patrimonio del deudor, las disposiciones sobre privilegios marítimos tienen en consideración que diversos sujetos resultan obligados a afrontar distintos desembolsos vinculados con la explotación del buque. Por ejemplo, el propietario es deudor de los salarios de asistencia y salvamento; el armador es quien debe pagar los salarios del capitán y tripulantes, los servicios de remolque y de amarre; el fletador a tiempo tiene a su cargo el pago de los combustibles. Los respectivos créditos gozan de privilegio sobre el buque y son ejecutables sobre el mismo aunque hayan sido generados por el ar-

---

(204) *Supra*, nro. 15 a 18.

(205) *Supra*, nros. 18 y 19.

(206) *Supra*, nros. 18 y 20.

(207) *Supra*, nro. 30, tercer párrafo.

mador no propietario o por el fletador a tiempo (208). Ante el desconocimiento de qué sujeto es el deudor (209), si el derecho de la navegación no lo dispusiera así, los proveedores y los prestadores de servicios quedarían desprotegidos, salvo que fueran pagados inmediatamente o sus créditos fueran afianzados.

4) Mientras que los contratos de transporte regidos por el Cód. Civ. y Com., la responsabilidad del transportista es objetiva (210), en el derecho de la navegación es subjetiva. En los contratos de utilización de buques es obligación de quien dispone del buque ejercer diligencia razonable para que el buque se encuentre en condiciones de navegabilidad (211) y cuando se producen faltas o daños a la mercadería, la prueba de la falta de culpa exonera de responsabilidad al transportista, al propietario y al armador (212).

5) Al legislar sobre la responsabilidad del transportista de mercaderías, la LN no solo tuvo por fuente a la Convención de Bruselas de 1924 para la unificación de ciertas normas en materia de conocimientos, sino que se atuvo a su texto con el propósito de mantener la uniformidad internacional lograda por las numerosas ratificaciones y adhesiones, y por la incorporación al derecho de diversos estados (213).

6) En materia de responsabilidad civil extracontractual, la responsabilidad es subjetiva (214), salvo en los casos de daños producidos por contaminación del ambiente marino y los daños nucleares (215). Incluso para el armador deba responder por los daños causados por el capitán y los otros tripulantes, estos deben haber incurrido en culpa (216).

7) La Corte Suprema, remitiéndose al dictamen del Procurador General, decidió que el art. 1º de la LN solo permite la aplicación del derecho común a falta de disposiciones del derecho de la navegación y en cuanto no se pudiere recurrir a la analogía, y que para declarar culpable al armador se debe probar su culpa indirecta o refleja, demostrando la

---

(208) *Supra*, nro. 108, 109 y 110.

(209) *Supra*, nros. 19 y 20.

(210) *Supra*, nro. 59.

(211) *Supra*, nro. 37 a 47 y 57.

(212) Art. 275, inc. o), LN y *supra*, nro. 55 a 59.

(213) *Supra*, nros. 51 y 52.

(214) *Supra*, nros. 65 y ss.

(215) *Supra*, nro. 75.

(216) *Supra*, nro. 62 a 64 y 74.

culpa del capitán del capitán o de la tripulación, y que no se ha consagrado el principio sin culpa del armador, “es decir una responsabilidad objetiva basada en el riesgo creado” (217). La Cám. Nac. de Apel. en lo Civ. y Com. Federal, invocando el art. 1º de la LN, rechazó la aplicación de la segunda parte del segundo párrafo del art. 1113 del entonces vigente CC (218).

8) Los privilegios del último viaje prevalecen sobre los de viajes anteriores y cuando son del mismo viaje, los posteriores tienen preferencia sobre los que nacieron con anterioridad. Si así no lo dispusiera el derecho de la navegación, los proveedores y los prestadores de servicios en los distintos puertos, que carecen de medios confiables para conocer los privilegios que ya gravan al buque (219), quedarían expuestos a ser desplazados por acreedores privilegiados anteriores (220).

9) Bajo el derecho común, el embargo sobre una cosa no impide su utilización normal (un automóvil embargado puede circular y un edificio de viviendas puede ser habitado). La medida cautelar típica del derecho de la navegación es el embargo con interdicción de navegar, que impide que el buque navegue, pese a que navegar es el destino que lo caracteriza. La interdicción de navegar tiene por propósito proteger los derechos de los acreedores, evitando el buque genere nuevos créditos privilegiados que vencerían a los anteriores, que sea sustraído de la jurisdicción de los tribunales del país y disminuya su valor o resulte una pérdida total (221).

---

(217) Dictamen del procurador general al que se remitió la CS en Fallos 315:1015 (*supra*, nro. 66).

(218) LA LEY, 1997-E, 22, AR/JUR/2264/1997 (*supra*, 71 y 72).

(219) Los privilegios marítimos no son registrables.

(220) *Supra*, nro. 111.

(221) *Supra*, nro. 122.



# RESPONSABILIDAD POR LOS VICIOS Y DEFECTOS DE LA OBRA Y POR LA RUINA E IMPROPIEDAD PARA EL DESTINO EN OBRAS INMUEBLES

POR JUAN MANUEL APARICIO

## **CAPÍTULO PRIMERO: RESPONSABILIDAD POR LOS VICIOS O DEFECTOS DE LA OBRA**

### **I. Desenvolvimiento de la obligación del contratista**

#### **I.1. La obligación fundamental del contratista**

El contratista debe ejecutar la obra en la forma debida que es, ante todo, la convenida entre las partes, de manera que se ajuste a la calidad prometida. Asimismo, debe ejecutar la obra exenta de vicios que disminuyan su valor y utilidad. En caso contrario, el contratista puede verse obligado a responder por las diferencias que presente la obra con relación a las estipulaciones contractuales y por los vicios que padezca a raíz de la inobservancia de las reglas del arte. El comitente, en tales situaciones, puede negarse a aceptar y recibir la obra, sin incurrir en *mora accipiendi*.

La consideración integral de esta responsabilidad del contratista exige considerar las diversas etapas que se suceden cumplimiento de su obligación fundamental de entregar la obra, esto es, de poner efectivamente a disposición del comitente el opus prometido.

#### **I.2. Etapas en el cumplimiento de la obligación**

Una vez terminada la obra, va de suyo, que el comitente tiene el derecho de verificarla, esto es, de examinarla para comprobar si ha sido

cumplida acorde con las reglas del arte y de conformidad con lo convenido (1). Este derecho a la verificación del estado de la obra la tiene el comitente durante todo el curso de la ejecución. Empero, concluida esta, se torna de particular importancia, porque como resultado de esa verificación, el comitente tiene que comunicar al contratista el resultado negativo o positivo que ella arroje (el *collaudo* del derecho italiano) (2). Si hay asentimiento, es dable que acepte la obra. La aceptación consiste en la declaración unilateral de voluntad recepticia del comitente mediante la cual comunica al contratista que presta su aprobación a la ejecución de la obra que este ha llevado a cabo.

### I.3. La entrega y recepción de la obra

Finalmente, como culminación de este proceso, el comitente recibe la obra. Tal recepción es el acto por el cual el comitente se hace cargo de la obra ejecutada, según la forma que su naturaleza lo exija, de acuerdo con los principios jurídicos y los usos del tráfico. Generalmente la recepción se produce con la entrega material de la obra. Pero pueden existir supuestos en que dicha entrega material no es necesaria porque el comitente tiene la posesión material de ella, como ocurre, por ejemplo, cuando se realizan trabajos de reparación en el inmueble en que habita; en tal caso la aprobación que suceda a la inspección de los trabajos configura la recepción. En otros supuestos la recepción puede tener lugar por la mera terminación de los trabajos, como ocurre, verbigracia, con las representaciones de espectáculos teatrales (3).

La recepción de la obra puede ser hecha sin reservas o con reservas. El modo más normal de la aceptación, es la recepción de la obra sin re-

---

(1) STOLFI, Mario, voz "Appalto (contratto di)", en *Enciclopedia del Diritto*, t. II, nro. 3, p. 652; GIANNATTASIO, Carlo, "L'appalto", en CICU, Antonio - MESSINEO (dirs.), *Trattato di diritto civile e commerciale*, Giuffrè, Milano, 1967, nro. 149, p. 250; RUBINO, Domenico - IUDICA, Iovanni, "Dell'appalto", in *Commentario del Codice Civile Scialoja*, Branca, ps. 300 y ss. y ps. 343 y ss.; PERRECA, Michael - CADDEO, Marco, "Verifica nell corso di esecuzione dell'opera", in LUMINOSO, Angelo (cur.), *Codice dell'appalto privato*, Giuffrè, Milano, 2016, ps 497 y ss.; DORE, Carlo (jr.), "Verifica e pagamento dell'opera. Verifica e pagamento di singole partite", in LUMINOSO, Angelo (cur.), ob. cit., ps. 588 y ss.; VAZ SERRA - EMPREITADA, Adriano, *Boletim do Ministerio da Justiça*, Lisboa, nro. 145, abril 1965, p. 151.

(2) RUBINO - IUDICA, ob. cit., ps. 348 y ss.; GIANNATTASIO, ob. cit.; STOLFI, Mario, ob. cit.; DORE, Carlo (jr.), ob. cit., nro. 7, ps. 598 y ss.

(3) LARENZ, Karl, "Derecho de las obligaciones", Ed. Revista de Derecho Privado, Madrid, 1958, trad. de Jaime Santos Briz, t. 2, p. 239.

servas, en cuanto importa la inexistencia de vicios y que su cualidad es la adecuada (arts. 1270 y 747, Cód. Civ. y Com.).

#### I.4. El deber de cooperación del comitente

El comitente, como todo acreedor, no solamente tiene el derecho de exigir al empresario el cumplimiento de su obligación de entregar la obra, sino que tiene el deber de prestar su cooperación para que él se produzca. Como consecuencia, si rehúsa prestar dicha colaboración sin causa justificada, vencido el término que corresponda, queda constituido en *mora accipiendi*, lo que habilita al contratista a valerse de los medios que la ley prevé para poder liberarse, principalmente, la consignación judicial —inc. a) del art. 904, Cód. Civ. y Com.—.

#### I.5. El plazo de garantía

La recepción de la obra no siempre entraña su aceptación. Así sucede cuando la obra es recibida con reservas o cuando se fija un plazo de garantía para que corra desde la recepción. Es sumamente difundida en la práctica de los contratos, especialmente los que tienen por objeto la construcción de una obra en un inmueble, la cláusula que establece, además de un término para la ejecución de la obra, un plazo denominado de prueba o de garantía, que corre a partir de la recepción de esta. Tal plazo tiene por finalidad que el contratista compruebe con el uso y un examen más prolongado, si la obra adolece de vicios que pueden pasar inadvertidos en una primera verificación. Asimismo, para asegurar la responsabilidad del contratista si esos defectos o vicios se detectan durante ese lapso, el comitente puede convenirse que el comitente retenga en su poder una parte del precio, que constituye el denominado fondo de garantía, cuyo destino es solventar las eventuales reparaciones que el descubrimiento de las referidas deficiencias de la obra pueda provocar (4).

#### I.6. Las leyes de obras públicas

Estas leyes suelen adoptar este temperamento y distinguen la *recepción provisional* que tiene lugar una vez terminadas las obras, de la *recepción definitiva* que se produce cuando ha vencido el plazo de garantía den-

---

(4) SPOTA, Alberto G., "Tratado de locación de obra," Ed. Depalma, Buenos Aires, 1979, t. II, nro. 278, p. 153; REZZÓNICO, "Estudio de los contratos en nuestro Código Civil," Ed. Depalma, Buenos Aires, 1969, t. II, p. 892; BORDA, Guillermo A., "Tratado de derecho civil," Ed. Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1997, t. II, nro. 1196, p. 111.

tro del cual el contratista es responsable de la conservación de las obras y de las reparaciones requeridas por las deficiencias que se manifiesten.

### **I.7. El Código Civil y Comercial**

En este sentido el art. 1272 del Cód. Civ. y Com. prescribe que cuando se conviene o es de uso un plazo de garantía para que el comitente verifique la obra o compruebe su funcionamiento, la recepción se considera provisional y no hace presumir la aceptación. De tal guisa, en estos supuestos la recepción de la obra no importa la aceptación definitiva del comitente. Recién cuando vence el plazo de garantía tiene lugar dicha aceptación que significa dar carta de pago al contratista por el cumplimiento de las obligaciones impuestas por el contrato. Hasta ese momento se posterga la enunciación de las deficiencias que el comitente pueda advertir en la obra. Vale decir que el contratista no queda libre de responsabilidad por los vicios aparentes que presente la obra en el momento de la recepción provisoria, salvo que haya mediado una aceptación expresa de ellos, porque no cabe reputar que sean tácitamente consentidos (5).

## **II. LA ACEPTACIÓN Y LA RECEPCIÓN DE LA OBRA**

### **II.1. La aceptación**

Hecha la salvedad con respecto a los casos mencionados, la aceptación de la obra por el comitente tiene como efecto que el contratista queda libre de responsabilidad por los vicios aparentes (art. 1272, Cód. Civ. y Com.).

### **II.2. El Código Civil**

El art. 1647 bis del Cód. Civil, según la reforma de la ley 17.711, prescribía que recibida la obra por el empresario queda libre de responsabilidad por los vicios aparentes y no puede oponérsele la falta de conformidad con lo estipulado que fue dable ser advertida en el momento de la entrega de la entrega.

---

(5) LLAMBÍAS, Jorge J. - ALTERINI, Atilio A., "Código Civil anotado", Ed. Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1985, t. III-B, p. 428.



### II.3. El Código Civil y Comercial

Si se compara la legislación vigente con la que contenía el Código Civil, cabe comenzar señalando una primera diferencia. Los vicios o defectos de la obra, en general, pueden ser distinguidos en ocultos o aparentes. En ambos códigos, el contratista queda eximido de responsabilidad por los que revisten este último carácter; empero, según el art. 1272 del Cód. Civ. y Com. ello acaece cuando el comitente *accepta* la obra sin reserva, mientras que el art. 1647 del Cód. Civil así ocurría cuando la *recibe*, sin tal salvedad.

### II.4. Conclusión

Habida cuenta de lo que ha sido señalado respecto de las etapas que pueden sucederse en el proceso del cumplimiento de la obligación del contratista de entregar la obra, puede ocurrir que la aceptación de esta, previa su verificación, preceda a la entrega y así es dable que se lo haya convenido. La tenencia de la obra la mantiene el contratista y el comitente comunica su aceptación sin reservas, antes de tener la disponibilidad material de ella. La consecuencia de esa declaración es, sin duda, la eximición de responsabilidad del contratista por los vicios o defectos aparentes.

En la práctica es frecuente que la verificación, la aceptación y la entrega se realicen contemporáneamente. En esos casos, el recibo de la obra sin reservas hace presumir la aceptación, y el contratista queda libre de responsabilidad por los vicios o defectos aparentes.

El papel que el art. 1272 del Cód. Civ. y Com. asigna a la aceptación es más abarcador y tiene el alcance de diferenciar ambas situaciones.

### II.5. Naturaleza de la entrega de la obra

La obligación principal del contratista es la de ejecutar la obra: se trata de una obligación de hacer. Si bien la cumple cuando obtiene el resultado prometido, corona ese cumplimiento cuando pone ese resultado a disposición del comitente que es lo que se denomina la entrega de la obra. Cuando dicha entrega consiste en concederle la disposición material de la obra al comitente, la entrega que culmina el cumplimiento, es una obligación de dar. Esta singularidad puede tener importancia en lo relativo a la posibilidad de ejecución específica de dicha obligación (6).

---

(6) RUBINO - IUDICA, ob. cit., p. 362.

### III. VICIOS O DEFECTOS APARENTES

#### III.1. Caracterización

Tales vicios o defectos aparentes u ostensibles han sido caracterizados con diversas formulaciones. Se expresa que son aquellos fácilmente perceptibles o visibles; o los que pueden ser advertidos mediante una prolija o minuciosa revisión; o los que pueden ser descubiertos con la diligencia ordinaria; o bien los que pueden ser conocidos por el comitente conforme con las reglas del *arbitrium boni viri*.

Cabe concluir que los vicios o defectos aparentes de la obra son aquellos que pueden ser descubiertos por el comitente al verificarla, obrando con la diligencia que corresponda a la naturaleza de la obligación cumplida por el contratista y conforme con las circunstancias de persona, tiempo y lugar. La aceptación de la obra equivale a la aceptación del pago que se concreta con la entrega y al cual cabe asignarle el efecto liberatorio que entraña. Cuando la aceptación tiene lugar sin reservas, cabe entender que el comitente está conforme con la obra tal cual ha sido ejecutada y que renuncia la responsabilidad del contratista respecto de esos vicios o defectos cuya existencia no pudo conocer. En derecho conocer suele ser sinónimo de haber conocido. Si el comitente, empleando la diligencia exigible conforme con los parámetros del art. 1724 del Cód. Civ. y Com., pudo haber conocido los vicios o defectos que eran aparentes cuando acepta la obra y no los objetó, debe cargar con las consecuencias de esa falta de diligencia.

#### III.2. La verificación

La verificación que sirve de antecedente a la aceptación, puede ser hecha por el propio comitente o bien este puede valerse de una asistencia técnica para llevarla a cabo. En el primer caso, debe pararse mientes en que el comitente puede ser un profano con respecto a las reglas técnicas a las que debe ajustarse la ejecución de la obra. En dicho supuesto, la diligencia que solo es dable exigirle, es la de un hombre con los conocimientos normales y la inteligencia media que cumple esa tarea (7). Cuando para esa verificación cuenta con un auxilio de un técnico, la diligencia debida, es aquella que se corresponde con los conocimientos y la pericia con los que debe actuar un experto de la categoría de la que se trate. Fi-

---

(7) RUBINO - IUDICA, ob. cit., p. 390; GIANNATTASIO, ob. cit., p. 185; CAPPAL, Federico, "Diffornità e vizi dell'opera", in LUMINOSO, Angelo (cur.), ob. cit., p. 633.

nalmente, habida cuenta de la complejidad e importancia de la obra, las circunstancias pueden imponer como un deber normal de prudencia, que el comitente se haga cargo de los gastos consiguientes para procurarse una asistencia técnica idónea para llevar a cabo la verificación.

Sentada esta regla con respecto a los vicios o defectos aparentes, el Cód. Civ. y Com. establece que el contratista responde por los vicios o defectos no ostensibles —art. 1272, inc. b)—. Empero, prescribe que la responsabilidad alcanza a los vicios no reconocibles “al momento de la recepción”. Por un elemental requerimiento de coherencia con el inciso precedente, cabe incluir dentro de tal responsabilidad a los vicios y defectos que no eran reconocibles al momento de la aceptación, cuando ella precede a la entrega, según ha sido aclarado.

#### **IV. LOS VICIOS Y LA FALTA DE CONFORMIDAD CON LO ESTIPULADO**

##### **IV.1. Ámbito de las deficiencias comprendidas**

Otra cuestión que se plantea es la relativa a las deficiencias que comprende esa responsabilidad. En el art. 1647 del Cód. Civil estaban comprendidos tanto los vicios como la falta de conformidad con lo convenido. En cambio el Cód. Civ. y Com., cuando trata de las deficiencias no ostensibles, se refiere a los “vicios” que revisten tal carácter —inc. a) del art. 1272—; y cuando regula las no ostensibles, extiende la referencia a los “vicios o defectos” —art. 1272, inc. b)—.

##### **IV.2. Vicios y falta de conformidad con lo estipulado**

Los vicios son defectos que resultan de la inobservancia de las reglas del arte. Se trata de anomalías que repercuten sobre la funcionalidad de la obra o alteran su estructura, lo que ocasiona que se torne menos apropiada para su destino o que disminuya su utilidad. Media una identidad entre la obra efectivamente ejecutada y la convenida, pero ella adolece de una imperfección material.

En cambio si se trata, en sentido estricto, de una falta de conformidad de la obra con lo estipulado, se hace referencia a una imperfección que resulta de la discordancia entre la obra ejecutada y la obra convenida, es lo

que en el derecho italiano se denomina *difformità* (8). No existe un defecto material en la obra que se ejecutó, sino que existe una ausencia de identidad entre la ejecutada y la que se acordó por las partes en el contrato.

#### IV.3. El régimen tradicional de los vicios ocultos

En lo concerniente a los vicios ocultos, el Código Civil, siguiendo la orientación tradicional que se remonta al derecho romano, estructuró un régimen especial para tutelar a los adquirentes a título oneroso a quienes se les transmitían derechos respecto de cosas que tenían vicios ocultos. Se la concebía como una garantía especial que configuraba un efecto natural de los contratos a título oneroso y que, asimismo, incluía la evicción. La idea que informa este régimen es que en las transmisiones a título oneroso de un derecho, el transmitente debe asegurar tanto la ausencia de vicios materiales de las cosas objeto de la transmisión, como la inexistencia de los vicios jurídicos susceptibles de provocar la pérdida, disminución o restricción del derecho adquirido. Tales garantías constituían una fuente de obligaciones y una correlativa responsabilidad que era autónoma y distinta de la responsabilidad por incumplimiento, con un ámbito diferenciado y requisitos que le son propios. La singularidad del Código Civil era que le asignó un tratamiento general a tales garantías en los títs. 13 y 14, Secc. Tercera, del Libro Segundo (9).

#### IV.4. Tendencia actual. El contrato de obra

El sistema que se tiende a juzgarse más razonable actualmente es el que supera al tradicional de origen romano: si se transmite un derecho a título oneroso el transmitente se obliga a que esté exento de vicios jurídicos, libre de pretensiones de terceros que pueden ocasionar su pérdida, disminución o reducción. Cuando el derecho tiene por objeto cosas, asume la obligación que ellas que ellas carezcan de vicios materiales. Si no cumple con tales obligaciones, el transmitente incurre en ambos casos en una responsabilidad por incumplimiento que, en definitiva, entraña una falta de conformidad con lo convenido.

El art. 1647 bis, introducido al Código Civil por la ley 17.711 se ajustó a este temperamento unitario y simplificador en materia de vicios y diferencias de calidad. Al establecer la responsabilidad del contratista por deficiencias ocultas de la obra, comprendía dentro de ellas para darles

---

(8) *Ibidem*, p. 625.

(9) APARICIO, Juan M., "Contratos. Parte general", Ed. Hammurabi, Buenos Aires, 2016, t. II, ps. 403 y ss.

un tratamiento conjunto tanto a los vicios, como a la que en sentido estricto, cabe calificar como falta de conformidad con lo estipulado.

Son dos, por ende, los principales sistemas en materia de vicios ocultos: uno lo erige en objeto de una garantía autónoma que se distingue de la responsabilidad por incumplimiento; el otro, lo considera una manifestación de esta última. El Cód. Civ. y Com. se inclinó por el primero, como lo había hecho el Código Civil. También legisla al respecto de modo general; lo hace bajo la denominación de obligación de saneamiento que comprende a la evicción.

La distinción entre vicios y diferencias de calidad con lo estipulado, tiene trascendencia pues, la reglamentación de ambos supuestos, aunque tengan puntos de coincidencia, es distinta.

#### **IV.5. El Código Civil y Comercial**

El Cód. Civ. y Com. cuando trata de las imperfecciones de la obra, según se ha indicado, en el inc. 1º del art. 1272 prescribe que el contratista queda libre de responsabilidad por *los vicios aparentes* de la obra, si esta ha sido aceptada sin reservas y si no existe un plazo de garantía. Empero, pese a que a la referencia se contrae a los *vicios, en el inc. b)*, que complementa la regla, dispone que el contratista responde por los *vicios o defectos no ostensibles* al momento de la recepción. Se ha aclarado lo concerniente al momento en que tales vicios deben existir, para que exista una relación de coherencia entre este inciso y el párr. 1º del precepto. Lo que corresponde destacar para continuar con el desarrollo de este análisis, es que en el art. 1072, inc. b), a la mención de los vicios, le agrega la de los defectos. Tales defectos no pueden ser otros que las diferencias con lo estipulado, dados los antecedentes y la fuente de la norma. En definitiva, el Cód. Civ. y Com. mantiene el ámbito de las imperfecciones ocultas susceptibles de generar la responsabilidad del contratista; él se integra además de los vicios, con las discordancias con lo convenido.

En conclusión: a la misma regulación que rigen los vicios que padezca la obra por la inobservancia de las reglas del arte, están sometidas las diferencias que padezca por falta de cumplimiento de lo que acordaron las partes en el contrato.

#### **IV.6. Caracteres de las deficiencias**

El Código Civil no establecía cuál era el contenido de esa responsabilidad del contratista. El Cód. Civ. y Com. sí lo hace: establece que ella

tiene la extensión y está sujeta a los plazos previstos para la garantía por vicios ocultos en los arts. 1054 y concordantes —art. 1072, inc. b), *in fine*, Cód. Civ. y Com.—.

Esta remisión requiere como consideración previa, señalar los caracteres que tienen que revestir ambas deficiencias. Deben ser ocultas y no reconocibles en el momento de la aceptación de la obra, conforme con lo que se ha expresado. Deben ser graves y exceder el nivel normalmente admisible; ese límite mínimo, en definitiva, debe ser fijado por la prudente estimación judicial (10). Las deficiencias tienen que existir en el momento en que se acepta la obra. La prueba de esta exigencia que atiende principalmente a los vicios es, por vía de regla, a cargo del adquirente del derecho, salvo que el transmitente actúe profesionalmente en la actividad a la que corresponde la transmisión —art. 1503, inc. b), Cód. Civ. y Com.—. Por ende, el contrato de obra normalmente encuadrará dentro de la excepción. La carga de la prueba, pues, pesará ordinariamente sobre el contratista a quien le corresponderá acreditar, para liberarse de responsabilidad, que las deficiencias descubiertas con posterioridad a la aceptación, no existían en ese momento.

#### IV.7. Contenido de la responsabilidad

Prosiguiendo con el contenido de la responsabilidad, se ha recordado que el sistema tradicional de los vicios ocultos, los concibe como una fuente de obligaciones autónomas con remedios propios, que debe ser distinguida de la responsabilidad por incumplimiento. Sin embargo, la reglamentación concreta que el Cód. Civ. y Com. contiene en materia de vicios, no se ha ajustado a los parámetros del sistema por el cual se inclina, al asignarle un tratamiento general diferenciado. En efecto; la reglamentación exhibe matices de una acentuada hibridez. Se le atribuye al supuesto de los vicios ocultos las consecuencias que son propias de la responsabilidad por incumplimiento, tales como la corrección de las deficiencias, que se asocia con la posibilidad del cumplimiento específico de la obligación de ejecutar la obligación sin dichas imperfecciones. Asimismo, se omite la referencia a los remedios tradicionales de los vicios ocultos: en vez de mentar la acción redhibitoria se menciona la resolución. Inclusive, se silencia la habitual previsión expresa de la acción *quanti minoris*.

Esas peculiaridades de la reglamentación de los vicios ocultos por el Cód. Civ. y Com., tiene la ventaja de permitir que brinde los remedios

---

(10) RUBINO - IUDICA, ob. cit., p. 389; CAPPAL, Federico, ob. cit., p. 626.

que suelen preverse en el derecho comparado para estas deficiencias de la obra. Por lo general, se traducen en tres derechos del comitente: reclamar corrección de los vicios o defectos; o la reducción del precio; o la resolución del contrato. A todas estas posibles opciones del comitente se suma el derecho del comitente a exigir la indemnización del daño que haya sufrido, en cada una de esas opciones (11).

---

(11) Puede darse como ejemplo el art. 1668, Cód. Civil italiano (RUBINO – IUDICA, ob. cit., ps. 403 y ss.; FADDA, Rosella, “Contenuto della garanzia per difetti dell’opera”, in LUMINOSO, Angelo [cur.], ob. cit., ps. 651 y ss.; GIANNATTASIO, ob. cit., nros. 106 y ss.; STOLFI, Mario, ob. cit., nros. 34 y 35, p. 654; BARBERO, Domenico, “Sistema de derecho privado”, Buenos Aires, 1957, t. IV, nro. 782, p. 160). El Cód. Civil de Portugal en el art. 1221 confiere al dueño de la obra el derecho a exigir del empresario la eliminación de los defectos. Si estos no son susceptibles de ser suprimidos, el dueño de la obra puede pedir una nueva construcción; no es dable ejercer este derecho si los gastos fueran desproporcionados en relación con el provecho. El Cód. Civil alemán, en el § 633 establece: “ El empresario debe ejecutar para el comitente una obra exenta de vicios materiales y jurídicos. La obra está exenta de vicios materiales cuando presenta las características pactadas. Si las características no están pactadas la obra está exenta de vicios materiales: 1. cuando es idónea para el uso presupuesto en el contrato; o 2. cuando es idónea para el uso habitual y presenta las características que son habituales en obras del mismo tipo y que el comitente puede esperar según la especie de la obra”. A un vicio material está equiparado el caso en el que el comitente ejecute una obra diversa de la ordenada o ejecute una obra de menor cantidad en relación con la debida. El § 634, a su vez, dispone: “Si la obra está afectada por vicios, el comitente puede, siempre que se den los presupuestos de las normas siguientes, salvo diversa disposición: 1. exigir el cumplimiento sucesivo según el § 635; 2. Eliminar él mismo el defecto según el §637 y exigir el reembolso de los gastos necesarios; 3. rescindir el contrato según los §§ 636, 323 y 326 apart. 5° o reducir la retribución según el § 638; y 4. Exigir el resarcimiento del daño según los §§ 636.280, 281, 283 y 311, o el reembolso de los gastos efectuados en vano, según el § 284” (trad. de PATTI, Salvatore [cur.], *Codice Civile Tedesco. Bürgerliches Gesetzbuch*, Ed. Giuffrè - C. H. Beck, Milano, 2013). El Código suizo de las obligaciones, en el art. 368, dispone que cuando la obra es defectuosa o disconforme con lo convenido en grado tal que el comitente no puede hacer uso de ella, este no puede ser constreñido a aceptarla. Aparte de rehusar aceptarla, puede resolver el contrato. En las otras hipótesis, el comitente puede pedir la reducción del precio o que se repare la obra, siempre que los arreglos sean posibles sin gastos excesivos. En ambos casos el comitente tiene derecho a demandar daños y perjuicios cuando ha mediado culpa del empresario. Véase ENGEL, Pierre, “Contrats de droit suisse”, Ed. Staempfli, Berne, 1992, ps. 412-422.

## V. REMEDIOS PREVISTOS

### V.1. Subsanación de las deficiencias

En efecto, el art. 1039, inc. a), del Cód. Civ. y Com. confiere al acreedor de la obligación de saneamiento el derecho de reclamar la subsanación de los vicios, al que debe agregarse la corrección de la falta de conformidad con lo estipulado. El ejercicio de este derecho está supeeditado al hecho que esas deficiencias sean subsanables, como se desprende del art. 1067 del Cód. Civ. y Com. Cuando lo son, el contratista tiene el derecho de ofrecer tal subsanación. Si el comitente la reclama y el contratista rehúsa a llevarla a cabo, el comitente queda habilitado a hacer que esa obligación de eliminar los vicios sea cumplida por un tercero a costa del contratista —art. 777, inc. b), Cód. Civ. y Com.—. Si, a su vez, el contratista ofrece eliminar las deficiencias y el comitente no lo acepta, queda este último privado del derecho a solicitar la resolución del contrato y solo puede hacer uso del derecho a reclamar la reparación del daño (art. 1057, Cód. Civ. y Com.).

### V.2. Indemnización del daño

Si las deficiencias no son subsanables o no se ha ofrecido y tampoco se reclama su eliminación, el comitente cuando no tiene el derecho a solicitar la resolución del contrato, puede solicitar la indemnización del daño sufrido. Se ha adelantado que a diferencia de lo legislado en materia de vicios ocultos en el derecho comparado y en los antecedentes del nuestro, el Cód. Civ. y Com. omite expresamente prever como uno de sus remedios el derecho a solicitar la reducción del precio. No obstante, es dable salvar ese lapsus, si se considera que uno de los rubros del resarcimiento que puede ser reclamado, es el menor valor de la obra causado por tales vicios o defectos.

### V.3. Resolución del contrato

Finalmente, si no es factible la eliminación de los vicios o defectos, el comitente puede tener derecho a solicitar la resolución del contrato cuando tales deficiencias tornan impropia a la obra para su destino y disminuyan a tal punto su utilidad que de haberlos conocido, el comitente no habría contratado la ejecución o su contraprestación hubiese sido significativamente menor —arts. 1051, inc. b), y 1056—. De este modo el Cód. Civ. y Com., entre los vicios ocultos distingue los que califica como



*redhibitorios* porque, dada su importancia, justifican y confieren el derecho a solicitar la resolución del contrato.

#### **V.4. Alcance de la indemnización. Factor de atribución**

La reparación de daños y perjuicios es una pretensión que puede sumarse a la de la corrección de los daños, a la de resolución o bien promovida de modo autónomo. El Cód. Civ. y Com. autoriza su procedencia, pero exceptúa los supuestos en que el enajenante —en este caso el contratista— no conoció ni pudo conocer la existencia de los vicios (art. 1040 del Cód. Civ. y Com.). La fórmula utilizada por el Cód. Civ. y Com. permite concluir que, por vía de regla, el contratista responde por los daños y perjuicios ocasionados por vicios o defectos, salvo que acredite que no actuó dolosamente ni pudo conocerlos, esto es, preverlos con el empleo de la debida diligencia. Se establece una presunción de culpabilidad del contratista que admite como eximente la prueba en contrario que pesa sobre el contratista; producida esta el contratista se libera de esa responsabilidad.

Empero, el Cód. Civ. y Com. tras sentar esta regla establece que esa exención de la responsabilidad no puede ser invocada por el enajenante —esto es, el contratista— cuando actúa profesionalmente en la actividad correspondiente, salvo que el adquirente —en este caso el comitente— se desempeñe profesionalmente en esa actividad (art. 1040, último párrafo, Cód. Civ. y Com.).

Teniendo en cuenta lo que ordinariamente sucede y el carácter estricto de la excepción, es dable concluir que, en la realidad de los hechos, la responsabilidad del contratista por los daños y perjuicios derivados de los vicios o defectos, revestirá ordinariamente el carácter de objetiva; por consiguiente, solo podrá eximirse de ella si prueba la existencia de una causa ajena.

## **VI. PLAZOS DE CADUCIDAD. PRESCRIPCIÓN**

### **VI.1. Duración de la responsabilidad**

Cabe reiterar que el contratista responde de los vicios o defectos ocultos con la extensión y en los plazos previstos para la responsabilidad de los vicios ocultos —art. 1072, inc. b), Cód. Civ. y Com.—. Por lo tanto, el ejercicio de la acción de responsabilidad por los vicios o defectos ocultos está sometido a un doble orden de plazos de caducidad. El primero, se relaciona con la duración de la responsabilidad. Si la obra es inmueble,

la responsabilidad del contratista caduca cuando transcurren tres años contados a partir de la fecha en que el comitente la recibió —art. 1055, inc. a), Cód. Civ. y Com.—. Cuando no es inmueble, ya sea porque es mueble o consiste en un resultado inmaterial, la responsabilidad del contratista caduca cuando transcurren tres meses contados a partir de su recepción por el comitente —art. 1055, inc. b), Cód. Civ. y Com.—.

## **VI.2. Denuncia**

Vigente el plazo de la garantía, el comitente tiene la carga de denunciar expresamente al contratista la existencia de los vicios o defectos ocultos. Debe hacerlo, dentro de un plazo de sesenta días, desde que el vicio o el defecto se hayan manifestado (art. 1054, Cód. Civ. y Com.). Si el vicio o el defecto se manifiestan gradualmente, el plazo se cuenta desde que el adquirente pudo advertirlos. Debe distinguirse, pues, el supuesto en que el vicio o el defecto se tornan reconocibles de manera súbita, de aquellos otros en que su manifestación es gradual, para determinar el momento en que el comitente estuvo en condiciones de advertirlos.

## **VI.3. Finalidad de la denuncia**

Dicha finalidad es permitir que el contratista pueda prestamente llevar cabo la verificación para comprobar la existencia de los vicios y defectos y, en caso de acreditarla, eliminarlos a su costa, tarea esta que es susceptible de convertirse en más difícil, complicada y onerosa con el paso del tiempo (12).

Habida cuenta de la finalidad de la denuncia, el comitente no cumple con esta exigencia, si se limita a hacer labrar un acta por escribano público en la que consigne la aparición de estas deficiencias o se contenta con denunciarlas a la autoridad administrativa.

A la inversa, el significado del requisito determina que la denuncia no sea necesaria para impedir la extinción de la responsabilidad, cuando se pruebe que el contratista conoció o debió conocer la existencia de vicio o del defecto, lo que resultará incontrastable si acredita que con mala fe los ocultó (13).

---

(12) GIANNATTASIO, ob. cit., p. 191; RUBINO - IUDICA, ob. cit., p. 399; CAPPAL, Federico, ob. cit., nro. 8, p. 638.

(13) GIANNATTASIO, ob. cit., nro. 11, p. 192; RUBINO - IUDICA, ob. cit., p. 398; CAPPAL, Federico, ob. cit., nro. 9, p. 641.

#### **VI.4. Carácter de la denuncia**

La denuncia debe tener el carácter de expresa, esto es, debe exteriorizarse en una declaración de voluntad recepticia del comitente que no está sujeta a ninguna forma; puede hacerse, pues, por cualquier medio que lleve a conocimiento del contratista la existencia de los vicios o defectos que se hayan revelado. Empero, como la carga de la prueba de que se ha cumplido el requisito pesa sobre el comitente, le conviene efectuar la denuncia de un modo fehaciente que facilite su comprobación en juicio.

#### **VI.5. Prescripción**

Amén de los plazos de caducidad a que está sometido el derecho del comitente, también el Cód. Civ. y Com. fija un plazo de prescripción para el ejercicio de su acción. El art. 1055 del Cód. Civ. y Com. lo preanuncia al disponer que la prescripción de la acción está sujeta a lo dispuesto en el Libro Sexto. Hace, por ende, una remisión al art. 2564, inc. a), del Cód. Civ. y Com., que fija en un año para el reclamo por *vicios redhibitorios*. Corresponde asignarle a tal mención un sentido amplio que incluye todos los reclamos por vicios ocultos, tanto aquellos que puedan dar lugar a la resolución del contrato, como a los otros a los que se ha hecho referencia.

#### **VI.6. Diferencias entre la caducidad y la prescripción**

La caducidad afecta directa e inmediatamente la existencia de un derecho, en cuanto tiene como consecuencia extinguir el que no ejerció en el plazo fijado (art. 2566, Cód. Civ. y Com.). En cambio la prescripción atañe a la acción, pues si bien cuando se cumple el término el derecho se mantiene subsistente, dicha acción queda desprovista de exigibilidad. El término de caducidad es perentorio y tiene un curso fatal que no es afectado por las causas que pueden interrumpir o suspender la prescripción (art. 2567, Cód. Civ. y Com.). Dada su relación directa con el derecho, la caducidad, por vía de regla, puede ser considerada por el juez *ex officio*, independientemente de su invocación por el interesado, ya que no puede atribuirse a una de las partes un derecho manifiestamente extinguido por haber caducado.

#### **VI.7. Singularidades de la caducidad**

Ahora bien, en principio, los plazos de caducidad fijados legalmente no pueden ser alterados ni renunciados por las partes en materia sustraída a su disponibilidad. Cuando se trata de derechos disponibles, como en este caso, en que la duración de esos plazos no ha sido sustraída

al principio de la autonomía de las partes, porque pueden ser aumentados convencionalmente, como lo dispone el art. 1055 del Cód. Civ. y Com., es dable entender que corresponde al contratista oponer la caducidad y no puede ser ordenada de oficio por el juez. Cuadra entender, no obstante, que la carga de oponer la caducidad en un juicio, no está circunscripta a la oportunidad fijada para oponer la prescripción; el contratista puede valerse de ella en cualquier etapa del litigio, siempre que se respete el principio del contradictorio. La caducidad establecida para derechos disponibles, puede ser renunciada y dicha renuncia no obsta a la aplicación de las normas relativas a la prescripción (art. 2571, Cód. Civ. y Com.). Asimismo, el reconocimiento del derecho del comitente por el contratista en estos supuestos, impide la caducidad (art. 2569, Cód. Civ. y Com.); tal ocurre, por ejemplo, cuando el contratista acepta la existencia de las imperfecciones o espontáneamente la asume y manifiesta su voluntad de hacerse cargo de ellas.

#### **VI.8. Oponibilidad, declaración, curso y carácter de la prescripción**

En lo concerniente a la prescripción, debe ser opuesta dentro del plazo para contestar la demanda en los procesos de conocimiento y el fijado para contestar la demanda en los procesos de ejecución (art. 2553, Cód. Civ. y Com.) y el juez no puede declararla de oficio (art. 2552, Cód. Civ. y Com.). El curso del término fijado, asimismo, puede ser alterado por la suspensión que, en el lapso en que dura, detiene el cómputo; o por la interrupción, cuyo efecto es tener por no sucedido el término corrido y determinar la iniciación de un nuevo plazo. En otro orden de cosas, es conveniente recordar que la norma que fija el plazo para la prescripción, tiene un carácter imperativo y no puede ser modificada por convención (art. 2533, Cód. Civ. y Com.).

#### **VI.9. Autonomía**

Cabe repetir que la garantía o responsabilidad por los vicios ocultos ha sido legislada por el Cód. Civ. y Com. como un efecto natural de los contratos a título oneroso. Por ende, las partes en ejercicio de su autonomía pueden pactar modificaciones al régimen establecido por la ley. En principio, les está permitido aumentar, disminuir o renunciar a esta responsabilidad (art. 1036, Cód. Civ. y Com.).

No obstante, las cláusulas de renuncia o reducción de la responsabilidad se tienen por no convenidas cuando el enajenante, en este caso el contratista, conoció o debió conocer la existencia de los vicios o defectos

—art. 1038, inc. a), Cód. Civ. y Com.—. En tales supuestos, el contratista no actúa con la buena fe que es exigible en el tráfico.

## VI.10. El artículo 1038, inciso b), del Código Civil y Comercial

Asimismo, el Cód. Civ. y Com. establece que se tienen por no convenidas las cláusulas de supresión y disminución de la responsabilidad, cuando el enajenante responsable —en este caso el contratista— actúa profesionalmente en la actividad a la que corresponde la enajenación —en este caso la producción del resultado— a menos que el adquirente —en este caso el comitente— también se desempeñe profesionalmente en esa actividad —art. 1038, inc. b), Cód. Civ. y Com.—.

Cabe entender que, con tal prohibición, la regla tradicional en la materia se invertirá en la realidad de los hechos cuando se trate de cláusulas que suprimen o disminuyen la responsabilidad. Esas cláusulas deberán reputarse no convenidas, es decir, inválidas, salvo si los contratantes desempeñan la misma actividad profesional que tiene por objeto el ejercicio del cometido encargado al contratista: dicho en forma ilustrativa, que se trate de un contrato de obra celebrado entre pares, como suele ocurrir, por ejemplo, en la subcontratación.

## CAPÍTULO SEGUNDO: RESPONSABILIDAD POR RUINA O IMPROPIEDAD PARA EL DESTINO EN OBRAS INMUEBLES (14)

### I. EL SUPUESTO DE LA RESPONSABILIDAD

#### I.1. Ámbito de aplicación

Además de la responsabilidad por los vicios o defectos ocultos, el Cód. Civ. y Com., a semejanza de lo que establecía el art. 1646 del Cód.

---

(14) Con respecto al Cód. Civ. y Com. puede verse ARIAS CÁU, Esteban J. - NIETO, Matías L., en RIVERA, Julio C. - MEDINA, Graciela (dirs.) - ESPER, Mariano (coord.), "Código Civil y Comercial de la Nación", Ed. La Ley, Buenos Aires, 2014, t. IV, ps. 49-57; KRIEGER, Walter F., "Contrato de obra", en BORDA, Alejandro (dir.), *Derecho civil y comercial. Contratos*, Ed. La Ley, Buenos Aires, 2018, 2ª ed., ps. 529-531; CALDERÓN, Maximiliano R., "Contrato de obra y servicios", en SÁNCHEZ HERRERO, Andrés (dir.) - SÁNCHEZ HERRERO, Pedro (coord.), *Tratado de derecho civil y comercial*, Ed. La Ley, Buenos Aires, 2016, t. V, "Contratos. Parte especial", nro. 6.7.4 c), ps. 264-271; DI CHIAZZA, Iván G., "Contratos", Ed. Erreius, Buenos Aires, 2018, t. I, ps. 491-501; LEIVA

Civil, modificado por la ley 17.711, consagra una responsabilidad especial en los contratos que tienen por objeto la realización de una obra en un inmueble que esté destinado por su naturaleza a larga duración. Se trata de inmuebles por accesión (art. 226, Cód. Civ. y Com.). Prescribe el Cód. Civ. y Com. que el constructor, en tal supuesto, responde al comitente y al adquirente por los daños que comprometan la solidez de la obra y por los que la hacen impropia para su destino (art. 1273, Cód. Civ. y Com.).

El ámbito de aplicación del precepto comprende aquellos contratos de obra que tienen por objeto la construcción de un inmueble, se trate de una construcción *ex novo* o bien de una nueva parte de un inmueble ya construido (15). Asimismo, alcanza a la realización de obras en un inmueble que tienen por objeto su reparación o modificación, siempre que estén destinadas a larga duración y tengan una importancia tal que puedan ocasionar el evento dañoso previsto en la norma. Están excluidos, por consiguiente los contratos de obra cuyo objeto son cosas muebles, aunque sean registrables como sucede, por ejemplo, con un buque o una aeronave, por ejemplo, u obras relacionadas con inmuebles que no estén destinadas a larga duración, verbigracia, las barracas de madera hechas provisionalmente para el alojamiento de operarios o los pabellones construidos para para una exposición.

---

FERNÁNDEZ, Luis F. P., "Tratado de los contratos, Parte especial", Ed. La Ley, 2017, t. III, nros. 1318 a 1326, ps. 625-635; HERNÁNDEZ, Carlos A., en LORENZETTI Ricardo L. (dir.), *Código Civil y Comercial de la Nación. Comentado*. Ed. Rubinzal-Culzoni, Santa Fe, 2015, t. VI, ps. 819-836. En el Cód. Civil, entre otros, REZZÓNICO, ob. cit., ps. 802-827; BORDA, Guillermo A., ob. cit., nros. 1130-1144, ps. 77 y ss.; SPOTA, Alberto G., ob. cit., nros. 293-330, ps. 200 y ss.; LÓPEZ DE ZAVALÍA, Fernando J., "Teoría de los contratos", Ed. Zavalía, Buenos Aires, 1993, t. 4, "Parte especial", § 129, IV, ps. 269 y ss.; MOLINA QUIROGA, Eduardo - VIGGIOLA, Lidia, en BELLUSCIO, Augusto C. (dir.) - ZANNONI, Eduardo A. (coord.), "Código Civil y leyes complementarias. Comentado., anotado y concordado", Ed. Astrea, Buenos Aires, 1999, t. VIII, ps. 211-234; NICOLAU, Noemí L., "Contrato de obra", en BUERES, Alberto J. (dir.) - HIGHTON, Elena (coord.), *Código Civil y normas complementarias. Análisis doctrinal y jurisprudencial*, Ed. Hammurabi, Buenos Aires, 2008, t. 4-A, ps. 644-654; TRIGO REPRESAS, Félix A., "Responsabilidad de ingenieros, arquitectos y profesionales de la construcción", en BUERES, Alberto J. (dir.) - HIGHTON, Elena (coord.), ob. cit., t. 4-C, 2007, ps. 149-163. Núñez, Jorge Fernando, *Contrato de locación de obra*, Ed. Depalma, Buenos Aires, 1973, ps. 73-92; TRIGO REPRESAS, Félix A. - LÓPEZ MESA, Marcelo J., "Tratado de la responsabilidad civil", Ed. La Ley, Buenos Aires, 2004, t. II, ps. 607-620; LLAMBÍAS, Jorge J. - ALTERINI, Atilio A., ob. cit., ps. 417-422.

(15) SOLAI, Claudia - CAMEDDA, Alessandra, "Rovina e difetti di cose immobili", in LUMINOSO, Angelo (cur.), ob. cit., p. 723; RUBINO - IUDICA, ob. cit., p. 457.

## **I.2. Solidez de la obra**

El art. 1273 del Cód. Civ. y Com. expresa que el constructor responde por los daños que comprometen la solidez de la obra y por los que hacen impropia para su destino. De esta enunciación es dable inferir que la norma, de modo implícito, presupone un evento que debe producirse, susceptible de generar daños de cuya reparación debe hacerse cargo el legitimado pasivo.

Dicho evento consiste en que durante el lapso de duración de la responsabilidad, sobrevenga una situación en la que la solidez de la obra se encuentre comprometida o en la que la obra se torne impropia para su destino.

Por solidez de la obra cabe entender, su cohesión y estructura que le dan estabilidad y aseguran su conservación. Como es obvio, tal solidez desaparece cuando se produce la ruina de la obra. Ella acaece cuando la obra se destruye y deja de ser tal en todo o en parte. Empero, cabe asimilar a esta situación el peligro de ruina. Ese peligro debe ser actual, y manifestarse por signos que tornen previsible la efectiva producción de la ruina, aunque no sea modo inminente.

## **I.3. La impropiedad para el destino**

La responsabilidad prevista en el art. 1373 del Cód. Civ. y Com. también puede fundarse en anomalías que no inciden sobre el aspecto estático de la solidez de la obra, sino que repercuten en el aspecto funcional de ella y la tornan impropia para su destino, por ejemplo, si se trata de un edificio lo tornan inhabitable por causas antihigiénicas como puede ser la humedad grave (16). Dada la tutela reforzada que el art. 1273 acuerda al legitimado activo, en la práctica existe una tendencia proclive a pre-

---

(16) En el derecho italiano el art. 1669 del Codice Civile dispone: "Cuando se trata de edificios u otras cosas inmuebles destinadas por su naturaleza a larga duración, si, en el curso de diez años desde el cumplimiento, la obra, por vicio del suelo o por defecto de la construcción, se arruina en todo o en parte o presenta evidente peligro de ruina o graves defectos, el contratista es responsable con respecto al comitente y sus causahabientes, siempre que la denuncia sea hecha dentro del año del descubrimiento. El derecho del comitente se prescribe en un año desde la denuncia". El evento dañoso comprende la ruina, el peligro de ruina o los graves defectos. Con relación a los graves defectos, la jurisprudencia acogiendo interpretaciones doctrinales, en los años 80 del siglo pasado, entendió que dicha expresión comprendía las hipótesis de apreciables disminuciones del goce de la obra o de su idoneidad para procurar la utilidad económica práctica en vista de la cual había sido construida. Una contribución importante en ese sentido fue la prestigiosa opinión de Rubino; véase RUBINO - IUDICA, ob. cit., ps. 463 y ss.; SOLAI, Claudia - CAMEDDA, Alessandra, ob. cit., nro. 4, p. 726.

tender la inclusión en esta causal del precepto, de casos de responsabilidad por vicios o defectos que corresponden ser encuadrados dentro del diferente régimen que les es propio y que ha sido precedentemente analizado. Un criterio para establecer la delimitación puede radicar en la trascendencia económica que es dable asignarle a la posibilidad de corregir o eliminar tales anomalías, además de la posibilidad técnica de llevar a cabo esa corrección. Al respecto puede servir de guía los requisitos que deben ser observados para la resolución del contrato de locación por la causal de vicios redhibitorios. Como bien se ha señalado (17), tales deficiencias deben ser graves y deben insubsanables ya sea desde el punto de vista técnico o bien económico por el elevado costo que dicha subsanación importa (18).

## II. LEGITIMACIÓN

### II.1. Legitimación activa

Legitimado activo de la pretensión de responsabilidad, en primer lugar, es el comitente y, en su caso, sus herederos o el cesionario de su posición contractual. También se da la singularidad en este supuesto de responsabilidad contractual, que el sujeto activo de la pretensión pueda ser el adquirente de la obra, es decir, el causahabiente del comitente, al que aquel le transfiere la propiedad del inmueble.

### II.2. Legitimación pasiva. El constructor

En el elenco de posibles legitimados pasivos de la responsabilidad, ocupa el primer lugar el “constructor”, esto es el contratista, contraparte del comitente, que asumió la obligación de ejecutar la obra. En el contrato de obra la ejecución de la obra puede encomendarse a varios contratistas. En este caso la responsabilidad que asumen es solidaria, porque su obligación se origina en una causa única (art. 827, Cód. Civ. y Com.).

---

(17) LÓPEZ DE ZAVALÍA, Fernando J., ob. cit., 1992, t. 3, “Parte especial”, § 104, ps. 202 y ss.

(18) Desde esta perspectiva es posible distinguir los supuestos de que la obra es impropia para su destino de modo irreversible, de los vicios y deficiencias ocultos de la obra que, cuando se dan los requisitos que han sido mencionados, acarrear las consecuencias que también han sido expresadas.



### II.3. El vendedor de la obra

Asimismo, la responsabilidad se extiende concurrentemente a las personas mentadas en el art. 1274 del Cód. Civ. y Com. Inicia la mención con la referencia a toda persona que vende la obra que ha construido o la ha hecho construir, si hace de ello su profesión habitual —art. 1274, inc. a), Cód. Civ. y Com.—. Esta extensión de la responsabilidad al vendedor, constructor directo de la obra o que la ha encargado, tiene una doble peculiaridad: encuentra su origen en un contrato de compraventa, aunque su atribución y fundamento se hallen en la reglamentación del contrato de obra; por otro lado, es un supuesto en que dicha responsabilidad debe ser asumida por quien es el comitente en el contrato de obra que le sirve de antecedente y que se encarga de construirla o encargar su construcción con la finalidad de venderla, en cuanto esa modalidad operativa constituya su profesión habitual (19).

### II.4. Mandatario del comitente. Ejecución por economía

También la responsabilidad compromete a toda persona que, aunque actúe en calidad de mandatario del comitente, cumple una misión semejante a la de un contratista —art. 1273, inc. b), Cód. Civ. y Com.—. Al respecto cabe aclarar que existen diversas maneras mediante las cuales el interesado puede encarar la ejecución de la obra. La primera y más elemental, es que quien tiene la necesidad de ella, se ocupe personalmente de organizar su ejecución y dirigirla; asimismo, de adquirir los materiales y contratar la mano de obra necesarios con ese fin. Si bien este modo de ejecución que se ha denominado por economía (20), puede combinarse con el encargo de ciertos trabajos a un contratista pertene-

---

(19) RUBINO - IUDICA, ob. cit., p. 473; GIANNATTASIO, ob. cit., p. 225; SOLAI, Claudia - CAMEDDA, Alessandra, ob. cit., nro. 7, p. 736. También en el derecho italiano la doctrina y jurisprudencia han admitido esta responsabilidad del constructor directo de la obra, aunque no sea un constructor habitual. Los fundamentos y requisitos de esta responsabilidad varían. En la jurisprudencia se ha entendido que esta responsabilidad por ruina es extracontractual. Para otros autores se trata de evitar que por esta vía de la construcción anticipada de la obra, el comitente o constructor de ella intente evadir los plazos y el alcance de la responsabilidad que la ley consagra en la regulación del contrato de obra. Por consiguiente, solo existe la responsabilidad del vendedor constructor, cuando se contrata la venta como de una cosa futura, antes de que la obra esté ejecutada; se excluye, pues, la venta que se conviene en un momento sucesivo a su ejecución.

(20) RUBINO - IUDICA, ob. cit., p. 87; ZUDDAS, Goffedo, "Appalto a reggia", in LUMINOSO, Angelo (cur.), ob. cit., p. 113 y ss.

ciente a partes de la obra, como se ha señalado con agudeza, constituye la negación y la antítesis del contrato de obra (21).

## **II.5. Ejecución por administración**

Otro modo de ejecución es la que se lleva a cabo el interesado por administración, figura híbrida e intermedia entre el contrato de obra y la ejecución por economía. El comitente asume la dirección de los trabajos, empero, para llevarlos a cabo se vale de la intervención de un administrador dotado de idoneidad técnica. este, por cuenta del comitente, adquiere los materiales y concreta la contratación de la mano de obra. Los gastos consiguientes, son solventados por el comitente. El administrador recibe por su tarea una retribución que puede consistir en una suma fija predeterminada o representar un porcentaje del costo de producción de la obra. Se trata de una figura cuya calificación es dudosa. Sin embargo, existe coincidencia en que la relación entre el comitente y el administrador no reviste la naturaleza propia de un contrato de obra. Si bien el administrador se encarga de la ejecución material de esta, carece de la autonomía y no asume el riesgo que son elementos cuya concurrencia es esencial para identificar el contrato. Pese a estas consideraciones de índole técnica, la ley opta expresamente por incluir al administrador de la obra, en la lista de posibles legitimados pasivos de la pretensión de responsabilidad prevista por el art. 1273 del Cód. Civ. y Com.

## **II.6. Subcontratista, proyectista y director de la obra. Contratos separados**

La nómina de legitimados pasivos se integra con los subcontratistas, el proyectista y el director de la obra. Cabe agregar, finalmente, a “cualquier profesional ligado al comitente por un contrato de obra de construcción referido a la obra dañada o a cualquiera de sus partes” —art. 1273, inc. c)—. Es poco feliz, por su imprecisión, la referencia a “cualquier contrato de obra de construcción”. La ejecución que representa el medio de cumplimiento del contrato de obra cuyo objeto es producir un resultado, puede consistir en la construcción de una obra material o parte de ella. Habida cuenta de que es el comitente el que celebra el “contrato de obra de construcción” mentado en art. 1273, inc. 3º, este, en estrictez de concepto, no puede calificarse como una subcontratación. Se trata de la construcción de una obra por medio de los que se deno-

---

(21) RUBINO - IUDICA, ob. cit., p. 31, ZUDDAS, ob. cit., p. 95.

minan contratos separados (22), celebrados por el mismo comitente, en que cada uno de los contratistas es independiente y distinto de los otros, para que se construya parte de una obra en la que ya está en construcción la parte restante.

## **II.7. Responsabilidad según la causa del daño**

El Cód. Civ. y Com. establece que la responsabilidad se extiende a las personas mencionadas en el inc. c) del art. 1274, “según la causa del daño”. Suele generarse en los contratos de construcción de obras inmuebles una división de trabajo que se traduce en la asignación a distintas personas de diversas tareas. Tales son principalmente las concernientes a la elaboración del proyecto, la ejecución de la obra y su dirección.

## **II.8. El proyectista**

El proyectista es el arquitecto o ingeniero que se encarga de confeccionar los planos de la obra, Responde, por ende, de los vicios del proyecto. Se entienden por tales: las equivocadas determinaciones, proporciones y erróneos cálculos de la estructuras; las especificaciones incorrectas que señale el proyectista para la ejecución de la obra, por ejemplo, la indicación de materiales impropios por su calidad y por sus proporciones para el uso que se los destina; y, finalmente, las previsiones que se hagan en contravención con las normas edilicias o de policía administrativa, amén de las que importen el desconocimiento de servidumbres, siempre que hayan sido puestas en conocimiento del proyectista. También responde, en principio, por los vicios del suelo pues debe reputarse como una obligación inherente a su cometido, verificar el terreno en el que debe ejecutarse la obra a fin de proyectar, con un criterio técnico fundado, los trabajos que sean necesarios para que el suelo pueda soportar la construcción.

Cuando el proyectista se limita a confeccionar los planos, es ajeno a los vicios de construcción de la obra que no reconozcan como causa a defectos del proyecto.

## **II.9. El constructor**

A su vez, el constructor, encargado de ejecutar materialmente la obra, es responsable por los vicios de la construcción. Cuando ejecuta

---

(22) SPOTA, Alberto G., “Instituciones de derecho civil. Contratos”, Ed. Depalma, Buenos Aires, 1979, vol. V, nro. 1210, p. 377.

sus tareas de conformidad con el proyecto que le provee el comitente, como se ha anticipado puede ser ajeno a los vicios de este, si ellos exceden su competencia técnica y, según las circunstancias, escapan a la posibilidad de ser advertidos por un constructor del género de que se trate.

## II.10. El director de la obra

Es tal, el ingeniero o arquitecto encargado de dirigir y vigilar su ejecución para que esta se lleve a cabo de conformidad con las reglas del arte y con las previsiones del proyecto. Responde de los vicios o defectos de la construcción de la obra, salvo cuando ellos no pudieron ser conocidos o impedidos pese al eficaz control de su parte. También debe responder por los vicios y defectos de la obra provocados por las deficiencias del proyecto cuando no pudieron pasar inadvertidas a los conocimientos técnicos que deben tener esos profesionales.

Es frecuente la construcción de obras sumamente complejas que requieren estudios y trabajos especializados, no solamente cuando se trata de edificios, sino también, por ejemplo, en puentes o caminos. En esos supuestos corresponde tener claro, en general, el papel que les incumbe a cada uno de los sujetos intervinientes en el proceso de concepción y ejecución de construcciones de tales obras inmuebles. Ello permite aquilatar, en su justo alcance, la responsabilidad de sus partícipes, por los daños que puede ocasionar la existencia de anomalías en tales construcciones.

## II.11. Pluralidad de responsables. Obligaciones concurrentes

El art. 1273 del Cód. Civ. y Com. regula la responsabilidad por los eventos dañosos que comprometen la solidez y hacen impropia para su destino a las obras realizadas en inmuebles destinadas por su naturaleza a larga duración. Prescribe que tal responsabilidad es objetiva, en cuanto el constructor solo se libera si prueba la existencia de una causa ajena. Como se ha indicado, al constructor, le suma el art. 1274 del Cód. Civ. y Com. una nómina de legitimados pasivos a los cuales se extiende *concurrentemente* esa obligación de responder.

Las obligaciones concurrentes (23) son aquellas en que dos o más deudores deben el mismo objeto por causas diferentes (art. 850, Cód.

---

(23) BUSSO, Eduardo B., "Código Civil anotado", Ed. Ediar, Buenos Aires, 1955, t. V, nro. 33, p. 92; LEÓN, Pedro, "Obligaciones convergentes", *Comercio y Justicia*, nro. extraord., Córdoba, 1961, ps. 5, 62 y 64; LLAMBÍAS, Jorge J., "Tratado de derecho civil. Obligaciones", Ed. Abeledo Perrot, Buenos Aires, 1970, t. II, nro. 1288, p. 597.

Civ. y Com.). El acreedor, en el supuesto analizado, que es el legitimado activo de la pretensión de responsabilidad, tiene derecho a promoverla contra uno, algunos o todos los legitimados pasivos a que se ha hecho mención, de manera simultánea o sucesivamente —art. 851, inc. a), del Cód. Civ. y Com.—. Este efecto asemeja a las obligaciones concurrentes a las solidarias. La diferencia de ambas clases de las obligaciones, estriba en que en estas últimas, cuando la solidaridad es pasiva, la pluralidad de deudores se origina en una causa única. Asimismo, en las obligaciones concurrentes no se dan algunos efectos secundarios de las obligaciones solidarias, en especial: en las obligaciones concurrentes la mora de uno de los deudores no produce efectos expansivos con respecto a los otros codeudores —art. 851, inc. f), Cód. Civ. y Com.—; asimismo, en estas obligaciones la prescripción cumplida, la suspensión y la interrupción de su curso no producen efectos expansivos respecto de los otros obligados concurrentes —art. 851, inc. e), Cód. Civ. y Com.—.

### III. RESPONSABILIDAD OBJETIVA

#### III.1. El Código Civil

El art. 1646 del Cód. Civil establecía que cuando se trata de edificios u obras en inmuebles destinados a larga duración, el constructor es responsable por su ruina total o parcial, “si esta procede de vicio de la construcción o de vicio del suelo, o de la mala calidad de los materiales”. La redacción del precepto dio lugar a que una parte de la doctrina entendiera que cuando se promovía la pretensión de responsabilidad, el actor debía acreditar, además de la ruina, la existencia de alguno de esos vicios en cuanto integran el supuesto de hecho al cual la ley le atribuía, como consecuencia, jurídica, la obligación de responder del demandado (24).

---

(24) REZZÓNICO, Luis M., ob. cit., p. 826; LÓPEZ DE ZAVALÍA, Fernando J., ob. cit., t. 4, p. 286. Entre los partidarios de esta tesis se pensaba que acreditado alguno de estos vicios, cabía presumir la culpa del demandado. Para una parte de este sector se trataba de una culpa *in re ipsa*, una presunción absoluta que no admite prueba en contrario. El sector restante admite lo contrario, que el demandado puede eximirse de responsabilidad acreditando su falta de culpa. Especialmente en el derecho italiano en el que el art. 1669 del Codice Civile, posee un contenido de marcada similitud con el que tenía el art. 1646 del Cód. Civil, el criterio de imputación subjetiva de la responsabilidad ha dado lugar a un vivaz debate doctrinario. La tesis que prevalece que la responsabilidad del *appaltatore* prevista en el art. 1669 del Cód. Civil italiano está fundada en la culpa. Véase, SOLAI, Claudia - CAMEDDA, Alessandra, ob. cit., nro. 9, p. 744. Dicho precepto consagra una presunción *iuris tantum* de dicha culpa, empero, la prueba liberatoria está limitada porque la bondad de la ejecución del opus debe jus-

Otra parte de la doctrina, pensaba que al titular de la acción solo le incumbía probar la ruina total o parcial de la obra dentro del término legal; acreditada ella el demandado devenía responsable si no demostraba que el hecho de la ruina había sido producida por una causa distinta de las mencionadas en el art. 1646 del Cód. Civil: vicio del suelo, mala calidad de los materiales y vicios de la construcción, incluidos los defectos del plano (25). La tesis que terminó por prosperar, es la que consideraba que la responsabilidad prevista en el art. 1646 del Cód. Civil, revestía el carácter de objetiva. La bondad de la obra debe juzgarse por sus resultados; acaecida la ruina o advenido el peligro de ella en el curso del plazo de caducidad previsto, se argumentaba que conforme con lo que ordinariamente ocurre, era dable reputar que correspondía atribuirla a esos vicios. El comitente, por lo tanto, en definitiva, solo se eximía de responsabilidad probando la fractura del nexo causal.

El art. 1273 del Cód. Civ. y Com., en su primer párrafo, ha eliminado, con acierto, la referencia a tales vicios. Empero, después de prescribir que la responsabilidad es objetiva, agrega que no es causa ajena el vicio del suelo, ni el vicio de los materiales aunque no sean provistos por el contratista.

### III.2. Eximentes: causa ajena

La disposición del Cód. Civ. y Com. que ni el vicio del suelo ni el vicio de los materiales, quienquiera los provea, son causa ajena es innecesaria y equívoca. Innecesaria, ante el carácter objetivo que de manera explícita el Cód. Civ. y Com. le asigna a la responsabilidad, pone fin a los titubeos que pueden haber existido al respecto en la legislación anterior; no es necesario la prueba de la existencia de tales vicios para la procedencia del reclamo de responsabilidad Equívoca, porque no es dable interpretar que pretenda recortar ni modificar el significado que, en general,

---

tificarse por sus resultados prácticos; por lo tanto, para liberarse de la responsabilidad debe aportarse la prueba de hechos positivos, específicos y concluyentes que patenten la falta de culpa, tales como la culpa del comitente como causa exclusiva del daño o que el vicio no es excepcional y se verifica normalmente en obras del género, dado el estado actual de la técnica (RUBINO - IUDICA, ob. cit., p. 468); la prueba de descargo no puede consistir en pretender acreditar que la ejecución de la obra se ha procedido con toda la diligencia posible (GIANNATTASIO, ob. cit., nro. 131, p. 222).

(25) En nuestro derecho, le asignaban un carácter objetivo a la responsabilidad; SPOTA, Alberto G., "Tratado...", cit., nro. 303, ps. 2232-2233; BORDA, Guillermo, ob. cit., nro. 1135, p. 79; LLAMBÍAS - ALTERINI, Atilio A., ob. cit., p. 420; MOSSET ITURRASPE, Jorge, "Responsabilidad por daños", t. II, nro. 158, p. 201. TRIGO REPRESAS, Félix A. - LÓPEZ MESA, Marcelo J., ob. cit., p. 612; NICOLAU, Noemí L., ob. cit., p. 648.

se le asigna a la causa ajena como eximente de la responsabilidad objetiva. Conforme con estos antecedentes, corresponde concluir que la mera prueba de la existencia de vicios del suelo que pertenezcan al propietario o a un tercero, o de vicios de los materiales aunque no sean provistos por el contratista, no es necesaria ni idónea *per se* para configurar la causa ajena.

Cuando el evento dañoso que significa la afectación de la solidez de la obra o que se haya tornado impropia para su destino pueda ser imputado materialmente a cada uno de los legitimados de la responsabilidad, existe el nexo causal que lo convierte en autor de tal resultado. La prueba de esa causalidad adecuada pesa sobre quien reclama la reparación del daño, excepto que la ley la impute o la presuma (art. 1736, Cód. Civ. y Com.). Los supuestos de responsabilidad objetiva se incluyen dentro de la excepción porque, precisamente, en tales casos, el legitimado pasivo de responsabilidad solo puede eximirse de ella, si prueba la existencia de una causa ajena, esto es, de un factor extraño que quiebre o interrumpa el nexo causal o aminore sus efectos (26).

### III.3. Caso fortuito o de fuerza mayor

El primero de esos factores extraños que pueden provocar la interrupción total o parcial del nexo causal, es el caso fortuito o de fuerza mayor. Se considera tal el hecho que no ha podido ser previsto o que habiéndolo sido, no ha podido ser evitado (art. 1730, Cód. Civ. y Com.). El elemento decisivo en la caracterización del caso fortuito es la inevitabilidad que impide la posibilidad de impedir su acaecimiento, al que puede sumarse su imprevisibilidad. Repetidos ejemplos son los supuestos en que el resultado dañoso es provocado por fenómenos naturales como una tempestad o una inundación.

### III.4. Hecho del damnificado

Otro eximente de la responsabilidad es el hecho del damnificado, en este caso el comitente, cuando su conducta es la causa o concausa del daño (art. 1729, Cód. Civ. y Com.) Tal puede ocurrir cuando la causa del resultado dañoso es la sobrecarga excesiva de la obra que hace el comitente; asimismo, cuando dicha causa es el uso inadecuado de la obra o la falta absoluta de los cuidados que su conservación normalmente exige.

---

(26) PIZARRO, Ramón D. - VALLESPINOS, Carlos G., "Tratado de responsabilidad civil", Ed. Rubinzal-Culzoni, Buenos Aires, 2017, t. I, § 151, p. 475.

Debe pararse mientes en la situación que se presenta cuando la causa del daño es la mala calidad de los materiales por ser defectuosos o inapropiados, y la obligación de proveerlos es del comitente. Cabe remitirse al análisis que se ha hecho precedentemente del tema, en la oportunidad del tratamiento de la responsabilidad del contratista por los vicios o defectos de la obra. Sobre la base de tal análisis cabe plantear el siguiente supuesto susceptible de plantearse. En un contrato de obra en el que el proyecto es aportado por el comitente, este asume la obligación de proveer los materiales. La obra se ejecuta por el contratista con los materiales entregados por el comitente que se ajustan a la calidad indicada en el proyecto. Dadas las circunstancias, es dable reputar que un contratista del género al que se la ha encargado la ejecución, puede carecer de la competencia técnica, en el cumplimiento de su obligación de control, para verificar esa impropiedad de los materiales, lo que es dable ocurra en obras de acentuada complejidad. Como consecuencia de ello, la obra resulta afectada en su solidez. El comitente, en ejercicio de la legitimación que le acuerda el art. 1273 del Cód. Civ. y Com., promueve una demanda de reparación de los daños y perjuicios sufridos contra el constructor. La conducta del comitente en este caso hipotético, es la causa exclusiva del daño del cual se agravia y el contratista en su defensa puede alegar la existencia de una causa ajena que lo exime de responsabilidad. Ahora bien, ¿puede pensarse que como tal causa se relaciona con la mala calidad de los materiales debe desestimarse ese planteo? Si así se entendiera se justificaría una decisión inicua, en que el autor del daño, que asimismo es el culpable, podría enmendarlo descargando sobre otro, que ha sido ajeno a su causa, la obligación de repararlo.

La solución final tiene que fundarse en el criterio anticipado. Cuando se acredita que la causa del daño son los vicios de los materiales, ella, por sí sola, no puede tener la virtualidad de configurar la causa ajena que exima de responsabilidad al contratista o a cualquier otro de los legitimados pasivos. Antes bien, en lo que respecta al contratista siempre se ha entendido que tal acreditación sirve de pábulo para corroborar su responsabilidad. Ocurre lo contrario cuando el origen de tal causa reside en la conducta el comitente, que en la medida en que quepa adjudicarle su autoría, corresponde imputarle materialmente sus consecuencias. *Mutatis mutandis*, puede suceder lo mismo con los vicios del suelo (27).

---

(27) En el Cód. Civil francés, el art. 1792 prescribía: "Si el edificio perece en todo o en parte por vicio de la construcción incluido el vicio del suelo, los arquitecto, empresarios y otras personas vinculadas al comitente por un contrato de obra o de construcción son responsables durante diez años" Ese precepto fue modificado por la ley 78 de enero de 1978, denominada ley Spinetta. Dicha ley impone al constructor respecto del comitente o del adquirente de la obra una responsabilidad por los daños, incluidos los



### III.5. Hecho del tercero

El nexo causal también puede interrumpirse total o parcialmente cuando el resultado dañoso obedece al hecho de un tercero por quien no se debe responder. Se ha indicado que en la división del trabajo que requiere la construcción de una obra pueden intervenir varias personas obligadas a realizar diversas tareas. Lo hacen a través de la celebración de diferentes contratos en que varían las partes. Sin embargo, ellos integran la nómina de posibles legitimados pasivos de la responsabilidad establecida en el art. 1273 del Cód. Civ. y Com. Pues bien, cuando la causa exclusiva de resultado dañoso es la conducta de alguno de los partícipes en la ejecución de la obra, los otros pueden eximirse de responsabilidad, acreditando la existencia de una causa ajena. Es dable lo hagan, aun cuando sean partes de contratos distintos. La eximición de responsabilidad en dicha situación se funda en que la causa del daño es el hecho de un tercero, por el que el interviniente no debe responder. Un ejemplo claro: el proyectista puede eximirse de responsabilidad si se prueba que el resultado dañoso fue causado por la conducta del contratista que, al apartarse del proyecto, incurrió en un vicio en la construcción —hecho de un tercero para el proyectista— que fue la causa exclusiva del daño.

### III.6. Concausa

Pueden existir casos en que el resultado dañoso sea causado por la concurrencia del incumplimiento de más de dos obligados; se trata

---

que resulten del vicio del suelo, que comprometan la solidez de la obra, que la afecten en sus elementos constitutivos, en uno de sus elementos de equipamiento o que la tornen impropia para su destino. Es reputado constructor de la obra, todo arquitecto, empresario, técnico u otra persona ligada al comitente por contrato de locación de obra; y toda persona que si bien se desempeña como mandatario del comitente, cumple una misión asimilable a la del contratista (art. 1792-1). La responsabilidad es objetiva, porque solo se admite como eximente la prueba de que los daños provienen de una causa ajena (at. 1792, 2º párr.). Se da de pleno derecho, porque no es necesario acreditar la causa del daño. En cuanto a la duración de la responsabilidad se distinguen dos situaciones: cuando el evento dañoso compromete la seguridad de la obra o la torna impropia para su destino, la duración es de diez años (art. 1792-4-1). Existe, asimismo, una garantía por los daños que afecten el buen funcionamiento de los elementos de equipamiento disociables de la obra, que es de duración bienal (arts. 1792-3 y 1792-4-2). Las cláusulas de un contrato que tengan por objeto excluir o limitar la responsabilidad a que se ha hecho referencia, se reputan no escritas (art. 1792-5). La ley que ha modificado la responsabilidad en materia de obras inmuebles, constituye una reglamentación minuciosa, complicada e imperativa. Véase MALAURIE, Philippe - AYNÉS, Laurent - GAUTIER, Pier-Ives, "Droit de contrats spéciaux", LGDJ, Paris, 2016, 8<sup>e</sup> éd., nros. 745-749 ps. 457 y ss.).

de un supuesto de concausa. Dado el carácter de responsabilidad, asimismo, es posible que uno de los legitimados pasivos sea obligado al pago total del resarcimiento, no obstante esa coautoría en la producción del resultado dañoso. Este deudor tiene derecho a reclamar la contribución del obligado cuyo incumplimiento concurrió a la producción del daño. Tal contribución es un derecho a repetir del otro obligado lo que haya pagado demás, habida cuenta de la medida de la incidencia causal que el incumplimiento de este último tuvo en la generación del evento dañoso—. En lo que atañe al alcance de la acción de contribución, corresponde aplicar subsidiariamente lo dispuesto para las obligaciones solidarias —arts. 841, inc. h), y 852, Cód. Civ. y Com.—. Si no es posible determinar la cuota de contribución según los criterios establecidos en el art. 841 del Cód. Civ. y Com., cabe reputar que la participación es por partes iguales (art. 842, Cód. Civ. y Com.).

#### **IV. DURACIÓN DE LA RESPONSABILIDAD. PRESCRIPCIÓN. INADMISIBILIDAD DE DISPENSA**

##### **IV.1. Duración de la responsabilidad**

El derecho del legitimado activo para reclamar la responsabilidad prevista en los arts. 1273 y 1274 del Cód. Civ. y Com., está sometido a un plazo de caducidad en el que perdura la relación jurídica sustancial. Dicho plazo es de diez años, término en que debe producirse el daño; se computa a partir de la fecha en que la obra es aceptada (art. 1275). Vencido el plazo de caducidad, se extingue el derecho que la ley confiere al damnificado y, consecuentemente, desaparece la responsabilidad.

##### **IV.2. Prescripción**

Si el daño, esto es, la ruina, el peligro de ruina o la impropiedad para el destino de la obra, se produce durante el lapso de duración de la responsabilidad, la acción del legitimado se prescribe al año (art. 2564, Cód. Civ. y Com.). El precepto citado, para describir el supuesto al que el plazo atañe, emplea la fórmula utilizada por la legislación precedente; expresa que prescribe “el reclamo del constructor por responsabilidad por ruina total o parcial, sea por vicio de la construcción, del suelo o mala calidad de los materiales, siempre que se trate de obras destinadas a la larga duración”. Si se deja de lado la falta de coherencia del art. 2564 con el texto actual del art. 1273 Cód. Civ. y Com., resulta claro que la norma se refiere a la responsabilidad prevista en este el último precepto, en el que el prin-

cial obligado es el constructor. Empero, como por el art. 1274 del Cód. Civ. y Com. dicha responsabilidad se extiende concurrentemente a otros legitimados pasivos, se plantea el interrogante si la prescripción de la acción respecto de ellos, tiene el mismo plazo de un año o si ante, la falta de fijación expresa, corresponde aplicar el término genérico de 5 años previsto en el art. 2560 del Cód. Civ. y Com. La solución más razonable, en aras de restablecer la mencionada coherencia, es interpretar que la remisión del precepto es al régimen que el Cód. Civ. y Com. estructura en la materia y por tanto, implícitamente, el plazo de prescripción comprende las acciones contra los otros legitimados pasivos, mentados en el art. 1274 del Cód. Civ. y Com.

### **IV.3. Inadmisibilidad de la dispensa contractual**

El Cód. Civ. y Com. reitera la regla que tiene por no escrita toda cláusula que dispense o limite la responsabilidad prevista para los daños que comprometen la solidez de una obra destinada a la larga duración realizada en un inmueble que la hacen impropia para su destino (art. 1276, Cód. Civ. y Com.). Tradicionalmente se ha pensado que en esta reglamentación legal, están comprometidos no solo intereses patrimoniales de la mayor envergadura sino, asimismo, el interés social vinculado con la seguridad de las personas, cuya incolumidad física puede verse afectada por el acaecimiento de tales eventos dañosos. A esta consideración se ha adicionado como fundamento que, si se permitiere el pacto que excluye esa responsabilidad, no tardaría en convertirse en cláusula de estilo con lo que quedaría librado al arbitrio del contratista construir como le pluguiere, asegurada de antemano su impunidad.

El carácter imperativo que se le atribuye al régimen que regula la responsabilidad ha generado dudas sobre la naturaleza de ella, si es contractual o extracontractual. La tesis netamente prevaleciente, al menos en nuestro derecho, es que tiene un origen contractual.

## **V. VICIOS APARENTES. CONTENIDO DE LA RESPONSABILIDAD**

### **V.1. Vicios aparentes**

Se ha considerado la responsabilidad analizada como una subespecie que complementa la responsabilidad por vicios o defectos de la obra. Empero, esta última responsabilidad comprende, en general, los vicios o defectos de la obra cuando son ocultos y excluye los que en el momento

de la aceptación de ella son aparentes. Cabe señalar que dicha exigencia tiene como excepción los vicios que afecten la solidez de la obra o la tornen impropia para su destino, conforme con lo que dispone el art. 1272 del Cód. Civ. y Com. No obsta a la existencia de la responsabilidad, pues, el hecho de que en el momento de aceptación de la obra sin reservas esta presente defectos ostensibles que permitan advertir la existencia del evento dañoso previsto por el art. 1273 del Cód. Civ. y Com.; si se acepta la obra sin cuestionar las deficiencias que son ostensibles, cabe reputar, por vía de regla, que el comitente está conforme como ha sido ejecutada y renuncia tácitamente a todo reclamo posterior. La excepción está inoportunamente prevista porque el precepto que la contiene posee un alcance general comprensivo de todo tipo de obras muebles o inmuebles; corresponde entender, no obstante, que debe contraerse a este supuesto específico contrato de obras realizadas en inmuebles destinadas a larga duración. Se justifica plenamente si se le asigna este alcance, porque la responsabilidad está impuesta de un modo imperativo por la ley, la que veda su renuncia expresa por anticipado; ergo, con mayor razón, no resulta admisible su renuncia tácita.

## **V.2. Reparación del daño directo**

La reparación del daño, en general, puede ser hecha ya sea en especie o por equivalente. La primera persigue volver las cosas al estado en que se encontraban antes de la producción del perjuicio. La segunda se traduce, de ordinario, en el pago de una suma de dinero que permita restablecer el patrimonio del perjudicado a una situación equivalente, esto es, la más aproximada y similar a la que se encontraba antes del evento dañoso.

Si acaece la ruina total o parcial de la obra, la reparación por equivalente consiste en la reconstrucción de la parte destruida. Dada la diversidad de los legitimados pasivos que pueden ser obligados a la reparación del daño, esa reparación en especie escapa por completo a las posibilidades de algunos de ellos, tales como el proyectista, el director de la obra y es probable que también a los subcontratistas.

Al margen de la especulación teórica, la reparación en especie es totalmente inusual en la práctica por lo cual lo ordinario es que se lleve a cabo por equivalente. Consiste en el pago de una suma de dinero que cubra el valor de la obra de que se trate al tiempo que se produce la ruina. No debe perderse de vista que, en este caso, la reparación no está precedida de la resolución del contrato cuyo efecto retroactivo obliga a la restitución del precio; por tal motivo el pago correspondiente al valor de

la obra, no importa un enriquecimiento sin causa de legitimado activo en este rubro.

Si el evento dañoso consiste en un peligro de ruina de la obra o en la impropiedad de ella para su destino, el resarcimiento puede comprender en la eliminación de las deficiencias que ocasionan el daño y, por lo tanto, la reparación en especie constituir una vía idónea a ese fin, como ocurre en materia de la responsabilidad por los vicios o defectos ocultos de la obra. Cabe reiterar que esa reparación está sometida a los siguientes requisitos: debe mediar la petición de parte interesada; debe ser posible; y no debe comportar el ejercicio abusivo de un derecho por resultar excesivamente onerosa (art. 1740, Cód. Civ. y Com.). Tal cual se ha señalado anteriormente, la reclamación más habitual en la práctica es la reparación del daño por equivalente. Si el peligro de ruina puede ser conjurado o la impropiedad para el destino de la obra corregida, la reparación puede traducirse en el pago de la suma que exija la realización de los trabajos necesarios para el logro de ese objetivo.

### **V.3. Daños indirectos**

Lo expresado precedentemente concierne a la reparación del daño directo. Pero el damnificado puede haber sufrido otros daños patrimoniales indirectos cuya reparación tiene derecho a exigir; por ejemplo, entre otros, que hayan afectado su integridad física o las cosas de su propiedad a consecuencia de la ruina; el pago del alquiler de una casa arrendada para habitarla, por haber tenido que abandonar el inmueble; o el pago del precio de la locación para trasladar el negocio que explotaba en el inmueble constreñido a desocupar. Inclusive, puede tener derecho a la reparación del daño moral.

### **V.4. Responsabilidades complementarias**

El art. 1277 del Cód. Civ. y Com. dispone que el constructor, los subcontratistas o profesionales que intervienen en una construcción, están obligados a observar las normas administrativas y son responsables frente a terceros de cualquier daño producido por el incumplimiento de dichas disposiciones. Tales responsabilidades de los obligados que menciona, las califica de complementarias. Constituyen un apéndice de la responsabilidad prevista en los preceptos precedentes. Por lo tanto, cabe entender por construcción, la realización de obras en inmuebles destinadas a larga duración.

El precepto tiene como antecedente el art. 1647 del Código Civil, el que a su vez provenía del art. 2802 del Esboço de Freitas. El texto del Código se limitaba a señalar al empresario constructor como obligados por la responsabilidad y ella comprendía los daños causados a los vecinos. El Cód. Civ. y Com. la extiende a los subcontratistas o profesionales que intervienen en la construcción y abarca los daños causados a terceros.

Las disposiciones administrativas a las que hace referencia el precepto, generalmente están destinadas a garantizar la seguridad en la construcción de las obras mencionadas. Simplemente esta responsabilidad es una aplicación especial de reglas más generales, contraída a la especificidad con la que se manifiesta la antijuridicidad en el supuesto del precepto: tal es la infracción de normas administrativas.

### **V.5. Daños a terceros**

Empero, los daños a terceros que puede ocasionar ejecución de la obra, según las circunstancias, admite otros supuestos de responsabilidad de los sujetos mencionados, que tiene una fuente extracontractual. Inclusive es susceptible que sume otros obligados. Por ejemplo, en los supuestos de ruina de la obra, la caída de materiales puede causar daños a la persona o cosas de terceros. En tal caso, cabe que sea regida por el art. 1757 del Cód. Civ. y Com. Responde, en consecuencia, no solo, el constructor en cuanto guardián de la obra hasta su entrega sino, asimismo, puede incluir al comitente, en su condición de propietario de ella.

# RELEVANCIA DE LA CULPABILIDAD EN EL ÁMBITO DE LA RELACIÓN CONYUGAL

POR EDUARDO A. SAMBRIZZI

En el Código Civil y Comercial se ha tratado de eliminar la incidencia de la culpa en materia de relaciones conyugales, lo que se ha visto reflejado en distintas cuestiones, siendo quizá las más paradigmáticas las referidas al divorcio y sus secuelas. A varias de esas cuestiones nos vamos a referir seguidamente.

## I. LA ELIMINACIÓN DE LAS CAUSALES CULPABLES EN EL DIVORCIO

Como es sabido, dejando de lado una larguísima tradición legislativa, en el actual Código se eliminaron en el divorcio las causales con fundamento en la culpa. A fin de justificarlo, en los fundamentos del Anteproyecto de Código que finalmente se convirtió en ley se puso el acento en “el alto nivel de destrucción y desgaste emocional al que se someten los cónyuges y sus familias cuando se opta por el divorcio contencioso (...) el anteproyecto pretende contribuir a la pacificación de las relaciones sociales en la ruptura matrimonial. La eliminación de las causales subjetivas es una manera de colaborar a superar la conflictiva matrimonial de la manera menos dolorosa posible”.

Con respecto a lo cual, en otra oportunidad (1) hemos afirmado que “el hecho de que en determinadas circunstancias —no necesariamente en todas— se pueda producir un desgaste emocional en los esposos cuando se opta por un divorcio contencioso, no puede constituir un argumento para la eliminación de las causales culpables, resultando más nocivo el hecho de que en razón de no tener el divorcio consecuencia

---

(1) “Tratado de derecho de familia”, Buenos Aires, 2018, 2ª ed., t. III, p. 609.

alguna para el esposo que, por hipótesis, realiza actos contrarios a los deberes materiales y morales que deben guardar los cónyuges entre sí, el mismo tenga “piedra libre” al respecto, o, si se quiere, una especie de *bill* de indemnidad en cuanto a su conducta antimatrimonial, que muchas veces puede ser de una gravedad extrema. No establecer sanción alguna por el hecho de violar los deberes que nacen del matrimonio, puede llevar a una conducta despreocupada en el obrar por parte de uno de los cónyuges hacia el otro —o de ambos entre sí—, lo que es altamente inconveniente tanto para ellos como para los hijos y para la sociedad en general, por lo que aunque más no sea que por una razón de justicia, las causales culpables de divorcio deberían haber continuado vigentes. Por otra parte, cuando se opta por el divorcio, las relaciones matrimoniales ya se encuentran destruidas de antemano; la denigración entre los esposos, la controversia, no es un patrimonio que tiene como causa el juicio de divorcio, sino que, en todo caso, ya existió con anticipación; el juicio de divorcio no puede destruir lo que ya está destruido. Creer que eliminar las causales de divorcio “allana el camino hacia una sana coparentalidad basada en un buen diálogo” (2) entre los cónyuges, es desconocer la naturaleza humana; la experiencia indica que, en todo caso, al buen diálogo por lo general solo se puede eventualmente llegar en ocasiones, como por ejemplo, cuando ambas partes quedan conformes en el reparto de los bienes gananciales. La conflictiva matrimonial no concluye con el divorcio, sino que se continúa con sus efectos, entre ellos, fundamentalmente, la división de los bienes, que es lo que comúnmente crea serias rispideces entre los cónyuges”.

Gabriel Mazzinghi ha afirmado al respecto que la desaparición de la idea de culpabilidad o inocencia hace que el derecho no puede reprochar a nadie por su inconducta matrimonial, en una especie se *asepsia jurídica* en la valoración de la conducta humana, dándole lo mismo a la ley que una persona actúe correctamente o no, no interesándole saber si uno de los esposos engañó o fue engañado, si injurió o fue injuriado, si golpeo o fue golpeado, si abandonó o fue abandonado (3). Mientras que Lidia Hernández sostiene que el vaciamiento de la culpa en la valoración de las conductas matrimoniales “es de dudoso resultado”, y que “cuando el matrimonio se disuelve por causas realmente imputables a uno de los cónyuges no debe ser indiferente para el derecho la situación gravosa que sufre quien no dio causa al conflicto, porque eso sería atentar contra

---

(2) CULACIATI, Martín M., “Reinterpretación del divorcio”, LA LEY 2013-D, 995.

(3) “La inocencia y una disvaliosa interpretación”, LA LEY 2016-C, 469.



un principio general del derecho, el *naeminen laedere*" (4). También se ha dicho que al dejar de lado las causales de divorcio, el nuevo Código tiende un manto de indiferencia respecto de la conducta matrimonial, y favorece y propugna una prescindencia total con relación a la conducta observada por los cónyuges durante el matrimonio, lo que es de una gravedad absoluta; como asimismo, que la supresión del divorcio litigioso constituye una señal de aliento, una suerte de espaldarazo anticipado para las inconductas más graves (5).

Siguiendo esas pautas, López Alarcón ha sostenido que no parece posible prescindir de la culpabilidad cuando la causa de la separación se funda en la violación de deberes conyugales, o en conductas de acción o de omisión imputables a uno de los cónyuges, no pudiendo desconocerse esa realidad y propiciar maliciosos comportamientos conyugales (6).

## II. EN CUANTO A LA FALTA DE RELEVANCIA DE LA CULPA CON RESPECTO A LA PROCEDENCIA DE LA PRESTACIÓN COMPENSATORIA

De acuerdo con el art. 441 del Cód. Civ. y Com., "el cónyuge a quien el divorcio produce un desequilibrio manifiesto que signifique un empeoramiento de su situación y que tiene por causa adecuada el vínculo matrimonial y su ruptura, tiene derecho a una compensación". Como se advierte, dicha disposición no hace ninguna distinción en lo relativo a si el esposo a quien se le produjo el desequilibrio manifiesto que allí se contempla, ha sido o no quien con su conducta llevó al divorcio, ni tampoco esa circunstancia se tiene en cuenta para la fijación del monto de la compensación económica; por lo que por aplicación de la actual normativa, la conducta de los cónyuges durante el matrimonio no se tiene

---

(4) HERNÁNDEZ, Lidia B., "El vaciamiento de la culpa en materia matrimonial en la reforma del Código Civil y Comercial de la Nación", DFyP 2014 (nov.), 37 y p. 40, 3, a). Conf., GHERSI, Carlos A., "Las causales subjetivas de divorcio, una pérdida inestimable", ED diario del 11/09/2015.

(5) MAZZINGHI, Jorge A. (h), "El nuevo perfil del matrimonio (Primeros apuntes sobre el Anteproyecto del Código Civil y Comercial)", ED 248-756, V. Entre otras conductas, señala dicho autor que ya "no importa que la mujer casada realice un viaje de tres o cuatro días a Mar del Plata con un compañero de trabajo alojándose en la misma habitación del hotel, en realidad, no importa nada de nada, porque el divorcio es una decisión unilateral, y los tribunales solo pueden entender en lo que se refiere a la organización de las consecuencias de la ruptura".

(6) LÓPEZ ALARCÓN, Mariano, "El nuevo sistema matrimonial español", Madrid, 1983, ps. 146 y 147.

en cuenta para la procedencia o no de la prestación compensatoria. En tal sentido, en los Fundamentos del entonces Anteproyecto de Código se afirma que la compensación económica se aleja “de la noción de culpa/inocencia como elemento determinante de su asignación. No importa cómo se llegó al divorcio, sino cuáles son las consecuencias objetivas que el divorcio provoca”.

Lo que entendemos criticable, puesto que nos parece que no se puede “premiar” con una compensación económica —siempre que se den las condiciones que requiere la norma para su procedencia— al cónyuge que ha provocado el divorcio, que luego alegó para reclamar una compensación.

Consideramos inequitativo que el esposo que ha actuado con culpa, habiendo incurrido en una conducta gravemente dañosa hacia el otro, pueda reclamar una compensación económica (7). En tal sentido, el Código de Familia de El Salvador no admite la fijación de prestaciones compensatorias a favor del esposo que incurrió en una conducta gravemente dañosa hacia el otro; similarmente, de la legislación alemana resulta que no corresponde esa especie de prestaciones si de su otorgamiento resultara una grave falta de equidad respecto del cónyuge obligado a la prestación. Similares son las soluciones en los Códigos francés y chileno (8).

Debemos aquí recordar que en la Comisión 6 de las XXIV Jornadas Nacionales de Derecho Civil celebradas en el mes de septiembre de 2013 en la ciudad de Buenos Aires, se aprobó por mayoría —a propuesta nuestra— que “para la fijación de prestaciones compensatorias el juez debe valorar la conducta habida entre los cónyuges durante el matrimonio, como también si de su otorgamiento resultara una grave falta de equidad respecto del cónyuge obligado a la prestación”. En cambio, por solo un voto se rechazó en las XXVI Jornadas Nacionales de Derecho Civil (La Plata, septiembre de 2017), la propuesta *de lege lata*, sobre que “pueden valorarse las conductas de un cónyuge hacia el otro en el momento de la fijación de la compensación económica”, habiéndose en cambio

---

(7) Conf., HERNÁNDEZ, Lidia B. – OCAMPO, Carlos G. – UGARTE, Luis A., “Matrimonio y divorcio en el Anteproyecto del Código Civil y Comercial”, LA LEY 2012-C, 993, donde afirman que “al no haber evaluación de conductas puede darse la paradoja que el mal cónyuge sea acreedor de una prestación compensatoria de aquel que guardó buena conducta”; MAZZINGHI, Jorge A. M., “El deber de asistencia mutua que asumen los cónyuges al casarse. Significado, alcances e implicancias”, LA LEY del 08/10/2019, 7.

(8) Con respecto a las compensaciones económicas en el Código Civil chileno, contempladas en los arts. 61 a 66 de la ley 19.947 de matrimonio, remitimos al análisis practicado por LEPIN MOLINA, Cristian L., “La compensación económica en la nueva ley de matrimonio civil chilena”, DFyP 2012 (agosto), 81.

aprobado por mayoría, que “debe considerarse a la separación de hecho prolongada previa al divorcio como una seria limitación para el otorgamiento de la compensación económica”.

En líneas generales, Petrillo (9) y Ugarte se muestran de acuerdo con lo expresado por nosotros, afirmando este último que evaluar las conductas y los deberes matrimoniales incumplidos dentro del marco de la fijación judicial de la compensación económica, no desvirtúa el divorcio incausado (10). También Starópoli pone de relieve la injusticia de que el inocente del divorcio estuviera obligado hacia el adúltero al pago de una indemnización económica (11); a su vez, Mariano Otero entiende que “no debería resultar procedente la fijación de una compensación económica para aquellas personas que, por ejemplo, no respetaron la fidelidad entre cónyuges o que fueron violentas. Dichas deleznable actitudes deberían tener consecuencias jurídicas; no se me escapa el espíritu del legislador de tratar de que los divorcios sean menos conflictivos, pero podría dividirse la cuestión; por un lado, el decreto del divorcio en sí; y por el otro, el análisis del comportamiento de los cónyuges, lo cual podría influir en otras cuestiones, como por ejemplo en el monto de la compensación económica, en el reclamo de daños y perjuicios o en la fijación de la cuota alimentaria” (12).

En similar sentido, entre varios otros autores, Jorge Mazzinghi (h) afirma que “si la mujer que pretende una compensación económica a causa de un desequilibrio material es quien infringió ostensiblemente la fidelidad, no parece lógico que el juez no pueda valorar, entre otros factores, la conducta de la reclamante de la compensación económica... la visión tiene que ser necesariamente amplia y abarcativa, y es intrínsecamente injusto que se le reconozca una compensación al cónyuge que infringió los deberes de un modo manifiesto y patente, generando la ruina del matrimonio” (13).

---

(9) PETRILLO, Paola M., “El matrimonio en el Proyecto de Código Civil: Críticas y propuestas para jerarquizar la institución”, DFyP 2013 (marzo), 32.

(10) UGARTE, Luis A., “Deberes del matrimonio y consecuencias del divorcio incausado en el Código Civil y Comercial. Convenio regulador y compensación económica”, LA LEY 2015-C, 992.

(11) STARÓPOLI, María del Carmen, “El deber de fidelidad en el Proyecto”, DFyP 2014 (marzo), 14.

(12) OTERO, Mariano C., “La utilización práctica de la compensación económica”, *Temas de Derecho de Familia, Sucesiones y Bioética*, Erreius, feb. 2018, ps. 15 y ss.

(13) MAZZINGHI, Jorge A. M., “El consentimiento matrimonial, el contenido del vínculo y los deberes asumidos por los cónyuges”, LA LEY 2017-F, 896, VI. Conf., BEDROSSIAN, Gabriel, “La obligación alimentaria entre cónyuges en el Código Civil y

Otros autores no comparten la crítica, como Mizrahi, quien afirma que, a su juicio, dichas objeciones “comportan seguir introduciendo el *degradado* concepto de culpa en un derecho matrimonial que fue diseñado (...) como indiscutiblemente *exculpatorio*”. Y agrega que la crítica podría ser atendible en un ordenamiento que contemple el divorcio-sancción, pero de ninguna manera en otro que lo excluya” (14).

### III. LA INEXISTENCIA DE CULPA EN EL DIVORCIO Y SU RELACIÓN CON LA INDEMNIZACIÓN POR LOS DAÑOS CAUSADOS POR LA DISOLUCIÓN DEL MATRIMONIO

Durante la vigencia del Código Civil se admitió que los daños derivados de las causales de divorcio o del divorcio en sí mismo, resultaban procedentes en el supuesto de que al menos uno de los esposos hubiera incurrido en culpa en la ruptura del vínculo, culpa que, como hemos visto, en el nuevo Código ha sido eliminada del divorcio, lo que en una interpretación ha llevado a controvertir la procedencia de esos daños en la nueva normativa.

---

Comercial”, *Temas de Derecho de Familia, Sucesiones y Bioética*, junio de 2017, p. 422; AZPIRI, Jorge O., “Derecho de familia”, 2ª ed., p. 215, y “La compensación económica en el Código Civil y Comercial”, en *Estudios de Derecho Civil*, Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Buenos Aires - Instituto de Derecho Civil, Buenos Aires, 2017, ps. 28 y s., IX; BERBERE DELGADO, Jorge C., y MERLO, Leandro M., “Régimen legal de las compensaciones económicas”, *Temas de Derecho de Familia, Sucesiones y Bioética*, adelanto especial, p. 27, 4; MARTÍN, Florencia L., “Compensación económica derivada del divorcio: Presupuestos legales para su fijación judicial”, *Temas de Derecho de Familia, Sucesiones y Bioética*, Ed. Erreius, agosto de 2017, ps. 686 y s., IV y V.

(14) MIZRAHI, Mauricio L., “Regulación del matrimonio y el divorcio en el Proyecto”, LA LEY, 2012-D, 895, d). Conf., del mismo autor, “La compensación económica en el divorcio y las uniones convivenciales”, LA LEY 2018-C, 713, I; “Compensación económica. Pautas, cálculo, mutabilidad, acuerdos y caducidad”, LA LEY 2018-D, 721, I; y “Divorcio, alimentos y compensación económica”, ps. 21 y ss., parágr. 9. Conf., SOLARI, Néstor E., “Criterios de fijación de la prestación compensatoria”, DFyP 2014 (junio), 27; MARTÍ, Luciana, “La compensación económica en el Código Civil y Comercial”, *Temas de Derecho de Familia, Sucesiones y Bioética*, de Erreius, nov. 2018, p. 807, III; GRILLO, Juana M., “¿Puede modificarse una vez fijada la compensación económica? Un aporte desde el derecho español”, *Temas de Derecho de Familia, Sucesiones y Bioética*, Erreius, dic. 2018, p. 933; PELLEGRINI, María Victoria, en *Tratado de derecho de familia* según el Código Civil y Comercial de 2014, AA.VV., t. I, p. 417. Véase, de la misma autora, en KRASNOW, Adriana N., *Tratado de derecho de familia*, t. II, p. 503, 1; SANTISO, Javier, “Reforma al régimen de divorcio”, DFyP 2012 (julio), 77.

En los Fundamentos del actual Código sus redactores se pronunciaron en forma negativa al respecto, al afirmar que “una modificación importante se vincula a los derechos y deberes que derivan de la celebración del matrimonio. Se establece el compromiso de los cónyuges de llevar adelante un proyecto de vida, elemento tradicional del matrimonio, basado en la cooperación y el deber moral de fidelidad. Este punto de partida reconoce el alto valor axiológico de los deberes de fidelidad y cohabitación, pero al receptarse un régimen incausado de divorcio, su incumplimiento no genera consecuencias jurídicas”. Para más adelante sostener que “los daños que pueden ser indemnizados a través del sistema general de la responsabilidad civil son aquellos que no tienen su causa en el vínculo matrimonial en sí mismo ni en los deberes que de él emanan, sino en la condición de persona. Se separa, así, lo relativo al vínculo matrimonial del derecho de daños”.

Por nuestra parte, no coincidimos con la afirmación de que al haber sido eliminada la culpa de las causales de divorcio, los daños resultantes de la disolución del matrimonio por esa causa, no deban ser indemnizados, sino por el contrario. Debemos por de pronto poner de relieve que tal como resulta del art. 2º del Código, *la ley debe ser interpretada teniendo en cuenta sus palabras, sus finalidades, las leyes análogas, las disposiciones que surgen de los tratados sobre derechos humanos, los principios y los valores jurídicos, de modo coherente con todo el ordenamiento*; por lo que analizaremos la cuestión teniendo en consideración tales premisas, y no, en cambio, la opinión del legislador, que no es de aplicación obligatoria.

Partiendo de lo recién expuesto, cabe en primer lugar señalar que, tal como resulta del art. 3º del Código, el juez debe resolver las causas sometidas a su jurisdicción “mediante una decisión razonablemente fundada”, debiendo interpretar la ley, como recién recordamos, teniendo en cuenta, entre otros aspectos, “los principios y los valores jurídicos, de modo coherente con todo el ordenamiento”. Es a partir de esa base que corresponde analizar la procedencia de los daños, y en el supuesto de que la conducta de los cónyuges —que se comprometieron a desarrollar un proyecto de vida en común— es violatoria de los deberes de cooperación, convivencia y el denominado “deber moral de fidelidad”, como asimismo de los deberes alimentarios que deben guardar entre ellos (arts. 431 y 432, Cód. Civil y Com.), afectando de tal manera su patrimonio, sus derechos personalísimos, su integridad personal, su salud psicofísica, sus afecciones espirituales legítimas y las que resultan de la interferencia en su proyecto de vida (art. 1738), no nos cabe duda de que quien así actúa debe responder por los daños causados, tanto los de carácter patrimonial, como no patrimonial, puesto que la repa-

ración del daño debe ser plena (art. 1740) (15). Lo que se ve reforzado, si se quiere, por lo dispuesto en el art. 52 del Código, de acuerdo con el cual, “la persona humana lesionada en su intimidad personal o familiar, honra o reputación, imagen o identidad, o que de cualquier modo resulte menoscabada en su dignidad personal, puede reclamar la prevención y reparación de los daños sufridos, conforme a lo dispuesto en el Libro Tercero, Título V, Capítulo 1”. Como también por los arts. 1716 y 1717 del Código, según los cuales, “la violación del deber de no dañar a otro (...) da lugar a la reparación del daño causado, conforme a las disposiciones de este Código, así como que cualquier acción u omisión que cause un daño a otro es antijurídica si no está justificada”. En definitiva, creemos indiscutible la aplicación al caso del principio general según el cual todo comportamiento dañoso antijurídico, tiene como efecto la posibilidad del reclamo del daño causado. Al analizar las consecuencias que pueden derivarse de la violación del deber de fidelidad en el matrimonio, Jorge Mazzinghi afirma que, en tal caso, “no hay razón para excluir la hipótesis del resarcimiento de los daños que pueda sufrir la víctima de la infidelidad”, no pareciendo posible que se pueda “mantener una indiferencia absoluta en relación a las conductas configurativas de la infidelidad matrimonial, que causan un daño” (16). Mientras que Luis Ugarte dice que si se considera que la violación del deber de fidelidad afecta a la dignidad del cónyuge (art. 52, Cód. Civil y Com.), “se cae en antijuridicidad, si no está justificada (art. 1717) y genera la obligación de reparar el daño (arts. 1716 y 1737, *id.*). Los factores subjetivos y valoraciones de conductas de los arts. 1724 y 1725, permitirán ponderar tales conductas dentro de las consecuencias del divorcio” (17). También Javier Santiso se muestra favorable a la procedencia de un reclamo resarcitorio (18), lo

---

(15) Conf., SANTI, Ana C., “Derechos y deberes de los cónyuges en el Código Civil y Comercial”, DFyP 2016 (julio), 15.

(16) MAZZINGHI, Jorge A. M., “La significación insoslayable de la fidelidad conyugal”, *Cuadernos Jurídicos Familia*, mayo 2015, nro. 61, ps. 5 y ss. IV. Sostiene asimismo en nota, que el incumplimiento del deber de asistencia y de la cooperación entre los esposos, también podría determinar el resarcimiento de los daños causados. Véase también del mismo autor, “El consentimiento matrimonial, el contenido del vínculo y los deberes asumidos por los cónyuges”, *cit.*, LA LEY 2017-E, 896, VI, y “El deber de asistencia mutua que asumen los cónyuges al casarse. Significado, alcances e implicancias”, *cit.*, LA LEY, diario del 08/10/2019, VII. Conf., MOISÁ, Benjamín, “Divorcio, responsabilidad civil. Perspectivas ante el cambio de paradigmas en el nuevo Código”, LA LEY 2015-A, 471.

(17) UGARTE, Luis A., “Deberes del matrimonio y consecuencias del divorcio incausado en el Código Civil y Comercial. Convenio regulador y compensación económica”, LA LEY 2015-C, 992, II.

(18) SANTISO, Javier, “Reforma al régimen de divorcio”, DFyP 2012 (julio), 87.

mismo que Azpíri (19) y Ferrer, que conforme a las pautas establecidas en el art. 2º del Código y con fundamento en distintas norma legales que analiza, afirma que “aunque en la nueva concepción el divorcio sea incausado, y los deberes de fidelidad y cohabitación no se hayan dispuesto expresamente como deberes jurídicos, lo exacto es que el nuevo régimen legal no ha convertido al matrimonio en una zona liberada en la cual los cónyuges puedan injuriarse y dañarse impunemente, porque no existe ninguna norma legal que haya exceptuado tales daños del sistema general de la responsabilidad civil” (20).

Esa es también la opinión de Graciela Medina, quien agrega que “como el respeto al deber moral de fidelidad es un interés no reprobado por el ordenamiento subjetivo, quien cause un daño a este interés con culpa grave o dolo deberá indemnizar el perjuicio independientemente de que exista un divorcio incausado” (21). En otra nota, dicha autora afirma que “uno de los principios básicos del derecho civil es responder por el daño injustamente sufrido con la reparación de los perjuicios en el ámbito de las relaciones de familia”, por lo que el cónyuge que falta al deber moral de fidelidad o al de asistencia, debe reparar el daño causado; lo contrario, dice, sería un retroceso en el sistema de la responsabilidad civil. Y recuerda el art. 1737 del Código, que establece que “hay daño cuando se lesiona un derecho o un interés no reprobado por el ordenamiento jurídico que tenga por objeto la persona, el patrimonio o un derecho de incidencia colectiva” (22).

---

(19) AZPIRI, Jorge O., “Derecho de familia”, 2ª ed., cit., ps. 222 y s., parágr. 63.

(20) FERRER, Francisco A.M., “Indemnización de daños entre cónyuges en el Código Civil y Comercial”, RDD 2019-2, “Daños en el derecho de familia - I”, ps. 78 y ss.

(21) “Matrimonio y disolución”, en AA.VV., *Comentarios al Proyecto de Código Civil y Comercial de la Nación 2012*, ps. 322 y ss., nros. 4.3 y 4.4.

(22) “Daños derivados del incumplimiento del deber de fidelidad”, LA LEY 2017-B, 262. Véase en igual sentido, de dicha autora, “Daños en el derecho de familia en el derecho argentino”, RDD 2019-2-21 y ss.

Muchos otros autores también sostienen la posibilidad de reclamar los daños sufridos con motivo del divorcio (23), aunque también hay otros que tienen una posición contraria (24).

En cuanto a la jurisprudencia, recordamos un fallo de la Cámara Civil, Comercial, Laboral y Minería de General Pico, del 14 de diciembre de 2016, que resolvió que “por aplicación de los principios generales de la responsabilidad civil en los términos del art. 1716 del Cód. Civ. y Com. y no por violación de un deber matrimonial (...) el daño moral ocasionado por un cónyuge como consecuencia de su infidelidad acreditada en el

---

(23) HAYES, Ricardo R. E., “La procedencia de daños derivados del divorcio vincular en el marco del Proyecto de Reforma del Código Civil”, DFyP 2012 (oct.), 38; HERNÁNDEZ, Lidia B., “El vaciamiento de la culpa en materia matrimonial en la reforma del Código Civil y Comercial de la Nación”, DFyP 2014 (nov.), 37; BASSET, Úrsula C., “El proyecto de vida en común como deber matrimonial englobante en el Código Civil y Comercial de la Nación”, DFyP 2014 (nov.), 83; ÁLVAREZ, OSVALDO O., “Código Civil y Comercial y daño moral con motivo del divorcio vincular”, LA LEY 2015-C, 1083; CÓRDOBA, Marcos M., “Daños y familia”, LA LEY 2016-A, 1159, IX; y “Reparación de daños por incumplimiento de deberes matrimoniales”, LA LEY 2017-B, 253; AZAR, Aldo M. - OSSOLA, Federico A., “Principio de indemnidad, deber moral de fidelidad entre cónyuges y resarcimiento de daños”, LA LEY 2016-F, 1097, VIII; BERBERE DELGADO, Jorge C., - MERLO, Leandro M., “Régimen legal de las compensaciones económicas”, *Temas de Derecho de Familia, Sucesiones y Bioética*, adelanto especial, p. 27, 4; IGNACIO, Graciela C., “Infidelidad y daño moral. Daños y perjuicios en el divorcio incausado actual. Comentario al fallo ‘T. c./ C. s/ divorcio vincular’”, *Temas de Derecho de Familia, Sucesiones y Bioética*, abril de 2017, p. 273, VI; ROTHER, Kevin - BELLOTI SAN MARTÍN, Lucas - TOMÁS, Lucas, “Reparación del daño causado por el incumplimiento del deber de fidelidad. ¿Un código para Funes, el memorioso y el rey del asteroide 325?”, DFyP 2018 (agosto), 30; JALIL, Julián E., “Daño moral derivado de la disolución del matrimonio o de las uniones convivenciales en el Código Civil y Comercial. A propósito de las conclusiones de las Jornadas Nacionales de Derecho Civil de Bahía Blanca, 2015”, DFyP 2016 (mayo), 16.

(24) ROVEDA - SASSO - ROBBA, “El divorcio en el proyecto de Código Civil y Comercial”, DFyP 2012 (julio), 44 IV, i); SÁNCHEZ, Lorena A., “El deber moral de fidelidad en el Código Civil y Comercial”, DFyP, 2015 (agosto), 62, II; KEMELMAJER de CARLUCCI, Aída - HERRERA, Marisa, “El divorcio sin expresión de causa y los deberes y derechos matrimoniales en el nuevo Código”, LA LEY 2015-C, 1280, III, f); PARELLADA, Carlos A., “Daños en las relaciones de familia”, LA LEY 2015-E, 981, VII; FAMÁ, María Victoria, “Los daños y perjuicios derivados del divorcio en el sistema incausado propuesto por el Código Civil y Comercial”, DFyP 2015 (octubre), 18; MIZRAHI, Mauricio Luis, “Deberes no jurídicos en el matrimonio e improcedencias de pagar compensaciones o indemnizaciones”, LA LEY 2017-B, 902; y Divorcio, alimentos y compensación económica, Buenos Aires, 2018, ps. 7 y ss., 28 y ss. y 31 y s.; MARCELLINO, Leonardo, “Son resarcibles las consecuencias no patrimoniales derivadas de la infidelidad de uno de los cónyuges en el Cód. Civ. y Com.”, DFyP 2015 (dic.), ps. 70 y ss., y nota 15.



proceso de divorcio debe repararse, dado que si bien el art. 431 (...) decreta como deber moral en el matrimonio la fidelidad, también capta un deber relevante, ya que no hay duda de que este interés se despliega en el derecho a la dignidad, la armonía familiar, la integridad psíquica y moral que son derechos tutelados por el ordenamiento jurídico, por lo cual son dignos de amparo legal y deben ser resarcidos” (25). En sentido análogo se han pronunciado, entre otros tribunales, la sala I de la Cámara 1ª Civil y Comercial de Bahía Blanca con fecha 28 de agosto de 2015 (26), y la Cámara Civil, Comercial y Familia de Villa María, Córdoba el 23 de marzo de 2017 (27).

En cambio, con fecha 28 de junio de 2018, la sala I de la Cámara Civil y Comercial de Gualeguaychú rechazó una acción de reclamo de daños de uno de los cónyuges por haber el otro incurrido en adulterio, lo que se fundamentó en resultar dicha conducta ajena a la antijuridicidad como presupuesto del reclamo resarcitorio (28). Similar fue lo resuelto por una sentencia dictada por mayoría el 20 de mayo de 2019 por la sala A del Supremo Tribunal de La Pampa (29); como también un fallo de la Cámara de Familia de Mendoza del 13 de mayo de ese año, con fundamento en que “el sufrimiento, la angustia, la tristeza, los sentimientos de desesperanza y frustración, y demás síntomas, se circunscribieron al fracaso del matrimonio y del proyecto de vida en común, al sentirse la accionante defraudada en sus sentimientos más íntimos a raíz de la infidelidad, sin que tales afecciones hayan llegado a calar tan profundo como para dejar huellas traumáticas en la percepción de su dignidad personal, en su

---

(25) JALIL, Julián E., “El deber moral de fidelidad y el sistema de responsabilidad civil. Dos caras de distinta moneda”, LLPatagonia. 2017 (abril), 8. También se ha mostrado de acuerdo con lo resuelto, GASTIAZORO, Fernando A., “Soluciones excepcionales que nos invitan a reflexionar sobre los deberes matrimoniales en el Código Civil y Comercial”, DFyP 2019 (noviembre), 45. El fallo también fue publicado en LA LEY, 2017-B, 467, con nota crítica de KEMELMAJER de CARLUCCI, Aida, HERRERA, Marena y CULACIATI, Martín Miguel, “La culpa que el proceso de divorcio expulsó por la puerta no debe entrar por la ventana del derecho de daños”.

(26) Véase, RUFINO, Marco A., “Disolución del matrimonio en el Código Civil y Comercial. Primeros pronunciamientos judiciales”, ED del 2/03/2016, 87.

(27) Revista de Derecho de Daños, de Rubinzal-Culzoni, 2019-2, Daños en el Derecho de Familia-I, ps. 515 y s.

(28) RCCyC, año IV, nro. 10, nov. 2018, p. 92.

(29) BELLOTTI SAN MARTÍN, Lucas, “Reparación del daño causado por la infidelidad en el contexto matrimonial”, LA LEY 31/07/2019, 3. FORTUNA, Sebastián I., “Deber moral de fidelidad entre cónyuges y deber civil”; DFyP 2019 (oct.), 95. CULACIATI, Martín M., “El divorcio y la perspectiva de género en las decisiones judiciales”, RDF 2020-I, 124.

integridad psicofísica, en su voluntad, en cuanto motor de todo proyecto vital, ni en su autoestima; esto no implica que pongamos en duda el sufrimiento, la angustia, la vergüenza y la desilusión que en su momento le provocó la infidelidad de su exesposo, pero tales dolencias no alcanzan para reclamarle dicho sufrimientos dentro de los presupuestos de la responsabilidad civil. El reproche queda circunscripto al ámbito moral, de lo contrario se correría el riesgo, por esta vía indirecta, de volver al sistema derogado del divorcio sanción, aumentando la conflictividad de las crisis matrimoniales” (30).

Lo cierto es que no parece razonable que con fundamento en que la culpa en el divorcio ha sido eliminada, no pueda reclamarse al cónyuge cuya conducta llevó a la disolución del matrimonio causando daños al otro, una indemnización, por ejemplo y entre muchos otros supuestos contemplados por la doctrina, con motivo de la afección a los sentimientos del cónyuge, a su honor y dignidad y a su seguridad personal, derivados del divorcio; por la frustración de un proyecto de vida; por la pérdida de la compañía y de la asistencia espiritual y moral que confió en recibir del otro cónyuge; por el hecho de verse privado de la tenencia de los hijos; por la soledad a que es constreñido el cónyuge agraviado; por la pérdida de asistencia en la educación de los hijos; por la alteración profunda en los hábitos de vida social o profesional; por el daño moral resultante de los comportamientos ilícitos del otro cónyuge; por los daños resultantes de la disolución de la comunidad conyugal con la consiguiente secuela de la partición de los gananciales (en el supuesto del régimen de comunidad de bienes); por el desplazamiento del nivel socioeconómico de vida llevado hasta ese momento; por los gastos extraordinarios que derivan del cuidado de los hijos, que ya no puede hacer la esposa de la manera en que antes lo hacía; por su necesidad de salir a trabajar; por los gastos extraordinarios resultantes del juicio de divorcio y de la eventual liquidación de la comunidad conyugal; etc., etc.

#### IV. CONCLUSIÓN

De lo hasta aquí expresado resulta la irrazonabilidad de dejar de lado la culpabilidad en el ámbito de la relación conyugal, como se ha pretendido por parte de los integrantes de la Comisión designada para la redacción del Código Civil y Comercial.

---

(30) PONS, Marcela V. - RODRÍGUEZ ALFARO, Carolina P., “¿Se deben indemnizar los daños derivados de la infidelidad?”, RDF 2020-VI, 161.

# LA INFIDELIDAD, ¿CAUSA O CONSECUENCIA DE LA CRISIS MATRIMONIAL?

POR ZULEMA D. WILDE

## I. INTRODUCCIÓN

Érase una vez la historia de una bella e inquieta niña francesa, venida a la inmensidad de la pampa argentina, al pueblo de Pigüé, provincia de Buenos Aires.

La historia muestra la dura adaptación de los inmigrantes franceses a estas tierras, buscando la ilusión de prosperidad.

Volviendo a nuestra niña, ella creció pupila en un colegio de monjas, como era habitual en esa época. En él aprendió a leer, escribir y amar con pasión los libros.

Desgajada de él, a pesar de la oposición de las monjas, su padre se la llevó, para casarla con otro francés, que la doblaba en edad, así como con escasa sensibilidad, educación y sociabilidad.

Sus cuatro hijos nacieron antes de cumplir sus veinticinco años, mientras crecía su inavasallable deseo de vivir algo más que la rutina pastoril en un marco de incomprensión, desarrollada en un silencio sepulcral.

El encuentro del amor fue en otro ser y nuestro nudo: la infidelidad.

Las previsibles consecuencias sociales en esa época y aún hoy, más cuando se trata de una mujer, si fuera un hombre varios sonreirán.

El rechazo de su padre: su consecuente condena al vacío; la desilusión del nuevo hombre y la lucha febril por ayudar a crecer a sus cuatro hijos en otra ciudad.

Esta como muchas otras historias muestra el dolor de la incomunicación y la incomprensión, como la evolución desde la frescura hasta el endurecimiento de ese ser, ante situaciones tan adversas.

Igual nuestra señora, contada su historia por su nieta, logró un divorcio vincular en tierra extraña, el Uruguay.

En esa época, comienzos del siglo XX, no había otro divorcio más que el que atribuía culpa. ¿A quién atribuírsela?

Por supuesto que al esposo, que abandono a su familia, sin siquiera comunicarles su regreso a Francia (1).

Quizás este ejemplo como muchos otros ayude a comprender que en algunos casos la infidelidad es la consecuencia de la crisis matrimonial y no su causa.

Así como los juicios contenciosos muestran un recorte de la realidad de manera distorsionada, vinculada a la prueba que se pueda aportar.

No es fácil penetrar en la intimidad de una pareja. Por otro lado, ¿qué sentido tiene hacerlo?

## **II. LA FIDELIDAD EN EL MATRIMONIO DESDE EL ENFOQUE DE LOS DERECHOS HUMANOS**

La reforma constitucional del año 1994 incorporó a nuestra Carta Magna determinados tratados de derechos humanos, lo que significó una internacionalización de todo nuestro derecho.

La supremacía de los tratados incorporados sobre las otras normas internas muestra su mayor jerarquía como expresamente lo consigna el inc. 22 del art. 75 (2).

Con anterioridad alguna parte de la corriente doctrinaria y jurisprudencial también le asignaron un rango superior a los tratados (3).

---

(1) JANY, Ofelia, "Vialá, Marie. Biografía novelada a dos voces y varios tiempos," Ed. Nuevo Hacer - Sudamericana, Buenos Aires, 2003.

(2) Art. 75, inc. 22, CN: "Los tratados y concordatos tienen jerarquía superior a las leyes".

(3) CS, 07/07/1992, "Ekmekdjian c. Sofovich". La decisión afirmó que por aplicación del art. 27 de la Convención de Viena, aprobada por la ley 19.865 (ALJA 1973-A-563), los Estados no pueden invocar las disposiciones de su derecho interno para

Del análisis de los incs. 22 y 24 del art. 75 de la Constitución Nacional cabe mencionar que Badeni extrae como conclusión, entre otras, que “todos los tratados internacionales aprobados por el congreso, cualquiera sea su contenido, tienen jerarquía superior a las leyes. Un tratado deroga, expresa o implícitamente, a toda ley y norma de menor jerarquía que se oponga a su contenido. En cambio, una ley posterior no deroga un tratado”.

Asimismo afirma que existen cinco categorías de tratados: “El segundo grupo está integrado por las declaraciones, pactos y convenciones que menciona expresamente el párr. 2º del inc. 22 y que tratan sobre derechos humanos. Tienen una jerarquía constitucional limitada, disfrutando de un rango superior, no solamente respecto de las leyes, sino también de los tratados de integración y de los citados en el punto anterior [los previstos en el primer párrafo del inc. 22, que no versan sobre derechos humanos, ni son documentos de integración].

”De modo que, ante un eventual conflicto entre ellos, tendrán preferencia los tratados sobre derechos humanos que enumera la Constitución.

”Es posible que las disposiciones contenidas en esa categoría de tratados resulten contradictorias. En tal caso, y por aplicación de la regla interpretativa finalista, se deberá dar preferencia a la cláusula que, de manera armónica, brinde una mejor tutela a la libertad y dignidad del hombre” (4).

La incorporación de esos tratados acarrea la introducción de nuevos principios, el de libertad, el de igualdad, de solidaridad y el de responsabilidad, que se reflejan en el nuevo Código, incidiendo en la gestión y resolución de los conflictos que se encuadren en el derecho de familia.

Ello habilita a petionar basándose en el contenido de esos tratados ya sea para ejercer los derechos de manera directa o para cuestionar la constitucionalidad de determinadas normas de derecho civil, impugnando su inconstitucionalidad (5).

---

justificar el incumplimiento de un tratado. Reiteró su criterio en el caso “Fibraca” del 07/07/1993, siempre que aparezcan asegurados los principios del derecho público internacional.

(4) BADENI, Gregorio, “La jerarquía de los tratados internacionales”, JA 1918-1958-71. Conmemoración de su 80 aniversario.

(5) CNCiv., sala K, 28/10/2020, “E, R. R. y otro G. P., M. A. s/impugnación de filiación”, voto en disidencia de la Dra. Silvia P. Bermejo, declarando la inconstitucionalidad del art. 562 del Cód. Civ. y Com., igual sentido JNCiv. N° 4, 30/06/2016, “SA y otro

La efectividad de esos derechos no requiere para su ejecutabilidad de reglamentación previa para su ejercicio (6).

La doctrina de los derechos humanos que nace después de la segunda guerra mundial, actualmente constitucionalizada en nuestro país, es punto de partida para leer la realidad de nuestro tiempo, como también para evaluar el ordenamiento jurídico teniendo como eje la persona humana. Sin olvidar que esa interpretación debe ser integral y sistemática, respetando la jerarquía de las normas.

La incidencia no solo es por la incorporación de los tratados a nuestra Constitución sino que la interpretación que se haga de ellos, tanto en los dictámenes de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos (CIDH) como en las sentencias de la Corte Interamericana de Derechos humanos y otros organismos internacionales, son obligatorios para nuestro país, aunque no haya sido parte. El contenido y efecto de los tratados, convenios, resoluciones, dictámenes, declaraciones constituye un sistema regional de protección de los derechos humanos, determinando el alcance de las leyes.

La fijación de reglas específicas que detalla el sistema de fuentes supone dar un anclaje para la aplicación del derecho al caso concreto.

El derecho siempre nace después de los hechos en la vida social, surgiendo la necesidad de regular esa realidad.

Fuente es entonces, cómo se crean las normas jurídicas (7).

La doctrina a través de la historia las ha dividido entre materiales y formales. Las primeras son aquellas que no tienen fuerza legal pero que están presentes en el imaginario social. Son un potencial, como presencia por la fuerza natural de la vida cotidiana.

Bustamante Alsina sostenía que son “aquellas realidades sociales cuya estructura es la fuerza creadora de los hechos y cuya existencia es una condición de realización de la justicia en un determinado círculo

---

s/ inscripción de nacimiento”; JCiv. La Plata N° 8, 27/04/2020, “D. J. E. y otro s/ autorización judicial”, entre muchos otros.

(6) CS, Fallos 241:291.

(7) SALVAT, Raymundo M., “Tratado de derecho civil. Parte general”, Buenos Aires, 1940, 6ª ed., p. 8.

social y en cierto tiempo, a través de las normas que son la expresión formal de aquella” (8).

Mientras que las formales tienen imperio, el que emerge del propio régimen legal (9).

Lo concreto es que el Código obliga a los efectos de la aplicación de la ley, recurrir a todo el sistema de fuentes, sin olvidar para su interpretación la finalidad perseguida por la norma.

Conforme a las guías dadas, ¿cómo cabe entender la fidelidad conyugal?

La autonomía de la voluntad encuentra su fundamento en la libertad.

La Corte Interamericana de Derechos humanos, órgano judicial de la Organización de Estados Americanos, afirma que “[e]l concepto de libertad y la posibilidad de todo ser humano de auto-determinarse y escoger libremente las opciones y circunstancias que le dan sentido a su existencia, conforme a sus propias opciones y convicciones, son un derecho humano básico, propios de los atributos de la persona, que se proyecta en toda la Convención Americana” (10).

Esa autonomía de la voluntad se visualiza claramente en las opciones que tiene el individuo de elegir contraer matrimonio o no, ello muestra no solo la existencia de distintas formas de familia, sino el diferente desarrollo de los derechos individuales de la persona.

Este elige como vivir acordando con el otro, hecho susceptible o no de producir efectos jurídicos.

El texto de los fundamentos del nuevo Código habla de la “democratización de la familia”, de tanto peso que algunos autores entienden que ha pasado del derecho de familia al derecho de las familias, ello se sustenta, entre otras razones en la amplitud del art. 14 de la CN que se refiere a “la protección integral de la familia”.

Ello no implica desconocer la importancia de la familia en modo alguno, aunque asuma diferentes configuraciones, la que está re-

---

(8) BUSTAMANTE ALSINA, Jorge H., cit. por LÓPEZ CERVINO, Jose Luis, “Código Civil y Comercial de la Nación comentado”, Ed. La Ley, Buenos Aires, 2ª ed., t. 1, art. 1º, p. 3.

(9) Art. 4º, Cód. Civ. y Com.

(10) Corte IDH, 28/12/2012, “Artavia Murillo v. Costa Rica”.

conocida en los tratados internacionales en el llamado “bloque de constitucionalidad”.

La Declaración Universal de Derechos humanos muestra que “es el elemento natural y fundamental de la sociedad y tiene derecho a la protección de la sociedad y del Estado” (11), principio que igualmente se encuentra en el Preámbulo de la Convención de los Derechos del Niño.

En conclusión, la protección debe ejercerse sobre toda configuración de familia, respetando la decisión que han tomado sus miembros.

“La autonomía personal es la capacidad que tenemos los seres humanos de decidir qué queremos hacer con nuestras vidas, de diseñar y poner en marcha nuestro propio plan vital, tal como lo sostenía Emmanuel Kant. Sin embargo, para que esa autonomía sea efectiva para que la libertad pueda ser desarrollada, las personas debemos contar con opciones reales que muchas veces no podemos tener sin la ayuda del Estado” (12).

Basta con pensar en lo que acontece en Hong Kong después de la transferencia definitiva de la soberanía a China, para comprender la necesidad del aporte del Estado para conservar la libertad de los individuos que allí moran.

Sin embargo, en nuestro caso “el apoyo del Estado” se encuentra no solo en las normas del nuevo Código, aunque previamente encontramos fundamento en el art. 19 de la CN, sino en el *corpus juris* internacional.

El art. 19 de la CN expresa que “las acciones privadas de los hombres que de ningún modo ofendan al orden y a la moral pública, ni perjudiquen a un tercero, están reservadas a Dios y exentas de la autoridad de los magistrados. Ningún habitante de la Nación será obligado a hacer lo que no manda la ley, ni privado de lo que ella no prohíbe”.

Este artículo consagra la autonomía de la voluntad realizada necesariamente a través del derecho a la libertad, sino no existe, más también preserva la intimidad.

Por la amplitud de su concepción, no solo protege la autonomía individual sino también a los derechos que se pueden disponer. Abarca diversas situaciones familiares derivadas de las relaciones de familia.

---

(11) Art. 16.3 de la DUDH. res. 217 A de la Asamblea General de las Naciones Unidas, 1948.

(12) NINO, Carlos, “Ética y derechos humanos”, Ed. Astrea, Buenos Aires, 1989.



Las decisiones de la Corte Interamericana de Derechos Humanos han determinado el alcance de los derechos a la vida privada y familiar y su relación con otros derechos convencionales, a los que hace referencia en los casos “Acevedo Jaramillo y otros v. Perú” (sent. del 24/11/2006, serie C, nro. 157, párr. 66) y Cabrera García y Montiel Flores v. México (del 26/11/2010, serie C, nro. 220, párr. 16), para así admitirlo.

Sin olvidar que el art. 7º de la CADH en lo pertinente indica que “toda persona tiene derecho a su libertad y a la seguridad personal y el art. 11 en lo conducente expresa: “Nadie puede ser objeto de injerencias arbitrarias o abusivas en su vida privada, en la de su familia, en su domicilio, o en su correspondencia (...).

”El art. 11 de la Convención Americana requiere la protección estatal de los individuos frente a las acciones arbitrarias de las instituciones estatales que afectan la vida privada y familiar. Prohíbe toda injerencia arbitraria o abusiva en la vida privada de las personas, enunciando diversos ámbitos de la misma como la vida privada de las familias. En ese sentido la Corte ha sostenido que el ámbito de la privacidad se caracteriza por quedar exento e inmune a las invasiones o agresiones abusivas o arbitrarias por parte de terceros o de la autoridad pública” remitiéndose en “Artavia Murillo y otros vs. Costa Rica” (13), a los pronunciamientos anteriores en el caso de las “Masacres de Ituango vs. Colombia” del 1/7/2006 y “Atala Riffo y niñas v. Chile”, 24/2/2012.

“El ámbito de protección al derecho a la vida privada ha sido interpretado en términos amplios por los tribunales internacionales de derechos humanos, al señalar que va más allá del derecho a la privacidad (14).

---

(13) Corte IDH, 28/12/2012, “Artavia Murillo vs. Costa Rica”, cap. VIII, p. 44.

(14) 31/08/2010, “Rosendo, Cantú y otra v. México. Excepción preliminar, fondo, reparaciones y costas”, serie C, nro. 216, párr. 119 y caso “Atala Riffo y niñas v. Chile”, párr. 162; ver también TEDH, 22/10/1981, “Dudgeon v. Reino Unido”, párr. 41; 26/03/1985, “X y Y v. Países Bajos”, párr. 22; 16/12/1992, “Niemietz v. Alemania”, párr. 29; 28/01/2003, “Peck v. Reino Unido”, final, 28/04/2003 párr. 57; 29/04/2002, “Pretty v. Reino Unido”, final 29/07/2002, párr. 61 (“The concept of [‘] private life [‘] is a broad term no susceptible to exhaustive definition. It covers the physical and psychological integrity of a person [...]. It can sometimes embrace aspects of an individual’s physical social identity [...]. Article 8 also protects a right to personal development, and the right to establish and develop relationships with other human beings and the outside world[...]. Although no previous case has established as such any right to self-determination as being contained in article 8 of the Convention, the Court considers that the notion of personal autonomy is an important principle underlying the interpretation of its guarantees”).

”La protección a la vida privada abarca una serie de factores relacionados con la dignidad del individuo, incluyendo, por ejemplo, la capacidad para desarrollar la propia personalidad y aspiraciones, determinar su propia identidad y definir sus propias relaciones personales. El concepto de vida privada engloba aspectos de la identidad física y social, incluyendo el derecho a la autonomía personal, desarrollo personal y el derecho a establecer y desarrollar relaciones con otros seres humanos y con el mundo exterior” (15).

Impregna esta amplitud diversos ámbitos, que se refleja en la jurisprudencia interna, el de la persona, el de la familia o familias (16), y en su voluntad de decidir ser o no padre o madre (17) (18), sola (19) o solo (20) o acompañados, o la pluriparentalidad (21), continuar o no en pareja, separarse, divorciarse.

Familia y Derecho no han tenido una relación simple, estuvo poblada de tensiones, basta recordar algunos pocos simples ejemplos, la sanción del matrimonio civil en 1898, que impedía se celebrará en primer término el matrimonio religioso; así como la época anterior a la sanción del divorcio vincular, en 1987.

Fue necesaria la decisión de la Corte Suprema de Justicia de la Nación en el caso “Sejean, Juan B. c. Zaks de Sejean, Ana M.”, en 1986, para concluir con las dubitaciones: “Nótese que la declaración de inconstitucionalidad del art. 64 de la ley 2393 se decreta porque priva a los divorciados de la posibilidad de recuperar su aptitud nupcial, pues no puede escapar a la percepción de los jueces las transformaciones en la sensibilidad y en la organización de la sociedad, directamente relacionadas con

---

(15) CIDH, 21/11/2017, “Atala Riffo y niñas vs. Chile”, sección C, nro. 170, párr. 13.5.

(16) ZUL, María, “Juntos pero no revueltos, porque cada vez más parejas deciden vivir cada uno en su casa”, *El Confidencial*, Madrid, del 17/01/2020.

(17) ANTON, Marisol, “Childfree”, *La Nación* del 02/02/2019; GONZÁLEZ, Leni, “Ser padres, no mejor dejame como estoy”, *La Nación*, del 14/07/2016.

(18) MÁXIMO, Matías, “La gestión por sustitución en la Argentina. Ser padres hoy”, *Página/12*, 13/11/2020; PERASSO, Valeria, BBC News. Mundo, 18/05/2020.

(19) “Sola, cómo afrontar ser madre soltera”, *www.publico.es*.

(20) “Padre soltero, una tarea difícil pero no imposible”, *www.el tiempo.com*, 18/10/2018.

(21) JNiñez, Adoles. Viol. Fliar y de Género 3ª Nom. Córdoba, a cargo de la Dra. Laila Córdoba, demanda de adopción pluriparental (una madre y dos padres), declaró la inconstitucionalidad de los arts. 558 y 634, Cód. Civ. y Com., concediéndola (27/02/2020).

la condición y naturaleza humana, el desarrollo de la personalidad y la dignidad del ser humano” (voto del Dr. Fayt)

Se refiere a la realidad de la sociedad, así como a la condición y naturaleza del ser humano. Recuperar la aptitud nupcial es respetar la autonomía de la voluntad de esas personas, al permitirles decidir sobre su futuro.

“El art. 64 de la ley 2393 debe ser invalidado junto con las disposiciones concordantes, pues conculca el sistema de libertades consagrado en la Constitución Nacional que gira alrededor de su art. 19, al alterar, en violación al art. 28 de la ley fundamental, el derecho a casarse enunciado en el art. 29, afectando los consagrados en los arts. 14 bis y 16, todos los cuales integran nuestro sistema” (voto del Dr. Petrachi).

Específicamente, el Dr. Petrachi hace mención al sistema de libertades, amplía la noción, lo que implica poder decidir sobre la propia vida sin presiones, apoyándose en el art. 19 y los concordantes que integran el sistema invocado.

“No existen argumentos que puedan sostener que entre todos los derechos y garantías que conforman el sistema de libertades individuales de nuestra Constitución, hay uno solo, el de casarse, que pierde validez por su mero ejercicio, aunque hayan desaparecido los motivos que llevaron a dicho ejercicio o aparecido razones que impongan a quienes lo ejercieron —para poder realizar sus personales planes de vida y consecución de su felicidad— la necesidad de poner fin a su convivencia (voto del Dr. Bacqué).

La transcripción de estos votos muestra la amplitud del sistema de libertades de nuestra Constitución, así como los ámbitos en que esa libertad puede desarrollarse, sin olvidar que esta sentencia es del año 1986.

Los principios son ciertas proposiciones básicas, que se articulan como principios de un sistema o que habilitan a desarrollarlo. Son evidentes o convencionales.

El punto de arranque de nuestro sistema anterior estaba mimetizado con la idea religiosa de pecado y sanción por la violación de la premisa impuesta. Esa concepción creaba todo un sistema de intromisión en la vida privada de las personas y en su intimidad, para condicionarlas, buscando quizás con las mejores intenciones lo que consideraba el bien de la sociedad, pero utilizando como medio coercitivo: la amenaza de sanción frente al posible futuro incumplimiento de la obligación legal.

Morello decía que “el operador jurídico debe armonizar, en un equilibrio prudente y dinámico, los tres principios en que se sostiene el orden jurídico: legalidad, seguridad y razonabilidad; este último es el comodín más eficaz para no incurrir en demasías que precipiten hacia la arbitrariedad’ (22).

El derecho a la vida privada impregna con amplitud varios aspectos de nuestra existencia y en relación con nuestro tema, fundamentalmente “el cómo “desarrollarla, al poder definir las propias relaciones personales.

De modo que en esa línea conceptual el divorcio es considerado como un derecho subjetivo o personalísimo en nuestro Código, al igual que en Código español y en cierta medida también en el francés.

En cuanto a la fidelidad, no debe ser definida como era conceptualizada en el anterior Código. Esto implicaría partir de un presupuesto determinado, no explicitado, ni verbalizado, pero presente en el pensamiento de algunos autores. Por otra parte era un concepto estrecho el de infidelidad, aun desde el ángulo limitado de la sexualidad, pregonado en el Código Civil.

Ese presupuesto no existe en la ley actual, ni tiene el contenido que se le pretende dar.

Además de suponer teóricamente que existiera ese presupuesto, entraría en conflicto con la posibilidad individual o de la pareja de determinar, definir y consensuar cómo van a ser sus relaciones personales, lo que confrontaría con el *corpus juris* internacional.

No se cumpliría con uno de los requisitos que pregonaba Morello, sin entrar a analizar el último.

### III. DERECHO Y SOCIOLOGÍA. DERECHO Y PSICOLOGÍA

Lo sociológico y lo jurídico han mostrado históricamente sus desavenencias.

Hoy no es diferente, la eliminación de las causales subjetivas de divorcio ha provocado reacciones encontradas. Se aduce temor, inseguridad, se ha calificado al matrimonio como un lazo débil.

---

(22) MORELLO, Augusto M., “El final de una época”, Ed. Platense, p. 157, nota 17.

En realidad, la debilidad del matrimonio siempre existió, es el temor que en ocasiones se tiene a la indiferencia, a la incomunicación, al distanciamiento, al desamor, lo que hace pensar así...

Nadie se divorcia porque la ley lo habilite. La amenaza de la sanción pareciera que da más seguridad, que ayuda a retener al otro...lo que es una falsa percepción de la realidad, por no decir una falacia.

Nadie se queda donde está si ello le impone sufrir, salvo que sea un masoquista u otros intereses lo guíen.

Cuando rigió el divorcio sanción, los que deseaban divorciarse no se veían impedidos de hacerlo por la amenaza del castigo.

¿Cuál es el valor de tener alguien al lado por ser temeroso de perder algún derecho o beneficio?

En la mayoría de los casos esa amenaza no logra amedrentarlos.

He escrito hasta el cansancio que la experiencia judicial muestra el alto grado de deterioro y dolor que sufren los cónyuges y sus familias en el proceso contradictorio.

La culpa acarrea la sanción de castigo, la estigmatización de "culpable".

El divorcio sanción en lugar de ayudar a cambiar esa realidad dolorosa positivamente, escala el conflicto.

El enfrentamiento se ahonda, se profundiza el antagonismo y se incentiva la lucha, no la paz. El daño se visualiza en la pareja y en los hijos, fundamentalmente a nivel emocional.

No ayuda a focalizar en el futuro, ancla en el pasado, quedan paralizados en la frustración, la ira, la venganza, el dolor.

El proceso contradictorio no ayuda a reestructurar el nuevo sistema familiar, lo que es fundamental para toda la familia.

Pensar e impulsar las "aparentes" causas de la ruptura, solo provoca resentimiento, porque se atribuye esa causa al otro. No lleva a pensar en la propia responsabilidad, ni en la participación que le cupo, ni analizar lo acontecido en el proceso de deterioro de la relación, ni mucho menos a comprender la necesidad del cambio y el propio y nuevo rol dentro del sistema que ha de estructurarse para el futuro.

Cada conducta humana no es consecuencia de una sola variable, sino de varias. La relación de causalidad en las relaciones familiares no es lineal como se plantea en el derecho, sino circular, como nos ha enseñado la psicología.

No hay víctimas, ni victimarios, ni culpables, ni inocentes, sino que hay circularidad y complementariedad en el vínculo.

Las causas y los efectos son intercambiables. Esta conducta provoca otra en el otro, y esa otra ocasiona reacción en el primero y así sucesivamente.

La relación se ha deteriorado y ya no puede llevar a cabo las tareas que son necesarias realizar de manera conjunta, ni restablecer al menos la habilidad mínima para negociar y buscar soluciones a los problemas.

Si hay mala resolución sobre el divorcio emocional de la pareja, es muy probable que vaya a influir sobre la continuación de la Pareja Parental, así como el desempeño de la función coparental adecuadamente.

El ciclo de la familia divorciada es distinto al de la familia intacta, pero no por ello es disfuncional.

Cabe analizar las funciones parentales que describe Díaz Usandivaras, para comprender por qué es necesario modificar el enfoque tan simplista del castigo.

“¿Por qué es necesario que la función parental sea compartida? Sea coparental.

”Podemos agrupar las funciones parentales en dos categorías o grupos. Las llamadas ‘Nutritivas’, aquellas que implican dar afecto, cuidado, alimentación, abrigo, etc. (Abelsohn, 1983) y las ‘Normativas’, aquellas que promueven la adecuación de los hijos a la realidad.

”Las funciones nutritivas suelen ser más estables, pueden ser ejercidas independientemente por cada uno de los progenitores y tienden a ser ‘simbiotizantes’.

”Las ‘normativas’ por el contrario, son más vulnerables y requieren la actuación conjunta de ambos progenitores, coordinadas en acuerdos mínimos, básicos, pero efectivas (Compernelle, T, 1982).

”Están ligadas más al ‘no’, más que al ‘sí’, son frustrantes, estresantes, impolíticas y exigen, en última instancia, más amor parental, que las ‘Nutritivas’.

“El fracaso en la coparentalidad de estas funciones lleva al sabotaje y a las inevitables coaliciones de uno de los progenitores con los hijos. Estas coaliciones violan las fronteras entre los subsistemas y socavan la estructura jerárquica de la familia, atrapando a los hijos en dramáticos conflictos de lealtades (Haley, J. 1976, Bszormengy, Nagy y Spark, 1973)” (23).

Los que trabajan en divorcio y otros temas relacionados con la familia deben tener conocimientos sólidos en interacción, los patrones normales de las familias, como sensibilidad en cuanto a la diversidad de estilos de vida, así como contar con conocimientos de las crisis que la mayoría de las personas deben enfrentar como individuos y miembros de la familia, se trate de familias intactas o reestructuradas a través del divorcio, muerte u otras crisis.

Contando con una perspectiva amplia, hay que transmitir o comunicar el grado inevitable de “cambio” que se produce, intentando un cambio productivo después del divorcio.

“Los conflictos y desavenencias son aspectos inevitables y recurrentes de la vida. Tienen funciones individuales y sociales valiosas, proporcionan el estímulo que propicia los cambios sociales y el desarrollo psicológico individual. Lo importante no es saber cómo evitar o suprimir el conflicto; porque esto suele tener consecuencias dañinas y paralizadoras. Más bien, el propósito es encontrar la forma de crear las condiciones, que alienten una confrontación constructiva y vivificante del conflicto. Es posible hacer una diferenciación útil entre controversia enérgica y altercado nocivo” (24).

Hay que impulsar el potencial positivo del conflicto: el cambio productivo.

Cabe volver a insistir respecto de que la mala resolución emocional de la pareja, va a influir en la continuidad de la pareja de padres, y en la función coparental.

No son más esposos, pero siguen siendo padres para toda la vida y serán abuelos de sus nietos.

---

(23) DÍAZ USANDIVARAS, Carlos M., “El ciclo del divorcio en la vida familiar”, *Divorcio y nuevas organizaciones familiares. Terapia familiar. Estructura, Patología y Terapéutica del grupo familiar*, año IX, nro. 15, agos. 1985.

(24) DEUTSCH, MORTON, Edward Lee THORNDIKE, Teachers College, Columbia University in FOLBERG - TAYLOR, Ed. Limusa Noriega, México, Prólogo, p. 7.

Por otra parte, el divorcio sanción no disminuyó la ruptura de vínculos, se produjo igual la culminación de los matrimonios y solo influyó para deteriorar más la relación. No la cuidó.

Este es uno de los ejes centrales de la reforma es gestionar el conflicto de los esposos para concentrarse en mantener la relación, reestructurando en vínculo de padres.

#### IV. HISTORIA

Hubo dos tendencias bien diferenciadas en nuestra historia reciente en materia de divorcio.

En relación con una de ellas, el divorcio solo podrá decretarse en la esfera judicial, alegando hechos culpables o dolosos, produciendo la prueba pertinente. Esos hechos debían ser imputados a uno o ambos esposos, en un proceso contencioso, encorsetados en las causales que determinaba la ley en forma taxativa: adulterio, injurias graves, abandono voluntario y malicioso del hogar.

Si esos hechos no lograban ser probados, el juez debía rechazar la acción.

En concreto; la sentencia de divorcio exigía la existencia de culpa o dolo de uno o de ambos.

¿El divorcio qué implicaba? Una sanción contra los culpables, con la consecuente pérdida de ciertos derechos, determinados por la ley.

En el derecho comparado hoy no solo es aceptada la vía judicial. Si no que se admite la administrativa, la que se habilita para la concertación del vínculo, también se la acoge para la conclusión. Asimismo el derecho francés, admite la notarial, como algunos otros países.

La otra tendencia pone el acento en que el vínculo matrimonial está desquiciado y que la vida en común resulta intolerable.

En este proceso no se alegan, ni se prueban hechos culposos, o dolosos, imputables a ninguno de los esposos.

¿El divorcio qué implica? Una solución o un remedio a esa situación de desquicio matrimonial.

¿Qué se intenta evitar? Mayores dolores y perjuicios a los esposos y a sus hijos.



Desde hace más de cinco años solo rige el divorcio remedio, el que puede ser peticionado por uno o ambos cónyuges, sin necesidad de poner de manifiesto las causas de esa decisión. Por ello se lo cataloga como incausado.

En cuanto al tiempo, la acción de divorcio puede iniciarse de inmediato, no teniendo el límite que con anterioridad imponía la ley, debiéndose tomar en consideración la fecha de la celebración del matrimonio.

El criterio es que si se necesita autonomía y libertad para contraer el vínculo matrimonial, también se precisa de las dos voluntades para sostenerlo. En consecuencia, basta con la decisión de uno para determinar el cuándo poner fin.

## V. ESTADÍSTICAS

Las estadísticas que llevaba a cabo la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil de la Ciudad de Bs. As. mostraron durante años una oscilación entre del 80% al 82% de peticiones de divorcio por presentación conjunta, alegando que existían causas graves que tornaban moralmente imposible la vida en común o invocando la separación de hecho durante el periodo de tres años.

Lo que mostraba que la mayoría de las parejas elegían el camino menos conflictivo para resolver su futuro, preservando en lo posible el daño emocional que suponía prestarse a un juicio contencioso.

Del restante 18 o 20% según el año, los jueces de familia en las audiencias de conciliación lograban armonizar los intereses de los esposos y un 10% se convertían en juicios no controvertidos

De modo que el residual era como máximo un 10%, los que en algunos casos era una burda especulación económica o una manera de seguir relacionado con el otro aunque fuera de un modo destructivo.

En ellos se involucraba a toda la familia, a los amigos, a los dependientes, a los hijos, mostrando lo “bueno y sacrificado” que era uno y lo “malo y desaprensivo” que era el otro, sin olvidar en algunos casos las denuncias de violencia, acoso sexual u otro delito, que no siempre respondían a la realidad.

Lo concreto es que en este tipo de pleito se destaca las posibles oscuridades del otro, olvidándose lo positivo de ese ser. Es una pelea y en las luchas se buscan las debilidades del enemigo para vencerlo.

Toda esa parafernalia hacía sospechar, en algunos casos, la existencia de aspectos patógenos en la relación desde el inicio.

Si bien en el ochenta por ciento de los casos, conforme las estadísticas norteamericanas, uno se quiere divorciar y el otro, no, ya se ha visto que no es posible mantener el vínculo con el esfuerzo o la dedicación de uno solo.

Otro elemento que no cabe olvidar es la dificultad para probar la culpabilidad y el tipo de prueba que debía meritarse.

Recuerdo que en las pocas sentencias que cabía dictar en ese tipo de juicios, llevaba a señalar el estrecho marco que implicaba un contencioso para realmente saber qué es lo que ocurría en la vida real de esa pareja.

## **VI. DEBERES-DERECHOS MATRIMONIALES**

El Cód. Civ. y Com. ha modificado todo el sistema de los deberes-derechos matrimoniales como consecuencia de la recepción del divorcio remedio incausado.

Los deberes de fidelidad, de asistencia no patrimonial y la convivencia no tienen más la calificación de jurídicos.

En cambio, si son deberes jurídicos de ambos cónyuges, el de alimentos, el de sostenimiento del hogar y el de los hijos.

Bajo el título de “Disposiciones comunes a ambos regímenes”, refiriéndose a los de “comunidad restringida de bienes” y al de “separación de bienes”, se fijan obligaciones imperativas, referidas a la economía del matrimonio. Ellas persiguen obligar a los dos esposos a solventar las necesidades del hogar como asegurar a los acreedores que las deudas serán satisfechas con el patrimonio de ambos, en los supuestos que determina la ley. Sin olvidar proteger a la vivienda familiar como a los bienes que la componen.

A diferencia de los otros deberes no patrimoniales, los que no tienen posibilidad alguna de ser exigidos coercitivamente, ni nunca lo tuvieron, tampoco pueden provocar sanciones en el divorcio.

La finalidad de la ley es que no se castiga el desamor.

Estos últimos deberes-derechos han entrado en la esfera de intimidad de los esposos y ellos articulan su desenvolvimiento conforme a sus deseos y convicciones.

Nadie puede ignorar hoy que hay parejas abiertas aun casadas, *swingers* que se autotitulan con “mente liberal”, o contactos liberales para tríos aunque algunos de ellos están unidos en matrimonio, o matrimonios de tres integrantes, o matrimonios que uno de sus miembros acepta que el otro tenga relaciones paralelas, sin inmutarse, o parejas cibersexuales con contacto solo virtual.

La pauta de no comprometerse emocionalmente sería una de las obligaciones que se debería cumplir a criterio de algunos de ellos, cuando deciden aventurarse de esa manera, lo que derivaría exclusivamente en una monogamia emocional.

La cultura popular es posiblemente el único lugar donde se habla de amor, son las películas, las canciones, los libros, las revistas. Pero no es el mensaje vital de los 60 y 70, “All you need is love”, todo lo que necesitas es amor, amor, amor. La canción que ha tenido enorme éxito últimamente de Tina Turner es “What’s Love Got to Do with it?”, El estribillo repite: “¿Qué tiene que ver el amor con eso?”.

Algunos adultos van en busca de una intimidad sin riesgos, del placer sin entrega emocional significativa, tanto es el miedo a sufrir.

Es decir, que la fidelidad es conceptualizada con otro significado, distinto del tradicional.

Para otras parejas es más importante la lealtad que la fidelidad física.

Lo que implica que no puede partirse de un supuesto tradicional que se daba como verdadero en la jurisprudencia anterior, en cuanto a que

la fidelidad se refería a lo sexual y solamente cuando era una relación heterosexual.

Hay una resignificación de los conceptos.

La variedad es múltiple en las formas adoptadas como en su contenido y ejercicio.

Por otra parte, en el país, hay matrimonios que siguen el rito musulmán, con las implicancias que ello tiene en relación con la poligamia y siempre los hubo.

Todo lo señalado se encuadra en lo se ha designado como derecho a la vida privada y a la intimidad.

El art. 431 del nuevo Código es motivo de interpretaciones diversas, a pesar de la intención del legislador que se visualiza y basamenta en los dos primeros artículos de la normativa, en cuanto impone en los casos a resolver, la aplicación de la ley específica conforme a la Constitución y los tratados de derechos humanos en que la República es parte (25).

La protección de la familia articulada en el Pacto de San José de Costa Rica respecto de las obligaciones de los Estados de tomar medidas apropiadas para asegurar la igualdad de derechos, la adecuada equivalencia de responsabilidades de los cónyuges en cuanto al matrimonio, durante este, así como en el caso de disolución, no supone buscar sanciones para uno de ellos o para ambos, como camino para armonizar sus roles paternos después de la ruptura.

El resarcimiento patrimonial como sanción por haber incumplido el deber de fidelidad entre esposos, enfocado desde un ángulo tradicional, no ayuda a cumplimentar mejor su función parental durante la nueva etapa.

En concreto, no tendremos una mejor familia parental porque sancionemos la conducta asumida por aquellos como esposo o esposa, solo

---

(25) Art. 431, Cód. Civ. y Com.: “Los esposos se comprometen a desarrollar un proyecto de vida en común basado en la cooperación, la convivencia y el deber moral de fidelidad”.

reviviremos el resentimiento y el deseo de venganza por la herida narcisista que implica el desamor.

Toda ruptura supone dolor, incertidumbre ante el futuro, a veces hasta desconcierto y duelo por el proyecto perdido, pero buscar encararlo desde el ángulo del daño indemnizable, supone volver al régimen anterior, al de las sanciones.

El Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos —art. 23, inc. b)—, de redacción análoga, no busca discordia, está en igual sintonía con los ya mencionados arts. 1º y 2º del Código y el art. 75 inc. 22 de la Constitución.

La protección que menciona la Declaración de los Derechos Humanos en su art. 16 tampoco supone que esa protección se instrumente en castigo entre los miembros de la familia.

Fundamentalmente la Convención de los Derechos del niño busca que esa familia parental le brinde protección y la asistencia necesaria para poder desarrollarse. Si buscamos que crezcan en un ambiente de felicidad, amor y comprensión, cabe dudar que el camino de sanciones permita lograrlo.

Mas el art. 5 expresamente consigna que los Estados parte respetarán las responsabilidades, los derechos y deberes de los padres, o en su caso de la familia ampliada. Es decir que se intenta lograr el más adecuado marco para que los niños y adolescentes se desarrollen en un ámbito sano, no de conflictos y reyertas entre sus padres.

Es decir que se busca el más adecuado marco para que los niños y los adolescentes se desarrollen en un ámbito sano, no en un lugar de reyertas y conflictos entre los padres.

Que alguna parte de la doctrina dude del divorcio remedio incausado para lograr ese fin, no supone que sea preferible la experiencia ya vivida del divorcio sanción, el que mostró con claridad, lo dañino que era.

Debo repetir las palabras de Santiago Kovadloff, “La Argentina, es una sociedad donde la experiencia no logra convertirse en enseñanza”.

Este nuevo lineamiento de la ley no busca la discriminación por causa del divorcio sino reparar el desequilibrio manifiesto que significa un empeoramiento de la situación de alguno de los esposos por la ruptura del vínculo matrimonial (art. 441), o los alimentos posteriores al divorcio con determinados límites (art. 434), o la temática de la atribución del uso de la vivienda (art. 443).

Es decir, resuelve situaciones concretas y da pautas para ello respecto de los deberes patrimoniales.

En cambio, con relación a los personales en su gran mayoría los deja fuera del ámbito jurídico, al eliminar el divorcio sanción, con el catálogo de causales culpables.

Por otra parte, ¿qué valor axiológico se le podría atribuir a que se cumpliera el deber de fidelidad porque la ley lo manda? Estos deberes solo tienen sentido cuando se cumplen espontáneamente

## VII. ANTIJURIDICIDAD

La norma contenida en el art. 1717 califica una conducta como anti-jurídica, ya sea por acción u omisión cuando causa un daño a otro, agregando si no está justificado.

El código invierte la carga de la prueba, poniendo en hombros del dañador esa tarea, basándose en el art. 19 de la Constitución, que trae el viejo adagio romano "*alterum non laedere*, aunque no debemos olvidar el principio de reserva".

Se la califica de antijurídica a esa acción u omisión cuando es contraria a todo el ordenamiento jurídico, en su conjunto, sin tener en consideración la subjetividad de la persona (26).

Trigo Represas sostenía que "antijuricidad o ilicitud son términos sinónimos y es ilícito todo acto contrario al ordenamiento jurídico, considerado este en su totalidad, aludiendo al principio de unidad del ordenamiento jurídico, que hace que cada norma no puede ser considerada en su individualidad estanca o aislada, sino, muy por el contrario como un elemento conceptualmente inseparable de un complejo jurídico pleno o integral. De ahí que solo sea ilícito lo contrario al ordenamiento jurídico todo y no lo opuesto a una norma aislada, en cuyo supuesto la violación podría estar justificada por otra regla que prevalezca y el signo de ilicitud, así por ejemplo, el homicidio no siempre comporta un ilícito

---

(26) BUSTAMANTE ALSINA, Jorge H., "Teoría general de la responsabilidad civil", Ed. Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1993, 8ª ed., p. 110; BUERES, Alberto J., "Responsabilidad civil de los médicos", Ed. Hammurabi, Buenos Aires, 1992, t. I, p. 57.

desde que en ciertas circunstancias, como verbigracia la legítima defensa, el propio ordenamiento jurídico lo justifica” (27).

A *contrario sensu* no cabe tomar una o dos normas como sostén de justificación para destruir un sistema que persigue una finalidad distinta.

La finalidad pretendida por la ley al recibir un divorcio remedio incausado es intentar lograr un divorcio en paz o al menos transitar el camino menos conflictivo de transformación para toda la familia que está sufriendo esa crisis. Es proteger a la familia, en un sentido concreto y eficaz.

La búsqueda está dirigida a un cambio productivo, mirando hacia el futuro y no ensañándose con el pasado, evitando en la medida de lo posible no remover rencores.

El divorcio es un proceso que hay que transitar, para aquellos que lo sufren. Tiene etapas. En ese proceso se busca encontrar el nuevo equilibrio para todos los integrantes de la familia.

Perdonar si es que hubiese que hacerlo beneficia más al que perdona que al perdonado. Lo libera. Perdonar para sanar, para sentirse aliviado sin la carga de los resentimientos y los rencores. Para aprender a desprenderse de aquellas sentimientos que nos dañan y nos atan.

Perdonar es un don que nos damos a nosotros mismos para ser libres, para liberar nuestra energía.

Perdonar y aprender a perdonarse. Lo dice el Padre Nuestro.

Parte de la doctrina española ha afirmado que buscar sancionar la infidelidad por el camino de la reparación del daño extrapatrimonial, es entrar por la ventana cuando se ha tapiado la puerta.

Pretender imputar el daño por infidelidad, es volver a analizar la “supuesta causa” del divorcio.

Es preciso delimitar las nociones de hecho y causa.

Las causas del divorcio serían los supuestos de hecho, que en este caso, no denotan violación de deber matrimonial alguno, ya que la

---

(27) TRIGO REPRESAS, Félix, “Academia Nacional de Derecho”, agosto de 2004, 1, RCyS, 2004, 249.

norma lo explicita en forma que no genera duda alguna, cuando expresa que es un deber moral (28).

La regulación de los deberes-derechos matrimoniales está en concordancia con la derogación del divorcio sanción y en consonancia con la autonomía de la voluntad, al entender que son los cónyuges los que van a determinar a qué se obligan en esa relación.

Los Fundamentos del Anteproyecto, antecedente de la legislación que nos rige sostiene: “Una modificación importante se vincula a los derechos y deberes que derivan de la celebración del matrimonio. Se establece el compromiso de los cónyuges basado en la cooperación y el deber moral de fidelidad. Este punto de partida reconoce el alto valor axiológico de los deberes de fidelidad y cohabitación, pero al receptor el régimen incausado de divorcio, su incumplimiento no genera consecuencias jurídicas.

En cambio, se conserva el derecho-deber jurídico de asistencia, previendo expresamente el deber alimentario y las pautas para su fijación, mientras se encuentren casados, conviviendo o separados de hecho, tras el divorcio, esa obligación puede existir por acuerdo de partes o ante supuestos expresamente previstos, fundados en el principio de solidaridad familiar (29).

Dirigiendo una mirada integral al articulado e interpretando en forma coherente con el art. 2º del Código, al ser un deber moral queda fuera de la “autoridad de los magistrados”, en consonancia con el art. 19 de nuestra CN, por lo que su violación no produce efectos jurídicos.

La norma propicia que el tema de la fidelidad sea gestionado por los propios esposos, no siendo impuesto por la legislación, por lo que queda fuera de la incumbencia de la ley.

En cuanto a la reparación civil, los Fundamentos son indudablemente claros: “Los daños que pueden ser indemnizados a través del sistema general de la responsabilidad civil, son aquellos que no tienen causa en el vínculo matrimonial en sí mismo, ni en los deberes que de él emana, sino en la condición de persona”.

---

(28) Art. 431, Cód. Civ. y Com.

(29) Fundamentos del Anteproyecto del Código Civil y Comercial de la Nación, elaborado por la Comisión Redactora en “Proyecto de Cód. Civ. y Com. de la Nación”, Ed. Infojus, Buenos Aires, 2012, p. 576.



Se separa así, lo relativo al vínculo matrimonial, del derecho de daños, dejando reservado al ámbito privado, lo que provoca que no sea causal de divorcio, ni puede dar lugar a la reparación por perjuicios.

La presunción legal del art. 1717 se encuentra neutralizada porque expresamente por el sistema de divorcio remedio incausado, el que sostiene que no es ilícita la violación de un derecho moral y no jurídico.

Trigo Represas lo enseña con mucha precisión si una norma aislada entra en conflicto con todo el sistema orquestado por el ordenamiento jurídico no es ilícito.

Aunque no se aceptaran estos argumentos, obsérvese que en la parte *in fine* del artículo mencionado *ut supra*, se menciona la existencia de una causa legal que justifique esa acción u omisión, excusándola del deber de resarcir.

La causa legal que destruiría la presunción legal de antijuridicidad o ilicitud es “el ejercicio regular de un derecho”.

Este calificativo que le pone la ley a la conducta del individuo, “cualquier acción u omisión que causa un daño es antijurídica”, se desvanece ante el justificativo que brinda la propia ley al instaurar el divorcio remedio incausado, como sistema.

El art. 10 del nuevo código define que el ejercicio regular de un derecho propio...no puede constituir como ilícito ningún acto, razón por la cual, el daño que pudiere eventualmente causarse, en otra persona, en este caso el esposo o la esposa, será legítimo. Por lo que no da lugar a resarcimiento

Por un camino u otro se llega a igual conclusión.

Los valores receptados por la ley se perciben en los principios pregoados: libertad, responsabilidad, igualdad y solidaridad. No cabe entender que los deberes-derechos del matrimonio han perdido valor moral sino que la ley acoge la realidad de la sociedad actual, conforme a ello, permite que cada pareja determine su contenido y trascendencia.

En sentido concordante Pizarro y Vallespinos aseveran que el factor de atribución constituye un elemento axiológico o valorativo, en virtud del cual el ordenamiento jurídico dispone la imputación de las conse-

cuencias dañosas del incumplimiento obligacional o de un hecho ilícito *stricto sensu*, a determinada persona (30).

Como se ha visto, la fidelidad o infidelidad está fuera de la incumbencia de la ley, no hay valoración de esas conductas, han quedado remitidas a la decisión de los interesados.

Es una conducta intrascendente, al ser indiferente para el Derecho.

Tampoco podría invocarse que fuera contraria a la buena fe, porque el contenido de ese deber moral también lo determinan los cónyuges, de modo que se ignora su contenido y la forma como se instrumenta o gestiona, por lo que está exenta de la autoridad de los magistrados.

Por otra parte, articular el resarcimiento frente al incumplimiento de un deber moral, que se desconoce cuál es su contenido, sobre la base de que es "un interés no reprobado por el ordenamiento jurídico", no responde al sistema creado por la ley. No está aprobado, ni reprobado ese interés, es indiferente a las normas (31).

"El simple interés", no contrario a derecho que fuera magistralmente precisado por Zannoni, cuando dijo que "el daño lesiona un interés y por ende, priva al sujeto de esa facultad de actuar que, aunque no constituyera el sustento de un derecho subjetivo, era una facultad de actuar que ciertamente integraba la esfera de su actuar lícito —el *agere licere*—, es decir de su actuar no reprobado por el derecho. La lesión a ese interés —cualquiera sea este— produce, en concreto, un perjuicio (32).

Los famosos ejemplos dados tradicionalmente en doctrina para justificar el resarcimiento del interés simple, están vinculados a supuestos en los que no habiendo obligación legal de asumir determinado deber, se asume la carga de hacerlo *motu proprio*. El ejemplo más remanido, que es dado por Zannoni, es el del tío que cobija a su sobrino, dándole afecto, hogar, comida, estudios...

Producida su muerte o incapacidad severa, no pudiendo seguir brindando esa protección, se sostenía que el autor de esa muerte o incapacidad, debía resarcir porque se presumía que ese tío hubiere continuado con la prestación de esa asistencia.

---

(30) PIZARRO, Ramón D. - VALLESPINOS, Carlos G., "Instituciones del derecho privado. Obligaciones", Ed. Hammurabi, Buenos Aires, 1999, t. 2, p. 575.

(31) Art. 1737, Cód. Civ. y Com.

(32) ZANNONI, Eduardo P., "El daño en la responsabilidad civil", Ed. Astrea, p. 39.

Igual ocurriría con el caso de la concubina que era sostenida por su compañero, antes de su muerte, en los casos más comunes por accidentes de tránsito, que luego se extendió también al conviviente varón, por las tareas que realizaba su pareja en el hogar.

Nótese que no se trata de incumplimientos de deberes morales en los ejemplos esbozados sino de asunción de una conducta que la ley no les impone a esas personas y el perjuicio que se le causa a quien recibe esa asistencia.

Si el cuestionamiento se articula desde que el deber moral es un deber jurídico, no le sería tampoco aplicable el supuesto de la norma contenida en el art. 1737 (33).

La naturaleza jurídica de la institución matrimonial no desaparece o se desvirtúa, porque los integrantes de la pareja ordenen su intimidad personal de la mejor manera que consideren

¿Por qué es más valioso que la ley fije el contenido?

Ellos buscarán cómo lograr realizar sus proyectos comunes y su crecimiento individual.

Los ejemplos en los que la infidelidad provoco la atribución de la paternidad al marido cuando eran hijos de un tercero, se deberían articular sobre la base del daño producido a la identidad de los hijos y a la atribución falsa de paternidad derivada de la presunción legal en la filiación natural, de que los hijos nacidos después de la celebración del matrimonio, y hasta los trescientos días posteriores a la presentación de la demanda de divorcio o de nulidad de matrimonio, de la separación de hecho o de la muerte, son hijos del cónyuge, salvo prueba en contrario. Al indudable daño que se ha causado en los sentimientos de todos los involucrados.

Además de tratarse de supuestos excepcionales, no creo ni necesario indicar el grado de patología que esta conducta tiene.

No podrá tampoco esgrimirse que ha habido un ejercicio abusivo de los derechos-deberes morales, cuando la ley se ha desprendido de esa temática, delegándola en los interesados.

---

(33) RIVERA, Julio C. - MEDINA, Graciela (dirs.) - MEDINA, Graciela - ROVEDA, Eduardo G., "Derecho de familia", Ed. Abeledo Perrot, Buenos Aires, 2016, ps. 206-207.

El orden público, ni las buenas costumbres cabe que se introduzcan en la esfera de intimidad de una pareja.

No se podrá invocar que se contrarían los fines del ordenamiento legal, porque como se ha visto todo el sistema orquestado busca una finalidad distinta (34).

En el art. 10 se agrega que la ley no ampara el ejercicio abusivo de los derechos. ¿Qué se considera ejercicio abusivo?

En primer lugar cuando contradice la finalidad del ordenamiento jurídico, como ya se explicitó este no es el caso.

Esa “conducta dañosa” no cae en el campo de lo “ilícito” porque no vulnera los fines perseguidos por la ley.

Se agrega que es un ejercicio abusivo cuando excede los límites de la buena fe, el orden público o las buenas costumbres.

El orden público, ni las buenas costumbres, además de su variabilidad en el tiempo y en las diferentes culturas, no cabe en este supuesto que se introduciría en la intimidad de una pareja. Basta remitirse a lo ya referido a la autonomía de la voluntad y la libertad.

En cuanto a la buena fe, la pregunta a formularse es cómo va a medir el juez, el cumplimiento de un derecho-deber moral, que se desarrolla en la intimidad y que el contenido lo han decidido y formulado las partes y se ignora cómo se desarrolla.

Moisset de Espanés afirmaba en el régimen anterior que: si bien es cierto que el acto abusivo suele ser ilícito, no se requiere indispensablemente que estén presentes en todos los casos el dolo o la culpa, sino que basta con que exceda objetivamente los límites fijados por el art. 1071. Si la figura se reduce a la hipótesis de los actos ilícitos, sería totalmente inútil, pues la ilicitud siempre sancionada por nuestro ordenamiento jurídico, el aporte del nuevo texto es el de brindar una arma a la justicia para enmendar los efectos de una conducta dañosa, que sin caer en el campo de lo ilícito, vulneran los fines perseguidos por la ley” (35).

---

(34) BUSTAMANTE ALSINA, Jorge H., ob. cit.

(35) MOISSET DE ESPANÉS, Luis, “Introducción al abuso de derecho”, *Actualidad Jurídica*, T 89, Abril, 2001, p. 47 y *Zeus*, 103-D-161, <http://www.acaderc.org.ar/doctrina/articulos/introduccion-al-abuso-del-derecho>; “El abuso del derecho”, <http://www.acaderc.org.ar/articulos/artabusodelderecho>, cit. por ALTERINI, J. - ALTERINI, I. E., “Código Civil y Comercial comentado”, t. VIII, ps. 45-46, art. 1718.

El supuesto ejercicio antifuncional de un derecho en este caso no sería tal. Los fines perseguidos por la ley buscan proteger en especial a los hijos y a toda la familia también.

Este no es un panegírico de la infidelidad, por el contrario, es una valoración superior de los bienes que la ley pretende resguardar: los intereses de los niños en conflicto con los de los adultos. Es obligación de todos los operadores de derecho resguardarlos, como consecuencia de la Convención de los Derechos del Niño.

Distintas opiniones doctrinarias abonan la solución propiciada, aunque les plazca o no la solución legislativa tomada:

“El deber de fidelidad ha sido regulado como un deber moral, sin ningún tipo de sanción, por lo que queda, así, vaciado de contenido. Al erigirse como un deber moral, el deber de fidelidad deja de ser jurídico y por consiguiente su violación (...) no tiene sanción”, así se expresaba Guillermo Borda (36)

Lorenzetti se encuentra en esa misma línea al entender que el Código al acoger el divorcio incausado, los daños derivados del divorcio se desprenden del sistema subjetivo y la causa del incumplimiento de alguno o varios derechos-deberes jurídicos del matrimonio, al configurar un hecho ilícito que genera el deber de reparar (37)

Consecuentemente, si no hay derechos-deberes jurídicos sino morales, no se configura el hecho ilícito por carecer de uno de los presupuestos jurídicos de la responsabilidad civil: la antijuridicidad o ilicitud.

Por su parte, Alferillo, señala al comentar el art. 1717, que esa “norma no elimina la antijuridicidad como presupuesto, sino que la vincula al presupuesto de la existencia del daño, siguiendo el viejo esquema que no se puede punir una acción ilícita con la obligación de resarcir, si no fuera perjuicio causado o factible de ser producido (...).

“La conducta ilícita ineludiblemente debe tener como antecedente, por imperio del principio de legalidad, la existencia legal de un deber previo, genérico o específico, incumplido de no dañar, que reconoce,

---

(36) BORDA, Guillermo, “Código Civil y Comercil comentado y concordado”, Ed. Astrea, Buenos Aires - Bogotá, 2015, p. 470 art. 431.

(37) LORENZETTI, Ricardo L., “Código Civil y Comercial comentado”, Ed. Rubinzal-Culzoni, Buenos Aires, 2015, t. II, p. 681.

más allá de la unificación, génesis en la relación obligacional o en la ley (aquiliana)” (38).

Zavala de González sostenía que “la pregunta clave reside en cuáles conductas autorizan a una indemnización por ser antijurídicas” (39).

Cifuentes, durante el régimen de la ley 23.515, cuando existían deberes jurídicos, ya expresaba que “[e]l solo desamor, el solo alejamiento silencioso, la infidelidad oculta y no altisonante, ni llevada al escándalo, los gestos y palabras que ofenden la relación matrimonial en lo que tiene de tal, tienen su respuesta en la ley de divorcio y sus efectos. No podría verse allí otros daños extensibles” (40).

Entendía que hubiese habido una duplicación sancionatoria: las específicas del derecho familiar y las genéricas del derecho de daños.

Asimismo Kemelmajer de Carlucci, se encuentra enrolada en la misma posición respecto de los derechos-deberes de fidelidad, convivencia y asistencia no patrimonial, considerando que no son indemnizables como lo eran hace quince años, cuando la legislación era otra, así como las pautas sociales de la comunidad.

Arianna nos recuerda a Kelsen, el que muestra la diferencia en cuanto a los deberes jurídicos y morales. “los primeros obligan o prohíben”.

Ambos suscitan sanciones de diferente índole, los primeros provocan la reacción del orden jurídico, los otros solo un reproche de la sociedad (41).

Aún más el art. 738 al referirse a las obligaciones morales muestra que la única consecuencia que acarrea, es que lo que se ha entregado es irrepetible.

---

(38) ALFERILLO, Pascual, “Código Civil y Comercial comentado, anotado y concordado”, Ed. Astrea, Buenos Aires, art. 1717, ps. 1036-1037.

(39) ZAVALA de GONZÁLEZ, Matilde, “Daños entre familiares”, LA LEY 2015-A, 562.

(40) CIFUENTES, Santos, “Derechos personalísimos”, Ed. Astrea, Buenos Aires, 1995, p. 470.

(41) ARIANNA, Carlos A., “Infidelidad y daños”, AR/DOC/3807/2017

### VIII. EN CONCLUSIÓN

I. La doctrina de los derechos humanos incorporada a nuestra Constitución, lleva a evaluar nuestro orden interno desde el eje de la persona humana.

II. La incidencia de ellos no es solo por su incorporación sino por la interpretación que se haga de ellos como también del ordenamiento jurídico interno.

III. Los dictámenes de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos (CIDH) como las sentencias de la Corte Interamericana de Derechos Humanos y otros organismos internacionales, son obligatorios para nuestro país, aunque no haya sido parte. El contenido y efecto de los tratados, convenios, resoluciones, dictámenes, declaraciones constituye un sistema regional de protección de los derechos humanos, determinando el alcance de las leyes.

IV. La protección a la vida privada abarca una serie de factores relacionados con la dignidad del individuo, incluyendo, por ejemplo, la capacidad para desarrollar la propia personalidad y aspiraciones, determinar su propia identidad y definir sus propias relaciones personales. El concepto de vida privada engloba aspectos de la identidad física y social, incluyendo el derecho a la autonomía personal, desarrollo personal y el derecho a establecer y desarrollar relaciones con otros seres humanos y con el mundo exterior.

V. La doctrina de los derechos humanos impone un nuevo orden simbólico en relación con la sexualidad, que no es el tradicional, quedando al arbitrio de la autonomía de la voluntad de cada individuo. El ámbito de protección de la intimidad no es solo las conductas individuales sino que cabe incluir a aquellas conductas privadas que pueden compartir dos o más personas, como es el ejercicio de la sexualidad en el matrimonio.

VI. La fidelidad pertenece a la zona de reserva de la vida privada, por lo que es la propia pareja la que define su contenido, alcance y gestión, conforme a su sentido ético. El derecho-deber de fidelidad es moral, no jurídico. El régimen incausado de divorcio, ocasiona que el incumplimiento del deber de fidelidad, no genera consecuencias jurídicas.

VII. “Los daños que pueden ser indemnizados a través del sistema general de la responsabilidad civil, son aquellos que no tienen causa en el vínculo matrimonial en sí mismo, ni en los deberes que de él emana, sino en la condición de persona”.

VIII. Lo ilícito es lo contrario al ordenamiento jurídico todo.

IX. A *contrario sensu* no cabe interpretar una o dos normas como fundamento de justificación para destruir un sistema legal que persigue una finalidad distinta.

X. A mayor abundamiento en el supuesto de violación de esa norma aislada, podría estar justificado por "causa justificada", como es el ejercicio regular de un derecho. Lo que eximirá de resarcimiento.

XI. La finalidad del sistema legal implementado busca contribuir a la pacificación de las relaciones humanas en el matrimonio. La eliminación de las causales subjetivas es una manera de colaborar a superar la ruptura matrimonial de la manera menos dolorosa posible.

XII. Esto no es una oda a la infidelidad sino que la ley hace una valoración de determinados intereses pretendiendo resguardar con preeminencia los de los niños, en conflicto con los de los adultos

Es obligación de todos los operadores de derecho resguardarlos, como consecuencia de la Convención de los derechos del niño.



# RESPONSABILIDAD CIVIL DE LOS PROFESIONALES

POR SANDRA M. WIERZBA

## **I. LA RESPONSABILIDAD PROFESIONAL EN LA OBRA DEL MAESTRO FÉLIX A. TRIGO REPRESAS**

El estudio de la responsabilidad profesional evidentemente constituyó un aspecto esencial de la producción científica del Maestro Trigo Represas.

Ello luce patente en su “Tratado del derecho de las obligaciones”, escrito en coautoría con el Dr. Pedro N. Cazeaux, cuyo t. V dedica gran parte de su análisis a un detenido desarrollo de la materia (1). Allí se describe la idea de “profesión”, sobre la base de un recorrido histórico, doctrinario y jurisprudencial, con referencias locales y comparadas, analizándose la presentación en su caso, de los diversos presupuestos de la responsabilidad civil. Luego aparece un detenido estudio de las responsabilidades tradicionales, que comienza por los abogados (en primer lugar —todo un símbolo—), para luego analizarse la responsabilidad médica y la de otros profesionales del arte de curar y su impacto en las obligaciones de sujeto plural; la responsabilidad civil de contadores, de profesionales de la construcción, martilleros y corredores, las responsabilidades bancarias y financieras, la de los funcionarios públicos y la correspondiente a los medios de prensa, entre otras.

Posteriormente estudiaría específicamente varias de las responsabilidades mencionadas. Los roles de abogado, sus deberes y los alcances de su actuación, serían detalladamente abordados en su “Responsabilidad

---

(1) CAZEAUX, Pedro N. - TRIGO REPRESAS, Félix A., “Derecho de las obligaciones”, Ed. Platense, La Plata, 1996, 3ª ed. aum. y act., t. V, ps. 489-759.

civil de los abogados” (2); las variadas implicancias de la responsabilidad profesional sin duda más estudiada en nuestro medio en su “Reparación de daños por mala praxis médica” (3).

En su extenso y valioso abordaje de la temática en cuestión, del que las referencias aquí citadas solo constituyen un botón de muestra, se observa un enfoque cercano a las posturas subjetivistas, que en definitiva triunfaron en la regulación de la responsabilidad profesional por el Código unificado (art. 1768, Cód. Civ. y Com.), que siguen apareciendo aún en las interpretaciones que prescinden de la culpabilidad (4) y que claman por volver a ocupar un lugar central, de la mano del desarrollo de las nuevas tecnologías. A su vez, el maestro llegó a tratar cuestiones sobre las que existe escasa investigación jurídica y cuya lectura resultará indispensable para comprender los fenómenos extraordinarios que hoy plantea el escenario de pandemia, cómo la atención médica en situaciones de urgencia (5).

Es así que la lectura de la obra del Dr. Félix Trigo Represas resulta insoslayable para todo abordaje del estudio de la responsabilidad profesional y será objeto de referencia reiterada en este breve texto-homenaje, propiciado por la Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Buenos Aires, que me honra escribir.

## II. NOTAS SOBRE LA RESPONSABILIDAD PROFESIONAL

Tradicionalmente se ha asociado la actividad profesional a una tarea lícita, propia de un saber científico, técnico o práctico; que suele ejercerse de manera habitual y onerosa. Supone la facultad estatal de habilitar y reglamentar tal ejercicio (6). Dentro de esa categoría, se incluyó

---

(2) Ed. Hammurabi, Buenos Aires, 1991. También en trabajos de publicación colectiva como su aporte titulado: “Los distintos roles del abogado: apoderado, consultor, patrocinante. Deberes y responsabilidades en cada caso”, RDD, Ed. Rubinzal-Culzoni, 2005-I, abril de 2005.

(3) Ed. Hammurabi, Buenos Aires, 1995.

(4) PIAGGIO, Aníbal, “Azar y certeza en derecho de daños”, ED 152-804 a 811.

(5) TRIGO REPRESAS, Félix, “La urgencia que permite la actuación médica sin consentimiento informado y sin antijuridicidad”, DJ del 03/08/2011, 5, AR/DOC/1285/2011.

(6) ALTERINI, Atilio - AMEAL, Oscar - LÓPEZ CABANA, Roberto, “Derecho de obligaciones civiles y comerciales”, Ed. Abeledo Perrot, Buenos Aires, 2008, 4ª ed. act., ps. 883-884. Como allí se señala, la caracterización descripta se fue delineando en sucesivos Congresos y Jornadas, como el II Encuentro de Abogados Civilistas (Santa Fe,

a las “profesiones liberales”, en las que la doctrina reconoció un grado importante de intelectualidad, la necesidad de obtención de un título universitario y habilitación para su ejercicio (7).

Más específicamente, los especialistas se han preguntado qué es lo que añade el adjetivo *liberal* al término *profesión*, notando que en el derecho romano había sinonimia entre la profesión *intelectual* y la *liberal*, en tanto los ciudadanos libres ejercían las profesiones liberales, quedando las labores manuales para los esclavos. Más modernamente, al no existir ya tal distinción, se observa que el ejercicio de las profesiones liberales exige formación intelectual a nivel universitario; refiriéndose el carácter *liberal* a la ausencia de subordinación entre el experto y su cliente. Pero hoy en día el profesional intelectual suele actuar en un marco de dependencia laboral (p. ej., médico que presta servicios sanatoriales, en un horario fijo, cobrando un sueldo, etc.) o funcionalial (p. ej., profesor de una universidad pública) (8), no resultando tan clara la vigencia de la adjetivación expuesta.

En cualquier caso, lo más trascendente en el caso de los llamados *profesionales* liberales sería la independencia intelectual y la pertenencia a un sector del saber científico determinado.

En cuanto a la regulación legal del tema, se advierte que a la época de la entrada en vigencia del Código de Vélez Sarsfield los profesionales liberales no contaban con una presencia social extendida, de allí que resulta lógico que tal cuerpo de leyes no dispusiera al respecto. Pero, con el tiempo, su trabajo comenzó a desarrollarse, a cobrar importancia y a contemplarse en la legislación especial.

Por su parte, la Ley de Defensa del Consumidor (24.240/1993) considera “proveedores” a todas aquellas personas físicas o jurídicas de naturaleza pública o privada, que desarrollen de manera profesional, aun ocasionalmente, actividades de producción, montaje, creación, construcción, transformación, importación, concesión de marca, distribución y comercialización de bienes y servicios, destinados a consumidores o usuarios. Sin embargo, excluye expresamente de su regulación los servicios de profesionales liberales que requieran para su ejercicio

---

1988), I Jornadas Rosarinas sobre Temas de Derecho Civil (Rosario, 1988), I Jornadas Nacionales de Profesores de Derecho (Lomas de Zamora, 1989), IV Jornadas Sanjuaninas de Derecho Civil (San Juan, 1989).

(7) *Ibidem*.

(8) YZQUIERDO TOLSADA, Mariano, “La responsabilidad civil del profesional liberal”, Ed. Hammurabi, Buenos Aires, 1998, ps. 15-16.

título universitario y matrícula otorgada por colegios profesionales reconocidos oficialmente o autoridad facultada para ello, no así, a la publicidad que se haga de su ofrecimiento (conf. art. sustituido por art. 2º de la ley 26.361, BO del 07/04/2008).

En el año 2015, la responsabilidad de los profesionales liberales fue normada en el art. 1768 del Cód. Civ. y Com., acompañando un verdadero fenómeno por el cual prolifera la sistematización del conocimiento en una multiplicidad de carreras universitarias; nuestra más reconocida casa de altos estudios recibe reconocimientos internacionales; se sigue aspirando a la calificación profesional como vía para el crecimiento laboral, social y económico y paralelamente, se cuestionan los errores y consecuencias no deseadas de este quehacer tan valorado.

En efecto, proliferan los juicios que comprometen la responsabilidad de los médicos, juntamente con la correspondiente a los prestadores institucionales de servicios de salud, acompañando la relevancia que ha adquirido todo el derecho a la salud en nuestra sociedad y en el mundo. Ciertas figuras como el “consentimiento informado”, como expresión de un derecho personalísimo, que se traduce generalmente en simples actos o en manifestaciones no negociales de la voluntad (9), hace a un requisito que hoy resulta insoslayable, desarrollado en su ámbito y que hoy expande sus efectos a las demás responsabilidades profesionales. A su vez, el impacto extraordinario de la pandemia causada por el coronavirus COVID-19 (SARS-CoV-2) amenaza con producir profundos cambios en términos de responsabilidad profesional, en tanto las y los trabajadores de la salud vienen desempeñándose en un contexto conocido como “situación de desastre”, donde los razonamientos y las figuras de excepción bien podrían desplazar los tradicionales enfoques en materia de responsabilidad médica (10).

También se cuestiona con cierta frecuencia la actividad de los abogados y escribanos, aunque los casos que suelen llegar a los tribunales generalmente comprometen asuntos de baja cuantía, acaso como efecto del llamado “espíritu de cuerpo”.

---

(9) TOBÍAS, José W., “El consentimiento del paciente en el acto médico”, ED, 93-803 y “El asentimiento del paciente y la ley 26.529”, *Academia Nacional de Derecho* nro. 2010 (sept.), 20/01/2011, 5 - DFyP, 171; asimismo, HIGHTON, Elena I. - WIERZBA, Sandra M., “La relación médico-paciente: el consentimiento informado”, Ed. Ad-Hoc, Buenos Aires, 2003, 2ª ed. act. y amp., cap. V, ps. 81-177.

(10) MAGLIO, Ignacio - NEIRA, Jorge - RAVIOLI, Julio - WIERZBA, Sandra, “Perspectivas jurídicas y médicas en situaciones de desastre”, LA LEY del 17/11/2020, 1.

En este escenario, no sorprende que la nueva regulación legal de esta actividad sea una de las pocas que implica la culpabilidad. Es más, se trata del único supuesto de “Responsabilidad especial” (tít. V, cap. 1, sec. 9ª, Cód. Civ. y Com.), donde hay una referencia expresa a un factor de atribución de responsabilidad subjetivo. La gran variedad de saberes comprometidos y de circunstancias de ejercicio, dan un marco a tal opción legal. Pero además —pensamos—, esta opción se justifica pues los reclamos que involucran la responsabilidad bajo estudio, aunque puedan comprometer objetivamente a otros obligados, muchas veces suponen el cuestionamiento de expertos que actúan en soledad, sobre situaciones cambiantes, que afectan a la persona o los bienes de terceros ajenos, portando como herramienta esencial un saber también cambiante y opinable.

A su vez, la digitalización de los servicios profesionales propiciará sin duda grandes cambios en su concepción, con su fuerte componente de interjurisdiccionalidad y ante la nueva conformación de los equipos de trabajo.

### III. ALGUNAS RESPONSABILIDADES EN PARTICULAR

#### III.1. Responsabilidad civil de los abogados (11)

Se ha definido la responsabilidad civil del abogado como aquella en la que pueden incurrir quienes ejercen la abogacía al faltar a los deberes especiales que tal profesión les impone; es decir, aquella que emerge de infracciones típicas a ciertos deberes propios de esa concreta actividad profesional (12). Esta se inscribe dentro de las llamadas responsabilidades de los “operadores de derecho” (13).

---

(11) Nos hemos referido previamente a este tema en WIERZBA, Sandra M., “Responsabilidad civil del abogado”, Ed. Hammurabi, Buenos Aires, 2006; “Responsabilidad civil del abogado”, 08/06/2011, AP 0003/015448, y “La responsabilidad civil del abogado en el nuevo Código unificado”, *Supl. Esp. Cód. Civ. y Com.*, Ed. Erreius, Buenos Aires, 2015, ps. 85-96.

(12) TRIGO REPRESAS, Félix A., “Responsabilidad civil del abogado”, Ed. Hammurabi, Buenos Aires, 1991, p. 101.

(13) KEMELMAJER de CARLUCCI, Aída, “Responsabilidad del abogado, del escribano y del juez”, *Lecciones y Ensayos*, Facultad de Derecho y Ciencias Sociales, Buenos Aires, 1999, nros. 72-73-74, p. 37, y “Daños causados por abogados y procuradores”, JA 1993-III-704.

En líneas generales, podemos afirmar que el ejercicio profesional del letrado consiste en un servicio a prestarse en el lugar y del modo acordado por las partes (art. 773, Cód. Civ. y Com.), cuyo incumplimiento imputable al menos habilita al cliente-acreedor a exigir el cumplimiento específico o bien reclamar los daños y perjuicios sufridos (art. 777, Cód. Civ. y Com.). Como regla, la responsabilidad en este caso será subjetiva, debiendo el cliente que pretenda una reparación por el daño sufrido, acreditar la actividad culpable del letrado. Ello es así, sin perjuicio de las facultades judiciales en materia de atribución de cargas probatorias, ahora consagradas legalmente (conf. art. 1735, Cód. Civ. y Com.) y el carácter palmario que presenta la negligencia profesional en los casos más frecuentes de responsabilidad de los abogados, es decir, en los supuestos de caducidad de instancia.

La prestación a cargo del letrado también puede ser ejecutada por una persona distinta a él, salvo que de la convención celebrada con el cliente, de la naturaleza de la obligación o de las circunstancias, resulte que aquel fue elegido por sus cualidades para realizarla personalmente. El nuevo art. 776, Cód. Civ. y Com. establece que tal elección se presume en los contratos que suponen una confianza especial, siendo que los convenios de servicios profesionales bien pueden encuadrar dentro de tal categoría. De allí que será de buena práctica que toda delegación de la gestión de un caso o negocio a un colega —socio, letrado en formación, etc.— sea debidamente consensuada con el cliente. En estos supuestos, la aplicación de un factor de atribución subjetivo (conf. art. 1768, Cód. Civ. y Com.) u objetivo (p. ej., por aplicación del art. 1753, Cód. Civ. y Com. sobre responsabilidad por el hecho del dependiente), dependerá de las circunstancias, además de —naturalmente— la valoración de quien sea llamado a dirimir la posible controversia.

Claro está que el obrar antijurídico del profesional de las leyes también podrá tener manifestaciones en el ámbito penal, administrativo y disciplinario, cuyos alcances exceden este enfoque.

En cuanto a los deberes tradicionales a cargo de las y los letrados, se incluyen el de prestar juramento, guardar secreto profesional, comportarse con lealtad y ejercer la defensa, que incluyen la obligación de obrar de buena fe, con diligencia y lealtad (14). Estos últimos imponen el seguimiento oportuno de las gestiones necesarias, impidiendo el abandono intempestivo del patrocinio de una parte en un pleito (15), como

---

(14) TRIGO REPRESAS, Félix A., "Responsabilidad civil...", cit., ps. 37-43.

(15) Así por ejemplo, en los autos CNCiv, sala L, 16/08/2012, "Araujo M. Lorena c. L. V. M. s/ daños y perjuicios", elDial.com - AA7A76, se entendió que no podía consi-

asimismo la presentación de los escritos judiciales en término, la concurrencia puntual a las audiencias fijadas y la realización de todos los actos que importen el impulso oportuno del procedimiento y la prohibición de patrocinio o asesoramiento a ambos litigantes en un mismo juicio, ya sea en forma simultánea o sucesiva.

Pero con el avance, la ampliación y la diversificación de las fuentes de acceso al conocimiento y la prioridad asignada a valores fundamentales como la autonomía y la autodeterminación de la voluntad, se ha evolucionado desde concepciones paternalistas según las cuales era el profesional quien debía tomar decisiones sobre el camino más adecuado para garantizar la protección del interés de su cliente, hacia otras en las que el interesado directo es quien decide cuál es su mejor interés y cómo alcanzarlo. En este sentido, el deber de obtener el consentimiento informado del cliente, hoy día totalmente consagrada en el ámbito de la provisión de servicios de salud (ahora, en el art. 59, Cód. Civ. y Com.), se impone también a otro tipo de servicios, entre ellos los jurídicos (ver art. 1720, Cód. Civ. y Com.), entendiéndose que el cliente debe recibir información adecuada de su abogado en miras a decidir inteligentemente sobre el curso de acción que pretende dar a su caso o cómo encaminar sus negocios. Ello es así, aunque resulte hasta ahora, en la experiencia jurisprudencial de la Argentina, esta figura se aplica generalmente al ámbito de la salud (16).

La consagración de este moderno deber en el ámbito del ejercicio de la abogacía supone la revisión de los alcances de otros deberes tradicionales. Por ejemplo, la obligación de interponer los recursos pertinentes contra una decisión definitiva de un tribunal, contraria a los intereses

---

derarse la existencia de un abandono intempestivo del pleito por parte del abogado renunciante al mandato, al presentarse entonces el titular del estudio (también apoderado) y realizar diversos actos útiles.

(16) Aunque aparece en la doctrina de ciertos fallos sobre cuestiones ajenas a la salud, que en realidad se refieren a la responsabilidad profesional en términos más amplios. Ver, p. ej., C. Doc. y Loc. SM de Tucumán, 27/09/2017, “Barrientos, Héctor R. c. Cuello, Juan Pablo s/ daños y perjuicios”, SAIJ FA17240016, donde entre variadas cuestiones se sostuvo que “[s]obre el director de obra pesa una fundamental obligación de consejo hacia el dueño: debe advertirle a este sobre los inconvenientes que presente la implantación del inmueble, el costo de la construcción, la eventual insolvencia técnica del constructor, al menos si ella es notoria, los materiales a emplear, etc. Es por ello que el director de obra debe verificar los materiales aun cuando los mismos y la mano de obra sean proveídos y contratados por el comitente, a menos que el profesional le haya advertido de las deficiencias, dejando a salvo su responsabilidad y el dueño de la obra haya insistido en su utilización”, con cita de LÓPEZ MESA - TRIGO REPRESAS, *Responsabilidad civil de los profesionales*, Ed. LexisNexis, p. 616).

del cliente, puede resultar reemplazada por el deber profesional de informar acabadamente al cliente sobre las posibilidades de éxito de la pretensión en la instancia superior, costos del intento, etc., para que sea este quien decida los pasos a seguir (17). Incluso resulta esperable la discusión con el mandante o patrocinado sobre las estrategias procesales más convenientes, los riesgos y beneficios que supone la opción preferida por el profesional, de tal modo que quien contrata el servicio pueda resolver la continuación del reclamo o defensa, el intento de una conciliación, el desistimiento de la pretensión o, incluso, el cambio de profesional —si no existe acuerdo sobre el camino a seguir, ya que resulta claro que el representado no puede imponer al abogado un curso de acción determinado (18). La información de cuestiones básicas como el monto del reclamo judicial relevante, el riesgo de exponerse a la traba de medidas cautelares y al pago de las costas, luce como indispensable en el contexto de este moderno deber.

Se discute a su vez sobre los alcances del deber del abogado de investigar la veracidad de los hechos relatados por el cliente. De un lado, la inviolabilidad del derecho de defensa, de raigambre constitucional (art. 18, CN), aparece como superior en la pirámide jurídica y así habilitaría un área de reserva para el titular del derecho y aun para el abogado en sus relaciones con terceros. De otro, cabría preguntarse si acaso podrá el letrado desempeñar adecuadamente sus funciones de informar y hasta guiar al juez —quien deberá desentrañar la verdad en el conflicto— recurriendo a la falsedad o amparándola. Si acaso la justicia —como principio— puede concebirse como ajena a la verdad. Cabría a su vez reflexionar sobre los alcances del deber bajo análisis, en cuestiones altamente técnicas, que justamente comprometen la responsabilidad profesional (p. ej., en reclamos de mala praxis profesional médica o ingenieril). En tales casos, el punto crítico es si la versión del cliente, más allá de responder a su honesta visión de la realidad, logra superar un mínimo de credibilidad desde el punto de vista científico.

---

(17) En contra, GHERSI, Carlos A., "Responsabilidad de los abogados y otras incumbencias profesionales", Ed. Zavallá, Buenos Aires, sept. 1990, ps. 64-65, cuando se refiere a la "malsana doctrina del consentimiento del damnificado" (aunque debe tenerse en cuenta la fecha de la obra en cuestión).

(18) También queda claro que, en ningún caso deberá el abogado seguir instrucciones de su cliente consideradas contrarias a los deberes impuestos por la profesión. Ver p. ej., C. 1ª Civ. Mendoza 1ª Circ., 14/.8/1998, "Finos, J. A. c. Latino SA s/ ordinario", f. 98190059, expte. 170139, S. 155-344, elDial, MC5C5.



La digitalización del servicio de justicia impone nuevas obligaciones (19), entre las que destaca la presentación digital de escritos; mutando prácticas tradicionales, como el “dejar nota” a distancia, en lugar de asistir a los juzgados los días asignados para las notificaciones personales.

Todo ello impacta en el ejercicio y en el juzgamiento de la función de abogar.

Por su parte, desde la entrada en vigencia del Código unificado, se han precisado los bordes del deber de reparar. Y si bien la antijuridicidad, la relación de causalidad adecuada entre ella y el daño y la culpa, suelen aparecer en forma patente en los casos de responsabilidad profesional mayormente juzgados (como los derivados de la caducidad de instancia), se observa que el daño resarcible, no ajeno a la regla de la reparación integral (art. 1740, Cód. Civ. y Com.), parece presentar otros bordes en el caso de la profesión abogadil, donde el rubro a reparar en forma central es la pérdida de una chance (de haber ganado o no haber perdido un pleito). Ello es así, aunque el pago de las costas judiciales y excepcionalmente, la reparación del daño extrapatrimonial, también tengan acogida.

### III.2. Responsabilidad civil de los profesionales de la salud

Vivimos tiempos donde la ciencia y la tecnología constituyen ejes centrales del desarrollo de la vida humana, la medicina ha alcanzado un alto grado de especialización y de mayor eficiencia en la lucha contra las enfermedades, que han generado la consecuente mayor expectativa sobre los resultados esperables de la atención. En algún punto, la fantasía sobre la inmortalidad flota en el imaginario popular, concibiéndose la muerte como un fracaso de la medicina y considerándose a los médicos como responsables de tal fracaso. Es por ello que no llama la atención que, en las últimas décadas y al menos en nuestro país, los profesionales de la salud sean quienes reciben el mayor número de reclamos vinculados al ejercicio de su actividad.

A su vez, el hecho de asociarse la labor de estos profesionales con la vida y la salud de las personas a cuyo respecto se halla directamente comprometido el interés público (conf. arts. 42, 43 y 75, inc. 22, CN); el

---

(19) Cuyos alcances generan reclamos judiciales, de cuya resolución depende la responsabilidad profesional. Ver, p. ej., CCiv. y Com. 4ª Córdoba, 12/03/2021, “Gallardini, Carlos J. c. SANCOR Coop. de Seguros Ltda. s/ ord. - cump./res. de contrato (5633610), recurso directo”, elDial.com AAC3AC.

déficit en la calidad de la educación profesional; la masificación en la asistencia; la proletarización de las condiciones del ejercicio y la mayor conciencia sobre el derecho de los pacientes a ser indemnizados por los daños sufridos, inciden también en el fenómeno descripto. Máxime, al admitirse pacíficamente que la responsabilidad del médico compromete generalmente la del nosocomio y la del financiador de los servicios de salud (público, obra social, medicina prepaga u otro), lo cual significa que las demandas en cuestión contarán con una alta probabilidad de encontrar un legitimado pasivo solvente y plural, para atender una condena eventual.

El Código unificado exhibe la trascendencia que el derecho de la salud tiene para la sociedad actual, al regular cuestiones como el inicio y el fin de la vida de la persona (arts. 19, 61, 93, 94, 560) y los derechos personalísimos, inclusivos del derecho a la dignidad, a la integridad, a la vida, a la imagen y a la autonomía de la voluntad (arts. 51 a 61). Paralelamente estableció las bases para la implementación de prácticas como el consentimiento informado (art. 59); el otorgamiento de directivas anticipadas (art. 60) y la investigación en seres humanos (art. 58). Dio tratamiento con carácter de “bien” al cuerpo humano y a sus partes (art. 17), con posible impacto para los trasplantes de órganos entre personas y cadavéricos; para las terapias génicas y para el ya presente fenómeno de las “personas aumentadas” o “transhumanismo”. Se trata de regulaciones generales, con vocación de permanencia en el tiempo, que deben dialogar constantemente con la normativa especial, generalmente local y caracterizada por una mayor variabilidad.

Ahora bien, para que exista responsabilidad civil médica —como cualquier otra—, en principio es necesario que se hallen presentes los cuatro presupuestos esenciales: un daño a la víctima, un hecho antijurídico, relación causal adecuada entre estos (20) y un factor de atribución de responsabilidad, también subjetivo (conf. art. 1768, Cód. Civ. y Com.) (21), aunque se admita una interpretación laxa de algunos de ellos.

---

(20) La propia CS sostuvo que, tratándose de responsabilidad médica, para que proceda el resarcimiento de los perjuicios sufridos, debe acreditarse la relación de causalidad entre el obrar culposo del profesional y el daño causado (Fallos 315:2397 y 325:2183).

(21) Salvo supuestos muy particulares de compromiso de resultado, tradicionalmente relacionados con casos de cirugías de embellecimiento (ver, p. ej., PADILLA, Rodrigo, “Responsabilidad profesional, con especial atención a la responsabilidad de los médicos, abogados y escribanos”, disponible al 06/07/2021 en <https://www.acadec.org.ar/wp-content/blogs.dir/55/files/sites/55/2020/02/respcivilprofesional.pdf>, y LLAMAS POMBO, Eugenio, “La responsabilidad civil del médico: aspectos tradicionales y modernos”, Ed. Trivium, Madrid, 1988, ps. 72-77; aunque en la actualidad se discute tal cuestión, argumentándose que la responsabilidad asociada a las cirugías

Cabe a su vez mencionar que el fundamento de la responsabilidad de los establecimientos médicos y las organizaciones proveedoras de servicios de salud (*obras sociales, prepagas, etc.*), es diferente al de los profesionales. Tradicionalmente se entendió que estas entidades tenían un deber de seguridad hacia sus pacientes o afiliados. Ello fue así sobre la base de una construcción doctrinaria basada en lo dispuesto por el art. 1198 del Cód. Civil de Vélez Sarsfield (t.s. ley 17.711 de 1968), de acuerdo con la cual se les requería que brindaran servicios médicos asistenciales adecuados a los estándares de medios subjetivos (médicos, enfermeros, etc.) y materiales (instalaciones, instrumental, medicamentos, etc.) en oportunidad, calidad y cantidad adecuadas, con la finalidad de procurar la mejoría del paciente. Salvo supuestos especiales en los cuales el nosocomio o financiador solo podrá eximirse si demuestra caso fortuito, un hecho de la víctima o de un tercero por quien no debe responder, siendo la prueba de tal eximente a su cargo (22) (p. ej., defectos de organización, infecciones intrahospitalarias), suele interpretarse que su responsabilidad depende de la previa prueba de la culpa médica. En efecto, la prueba de la culpa del profesional es indispensable, no porque esta comprometa indirectamente al prestador institucional, sino porque dicha culpa será demostrativa de la violación del deber de seguridad que, como obligación tácita, se halla comprendida en el contrato asistencial. Y la omisión de tal obligación, genera la responsabilidad directa de la institución, además de la que concierne directa y personalmente al profesional. Más específicamente, la doctrina y la jurisprudencia han considerado reiteradamente que las relaciones contractuales características en la prestación de servicios de salud encuadran dentro de la figura conocida como “estipulación a favor de terceros” (art. 504, Cód. Civil, y ahora 1027, Cód. Civ. y Com.).

A su vez, en los últimos años, la responsabilidad civil de las instituciones de salud ha venido fundándose en las normas del derecho sobre consumo, en esencia de carácter objetivo. Para ello, se sostiene que si bien los servicios de los profesionales liberales se encuentran excluidos del ámbito de aplicación de la ley 24.240 de 1993 (conf. art. 2º), no ocurre lo mismo con los contratos celebrados entre los pacientes y las clínicas,

---

de embellecimiento o por ejemplo, o a los informes de anatomopatología, podrían generar responsabilidad subjetiva, exigiendo en todo caso un mayor deber de información a cargo del profesional.

(22) BUERES, Alberto J., “Responsabilidad contractual objetiva”, JA 1989-II-964; PIZARRO, R. Daniel - VALLESPINOS, Carlos G., “Instituciones de derecho privado. Obligaciones”, Ed. Hammurabi, Buenos Aires, 2009, t. 2.

en cuanto estos importan la prestación del servicio de salud para el consumo final de los enfermos (23).

Como cuestiones típicas que suelen presentarse en el ámbito de la responsabilidad médica y de su judicialización, cabe mencionar el tema de la carga de prueba. Al respecto, debe distinguirse la obligación de prueba de la causalidad, de aquella correspondiente a la culpa profesional. Según la ley, la primera recae sobre quien alega la relación de causalidad, excepto que la ley la impute o presuma. Pero para ciertos supuestos en los que la prueba de la relación causal adecuada resulta especialmente dificultosa (p. ej., responsabilidad por contagio de enfermedades de larga latencia), la jurisprudencia y la doctrina han admitido la aplicación de “presunciones”, flexibilizándose las exigencias probatorias. Así, por ejemplo, las negligencias en el funcionamiento de un servicio, cuando importan faltas a la diligencia en sentido abstracto, motivaron la responsabilidad del nosocomio aún sin haberse acreditado en forma estricta la relación de causa-efecto entre la conducta antijurídica y el daño. Ello fue así, al presumirse la causalidad por la creación de un riesgo injustificado (p. ej., responsabilidad por el daño precedido de la manipulación de instrumental médico sin el seguimiento de normas básicas de bioseguridad, aunque no se probara precisamente que el virus se introdujo en el cuerpo de la víctima mediante tal instrumental) (24).

Asimismo, si bien el principio general establecido en el Código unificado es que la prueba de los factores de atribución (en esencia, de la culpa), y de las circunstancias eximentes, corresponde a quien los alega (art. 1734, Cód. Civ. y Com.), se prevén específicamente facultades judiciales para su distribución (conf. art. 1735, Cód. Civ. y Com.). Este criterio

---

(23) Conf. LORENZETTI, Ricardo, “La empresa médica”, Ed. Rubinzal-Culzoni, Santa Fe, 1998, p. 355 y “Consumidores”, Ed. Rubinzal-Culzoni, Santa Fe, 2003, ps. 102 y 114. Asimismo CNCiv., sala A, 07/06/2018, “P., M. del C. c. I. de la V. S. A. y otros s/ daños y perjuicios”, eDial.com - AAAB0E y CNCiv., sala B, 15/11/2016, “C. L. y otros c. Somed SA y otros s/ daños y perjuicios - resp. prof. médicos y aux.”, eDial AA9CEF, entre otros.

(24) Así, p. ej., en CNCiv., sala L, 27/11/1995, “T., S. M. c. MCBA y otros s/ ordinario”, ver voto del Dr. Alberto Bueres, JA 1996-IV, ps. 399 y ss., aparece una descripción de las conductas que fueron valoradas *ex post facto* como negligencias en sentido abstracto. En sentido similar, puede verse CNFed. Civ. y Com., sala I, 24/11/1998, “R. C. H. c. Clínica M. SA y otro s/ daños y perjuicios”, LexisNexis 7/912, y CNCom., sala B, 28/06/2002, “R. A. A. c. Sanatorio SC SA y otro s/ sum.”, LexisNexis 11/36137. Asimismo, CALVO COSTA, Carlos A., “Responsabilidad civil ante contagio de HIV por transfusión sanguínea. Las cuestionadas antijuridicidad y relación causal”, RCyS 2009-VIII, 79 - LA LEY 2009-E, 255, en comentario a fallo de la CCont. Adm. y Trib. CABA, sala I, 16/03/2009.

responde sin duda a una postura actual más flexible en materia de cargas probatorias (25), que mediante la norma citada se consagra explícitamente en la ley de fondo. Es así que el juez podrá aplicar el criterio de las cargas probatorias dinámicas, teniendo en cuenta las particularidades del caso y sin sujeción a posiciones apriorísticas y generalizadas —pensamos—.

En cuanto al daño, cabe tener en cuenta que los usuarios de servicios de salud son (somos) habitualmente personas enfermas, cuyos procesos patológicos son justamente los que los llevan a la consulta médica. Por ello, el “daño” característico en este tipo de casos es la pérdida de una chance —conf. art. 1739, Cód. Civ. y Com. — de curar o bien de no enfermar más (26), no siempre reconocido como tal. La idea de “integralidad” de la reparación no debería soslayar tal circunstancia, debiendo siempre distinguirse el perjuicio causado por la actuación profesional, de aquel derivado del proceso morbo en sí.

La consagración de un concepto extenso de antijuridicidad (art. 1717, Cód. Civ. y Com.), sin duda requerirá de una resignificación en el contexto de la pandemia, donde —por ejemplo— las selecciones que deben efectuar los equipos médicos bajo el método de *triage*, podrán encuadrar típicamente dentro de la figura del estado una necesidad, como justificación del acto antijurídico, en los términos del art. 1718 del Cód. Civ. y Com.

A su vez, el consentimiento informado, tan presente en la legislación especial sobre salud y definitivamente consagrado con alcance nacional en el art. 59 del Cód. Civ. y Com., significa que la prestación adecuada y oportuna de información al paciente y su consentimiento previo al evento dañoso, podrán impedir que se responsabilice al profesional por la materialización de riesgos conocidos y asumidos por el interesado directo, no así por la culpa en el diagnóstico, indicación o ejecución del tratamiento en sí. De este modo, podrá liberarse el médico de la obligación de reparar los perjuicios derivados de una complicación previsible de una intervención quirúrgica necesaria, cuando fue debidamente advertida, habiéndose tomado todos los recaudos para evitar dicha complicación.

---

(25) PEYRANO, Jorge W., “Desplazamiento de la carga probatoria. Carga probatoria y principio dispositivo”, 1993, AP 0003/011936.

(26) PIAGGIO, Aníbal N., “Azar y certeza en el derecho de daños”, ED 152-79. Asimismo ver HIGHTON, Elena I. - GREGORIO, Carlos G. - ÁLVAREZ, Gladys S., “Cuantificación de daños personales. Publicidad de los precedentes y posibilidad de generar un baremo flexible a los fines de facilitar decisiones homogéneas y equilibradas”, RDPyC, nro. 21, 1999, ps. 127-119.

Vale la pena mencionar que la figura del consentimiento informado ha cobrado nuevos matices en el ámbito de la atención telemédica, definitivamente instalada como herramienta esencial —aunque no exclusiva— en el contexto pandémico, observándose un verdadero interés en la advertencia al paciente sobre la mayor fragilidad que presenta la protección de datos en el ámbito virtual y las limitaciones que implica la imposibilidad de hacer un examen físico; de tal modo que este puede tomar una decisión inteligente acerca de si consentir o rechazar la práctica.

Por su parte, el juicio de previsibilidad en abstracto que supone el estudio de la causalidad (27), presenta particularidades muy propias al estudiarse la responsabilidad en el ámbito de la salud, donde suele asumirse que la sumatoria de un resultado indeseado y cierto reproche en la atención, asignan un derecho a obtener una reparación, cuando en realidad resulta indispensable acreditar la relación de causalidad adecuada entre el perjuicio concreto y un obrar profesional culposo (28). Es que en la materia, ocurre generalmente que el daño es una consecuencia que podría atribuirse a una pluralidad de hechos antecedentes que se encadenan en forma previa a su producción y no a un único hecho aislado, surgiendo la necesidad de que el derecho ponga límites razonables a las causas de responsabilidad (29).

Finalmente, valoración de la imprudencia, negligencia e impericia constitutivas de la culpa que obra como factor de atribución de responsabilidad en la materia bajo estudio (conf. art. 1768, Cód. Civ. y Com.), se expresa en ciertas máximas que se reiteran en la jurisprudencia. Entre ellas, se afirma que “la culpa médica comienza cuando terminan las discusiones científica” (30), en tanto suelen presentarse alternativas de tra-

---

(27) COMPAGNUCCI DE CASO, Rubén H., “Relación de causalidad en la responsabilidad civil”, RDD 2003-2-21 a 37; MOSSET ITURRASPE, Jorge, “La relación causal”, en MOSSET ITURRASPE, Jorge (dir.), *Responsabilidad civil. Teoría general. Presupuestos. Responsabilidades específicas*, Ed. Hammurabi, Buenos Aires, 1993, vol. 1, ps. 105-119; PIZARRO, Ramón D., “Causalidad adecuada y factores extraños”, en TRIGO REPRESAS, Félix A. (dir.), *Derecho de daños. Homenaje al profesor doctor Jorge Mosset Iturraspe*, vol. 1, Ed. La Rocca, Buenos Aires, 1989-2002, ps. 255-302.

(28) Fallos 315:2397 y 325:2183.

(29) CALVO COSTA, Carlos A., “Responsabilidad médica”, Ed. La Ley, Buenos Aires, 2021, t. I, ps. 264-265. En realidad, el autor se pregunta si en la responsabilidad médica, la relación causal debe probarse efectivamente o bien se presume, ver p. 260.

(30) CCiv. y Com. Formosa, 04/03/2021, “Figueroa, Carmelo y otro c. Díaz Vázquez, Nicolás y otros s/ ordinario”, AR/JUR/60758/2021; CNCiv., sala I, 26/02/2021, “R. M. V. c. M., C. y otros s/ daños y perjuicios”, AR/JUR/5066/2021 y Sup. Trib. Corrientes, 11/02/2021, “L., D. A. c. Estado Provincial y otros s/ ord.”, AR/JUR/968/2021, entre otros.

tamiento, postuladas por distintas escuelas profesionales y que la conducta profesional debe ser valorada sobre la base de las circunstancias existentes al momento de la práctica cuestionada y no *ex post facto* y a la luz de los resultados adversos (31), pues la ciencia médica se encuentra sujeta a permanentes avances, debiéndose valorar la conducta profesional a la época en la que esta tuvo lugar y no años después, al dictarse una sentencia judicial en el contexto de un reclamo.

Por lo demás, cabe esperar que la “situación de desastre” generada por la pandemia de coronavirus SARS-Cov-2 (COVID-19) produzca cambios sustanciales en la interpretación de los presupuestos de la responsabilidad civil y una mayor presencia de figuras de excepción como el estado de necesidad (art. 1718, Cód. Civ. y Com.), el caso fortuito o fuerza mayor (art. 1730, Cód. Civ. y Com.) y la responsabilidad por el hecho propio (art. 1749, Cód. Civ. y Com.). Otro tanto podrá derivar del amplio impacto de la tecnología en el sector salud, con sus ingredientes de interjurisdiccionalidad y conformación de equipos interdisciplinarios para la atención (32).

### III.3. Otras responsabilidades

Las reclamaciones contra ingenieros y arquitectos también cuentan con una presencia ya instalada en el Derecho, que muchas veces se emparenta con el concepto de “ruina”, ahora ensanchado también en la ley (arts. 1273 y 1274, Cód. Civ. y Com.).

La responsabilidad de los contadores y de profesionales afines, ocupa un lugar trascendente en el derecho extranjero, donde se han visto reclamos millonarios que involucran especialmente a los auditores de empresas que cotizan en bolsa; pero en nuestro país, estos casos son hasta ahora aislados y con escasa producción científica a su respecto (33). Tal

---

(31) CNCiv., sala I, 26/02/2021, “C. G., D. E. y otro c. C., M. F. y otros s/ ds. y ps.”, AR/JUR/997/2021; sala J, 31/08/2020, “B. G. D. c. Centro de Enfermedades Respiratorias Infantiles (CERI) y otros s/ ds. y ps.”, AR/JUR/36127/2020, LA LEY del 15/10/2020, p. 6, con nota de Marcelo J. HERSALIS, RCyS 2020-XI-103 y RCyS 2020-XII-109, entre otros.

(32) Más allá del ejercicio grupal de la medicina en equipos médicos con reparto de competencias —bien descrito en CALVO COSTA, Carlos A., “Responsabilidad médica”, cit., t. II, ps. 63-67—, nos referimos a la integración de tales equipos por especialistas en comunicaciones, ciencias de la computación, ingenieros, etc.

(33) Puede verse al respecto “Responsabilidad del contador público en su actuación como auditor de estados financieros”, *Asesoría, Profesional y Empresaria* (D&G), XIX, julio 2018, Ed. Errepar, EOLDC098007A.

vez, la responsabilidad de los propios clientes, en el caso de los contadores públicos, determine tal estado de cosas.

En algún caso aislado, se ha cuestionado judicialmente la responsabilidad civil de un economista, en realidad, inescindible de la que derivara del ejercicio de un cargo de gobierno (34).

Pero también se observan incipientes cuestionamientos en el caso de profesiones menos tradicionales. Así, por ejemplo, los psicólogos vienen quedando comprometidos en variadas causas de abuso de niños y niñas, sea por la falta de su advertencia oportuna (35) o por exactamente lo contrario, es decir, por la elaboración de informes sugerentes de abuso, cuando estos no alcanzan para que prospere una imputación penal y el sindicado como responsable luego se considera injuriado. Y hace pocos años, ha conmovido al mundo la condena a prisión dictada contra varios geólogos italianos, por no advertir el terremoto de L'Aquila (36), luego revocada por un tribunal de alzada (37).

#### IV. PALABRAS FINALES

En la síntesis precedente aparecen esbozadas algunas de las cuestiones más reiteradas, controversiales e interesantes de esta rama de la responsabilidad civil, que anticipa una fuerte presencia en los estudios jurídicos de los próximos años.

En ella también emerge la obra del Dr. Félix Trigo Represas, un clásico, cuyas interpretaciones recobran sentido ante los fenómenos que ponen en tensión los paradigmas del derecho moderno.

---

(34) CNCiv., sala L, 25/04/2008, "Pina, Rolando E. c. Cavallo, Domingo F. s/ daños y perjuicios", eDial AA476C.

(35) CNCiv., sala H, 23/10/2012, "B., S. E. y Otra c. Obra Social del Personal Directivo Luis Pasteur y otros; s/ ds. y ps. - ord.", eDial AA7C60.

(36) Conf. [http://www.corriere.it/cronache/13\\_gennaio\\_18/commissione-grandi-rischi-motivazioni-condanna-piccolillo\\_78c51e92-6176-11e2-8866-a141a9ff9638.shtml](http://www.corriere.it/cronache/13_gennaio_18/commissione-grandi-rischi-motivazioni-condanna-piccolillo_78c51e92-6176-11e2-8866-a141a9ff9638.shtml), disponible al 10/10/2016. Cabe aclarar que se trató de una sentencia penal.

(37) Conf. <http://www.elmundo.es/internacional/2014/11/11/5461c70f22601dbc5a8b456b.html>, disponible al 10/10/2016.



# RESPONSABILIDAD DE LOS ABOGADOS

POR PASCUAL E. ALFERILLO

## I. INTRODUCCIÓN

La decisión de rendir homenaje a la memoria del Dr. Félix A. Trigo Represas, implica reverdecer recuerdos que jalonaron un largo historial de admiración por un jurista extraordinario que, por su bonhomía, se transformó en amistad.

El retroceso en el calendario a noviembre de 1979, sitúa el encuentro en la celebración de los 90 años del Colegio de Escribanos de la Plata, donde el profesor Dr. Luis Moisset de Espanés recibía su premio “Autores consagrados nacionales - 1977” y el suscripto el de “Autores nóveles - 1977”. En un momento, estaban junto a otra “nave insignia” de la doctrina jurídica, el Dr. Eduardo Zannoni. Y es, en esa ceremonia, donde conocí al maestro y estreché, por vez primera, su mano.

Un momento inolvidable que se jalonó con un sinnúmero de encuentros posteriores, entre ellos su activa participación en las Jornadas Sanjuaninas de Derecho Civil (1982, 1984, 1986), acompañado por su amigo el Dr. Pedro Néstor Cazeaux.

Ver, una foto aportada por la inolvidable escribana Elvira Yorio, directora de la *Revista Notarial* por muchos años, de los tres juristas en la celebración de 120 años del Colegio, revivió aquel momento.

La lectura de sus obras transmite enseñanzas que fueron tenidas en cuenta por varias generaciones de abogados. La mayor virtud es la rigurosidad de sus razonamientos fundamentados en la lógica jurídica y, en una notable base de datos, adjunta en cada trabajo.

En lo personal se admira una cualidad que solo los seres iluminados la tienen, su humildad.

Esa conjunción de sabiduría y humana sencillez fue el sello distintivo de su obrar en la dimensión terrena que justifican este homenaje.

De su gran obra jurídica, para rendir homenaje a su persona, se selecciona para reflexionar junto a su pensamiento, la responsabilidad civil de los abogados, tema que fue una preocupación científica compartida.

## II. CONCEPTO Y FUNCIÓN DE LA ABOGACÍA

La fluida comunicación de Trigo Represas con sus lectores surge de un exquisito estilo, al exponer su pensamiento direccionado a sus pares que ejercen la profesión, de modo cotidiano, sin mengua alguna de su alta calidad técnica.

Este sentido práctico direccionó su trabajo de investigación para precisar, *ab initio*, el concepto de abogacía cuando dijo que “se trata de una profesión cuya función primordial es, en esencia, la de aconsejar o asesorar sobre cuestiones jurídicas y defender a quienes intervienen en procesos judiciales; aunque, a fuerza de pecar de detallista, bien puede agregarse que la actuación del abogado puede ser: judicial, ejercitando la representación de una parte en el desempeño de la procuración, o mediante el patrocinio en una causa, o bien asumiendo la defensa de un procesado en el fuero penal; o extrajudicial, sea a través del mero consejo legal o asesoramiento jurídico, o bien en la intervención directa en la formulación de un negocio jurídico, o en la redacción de contratos, estatutos, reglamentos, etcétera, o en la concreción de arreglos o transacciones que pongan fin a cuestiones dudosas, controvertidas.

Tarea esta para la cual se requieren, sin duda: conocimientos, capacidad, ingenio, ponderación y prudencia, y dedicación (1).

A la par, responde al dilema que si la actividad profesional de los abogados repercute más allá de sus intereses personales cuando sostuvo que, “la opinión que hoy prevalece es la que de que el abogado aunque defiende un interés particular, trasciende en su acción ese interés privado, para servir en realidad al interés público de la justicia; o, que para servir al interés privado, debe moverse en los límites del interés público, que es superior y no puede ser infringido sin daño social” (2).

---

(1) TRIGO REPRESAS, Félix A., “Responsabilidad civil del abogado”, Ed. Hammurabi, Buenos Aires, 1991, p. 30.

(2) *Ibidem*, p. 33.

Esta característica de la abogacía fue resaltada cuando se entendió (3) que “con romanticismo clásico, viene con buen propósito recordar que la abogacía, para los romanos, estaba conceptualizada a la altura de las dignidades sacerdotales. Ello, permitió asegurar que “los abogados que aclaran los hechos ambiguos de las causas y que, por los esfuerzos de su defensa en asuntos frecuentemente públicos y en los privados, levantan las causas caídas y reparan las quebrantadas, son provechosos al género humano no menos que, si en batallas y recibiendo heridas, salvaron a su patria y a sus ascendientes. Pues no creemos que en nuestro imperio militen únicamente los que combaten con espadas, escudos y corazas, sino también los abogados; porque militan los patronos de causas, que, confiados en la fuerza de su gloriosa palabra, defienden la esperanza, la vida y la descendencia de los que sufren” (4).

Este sentido épico de la profesión de abogado no se ha perdido en el tiempo y se puede ver cómo Calamandrei dedica una de sus obras cumbre “a la memoria de los abogados y de los estudiantes italianos de leyes muertos en la guerra por servir al derecho” (5).

Con la evolución del tiempo y las vicisitudes vividas por la profesión, junto al desarrollo y consolidación del Estado moderno, se recuerda (6) el origen latino de la palabra *advocatus* y se lo define como “licenciado o doctor en derecho que ejerce profesionalmente la dirección y defensa de las partes en toda clase de procesos o el asesoramiento y consejo jurídico”. De igual modo, se hace referencia en la segunda acepción al “intercesor o mediador” y, en la tercera, a la “persona habladora, enredadora, parlanchina”, trayendo a colación la extraordinaria capacidad de oratoria, de quien se recuerda como el primer abogado, Demóstenes (7).

---

(3) ALFERILLO, Pascual E., “Responsabilidad del abogado”, Ed. Astrea, Buenos Aires - Bogotá - Porto Alegre, 2020, ps. 1 y ss.

(4) Código Justiniano, Libro II, Tít. VII, nro. XIV, cit. por ANTKOLETZ, “Algunas reflexiones sobre la profesión de abogado (apuntes de legislación comparada)”, *Anales UBA*, 1914-426: “Advocali, qui dirimunt ambigua fata causarum, suaeque defensionis viribus in rebus saepe publicis ac privatis lapsa erigunt, fatigala reparant, non minus provident humano generi, quam si praelius atque vulneribus patriam parentesque salvarent. Nec enim solos nostro imperio militare credimus illos, quigladiis, clypeis el thoracibus nituntur, sed etiam advocalos; militant namque causarum patroni, qui gloriosae vocis conjisi munimine laborantium spem vitam el posteros defenduni”.

(5) CALAMANDREI, “Demasiados abogados”, Ed. EJEA, Buenos Aires, 1960, p. 15.

(6) <http://dle.rae.es/?id=07TG2dg>.

(7) <https://www.biografiasyvidas.com/biografia/d/demostenes.htm> (Atenas, 384 a.C. - Calauria, actual Grecia, 322 a.C.). Político y orador ateniense considerado el mejor orador de la antigua Grecia. Proveniente de una familia de empresarios ricos, per-

Sin lugar a hesitación, la actividad de los abogados trasciende su interés personal atendiendo la fuerte impronta social de su labor profesional. Tan es así que la Constitución de la provincia de San Juan, reconoció en el art. 218 que “la abogacía es una función pública no estatal, auxiliar del Poder Judicial. La totalidad de los abogados inscriptos en la matrícula conforman el Foro de Abogados”. Es decir, la institución que agrupa a los abogados tiene rango esencial para la sociedad.

### III. LOS DEBERES PROFESIONALES DEL ABOGADO PARA CON SU CLIENTE

El profesor Trigo Represas, desde su particular óptica, justificaba su posición en contra de los que sostenían la irresponsabilidad de los profesionales expresando que “hoy en día este punto de vista ha ido cambiando, y los abandonos, los errores y los descuidos merecen ahora, además del reproche de conciencia y del juicio desfavorable de terceros, una sanción jurídica” (8).

Por ello, que “al margen de esa libertad profesional de aceptar o no defensas y patrocinios, lo cierto es que una vez asumidas estas, entran a jugar una serie de obligaciones del abogado para con su cliente, encuadrables dentro de lo que se ha dado en llamar genéricamente ‘deber de lealtad’; el cual aparece además (...) expresamente enunciado en los siguientes términos: el abogado debe ‘comportarse con lealtad, probidad y buena fe en el desempeño profesional’” (9).

El maestro platense expresaba, completando su idea, que “tal deber es a su turno comprensivo de otros más concretos: de la obligación de no abandonar intempestivamente el patrocinio en los juicios en que inter venga (...) de no patrocinar o asesorar a ambos litigantes en un mismo juicio, simultánea o sucesivamente, o aceptar la defensa de una parte si ya hubiese asesorado a la otra (...) en lo atinente a la actuación judicial del abogado como apoderado, lo de: interponer los recursos pertinentes contra toda sentencia definitiva contraria a las pretensiones de su poderante y contra toda regulación de honorarios que corresponda abonar al mismo; asistir los días asignados para las notificaciones en la oficina,

---

dió a su padre a los siete años y sus tutores Áfobo, Demofonte y Terípides abusaron de su patrimonio, por lo que, al acercarse a la mayoría de edad, hubo emprender largos procesos judiciales para conservar algo de su fortuna.

(8) TRIGO REPRESAS, Félix A., ob. cit., p. 69.

(9) *Ibidem*, ps. 39-40.

a los juzgados o tribunales donde tenga en trámite pleitos o procesos; presentar y suscribir los escritos y activar el procedimiento en las condiciones de ley; y asistir puntualmente a las audiencias que se celebren en los juicios en que intervienen” (10).

En la actualidad, las normas deontológicas que presiden el accionar de la profesión, sean de génesis legal, por convenio entre los asociados o por delegación de facultades para legislar los códigos de ética de las instituciones que controlan la matrícula, tienen la capacidad para construir el perfil del buen abogado o del profesional ideal, junto con las normas sustanciales y procesales (11).

A partir de ello, y comenzando con la enumeración, en general, de los deberes impuesto para el buen ejercicio de la abogacía, se debe tener en cuenta, inicialmente, que el abogado es un servidor de la administración de justicia asimilado en el trato a los magistrados. Razón por la cual se le exige el mismo nivel de buen comportamiento (12).

Ahora bien, a la hora de evaluar la conducta llevada a cabo por el abogado en el ejercicio concreto de la profesión, se debe ponderar que debe exponer a los consultantes su posición jurídica conforme a los hechos que se le expongan y documentación que se le exhiba. Este deber impuesto está vinculado a lo que modernamente se conoce como el “de-

---

(10) *Ibidem*.

(11) REGLERO CAMPOS, “La responsabilidad civil de abogados en la jurisprudencia del Tribunal Supremo”, AFDUDC, nro. 11, 2007, ps. 785-813, y <http://mc.udc.es/dspace/bitstream/2183/2539/1/AD-11-45.pdf>. El autor señala para España que, “para determinar el régimen de las obligaciones del abogado y, en concreto, el canon de diligencia que le es exigible, ha de acudir al Código Civil; concretamente a las normas sobre contrato de arrendamiento de servicios (arts. 1583 y ss.), sobre contrato de mandato (art. 1542 y ss.), o, en su caso, sobre contrato de obra (art. 1588 y ss.). En cuanto al régimen de responsabilidad, debe buscarse en el propio de la específica modalidad contractual de que se trate, en el general de las obligaciones contractuales (art. 1101 y ss.), y en el recogido en el art. 25 y ss., de la ley 26/1984, del 19 de julio, general para la defensa de los consumidores y usuarios (LGDCU). No obstante, tanto el régimen de responsabilidad del abogado como el canon de diligencia exigible encuentran una formulación más específica en las normas que regulan la profesión, si bien tienen un rango meramente reglamentario (o carecen de alcance normativo)”.

(12) VIERA, Félix M., “Deberes de la ética profesional de los abogados”, LLGC 2006-1113, y “Deberes de la ética profesional de los abogados. Segunda parte”, LLGC 2007-895.

ber de informar” a la otra parte (en el caso, al cliente) cuando se celebra un contrato en el cual se prestarán servicios jurídicos (13).

El profesional para bien informar a su cliente debe conocer la normativa aplicable, el estado actual del pensamiento autoral y jurisprudencial respecto del tema consultado. Esta imposición se conoce como el deber de competencia, de conocimiento técnico, de pericia profesional que será de importancia suma a la hora de precisar el alcance de la responsabilidad del abogado.

Además, se verifica que las leyes orgánicas y éticas imponen al abogado, como obligación profesional, la de actuar diligentemente en todo momento en defensa de los intereses de su cliente, razón por la cual no debe retardar de manera innecesaria el patrocinio o los trámites en los asuntos a su cargo, ni puede hacer abandono de la tarea profesional que se le hubiere encomendado, sin causa justificada.

Otra de las conductas exigibles en los códigos éticos es la de mantener el secreto profesional de los hechos y documentos de su cliente de los que hubiere tenido conocimiento con motivo del servicio profesional.

A estos deberes específicos que imponen las normas orgánicas de los colegios profesionales se les deben sumar, para comprender adecuadamente las obligaciones asumidas por los profesionales de la abogacía en el ejercicio de su profesión, las interpretaciones jurisprudenciales y doctrinarias elaboradas en torno a las previsiones normativas contenidas en el código sustancial unificado (14).

Todos estos deberes profesionales mencionados, convergen para estructurar el perfil del buen abogado en el ejercicio de su profesión, el cual principia, como bien señala Padilla, con el juramento profesional y su inscripción en la matrícula, y se pone a prueba en la consulta, en la dirección del asunto —que debe ser personalísima—, en el consejo diario, etc. Esta responsabilidad rige no solo con el cliente, sino también con la parte

---

(13) Ver. OSSOLA, Federico – VALLESPINOS, Gustavo, “La obligación de informar”, Ed. Advocatus, Córdoba, 2001, p. 109. Los autores expresan que “los deberes, relaciones jurídicas obligatorias o carga de informar son los que existen en cabeza de todas las partes durante la totalidad del iter contractual. Su fundamento es la buena fe. Su objeto es comunicar debidamente determinada información que la otra parte desconoce, en algunos casos asesorando, aconsejando o advirtiendo. Su cumplimiento, según el caso, es presupuesto necesario para una debida formación del consentimiento y del contrato y una completa consecución de los fines que llevaron a las partes a contratar”.

(14) ALFERILLO, Pascual E., ob. cit., ps. 9-12.

contraria y con la sociedad, que han confiado en el honor, honestidad y preparación del abogado, para que se eviten pleitos contra toda razón y ley, destinados a ser perdidos de antemano” (15).

En este entendimiento, precisa el recordado profesor que la responsabilidad no es un concepto primario o autónomo, sino el término complementario de otra noción previa más profunda: la del deber u obligación. Si el hombre adecua su conducta a los “deberes” impuestos por el ordenamiento, no contrae ninguna responsabilidad; esta nace en cambio en la fase de la violación del deber preexistente y como sanción (o reposición sustitutiva), impuesta coercitivamente por la norma jurídica o derecho objetivo (16).

#### IV. RESPONSABILIDAD CIVIL DE LOS ABOGADOS

##### IV.1. La responsabilidad profesional en general

El profesor Trigo Represas, entendió que la responsabilidad civil de los profesionales no es más que un capítulo dentro del vasto espectro de la responsabilidad civil en general. Es la responsabilidad en la que pueden incurrir quienes ejercen una determinada profesión al faltar a los deberes especiales que ella les impone; o sea que tal responsabilidad deriva de una infracción típica de ciertos deberes propios de esa determinada actividad, ya que es obvio que todo individuo que practique una profesión debe poseer los conocimientos teóricos y prácticos propios de ella, y obrar con la diligencia y previsión necesaria con ajuste a las reglas y métodos que corresponda (17).

En otras palabras, la responsabilidad civil de los abogados es una especie dentro de la categoría correspondiente a los profesionales en general, respecto de la cual se aplican, en la actualidad, el régimen legal y principios contenidos en el Código Civil y Comercial para los casos de responsabilidad, sea la misma contractual o aquiliana.

---

(15) PADILLA, Francisco E., “Ética y cultura forenses”; Ed. Assandri, Córdoba, 1962, p. 41, cit. por BUSTAMANTE ALSINA, *Teoría general*, p. 501.

(16) TRIGO REPRESAS, Félix A., ob. cit., p. 47.

(17) *Ibidem*, ps. 104-105; “La responsabilidad del abogado por dejar prescribir una acción”, comentario al fallo de la CNCiv., sala H, 13/03/1996, “Rissola, Héctor D. c. C., D. A.”, cita online 973371; “Responsabilidad civil de los abogados”; JA 0003/002012.

## IV.2. Génesis de las obligaciones profesionales de abogado

La opinión de Trigo Represas, debe tenerse presente, fue expuesta en vigencia del derogado Código Civil, en el cual se diferenciaba el régimen de la responsabilidad contractual con la aquiliana. Ello conforme a la previsión del art. 1107 incluido dentro del título “De las obligaciones que nacen de los hechos ilícitos que no son delitos”.

Por ello estimaba que, la responsabilidad por daños del abogado puede existir, ante todo, con relación a personas con las cuáles se hallase él vinculado jurídicamente con anterioridad en virtud de un contrato, y como consecuencia del incumplimiento de obligaciones nacidas precisamente de él; en cuyo caso se tratará de responsabilidad contractual. Otras veces el acto lesivo puede producirse al margen de toda relación contractual, y entonces la responsabilidad habrá de ser extracontractual (18).

### *IV.2.a. Responsabilidad contractual del abogado*

En función de ello, estimaba que en la responsabilidad contractual la obligación violada nace de un contrato y presupone, por ende, un pacto preexistente que determina la naturaleza particular y extensión de la obligación, como así, tal vez, gradúe la culpa; en la extracontractual, en cambio, es la ley, por su solo ministerio, la que regula la medida y condiciones de la responsabilidad, deber este que, además, surge por vez primera recién, al producirse el daño (19).

El profesor anunciaba que se hallaba controvertido el tipo de contrato, razón que justificó el repaso de las distintas alternativas de cómo se puede presentar la vinculación abogado/cliente.

Al respecto, indica que se propicia la teoría que defiende la existencia de un contrato de mandato cuando precisa que concretamente, con referencia al abogado, se ha considerado que la relación jurídica entre esto y su cliente fue en su concepción originaria la del mandato, opinión que ha sido receptada en algunos fallos, cuando al primero le ha sido otorgado por este último un poder para actuar en juicio en su representación. Pero, va de suyo, lo que ha quedado descartado en la actualidad es lo

---

(18) TRIGO REPRESAS, Félix A., ob. cit., 109, “La responsabilidad del abogado por dejar prescribir una acción”, cit.; “Responsabilidad civil de los abogados”, cit.

(19) TRIGO REPRESAS, Félix A., ob. cit., p. 70.



referente a la gratuidad de dicho servicio, el cual fuera de toda discusión, debe ser y es remunerado (20).

De igual modo, recuerda la factibilidad de la existencia de un contrato de locación de servicios cuando señalaba que buena parte de la doctrina considera que en el ejercicio de las profesiones liberales se configura una verdadera “locación de servicios”, con la única particularidad de que el trabajo que se brinda es de orden intelectual y no manual, siendo esta una opinión que cuenta con importantes adhesiones con relación al quehacer de los abogados (21).

Para otros se trataría de una locación de obra intelectual, puesto que el abogado promete la ejecución de un trabajo mediante un precio calculado según la importancia de este, sin que exista ninguna relación de dependencia entre él como “locador” y su cliente como “locatario”.

A esta postura la mayor objeción que se le formula es la de que el abogado puede prometer la defensa de su patrocinado en un juicio o en varios, con esto no quiere decirse que garantiza el resultado.

Pero aquí actúa como un locador de obra. Asume también esta calidad cuando se obliga a estudiar una cuestión que se le plantea, con prescindencia de que prosperen o no las acciones judiciales que se promuevan como consecuencia del dictamen dado.

En efecto, hay aquí una obra intelectual, un resultado alcanzado. La eficacia de ese resultado no forma aquí parte, en general, de lo convenido (22).

Finalmente, fija su posición compartiendo la idea de la existencia de un contrato multiforme o variable cuando dice que ella interpreta que la prestación de servicios profesionales asume a veces el carácter de locación de servicios, otras la de locación de obra, o, en fin, la de mandato, según las circunstancias de cada caso; por lo que se ha dado en sostener que se trata de un contrato multiforme, variable o proteiforme, como lo es también, v.gr., la cesión de derechos (23).

---

(20) *Ibidem*, p. 115.

(21) *Ibidem*, p. 116.

(22) *Ibidem*, p. 119.

(23) *Ibidem*, p. 122.

#### ***IV.2.b. Responsabilidad aquiliana del abogado***

En cuanto a la otra clase, enseñó que pueden darse casos de responsabilidad profesional extracontractual, en los siguientes supuestos: 1) Si no media un contrato previo entre el profesional y cliente, lo cual puede ocurrir si el abogado debe cumplir funciones en virtud de un nombramiento de oficio efectuado por el juez, como tutor o curador especial o como partidor, o síndico de un concurso civil o administrador, etc. 2) si el contrato que liga a las partes no es válido. 3) Si pese a existir un contrato, el daño resulta ajeno al mismo y no produce como consecuencia de su inejecución, como sucedería si, por ejemplo, un abogado atropellase con su auto por accidente a un cliente suyo, aunque en rigor, esta hipótesis sería comprensiva también de los daños producidos “en ocasión” del contrato, pero carentes de relación de causalidad con el incumplimiento o el defectuoso cumplimiento de aquel. 4) Cuando los damnificados son terceros extraños al contrato concluidos entre el abogado y su cliente (24).

#### ***IV.2.c. A modo de síntesis***

Para que exista responsabilidad extracontractual es necesaria la violación de un deber establecido por la ley, y para que exista responsabilidad contractual se requiere que el agente haya contravenido una obligación resultante de un contrato, por lo cual cabe concluir que las llamadas responsabilidades “contractual” y “extracontractual” tienen idéntica naturaleza y no se justifica desde este punto de vista la pretendida dualidad del sistema (25).

Esta opinión de Trigo Represas, sin lugar a duda, era de vanguardia, dado que es la receptada en la normativa del Código Civil y Comercial cuando unificó el régimen de la responsabilidad.

Pero sobre la base de la dogmática imperante al momento de entendió que, en el caso particular de los abogados, los contratos que más habitualmente celebran son el mandato y la locación de servicios, según que representen a un cliente o lo patrocinen en un juicio, o la locación de obra, si se les ha encomendado la preparación de un documento contractual o un dictamen. Pero de todas formas, con prescindencia de cuál sea el contrato celebrado entre el profesional y su cliente, al que se pueda denominar genéricamente “contrato de prestación de servicios profe-

---

(24) *Ibidem*, p. 123.

(25) *Ibidem*, p. 101.

sionales”, lo real y concreto es que si existe un contrato que relaciona al dañador con y al damnificado y si el perjuicio se produjo como consecuencia de la inejecución de tal contrato y no por otras circunstancias ajenas a él, la responsabilidad del abogado habrá de ser, necesariamente, contractual (26).

Finalmente, sostenía que existen casos de superposición de ambas responsabilidades contractual y extracontractual, Ello ocurre cuando el incumplimiento de la obligación contractual importa asimismo la comisión de un delito del derecho criminal (...) e igualmente en aquellos casos en los que el incumplimiento de la obligación contractual configura simultáneamente una infracción de un deber jurídico asimismo impuesto por la leyes; como pasa con el abogado mandatario o procurador que no interne en término los recursos legales contra la sentencia adversa a su cliente, o no presenta los escritos pertinentes, o no asiste a las audiencias fijadas en los juicios en que intervienen, todo lo cual son deberes impuesto por la ley (27).

Sobre el encuadre de la responsabilidad civil de los abogados se entiende (28) que su actividad técnica queda enmarcada dentro del contexto teórico de la responsabilidad profesional en general pero, por las particulares características que tiene el ejercicio de la profesión, como es un accionar diferenciado conforme actúe como apoderado o patrocinante (29), la participación de la voluntad del cliente en la toma de las decisiones sustanciales, la valoración e interpretación de una tercera

---

(26) *Ibidem*, p. 122.

(27) *Ibidem*, p. 124/125. El autor completa su pensamiento expresando que En todos los casos, si bien no puede negarse el carácter esencialmente contractual de dichas responsabilidades, tampoco es posible desconocer la existencia paralela de deberes legales que resultan violados: lo cual permite afirmar que frente a la obligación contraída entre el profesional y su cliente, existe un deber legal de características *sui generis* cuyo incumplimiento hace emerger la responsabilidad aquiliana del autor, independiente de la responsabilidad contractual que también le concierne. Ahora bien, cuando la inejecución del contrato degenera de un delito del derecho criminal, también aparece la responsabilidad extracontractual en razón de que tal delito supone, por sí mismo, la infracción de un deber legal separado y distinto de la mera ejecución de un contrato, teniendo el damnificado, según la opinión mayoritaria, (...), un derecho de opción para ejercitar la acción que más le conviniese para obtener la reparación.

(28) ALFERILLO, Pascual E., ob. cit., ps. 73 y ss.

(29) CNCiv., sala D, 04/05/1979, LA LEY 1979-D-21 y DJ 1979-10-22. En el fallo se dijo que “la responsabilidad del abogado se hace efectiva especialmente cuando infringe los deberes que le incumben concernientes al patrocinio o representación de su cliente”.

persona —el juez—, que define la procedencia o no de la pretensión deducida, etc., le confiere peculiaridades que deben ser tenidas en cuenta al momento de analizar si se han configurado, o no, los presupuestos necesarios para imputarle responsabilidad y luego, en caso positivo, para valorar y cuantificar el daño resarcible.

En ese sentido, los tribunales han opinado que la responsabilidad profesional del abogado presenta aristas especialmente delicadas, no asimilables a la de otras profesiones liberales. Ello así, por cuanto el ejercicio profesional de la abogacía, como parte del servicio de justicia, más allá del interés privado del cliente, compromete la meta constitucional del afianzamiento de la justicia (30).

Es decir, conocer que la abogacía es una función pública no estatal, auxiliar del Poder Judicial razón por la cual es una función social al servicio del derecho y de la justicia. En otras palabras, su ejercicio es una función pública, pero de desempeño particular o privado, lo cual no implica un *bill* de indemnidad, sino que, por el contrario, es un requerimiento de cumplir el trabajo profesional, con el nivel técnico y moral que la sociedad le exige, atendiendo la trascendencia de su accionar.

Por ello, se determinó que en todos los casos la responsabilidad del abogado es estrecha y grave y consiste en la omisión de aquellas diligencias que exigiere la naturaleza de la obligación y que correspondieren a las circunstancias de las personas, del tiempo y del lugar (31).

En otras palabras, cuando se trata de los daños causados por el abogado a su cliente, con el que previamente habrá celebrado algún tipo de contrato de prestación de servicios profesionales, la responsabilidad civil es contractual, en razón de resultar de la inejecución o mal cumplimiento de las obligaciones que el profesional asumió contractualmente (32).

---

(30) CCiv. 3ª, Circ. 1ª Mendoza, 10/10/1922, “Moreno, Santiago A. c. M. L. P. de M. s/ daños y perjuicios”, expte. 110712, LS 083-121.

(31) CCiv. y Com. Lomas de Zamora, sala I, 30/03/2004, LLBA 2004-641.

(32) CCiv. Com. y Min. Cipolletti, 26/9/2007, LLPatagonia, 2007-1384. También, CNCiv., sala F, 27/07/1976, “Bachella SA Pedro c. P., M. E.”. En este fallo se dijo que “la responsabilidad del abogado en relación con su cliente es siempre de orden contractual, y en el caso en que actúa como apoderado, sus obligaciones se rigen por las reglas del mandato y por las normas respectivas de la ley 10.996 de ejercicio de la procuración ante los tribunales nacionales, si se trata, como en este caso, de procesos ventilados ante dicha jurisdicción”.

#### *IV.2.d. Algunas hipótesis de mala praxis abogadil*

Sin la pretensión de desarrollar todas y cada una de las hipótesis en las cuales se puede comprobar mala praxis en el ejercicio de la profesión, se formulará solo una enumeración, para poner énfasis en la importancia que tiene en la actualidad, el saber del abogado.

En este sentido, se estimó que existe responsabilidad del abogado en su actuación extrajudicial cuando incurre en mal asesoramiento, no inicia la demanda o la inicia estando prescripta la acción (33).

En cuanto a la responsabilidad por negligencia en la tramitación del juicio, para su ponderación se debe tener en consideración si su actuación es como patrocinante o como apoderado. A partir de ello, se estimó que es responsable si incurre en inexactitudes fácticas en el juicio; o deja culposamente perimir la instancia; no presenta en tiempo y forma los escritos o recursos, etcétera (34).

En la etapa poscontractual se incurre en responsabilidad si no conserva adecuadamente la documental aportada por su cliente o no mantiene el secreto profesional incumpliendo con el deber de confidencialidad (35).

Con relación al *thema centralis* seleccionado para ser examinado en este apartado, la abogacía se caracteriza por ser una profesión cuyo título se obtiene en los claustros universitarios, a partir de lo cual se colige su calidad de especialista en el conocimiento de temas relacionados con la ciencia jurídica. A la par, su ejercicio liberal se lleva a cabo mediante la procuración en defensa de los derechos del cliente. Ello, ineludiblemente, marca que pueden existir incumplimientos contractuales relacionados con el saber jurídico del abogado o con su diligencia en el cumplimiento de los propósitos procurados. En pocas palabras, un abogado puede ser negligente en su saber o en su accionar.

En este párrafo, se formulará un breve comentario respecto de la primera opción, pues si bien es cierto que, en nuestro sistema, el simple hecho de obtener el título universitario lo avala para ejercer la profesión de por vida, no se puede desconocer la constante evolución de la sociedad que se refleja en los permanentes cambios normativos que imponen al profesional el deber de estar actualizado en su conocimiento.

---

(33) ALFERILLO, Pascual E., ob. cit., ps. 157-161.

(34) *Ibidem*, ps. 163-196.

(35) *Ibidem*, ps. 200-204.

La obligación de estar al día, no es solo de la norma jurídica vigente, la cual —por imperio legal— se considera conocida a partir de su publicación oficial (arts. 5º y 8º, Cód. Civ. y Com.), tanto para quien es letrado como para el lego, sino también de la doctrina judicial imperante en los tribunales de la jurisdicción donde tiene radicación la litis, así como del pensamiento de los autores que estudiaron el tema planteado.

Este deber esencial del abogado fue magistralmente sintetizado por Couture, cuando advertía que “el derecho se transforma constantemente. Si no sigues sus pasos, serás cada día un poco menos abogado” (36).

De modo concordante, describe Gómez Pérez, “la profesión de abogado exige un buen conocimiento de la ley, de la jurisdicción y de la práctica de los tribunales. Como las pretensiones en litigio suelen ser dudosas (si no lo fueran no habría pleito, al menos en la mayoría de los casos), es obligación del abogado utilizar todos los recursos que le confiere ese conocimiento para defender a su cliente. Aunque algunos ejemplos podrían parecer lo contrario, existe una gran diferencia entre el uso de medios ilícitos de defensa y las habilidades, recursos y técnicas de un abogado competente. Probablemente, la parte contraria pensará con frecuencia que el abogado ajeno ha utilizado medios ilícitos para ganar el pleito. Pero esta opinión no tiene por qué intranquilizar la conciencia del abogado si su actuación ‘astuta, hábil’ se ha hecho dentro de los márgenes de la ley y de la moral” (37).

Como se percibe, el saber jurídico del abogado no es solo una preunción emergente de su título profesional, sino que adquiere su real dimensión al momento de ejercer la profesión, pues el Estado confía en la capacidad de los letrados para la adecuada defensa de los intereses de los ciudadanos, de allí su repercusión pública. El Estado ha depositado en los abogados su fe para la tutela efectiva del constitucional derecho de defensa de los ciudadanos (38).

En la relación abogado-cliente, la trascendencia del saber jurídico del profesional es descripta por Couture cuando marca que el derecho se conoce estudiando y se ejerce pensando. Idea, a partir de la cual se-

---

(36) COUTURE, Eduardo, “Los mandamientos del abogado”, Ed. UNAM, México, 2003, p. 8; OSSORIO - GALLARDO, Ángel, “El alma de la toga”, Ed. Losada, Buenos Aires, 1940, p. 326, enseñan: “Busca siempre la justicia por el camino de la sinceridad y sin otra arma que las de tu saber”.

(37) GÓMEZ PÉREZ, “Deontología jurídica”, Ed. Universidad de Navarra, Pamplona, 1982, p. 162.

(38) ALFERILLO, Pascual E., ob. cit., p. 149.

ñala que “el abogado recibe la confidencia profesional como un caso de angustia humana y lo transforma en una expresión tan lúcida como su pensamiento se lo permite. La idea de Sperl de que la demanda es el proyecto de sentencia que quisiera el actor, nos dice con gravedad elocuente que intensos procesos de la inteligencia deben desenvolverse para transformar la angustia en lógica y la pasión de los intereses en un sencillo esquema mental cuando el abogado ha cumplido a conciencia su trabajo, el juez recibe el caso, por así decirlo, peptonizado. Normalmente su tarea consiste en escoger una de las dos soluciones que se le proponen, o hallar una tercera con lo mejor de ambas. El abogado transforma la vida en lógica y el juez transforma la lógica en justicia” (39).

Es decir que, en el ejercicio concreto de la profesión por el abogado, este no es un mero traductor del problema de la vida real que le presenta su cliente a un libelo formal, para ser expuesto como pretensión ante los tribunales; por el contrario, su intervención es compleja, pues debe analizar con óptica de especialista, en el saber jurídico, dicha realidad, evaluar las ventajas y las contras que se le puedan presentar en el caso de iniciar la litis. Es su deber informar de ello a su cliente para que este dé su consentimiento informado para el inicio de la acción y no que ella sea decisión exclusiva del letrado.

Para llegar a ello, el profesional se debe mantener, adecuadamente, actualizado del pensamiento de la principal doctrina autoral que informa el tema, como diligencia mínima e ineludible, pues no se exige la versación de un eximio jurista que conozca no solo el pensamiento de los juristas nacionales sino también de los otros países, ni que sepa las tendencias por venir en los distintos temas del derecho.

De igual modo, acontece con el conocimiento de la doctrina de los tribunales, que debe estar al corriente en sus tendencias generales. En este tema se advierte que la mayoría de los profesionales citan la jurisprudencia elaborada en otras jurisdicciones y que desconocen el pensamiento de los magistrados de la jurisdicción donde se radicó la litis quienes, en definitiva, resolverán el asunto, lo cual constituye un equívoco que en algunos casos puede llegar a ser justificado cuando los poderes judiciales no publican —como manda el vivir en una república y la norma positiva— todos y cada uno de los fallos emitidos principalmente por las Cortes Superiores y las Cámara de Apelaciones, por la dificultad para conocerlos.

---

(39) COUTURE, Eduardo, ob. cit., p. 9.

En tiempos no muy remotos era impensado endilgar a un profesional de la abogacía mala praxis por falencias en su saber jurídico o por desconocimiento de las soluciones dadas por la doctrina autoral o judicial, pues se ponía como punto de exculpación que su deber se restringía a la presentación y debida acreditación de los hechos en los cuales se fundaba la pretensión del cliente y que el derecho, en definitiva, era definido por la magistratura. Ello se entendía de este modo porque se seguía el pensamiento del *Chief Justice* Hughes, el cual afirmaba que “la ley es lo que los jueces dicen que es” (40).

Sin embargo, debe tenerse en cuenta la importancia del buen asesoramiento extrajudicial del abogado, cuando acepta orientar al cliente en su problema y define la estrategia a seguir en el pleito. La experiencia indica que el primer encuadre que hace el abogado es cuando formula las interrelaciones previas, cuando requiere el cumplimiento de lo que entiende que le asiste en razón jurídica a su cliente para reclamar de la otra parte.

En otras palabras, un asesoramiento inicial erróneo en su encuadre jurídico implica una equivocada impetración de la demanda y, por cierto, que el resultado final puede no ser el esperado. En este caso, no se podría exculpar de responsabilidad al abogado por el error científico cometido que se refleja en el resolutorio de la sentencia dictada, porque esta —en definitiva— es el resultado de la pretensión que fue definida por la parte con el asesoramiento del letrado.

Para completar el tema, es oportuno recordar que Mosset Iturraspe sostiene que “el abogado, en el ejercicio de su ministerio debe poner en práctica todos sus conocimientos técnicos para lograr una sentencia favorable; lo cual significa que no basta con demandar, ofrecer prueba, alegar, etc.; que cada uno de esos pasos debe darse a partir de un saber científico actualizado” (41).

---

(40) BORDA, Guillermo A., “Tratado de derecho civil. Parte general”, Ed. La Ley, Buenos Aires, 2008, 13ª ed. act. por G. J. BORDA, t. I, p. 163. Este autor destaca de la interpretación judicial su carácter concreto y objetivo porque busca en la ley el sentido que más convenga al caso que deba juzgarse. Ello por cuanto es “una interpretación influida por los hechos del caso, por los intereses en juego, por la justicia y la moral que resultan de la solución dada. De ahí, que muchas veces la doctrina y la jurisprudencia marchen por sendas distintas y sostengan soluciones divergentes. Cuando ello ocurre hay que presumir, casi siempre, que son los jueces los que han dado con la solución acertada” (“Tratado. Parte general”, t. I, p. 195). ALFERILLO, Pascual E., “Interpretación de la norma y aplicación de las reglas supletorias en el proceso laboral de Santiago del Estero (ley 3603)”, LLNOA, 2005-963.

(41) MOSSET ITURRASPE, Jorge, “Responsabilidad del abogado”, LA LEY 2006-B, 1.



Por su parte, Trigo Represas opinaba que “al letrado le corresponde la selección de los hechos, normas jurídicas aplicables y desarrollos argumentativos de cada caso a su cargo, por lo que no puede limitarse simplemente a reproducir lo que le fuera expuesto por su cliente, sino que debe aprehender y valorar tales circunstancias fácticas a la luz de las preceptivas e instituciones jurídicas, para así escoger, de entre todas ellas, los hechos en base a los cuales ‘constituirá’, ‘organizará’ el caso, preparará la prueba, desarrollará la teoría aplicable y elaborará la argumentación destinada a convencer a los jueces de la razón que asiste a su cliente” (42).

En palabras de cierre, se puede aseverar que en el estado actual de la evolución de la doctrina autoral y judicial es factible atribuir al abogado responsabilidad cuando incurra en error técnico en el asesoramiento de su cliente, pues la obtención del título habilitante no da saber eterno ni inmutable, sino que —por el contrario— su conocimiento debe ser permanentemente actualizado para dar respuestas jurídicamente acertada a los pedidos de los clientes.

#### IV.3. Naturaleza jurídica de la prestación profesional

La naturaleza jurídica de la prestación profesional para con su cliente es una de los temas que ocupa el centro del debate académico en las tertulias sobre derecho de daños, generando, a lo largo de su evolución, distintos posicionamientos respecto de si se tratan de obligaciones de medio o de resultado.

El profesor Trigo Represas indicó que fácil es advertir en el ejercicio de algunas profesiones liberales que la obligación que, en general, asume el profesional es en realidad de “medios”; dado que, v.gr., ni el médico se compromete a curar la enfermo ni el abogado a ganar el pleito, sino que únicamente se obligan a cumplir una prestación eficiente e idónea, con ajustes a los procedimientos que las respectivas técnicas señalen como los más aptos para el logro de esos fines, pero sin poder asegurar que se

---

(42) TRIGO REPRESAS, Félix A., “Falta de legitimación *ad causam* del actor y responsabilidad civil de su abogado”, LL, 2007-B-570. El autor completa su pensamiento diciendo que, “siendo por ello que se ha podido resolver que la responsabilidad del abogado puede nacer aun antes de que exponga en un escrito judicial los hechos que le indique su cliente, ya que primero debe examinar y apreciar su verosimilitud, como también la viabilidad, sobre la base de los mismos, de la acción a deducir; como que es igualmente responsable por la falta de claridad en la exposición de los hechos, aunque hubiese repetido lo que le manifestara su cliente, si de esa manera se facilitó el triunfo de la otra parte”.

pueda obtener la finalidad última perseguida. No obstante, también estos profesionales pueden obligarse a un resultado; tal como ocurre, por ejemplo, si el abogado se compromete a redactar un contrato, o un estatuto societario, o a realizar una partición, o cuando el médico solo debe hacer un reconocimiento o examen general al cliente, o tomarle una radiografía, o un electrocardiograma, etcétera.

Todo lo cual demuestra, entonces, que no puede afirmarse con carácter amplio, *prima facie*, que las obligaciones de los profesionales sean de “medios” o de “resultado” ya que ello dependerá en cada caso de la profesión de que se trate, y asimismo de la labor concreta a cumplir por el profesional (43).

Un repaso de los antecedentes del tema permite observar que la naturaleza jurídica de la asistencia profesional en general y, en particular, la de los abogados, divide la opinión de los autores y de la doctrina judicial, entre quienes sostienen que se trata de obligaciones de medio y no de resultado, frente a los que entienden superada esa dicotomía por cuanto no se reconocen diferencias ontológicas entre ellas (44).

#### ***IV.3.a. El pensamiento de los defensores de la distinción entre las obligaciones de medio y de resultado***

En la doctrina autoral existe consenso, aun admitiendo la preexistencia de otros antecedentes, en atribuir la paternidad y, de suyo, la consolidación doctrinal de la distinción entre las obligaciones de medios y de resultado al jurisconsulto francés Demogue.

Trigo Represas, López Mesa, Pizarro y Vallespinos, entre otros, recuerdan que esta distinción se elaboró en el marco de disputa entre quienes propiciaban la unidad conceptual y los diferenciadores del régimen de la culpa entre contractual y extracontractual que tenía el propósito directo de definir, en cada categoría, la carga probatoria que le correspondía a las partes frente a un conflicto de interés entre ellas. En las de medios, el acreedor debía acreditar la culpa del deudor para obtener el resarcimiento; en cambio, en las obligaciones de resultado, la cir-

---

(43) TRIGO REPRESAS, Félix A., ob. cit., p. 142, “La responsabilidad del abogado por dejar prescribir una acción”, cit.; “Responsabilidad civil de los abogados”, cit.

(44) ALFERILLO, Pascual E., “La carga probatoria de la responsabilidad profesional de los abogados”, LLGC, “La carga probatoria en la mala praxis médica”, LA LEY del 11/03/2013, 3, LA LEY 2013-B, 123, AR/DOC/853/2013; “Responsabilidad del abogado”, cit., ps. 37 y ss.

cunstancia objetiva de la no obtención de este lo transforma al deudor en responsable (45).

La evolución de la figura marca una segunda etapa, caracterizada por el pensamiento de Mazeaud, quien encuentra en las obligaciones de resultado o “determinada”, una presunción de culpa, dado que la métrica para ponderar la diferencia entre una y otra categoría es la aleatoriedad del resultado. En las obligaciones determinadas (de resultado), el azar se encuentra en mínima expresión; en cambio, en las de prudencia y diligencia (de medios) es constitutivo, no dependiendo su incidencia de la actuación diligente del deudor. Por lo tanto, señalan los autores “la distinción se basa en el objeto de la obligación, y no en su grado, como se imagina a veces. El grado de diligencia requerida del deudor puede ser, además, más o menos elevado, como en las obligaciones determinadas, según las circunstancias y la convención de las partes” (46).

En la doctrina nacional se reconoce en Bueres, al autor que marcó los perfiles conceptuales de la distinción, al expresar que ella era aplicable tanto a las obligaciones del ámbito contractual como al extracontractual. Así quedó asentado desde un señero fallo como juez de la instancia inicial, en el cual dijo que “en las obligaciones de medio el acreedor es quien debe demostrar la culpa del deudor, a diferencia de lo que acontece en los deberes de resultado en que el primero solo está compelido a probar la falta de obtención del objeto perseguido (‘resultado’), esto es, el incumplimiento ‘material’ u ‘objetivo’ de la prestación, pues con ello basta para que la culpa quede fuera de cuestión, se ‘descarte’ (algunos autores hablan en estos casos de ‘presunción’ de imputabilidad, posibilidad de rechazo)” (47).

Por su parte, Picasso —siguiendo los lineamientos de los defensores de esta postura— expone que, “en las obligaciones de medio, el deudor se compromete simplemente a desarrollar un determinado plan prestacio-

---

(45) TRIGO REPRESAS, Félix A. - LÓPEZ MESA, Marcelo J., “Tratado de la responsabilidad civil”, Ed. La Ley, Buenos Aires, 2004, t. I, p. 737; PIZARRO, Ramón D. - VALLESPINOS, Carlos Gustavo, “Instituciones de derecho privado. Obligaciones”, Ed. Abeledo Perrot, Buenos Aires, 1992, t. 2; Ed. Hammurabi, 1999, ps. 579 y ss.; TRIGO REPRESAS, Félix A., “Falta de legitimación *ad causam* del actor y responsabilidad civil de su abogado”, ob. cit.

(46) MAZEAUD, Henri, en *Revue Trimestrielle de Droit Civil*, 1936, ps. 1 y ss.; MAZEAUD, Henri - MAZEAUD, León y TUNC, André, “Tratado teórico y práctico”, Ed. EJEA, Buenos Aires, 1961, t. I, vol. I, trad. L. Alcalá Zamora, ps. 129-131.

(47) CNCiv., sala E, 25/11/1980, LA LEY 1981-D, 141, del fallo de primera instancia, confirmado por la Cámara, con nota de TRIGO REPRESAS, Félix A., “Responsabilidad civil de médicos y establecimientos asistenciales”.

nal, y si bien el mismo está dirigido a satisfacer un interés del acreedor, este último no es sin embargo afianzado por el obligado. En esta clase de deberes, entonces, el interés del acreedor se encuentra *in obligatione*, pero no está, en cambio, *in solutione*: es un interés aleatorio o contingente, y el deudor paga (cumple) desplegando simplemente la conducta comprometida”. En cambio, “en las obligaciones de resultado el deudor afianza o garantiza el resultado, y si bien esto no significa que el obligado no deba desplegar también una conducta diligente tendiente a alcanzar el mismo, lo cierto es que con ello no basta, y solo puede considerarse que ha cumplido cuando el resultado pretendido se alcanza efectivamente. De allí que, a diferencia de lo que sucede en los deberes de medio, en los de fines el interés del acreedor se encuentra tanto *in obligatione* como *in solutione*” (48).

#### ***IV.3.b. El pensamiento de los autores negadores de la diferencia***

Entre los principales juriconsultos que no aceptan la distinción, se pueden citar las meditaciones de Wayar, Zannoni, Alterini, López Cabana, Ameal, Belluscio, Borda, Boffi Boggero y Alferillo, para quienes, básicamente, no existen diferencias ontológicas, por cuanto la distinción entre obligaciones “de medios” y “de resultado” es solo aparente. Entre una y otra categoría no hay ninguna diferencia de esencia o de naturaleza. En aquellas que la tradición llama “de medios” es siempre posible hallar un resultado; esto se comienza a comprender cuando se acepta que en toda obligación hay “medios” y se persiguen “resultado” (49).

En esta dirección, Zannoni marca que “la distinción entre obligaciones de medios y de resultado se origina en la identificación; o subsunción; entre objeto de la obligación y prestación o conducta debida. La mayoría considera que la prestación constituye el objeto de la obligación. Sin embargo, no es así. El objeto de la obligación es el bien o la utilidad que interesan al acreedor; la prestación es la conducta debida por el deudor tendiente a procurar al acreedor el bien o utilidad que constituye el

---

(48) PICASSO, Sebastián, “La culpa y el incumplimiento en las obligaciones de medios”, LL 2000-C, 91; MOISSET DE ESPANÉS, “Curso de obligaciones”, 2004, t. 1, ps. 334 y ss. La opinión del juriconsulto cordobés en ese libro se puede definir como conciliadora cuando se adhiere a la calificación, pero con un sesgo flexible y relativo y no rígido y absoluto.

(49) ALTERINI, Atilio A. - AMEAL, Oscar - LÓPEZ CABANA, Roberto, “Curso de obligaciones”, Ed. Abeledo Perrot, Buenos Aires, t. I, ps. 46 y ss.; BORDA, Guillermo, “Problemas de la culpa contractual”, LA LEY 111, 925; BOFFI BOGGERO, Luis M., “Tratado de las obligaciones”, Ed. Astrea, Buenos Aires, 1973-2012, t. I, p. 211; BELLUSCIO, Augusto, “Obligaciones de medio y de resultado. Responsabilidad de los sanatorios”, LA LEY 1979-C, 30, entre otros autores.

objeto de la obligación. Planteado así, se advierte sin esfuerzo —dice este autor— que la prestación —conducta debida— es siempre un ‘medio’ y el objeto es siempre un ‘resultado’” (50).

Sobre el particular, Wayar aclara que “a partir de la distinción entre objeto y prestación se obtiene el siguiente esquema: el objeto del derecho del acreedor equivale a un resultado que él espera de la conducta de su deudor; la prestación, o conducta del deudor, es el medio productor de aquel resultado. En este sentido ‘resultado’ y ‘medio’ son dos elementos que están ligados íntimamente dentro de la estructura de toda relación de obligación; constituyen parte de su esencia” (51).

En otras palabras, en las obligaciones llamadas “de medios”, la prestación, la conducta debida, persigue siempre un resultado que no es otro que satisfacer el interés del acreedor. Es innegable que el logro del resultado le interesa también al deudor; solo así se explica que ponga todo su empeño en obtenerlo. Sería un dislate suponer que quien adeuda un medio no se preocupe por lograr un resultado.

A partir de este adecuado deslinde, Zannoni continúa desarrollando su pensamiento y dice que, “por subsumirse o identificarse la prestación con el objeto de la obligación, se han pretendido caracterizar, *a priori*, conductas debidas que serían, en sí mismas, objeto de la obligación”, destacando —con la aplicación del art. 512, Cód. Civil— que “los factores de atribución subjetivos de responsabilidad; culpa o dolo; se imputan a la conducta debida, no al objeto”; por ello, “cuando la ley atribuye la responsabilidad por la sola frustración del resultado en el ámbito contractual o por la sola producción del daño en la responsabilidad extracontractual no puede hablarse de un factor de atribución subjetivo: en estos casos la ley no presupone un juicio de reproche a la conducta sino un deber de reparar, fundado en factores objetivos (riesgos, garantía, provecho, etc.), la frustración de ese resultado o la producción del daño, salvo que se interrumpa el nexo causal y se pruebe el *casus*” (52).

A modo de síntesis, si se observa con fineza, sin lugar a hesitación, toda obligación tiene una finalidad, un objetivo que satisface el interés

---

(50) ZANNONI, Eduardo A., “Obligaciones de medios y de resultado (Observaciones críticas a un distingo conceptual a propósito de un fallo)”, JA 1983-II-169, y “La obligación (Concepto, contenido y objeto de la relación jurídica obligatoria)”, *Revista Jurídica de San Isidro*, nro. 20, separata, p. 94.

(51) WAYAR, Ernesto, “Derecho civil. Obligaciones”, Ed. Depalma, Buenos Aires, 1990, t. I, p. 128.

(52) ZANNONI, Eduardo A., “Obligaciones de medios y de resultado...”, ob. cit.

del acreedor que se logra con la adecuada realización de las conductas debidas por el deudor (prestación). Pero la clasificación como de medio o resultado no surge de la naturaleza autónoma de la obligación, de su ontología, sino que depende de la fuente que le da origen. En ella (pacto, contrato, convenio, etc.) queda manifestado, el interés del acreedor por la obtención del resultado (en mayor o menor medida) y la promesa del deudor (abogado) de realizar el mismo en la dimensión requerida.

Si la obligación es de medio o de resultado es porque así se negoció, de donde lo importante, lo trascendente, es el contenido del pacto que precisa el alcance jurídico, o si se prefiere, define la naturaleza jurídica de cada obligación que contiene.

Ello es perfectamente comprendido en el art. 1768 del Cód. Civ. y Com., cuando regula que la actividad del profesional liberal está sujeta a las reglas de las obligaciones de hacer. La responsabilidad es subjetiva, excepto que se haya comprometido un resultado concreto.

En otras palabras, se fija como norma de clausura, para cuando se omitió establecer expresamente que la obligación asumida por el profesional es de resultado que las obligaciones del especialista son de medio. Va de suyo, que el contenido del contrato define la naturaleza de la obligación; no la obligación en forma autónoma.

#### ***IV.3.c. La regulación del Código Civil y Comercial***

Las opiniones de los juristas sobre la naturaleza jurídica de la obligación profesional, sin lugar a hesitación, adquieren relevancia cuando un país adopta la decisión política de actualizar sus códigos dado que influyen en la elaboración de las normas.

Ello, aconteció con la preparación del anteproyecto de código unificado que fue confiado por dec. 191/2011, a los Dres. Lorenzetti, Kemelmajer de Carlucci y Highton de Nolasco, quienes convocaron a 70 profesores para que opinaran en distintos temas.

El tema trató de ser definido en su alcance, *ab initio*, por la Comisión en la nota de elevación, donde precisa que “las diferencias entre la imputación objetiva y subjetiva son claras: en la primera, el deudor se exime demostrando el caso fortuito, el hecho de un tercero, o el hecho de la víctima, o sea solo puede invocar la ruptura del nexo causal. En cambio, en la segunda, aun en los supuestos en los que la ley presume la culpa, el deudor se exime mediante la demostración de su falta de culpa.

”En la definición de la imputación objetiva se ha prescindido de la clasificación entre obligaciones de medios y de resultado, en razón de las controversias que ese distingo ha suscitado en la doctrina argentina. Sin perjuicio de que se la siga utilizando como construcción dogmática, en el plano normativo es claro que si el deudor promete un resultado determinado y este no se obtiene, no puede eximirse demostrando su falta de culpa. En estos casos la imputación es objetiva porque solo se libera con la prueba de la ruptura del nexo causal. Estas denominaciones son consistentes con las utilizadas en las obligaciones de hacer y con las que se expresan los distingos entre contratos de obra y servicios, a fin de dar coherencia al sistema”.

En función de esta idea inspiradora y luego de superado el proceso legislativo, el Código Civil y Comercial regula en el art. 1768 que “la actividad del profesional liberal está sujeta a las reglas de las obligaciones de hacer. La responsabilidad es subjetiva, excepto que se haya comprometido un resultado concreto. Cuando la obligación de hacer se preste con cosas, la responsabilidad no está comprendida en la secc. 7<sup>a</sup>, de este Capítulo, excepto que causen un daño derivado de su vicio. La actividad del profesional liberal no está comprendida en la responsabilidad por actividades riesgosas previstas en el artículo 1757”.

El artículo, en su primera parte, remite a las reglas de las obligaciones de hacer para regular la actividad de las profesiones liberales.

Como se advierte, la norma limita su alcance a las profesiones que se ejercen sobre la base de un título otorgado por una universidad, verbigracia: medicina, abogacía, ingeniería, arquitectura, odontología, etc.

A estas profesiones, cuando se ejercen, se les aplica el contenido de los arts. 773 a 777. En función de ello, la obligación tendrá por objeto la prestación de un servicio o la realización de un hecho en el tiempo, lugar y modo acordado por las partes. Esta parte final marca la génesis contractual de la relación cliente-profesional.

La prestación de un servicio, regla el art. 774, puede consistir en: a) en realizar cierta actividad, con la diligencia apropiada, independientemente de su éxito. Las cláusulas que comprometen a los buenos oficios, o a aplicar los mejores esfuerzos están comprendidas en este inciso; b) en procurar al acreedor cierto resultado concreto, con independencia de su eficacia; c) en procurar al acreedor el resultado eficaz prometido. La cláusula llave en mano o producto en mano está comprendida en este inciso.

Como se colige, la prestación del profesional puede tener la alternativa de ser de medio —inc. a)— o de resultado —incs. b) y c)—. Ello es

definido en el contenido del acuerdo celebrado por las partes al originar la obligación y cuando no hubiere pacto expreso acreditable surgirá de la naturaleza misma del servicio prestado por el profesional (53).

En el segundo apartado, el artículo es concordante con la normativa relacionada con las obligaciones de hacer, dado que cuando se trata del inc. a) del art. 774, el factor de atribución será subjetivo, pero cuando se trate de los incs. b) y c) de la mencionada norma, habrá responsabilidad objetiva comprometida conforme los estipula el art. 1723.

Por ello, el art. 775 reglamenta que el obligado a realizar un hecho debe cumplirlo en tiempo y modo, acordes con la intención convenida por de las partes o con la índole de la obligación. Si lo hace de otra manera, la prestación se tiene por incumplida, y el acreedor puede exigir la destrucción de lo mal hecho, siempre que tal exigencia no sea abusiva.

La punición civil de este artículo debe ser analizada partiendo de la base de la naturaleza de la obligación prometida, que en todos los casos debe ser cumplida de conformidad a lo pactado por las partes, marcando muy claramente que si el profesional lo hiciera de otra manera se tendrá por incumplida a la obligación, permitiendo al acreedor exigir la destrucción de lo hecho de manera diferente a lo acordado, con el único límite de que esa petición no sea abusiva.

En este punto es válido aseverar que el Código Civil y Comercial sobrevuela la discusión antes desarrollada respecto de si la obligación profesional es de medio o de resultado, al remitir a los artículos reglamentarios de la obligación de hacer, donde se remite al contenido del pacto celebrado entre el profesional y el particular, en el caso abogado y su cliente, que es el que, en definitiva, fija la naturaleza de la obligación acordada, como de medio o de resultado.

Es decir, cuando se analizaba la dimensión del objeto de la obligación profesional se sostiene que es una cuestión fáctica contractual sujeta a prueba (54).

---

(53) ALFERILLO, Pascual E., coment. al art. 1768, en ALTERINI, Jorge H. (dir.) - ALTERINI Ignacio E. (coord.), "Código Civil y Comercial. Comentado. Tratado exegético", Ed. La Ley, Buenos Aires, 2016, 2ª ed. act. y aum., t. VIII, p. 432; coment. art. 1768, en GARRIDO CORDOBERA, Lidia - BORDA, Alejandro - ALFERILLO (dirs.), Pascual E. - KRIEGER, Walter F. (coord.), "Código Civil y Comercial. Comentado, anotado y concordado", Ed. Astrea, Buenos Aires - Bogotá, 2015, t. 2, p. 1100.

(54) ALFERILLO, Pascual E., "La carga probatoria en la mala praxis médica", LA LEY online; "La carga probatoria de la responsabilidad profesional de los abogados", LA LEY Gran Cuyo 2009 (junio), p. 447, "Responsabilidad profesional de los abogados",



Este criterio, de juzgar —*ab initio*— la contractualidad de la relación profesional/cliente, es muy claro en doctrina moderna extranjera que ha sido parcialmente receptada en el Código Civil y Comercial el cual no se puede desprender de postular la división, especialmente para definir el factor de atribución y la carga probatoria.

Barros Bourie, al respecto señala que “los profesionales pueden contraer *obligaciones contractuales* de medio o de resultado, según sean las expectativas que el derecho cautela a quienes hacen el encargo. Contraen una obligación de medios cuando el deber profesional es aplicar conocimiento y capacidades en servicio de la contraparte, pero no asumen el deber de proporcionar el beneficio o resultado final perseguido por la contraparte, pero no asumen el deber de proporcionar el beneficio o resultado final perseguido por la contraparte. Son de resultado si el profesional se obliga a proporcionar al cliente el beneficio preciso que este pretende obtener” (55).

La nueva tendencia procura superar la dicotomía para pasar de ponderar como eje principal la actividad del profesional para tener en cuenta, a la hora de las evaluaciones del cumplimiento del pacto de servicios, si este tenía la capacidad para llevar a cabo la actividad prometida y si se obtuvo la satisfacción del interés del acreedor.

En este punto es ineludible recordar que toda obligación tiene el propósito final de realizar el bien que satisface al *accipiendi*, porque ello forma parte de su esencia tal cual quedó registrado en el art. 724 Cód. Civ. y Com., donde se define que “la obligación es una relación jurí-

---

Ed. Univ. Nacional de San Juan, Instituto Región Cuyo de la Academia Nacional de Derecho de Córdoba y Foro de Abogados de San Juan, San Juan, abril 2013, ps. 64-65; “Las obligaciones de medio y resultado” en SÁNCHEZ HERRERO, Andrés (dir.), *Tratado de derecho civil y comercial*, Ed. La Ley, 2016, t. II, p. 128. En igual sentido: CCiv., Com. y Min. San Juan, sala 2ª, 13/2/2006, “F. M. S. c. C., C. y otros - daños y perjuicios - sum.”; autos 17.854, LS 2006-I-12 a 27; sala 1ª, 9/3/2007, “H. de F., G. N. c. Provincia de San Juan y otros -daños y perjuicios - sum.”; autos 18.762, LS 95-137 a 160; 7/12/2007, “C. P., N. V. c. N., G. - daños y perjuicios”, autos 19.117, LS 99-13/33, entre otros.

(55) BARROS BOURIE, Enrique, “Tratado de responsabilidad extracontractual”, Ed. Jurídica de Chile, Santiago, 2006, p. 657. Ver también: PARADISO, Massimo, “La responsabilidad civil médica entre confirmaciones jurisprudenciales y nuevos comienzos”, en MORENO MORE, César E. (coord.), *Estudios sobre la responsabilidad civil*, Ed. Legales, Lima, 2015, p. 627; “La responsabilidad civil. Estudios italianos contemporáneos”, Ed. Olejnik, Buenos Aires, 2018, p. 305; PALACIO GONZÁLEZ, Dolores, “Responsabilidad civil y derecho de daños. Tras la reforma legislativa de 2015”, en GARCÍA PRESAS, Inmaculada (coord.), *Colección de derecho civil*, Ed. Juruá, Lisboa, 2016, 2ª ed. rev. y act., p. 61; BELLO JANEIRO, Domingo, “La responsabilidad médica en el derecho español”, Ed. Temis, Bogotá, 2015, p. 15, entre otros.

dica en virtud de la cual el acreedor tiene el derecho a exigir del deudor una prestación destinada a satisfacer un interés lícito y, ante el incumplimiento, a obtener forzosamente la satisfacción de dicho interés”.

El propósito antes referenciado, como se colige, queda evidenciado en la definición legal, la cual se parcializa al focalizarse en el posicionamiento del acreedor frente a su deudor, cuando la tendencia moderna para definir a la obligación amalgama en una unidad conceptual la situación jurídica de ambas partes. Es por ello que no puede, de modo alguno, ser soslayado tanto en las obligaciones de medio como en las de resultado, la obtención del bien que satisface el interés del acreedor para sostener que ella se ha cumplido acabadamente.

Esta línea de pensamiento es sintetizada por D'Amico, cuando expresa que “si bien de un lado, ‘un ‘comportamiento’ del deudor siempre está *in obligatione*, y su presencia constituye, en primer lugar, el elemento identificador de la relación obligatoria respecto de otras situaciones jurídicas”, por el otro, “un ‘resultado’ (que en ocasiones se materializa en una cosa) siempre será necesario, indicando la dirección de la prestación hacia la satisfacción de un interés del acreedor’. Y, en dicho sentido, tratándose de la estructura (del concepto) de la obligación, es verdad que no existe, y no puede existir, diferencia entre los diversos tipos de obligaciones’ (y, por lo tanto, tampoco entre obligaciones ‘de medios’ y las obligaciones ‘de resultado’)” (56).

#### ***IV.3.d. Los nuevos criterios interpretativos del tema***

En la presentación de su libro, De Barrón Arnichez asevera que “uno de los más paradigmáticos resultados del desarrollo doctrinal del derecho privado europeo, las normas del *soft law* contenidas en el llamado *Draft Common Frame of Reference* (DCFR) contempla la figura del con-

---

(56) D'AMICO, Giovanni, “Contribución a la teoría de la Responsabilidad contractual. La responsabilidad *ex recepto* y la distinción entre obligaciones ‘de medios’ y ‘de resultado’”, en GONZÁLEZ BARRÓN, Gunter (dir.), *Colección jurídica derecho privado contemporáneo*, nro. 6, Ed. Legales Instituto, Lima, trad. C. E. Moreno More, ps. 215-216. El autor en la p. 220, precisa que “la distancia entre obligaciones ‘de medios’ y obligaciones ‘de resultado’ podría reducirse de manera ulterior si se comprende la idea de que también en el primer tipo de obligaciones, la prestación-resultado coincide con la realización del interés final o primario del acreedor (por ejemplo la curación), no obstante, con la precisión de que dicho ‘resultado’ (que, en este punto e hipotéticamente, cesaría de ser ‘extrínseco’ a la estructura de la relación, porque quedaría comprendido en el programa obligatorio) está deducido *in obligatione*, no en absoluto, sino en los límites en los que puede ser conseguido a través de una actividad diligente (pericia, prudente) del deudor”.

trato de servicios en el apartado C de su Libro IV titulado 'Specific contracts and the right and obligations arising from them'.

"La regulación que propone el DCFR del contrato de servicios y, más en concreto, su configuración jurídica contenida en la parte general constituye una importante y decisiva fuente de inspiración para los legisladores nacionales en lo que hace a la regulación de las obligaciones de hacer" (57).

En función de estas apreciaciones resulta ilustrativo transcribir, las recomendaciones contenidas en los puntos 2:105 y 2:106 del Marco Común de Referencias (DCFR) que se consideran esenciales a la hora de examinar la naturaleza de la prestación profesional.

Al respecto el Libro IV.C., en su apartado 2:105, refiere a la obligación de competencia y diligencia cuando indica que " El prestador del servicio debe ejecutarlo:

"(a) con la diligencia y competencia que cabe razonablemente esperar de un prestador de servicios en las circunstancias de que se trate; y

"(b) de conformidad con las leyes y demás disposiciones jurídicas vinculantes aplicables al servicio.

" Si el prestador del servicio tiene un nivel más alto de competencia y diligencia, deberá prestar el servicio con dicha competencia y diligencia.

" Si el prestador de servicios es, o dice ser, miembro de un grupo de profesionales para el que una autoridad competente o el propio grupo han establecido unas normas, deberá ofrecer el nivel de competencia y diligencia exigido por esas normas.

" Para determinar la competencia y diligencia que el cliente tiene derecho a exigir, deben tenerse en cuenta, entre otras circunstancias:

"(a) La naturaleza, magnitud, frecuencia y previsibilidad de los riesgos de la prestación del servicio al cliente; (b) si se produce un daño, los costes de las medidas preventivas que habrían evitado que se produjera este daño o uno similar;

"(c) si el prestador de servicios es una sociedad;

---

(57) DE BARRÓN ARNICHEZ, Paloma, "Las obligaciones de hacer en el derecho privado europeo - Contratos de obra y de Servicios", Ed. Olejnik, Chile - Argentina, 2017, p. 9.

”(d) si debe pagarse un precio y, en ese caso, su importe; y

”(e) el tiempo del que razonablemente se dispone para la prestación del servicio.

” Las obligaciones previstas en el presente Artículo exigen, en particular, que el prestador de servicios adopte las medidas preventivas razonables para evitar que se produzcan daños como consecuencia de la prestación del servicio” (58).

Como se colige la tendencia moderna no hace referencia exclusivamente al deber de diligencia que existe en toda obligación, pero especialmente, en las de hacer, sino que puntualiza en la competencia que está relacionado con la capacidad profesional del abogado en el conocimiento de la norma aplicable, doctrina y jurisprudencia que la informa.

El saber técnico abogadil debe ser constantemente actualizado. En otras palabras, si el abogado no se encuentra actualizado, no podrá evaluar acertadamente la consulta de su cliente y con ello, se incurre en una de las hipótesis contempladas en el art. 1724 cuando precisa que la culpa comprende, entre otras alternativas, la impericia en el arte o profesión. Ello por cuanto si mantiene el conocimiento asegurará a los clientes un servicio con el nivel técnico exigible en ese momento.

Ahora bien, conociendo la exclusión que expresamente el segundo párrafo del art. 2º de la ley 24.240 de Defensa de los Consumidores regla cuando precisa que “no están comprendidos en esta ley los servicios de profesionales liberales que requieran para su ejercicio título universitario y matrícula otorgada por colegios profesionales reconocidos oficialmente o autoridad facultada para ello, pero sí la publicidad que se haga de su ofrecimiento. Ante la presentación de denuncias, que no se vinculen con la publicidad de los servicios, presentadas por los usuarios y consumidores, la autoridad de aplicación de esta ley informará al denunciante sobre el ente que controle la respectiva matrícula a los efectos de su tramitación”, resulta necesario reflexionar frente a la proliferación de posgrados universitarios que otorgan títulos de especialistas, magíster o doctores que autotitulizarse contradice, en primer lugar y como mínimo, el principio de buena fe pues se está ofreciendo a los clientes, captados o potenciales, una capacidad que no está reconocida por una casa de estudio autorizada.

---

(58) JEREZ DELGADO, Carmen (coord.), “Principios, definiciones y reglas de un derecho civil europeo: el marco común de referencia (DCFR)”, Ed. Agencia Estatal Boletín Oficial del Estado, Madrid, 2015, 1 D C P A, ps. 210-211.

Evidentemente, partiendo de considerar que el abogado es un auxiliar de la administración de justicia, se impone para salvaguardar a la sociedad de los “autotitulados” la creación de registros de fácil consulta en las instituciones de control de la matrícula.

La consecuencia lógica de una indebida capacitación profesional es el mal asesoramiento o encuadramiento de la pretensión del cliente en juicio que, ha comenzado a ser objeto de algunos pronunciamientos judiciales, de donde surge su importancia actual.

Con relación a este deber jurídico complejo, solo decir: competencia actualizada y diligencia adecuada conforman la regla lógica para un correcto ejercicio de la profesión de la abogacía cumpliendo con la *lex artis*.

La jurista antes citada comenta sobre este aspecto que “el comportamiento razonable afectaría con carácter general tanto a la pericia como a la diligencia del prestador del servicio. Junto a ello, y de forma más específica la habilidad o capacitación del agente puede medirse por criterios internos relativos al buen hacer propio de cada profesión que se identifican, en primer lugar, con el estándar calidad exigible a un colectivo o grupo de profesionales dotados de normativa propia en relación a la *lex artis ad hoc* y, en segundo lugar, con la obligación que se deriva para cada profesional individual o bien del prestigio adquirido en actuaciones anteriores que avalan su capacidad personal, o bien del propio ofrecimiento que pueda hacer en el momento de la oferta, de una diligencia superior al estándar de conducta del su grupo” (59).

Esta exigencia no resulta ajena a la dogmática nacional, por cuanto está contemplada en el texto del art. 1725 del Cód. Civ. y Com., donde se precisa que cuanto mayor sea el deber de obrar con prudencia y pleno conocimiento de las cosas, mayor es la diligencia exigible al agente y la valoración de la previsibilidad de las consecuencias.

Cuando existe una confianza especial, se debe tener en cuenta la naturaleza del acto y las condiciones particulares de las partes.

Para valorar la conducta no se toma en cuenta la condición especial, o la facultad intelectual de una persona determinada, a no ser en los contratos que suponen una confianza especial entre las partes. En estos ca-

---

(59) DE BARRÓN ARNICHES, Paloma, ob. cit., ps. 83-84.

sos, se estima el grado de responsabilidad, por la condición especial del agente (60).

Sobre el tema, De Barrón Arniches dice que “todo prestador de un servicio, sea cual sea el tipo de actividad que realice, tiene que observar su obligación de trabajar con diligencia y aplicando sus conocimientos o habilidades al desempeño de su tarea”.

Esta autora califica a la distinción entre prestaciones de actividad y prestaciones de resultado, como de perturbadora en función de las nuevas construcciones dogmáticas relacionadas con el incumplimiento y sus efectos fundados en las modernas directivas sobre los contratos. Por ello entiende que “hay una cierta voluntad de desprenderse de la tradicional dicotomía entre medios y resultados, sin olvidar los deberes de pericia y diligencia que son esenciales en las obligaciones de hacer, pero iniciando un camino hacia la objetivación de la responsabilidad contractual del agente siempre que ello sea posible”. En ese sentido, luego de meritar que se propone en las directivas considerar que la obligación de los médicos es de medio, en el punto IV.C-8:109 se invierte la carga probatoria a favor del paciente cuando se negare a proporcionar la información (historia clínica) sobre su patología. En función de este ejemplo generaliza que “el contrato de servicios está sujeto a un sistema complejo de imputación de la responsabilidad contractual, muy mediatizado en función del sector de actividad de que se trate en cada caso, y alejado de la dicotomía simplista que opone ‘obligaciones de medio’ *versus* ‘obligaciones de resultado’” (61).

Por su parte en el Libro IV.C.2:106 se caracteriza a la obligación de lograr un resultado, cuando se especifica que “ el prestador de un servicio debe lograr el resultado indicado o previsto por el cliente en el momento de la celebración del contrato, a condición de que, en caso de un resultado previsto distinto del estipulado:

”(a) este fuera tal que cabía razonablemente suponer que el cliente lo previera; y

”(b) el cliente no tuviese motivos para suponer que existía un riesgo considerable de no alcanzar el resultado estipulado.

---

(60) ALFERILLO, Pascual E., coment. al art. 1725 en ALTERINI, Jorge H. (dir.) - ALTERINI Ignacio E. (coord.), ob. cit., p. 134; coment. art. 1725, en GARRIDO CORDOBERA, Lidia -BORDA, Alejandro - ALFERILLO (dirs.), Pascual E. - KRIEGER, Walter F. (coord.), ob. cit., p. 1047. También ver: LÓPEZ MIRO, H. G., “El principio de confianza o la legítima expectativa en el derecho médico”, LLBA, 2014 (junio), 527.

(61) DE BARRÓN ARNICHES, Paloma, ob. cit., ps. 82-83.

” En el caso de que se transmita la titularidad de alguna cosa al cliente en virtud del contrato de servicio, deberá transmitirse libre de cualquier derecho o reclamación razonablemente fundamentada de un tercero. Son aplicables, con las modificaciones oportunas, el art. 2:305 (Derechos o pretensiones en general de terceros) del tít. A del libro IV y el art. 2:306 (Derechos o pretensiones de terceros basados en la propiedad industrial o intelectual) del tít. A del libro IV” (62).

Esta directiva de interpretación hace una distinción muy importante que debe ser tenida en cuenta entre “resultado indicado” y “previsto por el cliente” al momento de contratar. El primero lleva implícito que el profesional informó con claridad cuál era el resultado posible de obtener con su intervención de acuerdo con los antecedentes específicos del caso.

En cambio, la otra hipótesis deja abierto a la interpretación que el cliente no ha sido fehacientemente informado del cual era el resultado que razonablemente se podía esperar, razón por la cual y atendiendo a la naturaleza del caso, pudo formarse la idea o esperar otro resultado conforme a su leal saber y entender.

Específicamente, el Marco Común de Referencias (DCFR) considera en el art. 6:102 que “junto a cláusulas expresas, un contrato puede contener cláusulas implícitas que derivan de: a) La intención de las partes. b) La naturaleza y el objeto del contrato. c) Y la buena fe”.

En otras palabras, pueden existir obligaciones de resultado emergentes del contrato que no estén expresamente garantizadas por el profesional, sino que surgen de los usos y prácticas que exige la naturaleza del bien (63) que satisface el interés del acreedor como propósito final de toda obligación, tal cual incluye en su definición de obligación el Código Civil y Comercial, en el art. 1724.

En esta moderna línea de pensamiento, para fundamentar la centralidad en la noción de conformidad, Vaquer Aloy, brinda un ejemplo que describe del siguiente modo: “imaginemos el médico que para realizar una operación de extracción de un tumor no proporciona información alguna al paciente, emplea instrumental obsoleto y aplica técnicas

---

(62) JEREZ DELGADO, Carmen (coord.), ob. cit., ps. 210-211.

(63) “Principios de Derecho Europeo de los Contratos. Partes I y II (Revisadas)”, preparadas por la Comisión de Derecho europeo de los contratos (presidente: Prof. Ole Lando), art. 6:102: “Términos implícitos. Junto a cláusulas expresas, un contrato puede contener cláusulas implícitas que derivan de: a) La intención de las partes. b) La naturaleza y el objeto del contrato. c) Y la buena fe”, <http://campus.usal.es/~derinfo/Material/LegOblContr/PECL%20I+II.pdf>.

completamente anticuadas, pese a lo cual obtiene una total curación del paciente. ¿En verdad alguien va a considerarle responsable por haber incumplido su obligación de medios? Como advierte Piraino, la virtualidad de las obligaciones de medios se muestra *ex post*, como un modelo de conducta teleológica *a posteriori* en una comparación con un hipotético resultado alternativo alcanzable con otros medios distintos. Es mucho menos alambicado y mucho más acorde con las orientaciones del nuevo derecho de obligaciones y contratos europeo medir siempre —por lo menos siempre que sea posible— términos neutros de coincidencia entre la prestación ideal y la prestación efectivamente realizada, rehuyendo debates *a posteriori* sobre si se aplicaron los medios necesarios con toda la diligencia. Los resultados finales no varían y se consigue avanzar en un modelo unitario de incumplimiento” (64).

En síntesis, la tendencia actual diluye los límites entre las obligaciones de medio y de resultado, para atender especialmente al momento de definir si hubo o no incumplimiento del contrato de prestación de servicios profesionales generador de daño al cliente revisando si se ha satisfecho o no el interés del acreedor previsto de modo expreso o implícito en el pacto. Ello lleva ineludiblemente, a diluir —de igual modo— los dogmas en cuanto al factor de atribución de responsabilidad aplicable (subjeto vs. objetivo) marchando hacia un entramado complejo que tiene como consecuencia que la carga probatoria sea de igual naturaleza, razón por la cual el profesional no puede asumir una posición procesal de confort esperando que le acrediten el daño, el nexo de causalidad y el factor de atribución, sino que es menester y exigible una participación activa en la producción de prueba que acredite, como mínimo su no culpa o la ruptura del nexo causal, dado que se encuentra en una situación de superioridad técnica (título universitario que hace presumir su capacidad) para dar las explicaciones de por qué ocurrió la insatisfacción del interés del cliente/acreedor (65).

---

(64) VAQUER ALOY, Antoni, “La responsabilidad civil de los profesionales frente al derecho contractual europeo”, Observatorio de Derecho Civil, Carlos Alberto Calderón Puertas, AGURIO GONZÁLEZ, Carlos - QUEQUEJANA MAMANI, Sonia L. (coords.), “Las obligaciones”, Ed. Motivensa, Lima, 2013, vol. 17, 2ª ed., ps. 299-319. El autor cita a PIRAINO, “Obbligazioni ‘di mezzi’”, p. 139.

(65) ALFERILLO, Pascual E., ob. cit., p. 58.



## V. A MODO DE RECUERDO: EL LEGADO DE SU ENSEÑANZA

Escribir en memoria de un ilustre jurista, como es la figura del profesor Trigo Represas, significa recordar datos de su personalidad que han trascendido los límites de su vida y que configuran el modelo seguido por quienes fueron sus alumnos y discípulos. Pero ese recuerdo se transforma en una experiencia vívida, perdurada en el tiempo, en las letras de los libros de su autoría. Sus palabras resisten las primaveras y los otoños de cada tema y resurgen señalando un camino, una idea, un criterio que deberá ser examinado porque, de modo alguno, podrá ser omitido, en una investigación.

Y ese es el secreto del maestro platense, porque sus libros le ganaron al inexorable olvido de los tiempos, porque su espíritu está allí transmitiendo su sabiduría y su humildad.

Ese es el principal legado de su enseñanza. Hay que estudiar y desarrollar los temas jurídicos con disciplina y con método científico hasta agotar sus posibilidades. Y, a la par, hacer el esfuerzo de vivir con humildad de espíritu, cualidad que caracteriza a los seres humanos que se transforman en modelos sociales perennes, a seguir.



NUEVAMENTE SOBRE LA RESPONSABILIDAD  
POR DAÑOS CAUSADOS POR LAS HUELGAS,  
ESTA VEZ, A LA LUZ DE LA OPINIÓN  
CONSULTIVA DE LA CORTE IDH, OC-  
27/21, DEL 05/05/2021

POR AÍDA KEMELMAJER DE CARLUCCI

**I. UNA DEUDA NO PAGADA. LAS RAZONES DE LA ELECCIÓN DEL  
TEMA**

Una de las grandes alegrías de mi vida, de esas que uno elegiría si se nos pidiera seleccionar entre hermosas fotos de nuestra existencia, la debo al recordado y querido amigo Félix A. Trigo Represas: a fines de los años sesenta, siendo yo una ayudante de cátedra, en el monumental “Tratado de las obligaciones”, escrito con Pedro Cazeaux, vi citado mi primer trabajo de investigación, que versaba sobre el derecho de retención, que había sido publicado en una ya desaparecida revista jurídica mendocina de escasa difusión nacional. Ver mi nombre en una nota de una obra de tamaño prestigio fue algo absolutamente inesperado; conseguí la dirección postal del maestro y le escribí una carta agradeciéndole; respondió inmediatamente por la misma vía y así nació una amistad que duró hasta su partida. En varias ocasiones le dije privadamente que tenía con él una deuda que no podía pagar, porque es muy difícil devolver alegrías. En compensación imperfecta, hago público ese reconocimiento a los lectores de esta obra, que tan merecidamente se publica en su memoria.

La elección del tema también recuerda al homenajeado. Fue el que abordé para incorporarme a esta Academia Nacional como miembro

correspondiente (1); poco tiempo después, Trigo Represas comenzó un artículo suyo, que reproduce su ponencia a las II Jornadas Mendocinas de Derecho civil (2), con palabras que yo pronuncié durante aquella incorporación, que había aprendido de la doctrina francesa, española e italiana de por entonces. De este modo, él inició un diálogo; mi propósito es continuarlo, a la luz de la opinión consultiva de la Corte IDH OC-27.21 (3), emitida en este terrible pero esperanzado año 2021, “presidido” por la pandemia.

La cuestión tiene gran importancia práctica, especialmente, por las declaradas i) constitucionalización del derecho privado, e ii) interpretación sistémica (arts. 1º y 2º, Cód. Civ. y Com.). En este sentido, las mencionadas jornadas de Mendoza afirmaron en el punto 1 del despacho:

“El derecho de huelga tiene rango constitucional (art. 14 bis de la CN), aunque de todos modos ello no excluye que su ejercicio deba compatibilizarse con la vigencia de otros derechos de similar jerarquía” (4).

Esa compatibilización [que implica la aplicación del principio de proporcionalidad (5)] requiere el análisis casuístico, sobre todo, si se ca-

---

(1) “Daños y perjuicios producidos por las huelgas”, *Anales de la Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales*, Buenos Aires, 1991, 2ª ép., año XXXV y en mi obra “Temas modernos de responsabilidad civil”, Ed. Asesora Andina, Lima, 1991, p. 73. Posteriormente, volví sobre el tema en “Los daños producidos por las huelgas en la jurisprudencia posterior a 1990”, en AA.VV., *La responsabilidad, Homenaje al Dr. Goldenberg*, Ed. Abeledo Perrot, Buenos Aires, 1995, p. 675, y en revista *Idearium*, nros. 18-22, p. 13. Estas reflexiones deben considerarse una continuación de aquellas, por lo que me remito a toda la doctrina y jurisprudencia nacional y extranjera allí citada. Con anterioridad a estos artículos, escribí “Huelga y servicios públicos”, LA LEY 1990-B-829, publicado en francés, bajo el título “Grèves et services publics”, *Revue Internationale de Droit Comparé*, nro. sp., vol. 11, 1989, p. 381.

(2) TRIGO REPRESAS, Félix A., “La reparación de los daños ocasionados por las huelgas”, JA 1991-II-742. En ese tomo se reproducen otros valiosos artículos sobre el tema. La Comisión nro. 4 de esas jornadas tuvo como presidentes a los Dres. Luis Moisset de Espanés y Alberto Bueres. Las conclusiones fueron publicadas por la Universidad Notarial Argentina, en 1991, en la obra *El derecho privado en la Argentina. Conclusiones de Congresos y Jornadas de los últimos treinta años*.

(3) El título de la opinión consultiva es “Derechos a la libertad sindical, negociación colectiva y huelga, y su relación con otros derechos, con perspectiva de género”.

(4) Conf. MOSSET ITURRASPE, Jorge - PIEDECASAS, Miguel, “Responsabilidad por daños”, t. VI, Ed. Rubinzal, Buenos Aires, 2016, t. VI, p. 241.

(5) Conf. en España, entre muchos, CÉSPEDES MUÑOZ, Carlos, “El daño lícito”, Ed. Wolters Kluwer, Madrid, 2016, p. 62.

rece de una norma específica (6), metodología a la que no escapan los jueces de países que cuentan con una regulación especial (7). Por eso, este diálogo contiene referencias a sentencias dictadas con posterioridad a los trabajos mencionados.

## II. LA POSICIÓN DE TRIGO REPRESAS. LOS PRESUPUESTOS DE LA RESPONSABILIDAD

### II.1. Antijuridicidad

Trigo Represas entiende, con razón, que la antijuridicidad de la conducta sigue siendo un presupuesto de la responsabilidad civil después de 2015 (8). Por eso, como regla, los daños causados por el ejercicio regular del derecho de huelga no son indemnizables (9), especialmente si quien los reclama es el empresario que invoca los causados por la no prestación del trabajo (10).

Ahora bien, el derecho de huelga, como cualquier derecho, no es absoluto. En este sentido, la Corte Suprema de justicia de la Nación ha señalado: a) El empleo de la violencia en una huelga es incompatible con el

---

(6) La carencia de norma específica en materia de daños también ha dado lugar a decisiones casuísticas en España (CEINOS SUÁREZ, Ángeles, “La jurisprudencia del Tribunal Supremo en materia de huelga”, Ed. Comares, Granada, 2000, cap. V, ps. 125-138; PÉREZ PÉREZ, Manuel, “Responsabilidad patrimonial del sindicato y acción sindical”, Ed. Colex, Madrid, 1999, ps. 152-179; DE LA PUEBLA PINILLA, Ana, “La responsabilidad civil del sindicato”, Ed. La Ley, Madrid, 2000, ps. 149-369; FERRANDO GARCÍA, Francisca M., “Responsabilidad civil por daños ocasionados durante la huelga”, Ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 2001). Para la situación en Italia, ver Università di Firenze, “Seminario di preparazione per dirigenti sindacali e aziendali. L’esercizio del diritto di sciopero”, Ed. Giuffrè, Milano, 1968, cap. VIII, ps. 239-279.

(7) Para la cuestión en Francia, ver mis artículos antes mencionados. Jurisprudencia posterior se encuentra en, RADÉ, Christophe, “Droit du travail et responsabilité civile”, LGDJ, Paris, 1997, nro. 400/506, ps. 255-319.

(8) TRIGO REPRESAS, Félix A., “La antijuridicidad en el Código Civil velezano y en el Código Civil y Comercial de la Nación”, RCyS, 4-2016-15.

(9) TRIGO REPRESAS, Félix A., “La reparación de los daños ocasionados por las huelgas”, JA 1991-II-742 y ss., puntos III, IV, V y VI. Conf. VIVAS, Mario L - LÓPEZ MEZA, Marcelo, “Daños ocasionados por las huelgas”, en TRIGO REPRESAS, Félix A - LÓPEZ MESA, Marcelo, “Tratado de la responsabilidad civil”, Ed. La Ley, Buenos Aires, 2011, 2ª ed. act. y amp., t. VI, p. 160.

(10) BELLIGOLI, Gianpiero - PERDONA, Giampaolo, “La responsabilità civile del lavoratore subordinato verso il dato di lavoro”, Ed. Giuffrè, Milano, 2013, p. 41.

respeto de los demás derechos que la Constitución Nacional preserva para los integrantes de la comunidad; b) El derecho de huelga, con jerarquía constitucional, no es óbice a la sanción legal de tipos de conducta que importen extralimitaciones en el ejercicio razonable de dicho derecho. Solo excluye las sanciones penales a la participación en las huelgas, en tanto ellas sean pacíficas; c) Si bien la participación pacífica en una huelga no es punible, sí puede serlo en cambio, mediando ley al respecto, cuando ello se realiza con recurso a la violencia física; d) Aun considerado en su sentido más lato, el derecho de huelga tiene su límite, por vía de principio, en el orden jurídico vigente, que la ley penal integra; e) Solo al Estado incumbe el uso de la fuerza, como *ultima ratio* para asegurar la preservación de un orden regular de derecho y el cumplimiento de las leyes (11).

En consonancia con esos criterios, Trigo Represas afirmó que el ejercicio del derecho de huelga puede ser antijurídico, entre otros, en los siguientes casos:

i) Por los sujetos: no fue declarada por el sindicato con personería gremial que corresponde;

ii) Por el objeto o fin: no responde a la defensa de los intereses del gremio, sino a razones políticas o de solidaridad con otros gremios;

iii) Por el modo o forma de desarrollo: por ejemplo, se trata de paros con ocupación de lugares de trabajo, se emplea violencia contra el empleador o sus representantes, se toman rehenes, se realizan actos de sabotaje, etcétera.

Igualmente, porque se desentiende de los procedimientos legales y obligatorios sobre conciliación y arbitraje.

iv) Según el servicio de que se trate, está más o menos vedada o limitada.

Su posición, con variantes, fue recogida por las II Jornadas mendocinas de Derecho civil que afirmaron:

“6. La huelga es ilícita —o ilegítima— por no haberse observado los procedimientos legales tendientes a su declaración, por ser falsos los motivos invocados, por ser tales motivos ajenos a los intereses laborales o profesionales, o por la forma irregular de su ejercicio”.

---

(11) Fallos 258:267, reseñado por GABET, Emiliano A., “Derecho de huelga”, DT 2012 (feb.), 225, LA LEY AR/DOC/6653/2011.

## II.2. Sujetos pasivos de la acción

Trigo Represas entiende que el legitimado pasivo es el sindicato que declaró y desencadenó la huelga (12).

Teniendo en cuenta esta afirmación y los temas abordados en la opinión consultiva 27-21, excluyo el tratamiento de los daños *reclamados a la empresa* que invoca como eximente la huelga de sus dependientes (13), o de otras empresas (14), tanto en el ámbito del incumplimiento contractual como en el genérico de no dañar (15).

### II.2.a. Sujetos activos. Damnificados

Los damnificados que pueden reclamar a los sindicatos, a los dirigentes sindicales o a los trabajadores, pueden ser muy diversos: la empresa patronal, los trabajadores que estuvieron impedidos de trabajar queriendo hacerlo, otros terceros perjudicados, etc.

---

(12) Para la responsabilidad de los sindicatos en el derecho uruguayo, compulsar ORDOQUI CASTILLA, Gustavo, "Abuso de derecho", Ed. Universidad Católica, Montevideo, 2009, ps. 601-616; BELLOCQ, Pedro - SLINGER, Diego, "La responsabilidad patrimonial de los sindicatos", *Rev. de Derecho*, Universidad de Montevideo, año VI, 2007, nro. 11, p. 141.

(13) "La empresa de transporte aéreo es responsable por los daños causados a los pasajeros cuyo vuelo fue cancelado debido a una huelga de empleados que había comenzado días antes, pues al prolongarse en el tiempo dejó de ser un hecho imprevisible o repentino que configure causal de fuerza mayor" (CNFedCiv. y Com., sala II, 10/12/2010, RCyS 2011-VI, 159, AR/JUR/92426/2010; conf. íd., 30/03/2010, sala III, AR/JUR/14194/2010).

(14) "Una aerolínea que canceló un vuelo de cabotaje a raíz de una medida de fuerza llevada a cabo por controladores de tránsito aéreo debe responder por las consecuencias dañosas derivadas del hecho, pues, si bien no se le podría imputar culpa por esa circunstancia, tampoco se advierte que haya obrado con la debida diligencia para evitar los perjuicios que ello le podría causar a los pasajeros, más aún cuando tampoco probó que, al cancelar el vuelo, haya informado los verdaderos motivos del suceso" (CCiv. y Com. 8ª Córdoba, 12/06/2014, LLC 2015 [julio], 601, AR/JUR/74240/2014).

(15) "Una cooperativa debe responder por las lesiones auditivas sufridas por el actor producto de la explosión de una bomba de estruendo arrojada desde su sede social al momento en que sus empleados ejercitaban su derecho de huelga" (CCiv. y Com... Necochea, 27/06/2013, RCyS 2013-XI, 207, AR/JUR/49380/2013).

Lidia Garrido insiste en que hoy el tratamiento del tema no puede desentenderse de estos terceros, en muchas ocasiones, consumidores y usuarios de servicios (16).

Obviamente, esos terceros deben acreditar todos los requisitos de la responsabilidad civil, entre otros, la relación causal. Así, por ej., se decidió que “la repercusión de una huelga ferroviaria sobre la venta de diarios de un comerciante que tiene un puesto asignado en el *hall* de una estación cabecera de ramal constituye una consecuencia casual de la referida medida, pues el gremio no hizo la huelga teniendo en mira perjudicar al titular del puesto en cuestión; se trata de consecuencias que, por su carácter accidental, se encuentran marginadas del régimen legal” (17).

### **II.3. La opinión consultiva OC 27/21. “Derechos a la libertad sindical, negociación colectiva y huelga, y su relación con otros derechos, con perspectiva de género”**

#### ***II.3.a. Aclaración inicial***

Esta opinión consultiva, como su nombre lo indica, trata importantes temas del llamado derecho laboral colectivo, con perspectiva de género.

De su amplio contenido, me detengo en el derecho de huelga y exclusivamente en aquellos aspectos que tienen relación con la responsabilidad. Aclaro que las cursivas de los párrafos del texto que reproduzco han sido agregadas para poner énfasis en puntos que me interesa destacar.

#### ***II.3.b. Concepto de huelga. El derecho de huelga como derecho humano***

“98. Para el Comité de Libertad Sindical se entiende por huelga, por lo general, ‘la interrupción temporal del trabajo (o disminución) voluntaria efectuada por uno o más grupos de trabajadores con el fin de obtener

---

(16) GARRIDO CORDOBERA, Lidia, “De nuevo sobre la responsabilidad por los daños ocasionados por las huelgas: cuando todos pagamos”, RCyS año XIX, nro. 5, mayo 2017, p. 13; “La responsabilidad por daños ocasionados por las huelgas”, LL 1995-A-643; “Responsabilidad por los daños ocasionados por las huelgas”, DJ año XXV, nro. 5, 04/02/2009, p. 185. La autora también trató el tema en su obra “Los daños colectivos. Prospectiva general”, Ed. Pontificia Universidad Javeriana, Bogotá, 2009, ps. 302-318.

(17) CNCiv., sala F, 17/3/1998, JA 1999-I-200 y en LA LEY 1999-F, 206 - DJ 2000-1, 437 - RCyS 1999, 676, AR/JUR/129/1998.



reivindicaciones o rechazar exigencias o expresar quejas o de apoyar las reivindicaciones o las quejas de otros trabajadores’.

”El Tribunal coincide con esta definición, y considera que el derecho de huelga es uno de los *derechos fundamentales* de los trabajadores y las trabajadoras, y de sus organizaciones, pues constituye un medio legítimo de defensa de sus *intereses económicos, sociales y profesionales*. Se trata de un recurso que ejercen los trabajadores y las trabajadoras como *medio de presión* sobre el empleador, *a fin de corregir una injusticia*, o bien para la búsqueda de soluciones a las cuestiones de *política económica y social*, y a los problemas que se plantean en las empresas y que interesan directamente a los trabajadores y las trabajadoras. En ese sentido, el Tribunal Europeo ha calificado a la huelga como el instrumento ‘más poderoso’ de protección de los derechos laborales” (18).

La doctrina señala que presión mencionada se consigue, precisamente, mediante la no prestación de las tareas, hecho que comporta un daño para el empleador y que, en consecuencia, como tal, no es indemnizable (19).

### ***II.3.c. El derecho de huelga como principio general del derecho internacional***

La Corte advierte que,

“además de estar ampliamente reconocido en el *corpus iuris* internacional, el derecho a la huelga también ha sido reconocido en las Constituciones y en la legislación de los Estados miembros de la OEA. En ese sentido, puede ser considerado como un *principio general de derecho internacional*” (nro. 97).

La calificación de principio general de derecho internacional amplía el ámbito de la jurisdicción de la conducta y, consecuentemente, restringe el de la antijurisdicción, primer requisito de la responsabilidad.

### ***II.3.d. Titulares del derecho***

La OC 27/21 dice:

---

(18) TEDH, 27/11/2014, “Hrvatski Lijecnicki sindikat vs. Croacia”, nro. 36701/09, párr. 59.

(19) FERRANDO GARCÍA, Francisca M., “Responsabilidad civil por daños ocasionados durante la huelga”, Ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 2001, p. 26.

“95. El derecho de huelga es uno de los derechos humanos fundamentales de los *trabajadores y las trabajadoras*, que pueden ejercer *con independencia de sus organizaciones*. Así lo precisan los arts. 45.c de la Carta de la OEA (derecho de huelga ‘por parte de los trabajadores’), 27 de la Carta Internacional Americana de Garantías Sociales (‘[l]os trabajadores tienen derecho a la huelga’), y lo indican, por la deliberada ubicación de su enunciado de manera aislada de los derechos de las asociaciones sindicales, los arts. 8.b del Protocolo de San Salvador y 8.1.d del PIDESC (*supra*, párr. 47 y 48, y 56 a 60). De lo contrario, además, podría verse conculcada la dimensión negativa de la libertad de asociación en su faz individual. También resulta un derecho en cabeza de las asociaciones gremiales en general”.

Según la OC, la huelga puede ser declarada no solo por el sindicato sino también por los trabajadores.

Zanja, así, una vieja disputa sobre la titularidad del derecho (20). En apoyo de esta posición se recuerda: “Las primeras huelgas no fueron decididas por asociación alguna; resultaron de la eclosión social. Sus manifestaciones sistemáticas comienzan a mitad del siglo XIX. Desde su penalización como delito hasta su reconocimiento constitucional, la clase trabajadora recorrió un largo camino” (21).

Si esto es así, por un lado, se amplía la antijuridicidad de la conducta (las huelgas declaradas por trabajadores no serían por sí antijurídicas); por el otro, la lista de los legitimados pasivos de las acciones de daños sería más extensa porque los trabajadores podrían ser demandados si la huelga es ilegal y se dan los otros requisitos de la responsabilidad civil.

Sin embargo, cabe alertar contra la segunda posible consecuencia. En efecto, la OC 27-21 dice:

“Asimismo, el Tribunal considera que el Estado debe abstenerse de aplicar sanciones (22) a los trabajadores y a las trabajadoras, cuando participen en una huelga legal, en tanto se trata de una actividad sindical lícita que constituye además el ejercicio de un derecho humano, y

---

(20) Ver estos antecedentes en GARRIDO CORDOBERA, Lidia, ob. cit.

(21) CAPÓN FILAS, Rodolfo, “Titularidad del derecho de huelga. Comentario al caso CS, 07/06/2016, ‘Orellano, Francisco D. c. Correo Oficial de la República Argentina SA s/ juicio sumarísimo’, recurso de hecho”, *elDial* del 08/06/2016.

(22) Para el tema de las sanciones penales en España, FERNÁNDEZ DOMÍNGUEZ, Juan J. y otros, “Derechos colectivos de los funcionarios públicos”, Ed. Laborum, Murcia, 2005, ps. 211-228.

garantizar que estas sanciones tampoco sean aplicadas por las empresas privadas” (nro. 101).

“El Estado debe garantizar que los trabajadores y las trabajadoras puedan ejercer su derecho a huelga sin ser objeto de penalización por parte del empleador particular, o del propio Estado. En ese sentido, los Estados deben suprimir aquellas normas penales que puedan ser utilizadas para perseguir el ejercicio del derecho de huelga” (nro. 111) (23).

Más aun, la OC impone a los Estados proteger a los líderes sindicales:

“Los Estados tienen la obligación de adoptar medidas especiales para la protección de la vida de los líderes y lideresas sindicales, especialmente cuando estos realicen sus labores de representación de los trabajadores y las trabajadoras en contextos de violencia, para de esta forma permitir que ellos y los trabajadores y las trabajadoras a los que representan puedan ejercer su derecho a la libertad sindical. En ese sentido, la ejecución de un líder o lideresa sindical no solo restringe la libertad de asociación de un individuo, sino también la libertad de un grupo de asociarse libremente” (nro. 113).

### *II.3.e. La finalidad perseguida con la huelga*

Según la OC 27-21,

“[l]a huelga constituye un medio legítimo de defensa de los intereses económicos, sociales y profesionales. Se trata de un recurso que ejercen los trabajadores y las trabajadoras como medio de presión sobre el empleador a fin de corregir una injusticia, o bien para la búsqueda de soluciones a las cuestiones de política económica y social y a los problemas

---

(23) En mi opinión, las afirmaciones de la OC no impiden sancionar conductas claramente tipificantes de delitos penales no vinculados causalmente al derecho de huelga. Así, por ej., en la Argentina se procesó como coautores del delito de violación de domicilio y daño a los dirigentes gremiales que, en el marco de una protesta, ingresaron por la fuerza a las dependencias de varias entidades financieras y dañaron la propiedad privada, “en tanto el empleo de la violencia, so pretexto de un estado de conflicto gremial, resulta incompatible con el ejercicio legítimo del derecho de huelga” (CNCrim. y Cor., sala VII, 21/5/2007, LA LEY 2007-C-647, con nota de GABET, Emiliano - GABET, Alejandro, “Ejercicio abusivo del derecho de huelga”). En el caso, se había ingresado a las sucursales bancarias, se había arrojado huevos, basura, pintado paredes, etc. Otros procesamientos parecerían no responder al carácter restrictivo exigido por la opinión consultiva. Es quizás, el dictado por el mismo tribunal, sala IV, 22/09/2008, al confirmar la resolución que, sin existencia de otra prueba, dio crédito a los dichos de la denunciante, “una trabajadora que describió un contexto suficientemente intimidatorio para forzarla a adherir a la medida sindical” (ED 230-591).

que se plantean en las empresas y que interesan directamente a los trabajadores y las trabajadoras” (nro. 96).

La finalidad o reivindicaciones perseguidas por la huelga objeto de protección pueden sintetizarse en tres categorías: “las de naturaleza laboral, que buscan mejorar las condiciones de trabajo o de vida de los trabajadores y las trabajadoras; las de naturaleza sindical, que persiguen las reivindicaciones colectivas de las organizaciones sindicales; y las que impugnan políticas públicas” (nro. 99).

La OC 27-21 comparte, entonces, un criterio amplio. Será bastante difícil encontrar que hay ejercicio irregular por los *finés perseguidos*.

### **II.3.f. Los requisitos impuestos para la legalidad de la huelga**

La OC 27-21 dice:

“100. Por otro lado, la Corte advierte que el criterio de legalidad de la huelga es un elemento central respecto de la posibilidad de ejercicio del derecho de huelga. En ese sentido, este Tribunal considera la necesidad de que los Estados adopten las medidas de derecho interno necesarias para hacer compatible sus legislaciones al contenido de dicho derecho. Para tales efectos, los Estados deben tener en consideración que, salvo las excepciones permitidas por el derecho internacional, la ley debe proteger el ejercicio del derecho de huelga de todos los trabajadores y las trabajadoras. De esta forma, las condiciones y requisitos previos que la legislación establezca para que una huelga se considere un acto lícito, no deben ser complicados al punto de producir que en la práctica resulte imposible una huelga legal. En este sentido, la obligación de dar un preaviso al empleador antes de emplazar a la huelga es admisible, siempre que este sea razonable. No ocurre lo mismo con el requerimiento de poner un límite a la duración de la medida puesto que, por su naturaleza de último recurso para la defensa de los intereses de los trabajadores y las trabajadoras, no puede predeterminarse”.

Además, la Corte IDH considera posible que los Estados establezcan el cumplimiento de ciertas condiciones previas en el marco de la negociación colectiva antes de optar por el mecanismo de la huelga en defensa de los trabajadores y las trabajadoras. Sin embargo, estas condiciones deben ser razonables y en ningún momento deben afectar el contenido esencial del derecho de huelga, o la autonomía de las organizaciones sindicales (nro. 105).

### **II.3.g. Trabajadores de ámbitos en los que el derecho de huelga está restringido**

Según la OC 27-21, “102. El ejercicio del derecho de huelga puede limitarse o prohibirse solo con respecto a:

”a) los funcionarios públicos que actúan como órganos del poder público que ejercen funciones de autoridad a nombre del Estado, y

”b) los trabajadores y las trabajadoras de los servicios esenciales.

”103. En relación con los trabajadores y las trabajadoras que brinden servicios esenciales, ha de estarse al sentido estricto del término, esto es, aquellos que proveen servicios cuya interrupción conlleva una amenaza evidente e inminente a la vida, la seguridad, la salud o la libertad de toda o parte de la población (por ejemplo, aquellos que laboran en el servicio hospitalario, los servicios de electricidad, o los servicios de abastecimiento de agua). En este aspecto, el Tribunal constata la necesidad de que existan garantías compensatorias a favor de aquellos servicios considerados esenciales y para la función pública, de forma que la limitación al derecho de huelga deberá estar acompañada de procedimientos de conciliación y arbitraje adecuados, imparciales y rápidos en los que los interesados puedan participar en todas las etapas, y en que los laudos dictados sean aplicados por completo y rápidamente.

”104. Asimismo, en relación con los servicios esenciales, la Corte destaca que los Estados deberán buscar soluciones sustitutivas para aquellos casos en que la prohibición total de la huelga se pueda evitar cuando un servicio mínimo fuese una solución adecuada para garantizar las necesidades básicas de los usuarios o el funcionamiento seguro de las instalaciones en que se presta el servicio considerado como esencial. En este sentido, cabe resaltar que el servicio mínimo debe limitarse a las operaciones que sean necesarias para satisfacer las necesidades básicas de la población o las exigencias mínimas del servicio, garantizando que el alcance de los servicios mínimos no tenga como resultado que la huelga sea inoperante”.

“Asimismo, los trabajadores y las trabajadoras que realicen dichas funciones esenciales deben contar con mecanismos de conciliación y arbitraje que les permitan obtener respuesta a sus reclamos” (nro. 112).

Estas conclusiones coinciden con las nociones expuestas por Trigo Represas.

Cabe recordar que, en Italia, se declaró resarcible el daño causado por la amenaza de suspensión del servicio farmacéutico, consistente en un estado de stress tal que incide en la integridad psicofísica del dañado, sufrido por quien tiene derecho a la asistencia directa. En el caso, una persona con riesgo de ataques cardíacos si no se le suministra un medicamento específico, demandó y venció a la asociación que reúne a las farmacias, que amenazaron con el cierre de las farmacias si el gobierno regional no les pagaba los medicamentos que ellos debían entregar gratuitamente a un sector de la población (24).

En la Argentina, el problema de los trabajadores de la salud ha sido descrito con realismo: “Es público y notorio, por la frecuencia con la que se producen las huelgas, que los profesionales, en especial los médicos, se enfrentan durante estas a un dilema de hierro que excede en mucho lo jurídico y se instala en el campo moral, pues si adhieren a los paros dejan de prestar un servicio público esencial, con el peligro cierto e inminente que ello implica para la salud y la vida de las personas, en especial las más vulnerables que no cuentan con medios para costearse la atención en un nosocomio privado, y si optan por no adherir, deben prestar sus servicios en circunstancias sumamente desfavorables, ya que no cuentan con los profesionales auxiliares o, lo que es más grave aún, deben realizar prácticas para las cuales no están especializados” (25).

### ***II.3.h. Síntesis sobre las restricciones al derecho de huelga***

En definitiva, según la OC,

“114. El ejercicio del derecho a la libertad sindical, negociación colectiva y huelga solo puede estar sujeto a las limitaciones y restricciones previstas por la ley, siempre que estas sean propias en una sociedad democrática, necesarias para salvaguardar el orden público, para proteger la salud o la moral públicas, así como los derechos y las libertades de los demás. Sin embargo, las restricciones que se establezcan al ejercicio de estos derechos se deben interpretar de manera restrictiva, en aplicación del principio *pro persona*, y no deben privarlos de su contenido esencial o bien reducirlos de forma tal que carezcan de valor práctico. En este sentido, es fundamental recalcar que, en el marco de protección del Sistema Interamericano, los miembros de las fuerzas armadas y de policía, los

---

(24) Giudice de Pace di Napoli, Sez. IV, 26/2/2004, con nota de DI BONA DE SARZANA, Lorenzo, “Sciopero dei farmacisti e responsabilità”, *Danno e Responsabilità* n. 4/2005, p. 433.

(25) CCiv. y Com. Azul, sala I, 01/12/2015, ED 267-141, eDial AA93F8, 14/01/2016.

funcionarios públicos que ejercen funciones de autoridad en nombre del Estado, al igual que en los de servicios públicos esenciales, podrán estar sujetos a restricciones especiales por parte de los Estados en el ejercicio de sus derechos, en los términos establecidos anteriormente. Esto no obsta a que las restricciones, para ser convencionales, deben perseguir un fin legítimo, cumplir con el requisito de idoneidad, y las medidas impuestas deben ser necesarias y proporcionales”.

### ***II.3.i. Los órganos de control. Características esenciales***

La OC señala que la facultad de declarar la ilegalidad de la huelga “no debe recaer en un órgano administrativo, sino que corresponde al Poder Judicial, en aplicación de causales taxativas establecidas previamente en la ley, y conforme a los derechos a las garantías judiciales previstas en el art. 8° de la Convención Americana” (nro. 101).

Además,

“116. La Corte constata que algunos Estados miembros de la OEA han establecido una jurisdicción especializada, encargada de resolver los conflictos relacionados con los derechos laborales de las trabajadoras y los trabajadores, de naturaleza individual y colectiva. Sobre este particular, la Corte destaca que el acceso a la justicia en materia laboral requiere de un sistema de administración de justicia que reúna las siguientes características:

”1) la irrenunciabilidad del derecho de los trabajadores y las trabajadoras a acudir a las autoridades judiciales competentes para someter conflictos laborales de toda índole, salvo los casos en que estén legalmente previstos otros medios de resolución de conflictos;

”2) una jurisdicción especializada y con competencia exclusiva en materia laboral, conforme al número de casos y de demandas en materia laboral;

”3) la aplicación de la perspectiva de género en la resolución de conflictos laborales;

”4) la previsión de un procedimiento especializado que atienda a las particularidades de los asuntos laborales;

”5) la distribución de las cargas probatorias, el análisis probatorio y la motivación de las providencias judiciales conforme a principios que compensen las desigualdades propias del mundo del trabajo, tales como el principio *in dubio pro operario* y el principio de favorabilidad;

”6) la gratuidad de la justicia laboral y

”7) la garantía del derecho de defensa especializada”.

Respetando estos principios, en la Argentina se ha decidido que “[l]a Justicia del Trabajo es competente para entender en una acción incoada por una empresa a raíz de los daños y perjuicios causados por uno de sus empleados en el desarrollo de una huelga, ello debido a que se ha invocado la existencia de una relación laboral entre las partes” (26).

### ***II.3.j. Relación del derecho de huelga con otros derechos. El derecho a la protesta***

La Corte destaca “la relación que existe entre la libertad de expresión, el derecho de reunión y los derechos a la libertad sindical, la negociación colectiva y la huelga. Para el ciudadano común tiene tanta importancia el conocimiento de la opinión ajena o de la información de que disponen otros como el derecho a difundir la propia. Es por ello que, a la luz de ambas dimensiones, la libertad de expresión requiere, por un lado, que nadie sea arbitrariamente menoscabado o impedido de manifestar su propio pensamiento y representa, por tanto, un derecho de cada individuo; pero implica también, por otro lado, un derecho colectivo a recibir cualquier información y a conocer la expresión del pensamiento ajeno. La libertad de expresión resulta una condición necesaria para el ejercicio de organizaciones de trabajadores y trabajadoras, incluidos los sindicatos, a fin de proteger sus derechos laborales y mejorar sus condiciones e intereses legítimos, puesto que sin este derecho dichas organizaciones carecerían de eficacia y razón de ser. Asimismo, la Corte ha establecido que la obligación de garantizar los derechos de la Convención presupone obligaciones positivas para el Estado, a fin de proteger los derechos inclusive en la esfera privada” (nro. 132).

Finalmente, señala que “el derecho a protestar o manifestar inconformidad contra alguna acción o decisión estatal está protegido por el derecho de reunión” (27) (nro. 139).

Sin embargo, este derecho a la protesta, tan vinculado al derecho de huelga, tampoco admite el ejercicio abusivo.

---

(26) CNCiv., sala E, 31/03/2011, LA LEY 2011-B, 468 - DJ del 22/06/2011, 81, AR/JUR/6384/2011.

(27) Caso “Mujeres Víctimas de Tortura Sexual en Atenco vs. México”, *supra*, párr. 171.



Véanse estos dos casos:

i) El primero, fue resuelto por un juez de primera instancia de Cipolletti (28): un grupo de trabajadores de un casino protestaban por el despido de un compañero; la empresa inició demanda contra “el Sindicato de Empleados de Casinos de las Provincias de Neuquén y Río Negro (SECNER), por ser la asociación sindical que dispuso la medida de fuerza y sus ejecutores materiales” y contra los trabajadores individualizados como autores de hechos dañosos y violentos; sostuvo que durante casi veinte días, los que participaron de la protesta, ejercida por medios no pacíficos, impidieron el acceso al predio del casino al público apostador, a los trabajadores de la empresa que querían trabajar y a los proveedores. La parte demandada negó los hechos y los daños y reconvino por los causados por acciones antisindicales que atribuyó a la empresa.

El punto de partida del juez fue:

“Entre los daños nacidos de las huelgas, cabe distinguir los denominados daños normales u ordinarios y los daños anormales o extraordinarios. Los primeros se originan en las huelgas regulares y se encuentran al menos en principio aparentemente justificados; los segundos son también llamados innecesarios y se suelen considerar los daños provenientes de las huelgas ilegales y también por exceso, o abuso en las regulares. Se suelen incluir entre estos daños anormales: los que los huelguistas produjeron haciendo cosas que la organización no ordenó o no lo hizo específicamente, o daños que tienen su génesis en conductas que estatutariamente no podrían ser ordenadas”.

De allí, delimitó la cuestión a resolver: “Si la medida de fuerza llevada adelante por los miembros del Sindicato, con el secretario sindical a la cabeza, fue en exceso del derecho resguardado constitucionalmente de huelga, o bien, el mismo se desarrolló dentro de los límites y con las contingencias esperables de una medida de las características descriptas”.

Seguidamente, el juez valoró prueba rendida en un expediente penal por coacción, derivando la existencia de “actos que excedieron el normal reclamo sindical y que, si bien son simbólicos, tienen y conllevan un sentido amenazante (...), como ser el bloqueo de la entrada al Casino, por medio de neumáticos, armar carpas tipo ‘iglu’ del lado de afuera, bombas de estruendo hacía adentro; todo lo que llevó a los directivos del

---

(28) JCiv. Com., Min. y Suc. Cipolletti, 05/04/2021, MJ-JU-M-131786-AR y <https://www.diarioconstitucional.cl/wp-content/uploads/2021/05/2.1.-Expediente-32493-2013.pdf>.

casino a cerrar por seguridad (...). Quedó claro el conflicto de derecho, se pretendía la reincorporación del trabajador despedido. La libertad sindical es posible y legítima; lo que se reprocha es el medio que eligieron para ejercitar esa acción para quebrar, invadir y lesionar derechos de la empresa para obligarlos a hacer, no hacer o tolerar algo”.

En definitiva, condenó al sindicato y a varios de los participantes en los actos violentos al pago de una considerable suma de dinero (\$ 15.488.388,19) que, en su opinión, cubría el daño emergente (rechazó diversos rubros por falta de prueba) y el lucro cesante.

ii) En el mismo sentido, el Superior Tribunal de Provincia condenó a una Asociación Gremial que, en ocasión de una protesta salarial, causó daños a un tercero (la concesionaria vial), al cortar una ruta que impidió la libre circulación de vehículos en un puente carretero durante veinte días. La suma de condena compensaba los peajes que la actora se estuvo impedida de cobrar, “pues tal conducta excede el ejercicio regular del derecho de huelga tutelado por la Constitución Nacional” (29).

### **III. PALABRAS PROVISORIAS DE CIERRE**

Una vez más, la Corte IDH obliga a repensar temas de responsabilidad civil que, después de la reforma constitucional y de la vigencia del Código Civil y Comercial deben ser analizados a la luz de su interpretación de los textos regionales de derechos humanos.

---

(29) Trib. Sup. Neuquén, 21/02/2014, LA LEY AR/JUR/29999/2014.

# RESPONSABILIDAD POR DAÑOS GENERADOS POR LAS VACUNAS PARA PREVENIR EL COVID-19

POR NORMA O. SILVESTRE

El presente trabajo constituye unas líneas provisorias sobre el tema propuesto, que no agotan siquiera mínimamente la problemática jurídica de la pandemia SARS-Cov-2, uno de cuyos capítulos centrales se relaciona con las respuestas que la ciencia ha venido suministrando para evitar o mitigar el daño sufrido por las personas humanas a raíz del coronavirus.

El objetivo es contribuir a analizar algunos aspectos de la ley 27.573 de vacunas destinadas a generar inmunidad adquirida contra el COVID-19 y los posibles responsables por los daños derivados de la aplicación de ellas, debiendo aclarar por nuestra parte que, cuando este trabajo se encontraba concluido, con base en el análisis del dispositivo legal que previamente había sancionado el Congreso Nacional argentino, el Poder Ejecutivo Nacional sancionó un DNU —431/2021— que modifica en algunos aspectos la antes mencionada ley por lo que nos referiremos someramente a tales modificaciones en el lugar correspondiente, integrando de esa forma, el estudio sobre el dispositivo legal vigente.

## I. ANTECEDENTES

Para responder a la pandemia COVID-19 se produjo una movilización urgente a escala mundial presentándose el desarrollo de vacunas como uno de los caminos prioritarios y decisivos para poder comenzar a solucionar esta grave situación. El 24 de abril de 2020 la Organización Mundial de la Salud, juntamente con el presidente de Francia, la presidenta de la Comisión Europea y la Fundación Bill y Melinda Gates, realizó un evento virtual al que asistieron gran cantidad de jefes de Estado y dirigentes sanitarios mundiales. En esa oportunidad, sellaron un compromiso de colaboración sin precedentes para acelerar el desarrollo

y la producción de nuevas vacunas, pruebas y tratamientos contra la COVID-19 y garantizar un acceso equitativo a escala mundial (1).

Al mismo tiempo, el virus Sars-Cov-2 ha sido declarado como un “caso de desastre” por la Comisión de Derecho Internacional creada por la Asamblea General de las Naciones Unidas, definiéndolo como un “acontecimiento o una serie de acontecimientos calamitosos que ocasionan pérdidas masivas de vidas humanas, grandes sufrimientos y aflicción a seres humanos, desplazamientos en masa, o daños materiales o ambientales de gran magnitud, perturbando así gravemente el funcionamiento de la sociedad” (2).

## II. LAS LESIONES CAUSADAS POR VACUNAS

### II.1. Mecanismos existentes en los países para paliar los efectos perjudiciales

Las vacunas, como especie de los medicamentos, pueden ocasionar efectos nocivos que varían de lo leve a lo grave. Los leves más comunes son malestar, hinchazón, enrojecimiento en el sitio de la inyección, fiebre, erupción en la piel, dolor. Los efectos graves son poco comunes y pueden incluir reacciones alérgicas que ponen en riesgo la vida, convulsiones e incluso la muerte. La aparición de estos efectos no tiene que ver, por lo general, con defectos del producto, ya sean de fabricación, de diseño, de información u otros. Se presentan aunque la fabricación haya sido adecuada (3).

Aun así se considera a las vacunas beneficiosas por la utilidad social que prestan en la prevención de enfermedades. Conociéndose la posibilidad de producción de tales consecuencias dañosas, igualmente son aprobadas para su uso masivo por las autoridades sanitarias de los paí-

---

(1) Disponible al 17/06/2021 en <https://www.who.int/es/news/item/24-04-2020-global-leaders-unite-to-ensure-everyone-everywhere-can-access-new-vaccines-tests-and-treatments-for-covid-19>.

(2) ÁLVAREZ RÚA, Elsa, “El derecho internacional en tiempos de COVID-19 (SARS-COV-2). Respuestas y desafíos”, *elDial*, DC2E15, 04/06/2021.

(3) CARMICHAEL, Flora, “BBC reality chek”, 21/11/2020 disponible en <https://www.bbc.com/mundo/noticias-55025227>; <https://www.historyofvaccines.org/es/contenido/articulos/programas-de-compensaci%C3%B3n-por-lesiones-causadas-por-vacunas> (disponible al 15/5/2021).

ses, ya que los pequeños riesgos se equilibran con los beneficios de la inmunización poblacional generalizada (4).

Por ello, con la finalidad de incentivar el desarrollo de la ciencia y evitar que los elaboradores, fabricantes y desarrolladores de ellas se retiren del mercado por temor a las reclamaciones judiciales por daños, existen en muchos países lo que se llama sistema de compensación por lesiones causadas por vacunas. Este sistema existe en los EE.UU. desde el año 1988, identificado por sus siglas en inglés como NVICP —Programa Nacional de Compensación por lesiones por vacunas administrado por HRSA (Health Resources and Services Administration)—, dependiente del departamento de Salud y Servicios Humanos (5).

El fundamento de la creación del programa es que las personas han asumido el riesgo de reacciones adversas a nombre de la sociedad en que viven, entonces los gobiernos consideran justo compensar a quienes han sido perjudicados (6). Para otros el beneficio de la implementación del sistema es ofrecer un acceso equitativo a aquellos que no tienen recursos para encarar la vía judicial, y que el público mantenga la confianza en los programas de inmunización (7). Otros consideran que constituye una expresión de la equidad y solidaridad comunitaria, que significa que los miembros de una comunidad no deben cargar solos con los riesgos de la vacunación, ya que al ser dañados pagan partes desiguales del costo social de producir el bien social de la inmunidad colectiva (8). Estos fondos

---

(4) LOOKER, C. - KELLY, H., "No-fault compensation following adverse events attributed to vaccination: a review of international programs", *Bulletin of the World Health Organization* 2011; 89:371-378, disponible al 13/02/2021 en <https://www.who.int/bulletin/volumes/89/5/10-081901/en>.

(5) Ver [hrsa.gov/vaccine-compensation/index/html](https://hrsa.gov/vaccine-compensation/index/html), disponible al 15/05/2021; MAGLIO, Ignacio - NEIRA, Jorge - RAVIOLI, Julio - WIERZBA, Sandra, "Perspectivas jurídicas y médicas en situaciones de desastre", LA LEY del 17/11/2020, 1, punto X.

(6) Ver [hrsa.gov/vaccine-compensation/index/html](https://hrsa.gov/vaccine-compensation/index/html), disponible al 15/05/2021. Se explica que el programa fue creado luego de que las demandas contra las empresas de vacunas y los proveedores de atención médica amenazaran con causar escasez de vacunas y reducir las tasas de vacunación, lo que podría haber provocado un resurgimiento de enfermedades prevenibles con vacuna.

(7) Conf. MUNGWIRA, Randy G. y otros, "Global landscape analysis of no-fault compensation programmes for vaccines injures: A review and survey of implementing countries", *Revista Plos*, 21/05/2020, disponible al 16/2/2021 en <https://journals.plos.org/plosone/article?id=10.1371/journal.pone.0233334>; MEISSNER, H. Cody - NAIR, Narayan - PLOTKIN, Stanley A., "The National Vaccine Injury Compensation Program Striking a Balance Between Individual Rights and Community", 29/01/2019, disponible en <https://jamanetwork.com/journals/jama/article-abstract/2720427>.

(8) LOOKER, C. - KELLY, H., ob. cit.

con frecuencia existen en los países de mayor poder adquisitivo, tales como Estados Unidos, Canadá, en algunos países de Asia, en varios países de Europa y Oceanía (9).

El programa vigente en Estados Unidos puede proporcionar una compensación financiera a las personas que presenten una reclamación y se descubra que han resultado lesionadas por una vacuna cubierta por el NVICP. Constituye una hipótesis de responsabilidad sin culpa, alternativa al sistema legal tradicional. Quienes presentan una reclamación causada por una vacuna cubierta por el sistema, no pueden demandar al fabricante de la vacuna sin presentar primero una reclamación ante la Corte Federal de Reclamaciones de EE.UU. Se presume que ciertas reacciones son efectos secundarios de la vacuna. Mediante el cumplimiento de los requisitos legales pertinentes, al que ha presentado una reclamación se le hace un reembolso de dinero de acuerdo con una fórmula. Si el pedido es rechazado, o si es aprobado y el reclamante rechaza la compensación, se puede entablar la acción civil. En cuanto a la extensión del resarcimiento, en general cubren gastos médicos, pensiones por invalidez, prestaciones por fallecimiento y algunos cubren también pérdidas extrapatrimoniales incluyendo dolor, sufrimiento y compensación a la familia (10). Comprende además de los resarcimientos económicos, sumas para pagar honorarios de abogados y costos legales (11).

En algunos países existen criterios mínimos de lesión o discapacidad que deben cumplirse para acceder a una indemnización. Por ejemplo, en Inglaterra la compensación se paga cuando hay una discapacidad superior al 60%. En Finlandia, la lesión debe resultar de una pérdida de la capacidad funcional durante al menos 14 días.

El programa cubre la mayoría de las vacunas que se administran de forma rutinaria en los Estados Unidos (hepatitis A y B, influenza estacional, virus del papiloma humano, sarampión, polio, rubéola, tétanos, varicela, entre otras). Para que una vacuna esté cubierta por este sistema, los centros para el control y la prevención de enfermedades, deben recomendar la categoría de vacuna para la administración de rutina a niños o mujeres embarazadas. El fondo está financiado por un impuesto de \$0.75 por dosis de vacuna, que cobra el Departamento del Tesoro de

---

(9) MUNGWIRA y otros, ob. cit.

(10) LOOKER, C., KELLY, H., ob. cit.

(11) Disponible al 15/05/2021 en <https://www.historyofvaccines.org/es/contenido/articulos/programas-de-compensaci%C3%B3n-por-lesiones-causadas-por-vacunas>.

EE.UU. a los fabricantes (12). En otros países se financian con aportes de los estados.

Para casos de situaciones de emergencia, en EE.UU., además del programa corriente que hemos descrito para las vacunas del calendario, existe otro aplicable en *situaciones de emergencia que afecten la salud pública o la seguridad del Estado*, en el que se ha incluido el *coronavirus*. Se trata de la ley PREP por sus siglas en inglés (Ley de Preparación para Emergencias) que establece protecciones de responsabilidad para fabricantes, distribuidores y otros que hayan creado un fármaco o vacuna (esto último llamado “contramedida de seguridad”) que ocasiona daños producto de su administración. La contramedida de seguridad se define como un medicamento, producto biológico o dispositivo que el secretario de Salud y Servicios Humanos determina que es una prioridad para tratar, identificar o prevenir el daño de cualquier agente biológico, químico, radiológico o nuclear identificado como una amenaza material por el secretario de Seguridad Nacional; o para tratar, identificar o prevenir el daño de una condición que pueda resultar en consecuencias adversas para la salud o muerte (13).

La protección de responsabilidad es a favor de las entidades e individuos que participan en el desarrollo, la fabricación, el ensayo, la distribución, la administración y el uso de esas contramedidas. La inmunidad no cubre casos de “mala conducta intencional” (14).

Desde el lado de las víctimas, la misma ley estableció también el CICP (por sus siglas en inglés), que es un fondo creado por el Estado para proporcionar compensación a las personas dañadas por lesiones físicas graves o muerte, causadas directamente por la administración de con-

---

(12) Disponible al 15/05/2021 en <https://www.historyofvaccines.org/es/contenido/articulos/programas-de-compensaci%C3%B3n-por-lesiones-causadas-por-vacunas>.

(13) Disponible al 31/01/2021 en <https://www.phe.gov/Preparedness/legal/prepact/Pages/default.aspx>, Public Health Emergency US Department of Health & Human Services; disponible al 15/05/2021 en [https://uscode.house.gov/view.xhtml?req=\(title:42%20section:247d-6d%20edition:prelim;BOO,Miguel-ALDERETE,Manuel,“Vacunas,Laboratorios%20indemnes,%20¿Estado%20responsable?“,Ed.Rubinzal-Culzoni,RCD%203330/2020](https://uscode.house.gov/view.xhtml?req=(title:42%20section:247d-6d%20edition:prelim;BOO,Miguel-ALDERETE,Manuel,“Vacunas,Laboratorios%20indemnes,%20¿Estado%20responsable?“,Ed.Rubinzal-Culzoni,RCD%203330/2020).

(14) Conf. GOLDSMAN, Roy, “La protección legal en la adquisición de vacunas contra el Covid-19”, revista *Abogados*, nota 11, 20/04/2021, disponible en <https://abogados.com.ar/la-proteccion-legal-en-la-adquisicion-de-vacunas-contra-el-covid-19/28113>.

tramedidas pandémicas o de seguridad, basadas en evidencia médica y científica convincente (15).

Surge de lo expuesto que en los Estados Unidos, en caso de medicamentos o vacunas desarrolladas en situaciones de emergencia pública, los elaboradores de esos medicamentos cuentan con indemnidad patrimonial por los daños que pueda causar su utilización.

En la Unión Europea, con fecha 17/06/2020, se aprobó la Comunicación de la Comisión al Parlamento Europeo, al Consejo Europeo y al Banco Europeo de Inversiones, titulada “Estrategia de la Unión Europea para las vacunas contra la COVID-19” (16). A efectos de garantizar a los Estados miembro un acceso equitativo y asequible a una vacuna, propone celebrar acuerdos de compra anticipada con los productores de vacunas, asumiendo la Comisión la responsabilidad de la contratación pública y de los acuerdos de compra anticipada, mientras que los Estados miembro compradores asumirán la responsabilidad que se refiere al despliegue y al uso de la vacuna, incluida cualquier indemnización específica requerida por un acuerdo de compra anticipada determinado. De esta forma se otorga a los intervinientes en la industria, desarrolladores, fabricantes, distribuidores, etc., una especie de póliza de seguro, al transferir parte del riesgo en que incurre la industria a las autoridades públicas, a cambio de garantizar a los Estados miembro el acceso a una vacuna, en caso de que se disponga de ella. Propone también como estrategia, atento a la situación de urgencia, hacer uso de la flexibilidad normativa disponible para acelerar el desarrollo, la autorización y la disponibilidad de vacunas, manteniendo al mismo tiempo las normas de calidad, seguridad y eficacia.

La legislación común comunitaria sobre responsabilidad por los daños causados por productos defectuosos —directiva 85/374 CE— sigue vigente en tanto dispone en su art. 1º que la responsabilidad por producto defectuoso corresponde al productor y el art. 12, que dispone que esa responsabilidad no puede quedar limitada o excluida por cláusulas limitativas o exonerativas.

Es decir que los laboratorios no están exentos de la responsabilidad, pero en la ocasión especial, debido a la urgencia y gravedad de las conse-

---

(15) <https://www.hrsa.gov/cicp/about>.

(16) Disponible en <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/es/txt/pdf/?uri=celex:52020dc0245&from=en>.



cuencias de la pandemia y el periodo breve de desarrollo de las vacunas se les otorgó indemnidad patrimonial (17).

Surge de lo anterior que en la Unión Europea se ha trasladado el riesgo por efectos secundarios a los Estados miembros, pero no legislativamente como en Estados Unidos sino por medio de contratos individuales confidenciales con varias farmacéuticas con términos de indemnidad y/o inmunidad diferentes (18).

Por su parte, el gobierno británico promulgó una enmienda legislativa para cubrir a los productores de vacunas contra el COVID-19 con una inmunidad civil y persigue incluir el COVID-19 en un programa gubernamental de compensación económica, para aquellos usuarios que padezcan una discapacidad como consecuencia de la vacunación (19).

## II.2. Reacciones adversas causadas por las vacunas COVID 19

Los efectos negativos después de la aprobación de una vacuna son raros, pero se consideran más probables en esta emergencia debido a la velocidad sin precedentes con la que se están desarrollando estos fármacos. Es público que aproximadamente a los 8 meses de la aparición del coronavirus comenzaron a aparecer las primeras vacunas.

La ANMAT, en el “Glosario de Farmacovigilancia” (20), define los distintos efectos o reacciones de los medicamentos de la siguiente forma:

- *Reacción adversa a medicamentos (RAM)*. Según la OMS, “reacción nociva y no deseada que se presenta tras la administración de un medicamento, a dosis utilizadas habitualmente en la especie humana, para prevenir, diagnosticar o tratar una enfermedad, o para modificar cualquier función biológica”. Nótese que esta definición implica una relación de causalidad entre la administración del medicamento y la aparición de la reacción.

---

(17) Conf. BOO, Miguel - ALDERETE, Manuel, ob. cit.

(18) <https://www.reuters.com/article/health-coronavirus-eu-pfizer/exclusive-europe-to-pay-less-than-u-s-for-pfizer-vaccine-under-initial-deal-source-idUSKBN27R11F>; conf. GOLDSMAN, Roy, ob. cit.

(19) Conf. GOLDSMAN, Roy, ob. cit.

(20) ANMAT, “Glosario de farmacovigilancia”, anexo III de la disp. 5358/2012, disponible en [http://www.anmat.gov.ar/farmacovigilancia/glosario\\_fvg.pdf](http://www.anmat.gov.ar/farmacovigilancia/glosario_fvg.pdf).

- *Efecto adverso serio*. Es aquel que provoca la muerte o amenaza de vida, requiere o prolonga la hospitalización, produce una anomalía congénita o deja una secuela permanente

- *Reacción adversa inesperada*. Reacción que no ha sido descrita en el rótulo y prospecto del producto o que no ha sido reportada a la autoridad sanitaria por el laboratorio que obtuvo el registro del producto al momento de solicitarlo (ver también “Reacción adversa al medicamento”).

- *Reacción adversa*, cuya naturaleza o intensidad no es consistente con la información local o la autorización de comercialización, o bien no es esperable por las características farmacológicas del medicamento. El elemento predominante en este caso es que el fenómeno sea desconocido.

Respecto de las vacunas contra el COVID 19 a la fecha se han reportado algunos casos de posibles efectos negativos en relación con la inoculación de algunas de ellas.

- tromboembolia (coágulos sanguíneos) y trombocitopenia (baja concentración de plaquetas) notificados tras la administración de la vacuna AstraZeneca (21).

- *un tipo raro y grave de coágulo de sangre* con relación a la vacuna Johnson & Johnson-Janssen (22).

---

(21) La OMS, en la declaración del subcomité sobre la COVID-19 del Comité Consultivo Mundial sobre Seguridad de las Vacunas, acerca de los signos de posibles efectos adversos relacionados con la vacuna de AstraZeneca, examinó información sobre casos de tromboembolia (coágulos sanguíneos) y trombocitopenia (baja concentración de plaquetas) notificados tras la administración de la vacuna AstraZeneca, fecha 19/03/2021, disponible en [https://www.who.int/es/news/item/19-03-2021-statement-of-the-who-global-advisory-committee-on-vaccine-safety-\(gacvs\)-covid-19-subcommittee-on-safety-signals-related-to-the-astrazeneca-covid-19-vaccine](https://www.who.int/es/news/item/19-03-2021-statement-of-the-who-global-advisory-committee-on-vaccine-safety-(gacvs)-covid-19-subcommittee-on-safety-signals-related-to-the-astrazeneca-covid-19-vaccine). El Ministerio de Salud de Chile anunció la modificación del rango etario de las personas que pueden recibir la vacuna contra el COVID-19 de AstraZeneca hasta culminar una investigación de un caso de trombosis en un paciente de 31 años. Varios países han pausado la administración de la vacuna de AstraZeneca o han ajustado el perfil de edad de las personas a las que se aplica después de que su administración se haya relacionado con efectos adversos, como eventos trombóticos, aunque son “muy raros”. Algunos, incluso, han eliminado el fármaco de sus planes de inmunización contra el COVID-19, disponible en <https://www.lanacion.com.ar/el-mundo/chile-ajustara-la-edad-para-recibir-astrazeneca-tras-un-caso-de-trombosis-nid03062021>.

(22) La FDA con relación a la vacuna Johnson & Johnson (Janssen) al 13/04/2021 está revisando los datos de seis casos notificados en EE.UU. de un tipo raro y grave de coágulo de sangre en personas después de recibir la vacuna, disponible en <https://www.fda.gov/emergency-preparedness-and-response/coronavirus-disease-2019-covid-19/covid-19-vaccines#news>.

- casos inusuales de problemas cardíacos (miocarditis) en adolescentes y jóvenes adultos con vacunas de ARN mensajero (23).

### III. LA AUTORIZACIÓN DE USO DE EMERGENCIA DE LAS VACUNAS CONTRA EL COVID-19

Según la FDA, una autorización de uso de emergencia (EUA) es un mecanismo para facilitar la disponibilidad y el uso de contramedidas médicas (medicamentos en general) incluidas las vacunas, durante emergencias de salud pública, como la pandemia actual de COVID-19 (24).

En la Unión Europea, autorización de emergencia significa que la autorización inicial se basa en datos menos exhaustivos que los normalmente exigidos (si bien cuenta con una relación riesgo/beneficio positiva), impone obligaciones a los titulares de la autorización de comercialización para que completen los datos posteriormente (25).

En la Argentina, teniendo en cuenta la situación de gravedad sanitaria mundial y local, la alta circulación comunitaria del virus, y la escasez de vacunas a nivel mundial, con fecha 23/12/2020 el Ministerio de Salud, en virtud de lo establecido en los arts. 8º y 9º de la ley 27.573, dictó la res. 2020-2784 APN, mediante la cual se aprueba con carácter de emergencia para su uso masivo, la vacuna Gam-COVID —denominada “Sputnik

---

(23) Fueron reportados por las autoridades sanitarias de Israel, Francia y Estados Unidos, sin que se haya establecido de momento un vínculo con la vacunación. Se trata de casos de miocarditis, una inflamación del músculo cardíaco, que les ocurrieron a personas que recibieron una vacuna de ARN mensajero como las desarrolladas por Pfizer/BioNTech o Moderna. En algunos casos más graves de pacientes con coronavirus, se observó que tenían arritmias graves, isquemia, entre otras, pero que aún no se puede establecer la relación directa, disponible al 06/06/2021 en [infobae.com/america/tendencias-america/2021/06/02/investigacion-si-las-vacunas-de-arn-mensajero-causan-miocarditis-en-jovenes-adultos/EFE/EPA/CHRISTIAN\\_CHARISIUS/POOL/Archivo](https://infobae.com/america/tendencias-america/2021/06/02/investigacion-si-las-vacunas-de-arn-mensajero-causan-miocarditis-en-jovenes-adultos/EFE/EPA/CHRISTIAN_CHARISIUS/POOL/Archivo); <https://www.lanacion.com.ar/el-mundo/hallan-mas-casos-de-afecciones-cardiacas-de-lo-esperado-en-jovenes-que-recibieron-vacuna-de-arn-nid10062021>).

(24) <https://www.fda.gov/emergency-preparedness-and-response/coronavirus-disease-2019-covid-19/covid-19-vaccines#news>.

(25) Conf. Comunicación de la Comisión al Parlamento Europeo, al Consejo Europeo y al Banco Europeo de Inversiones. Estrategia de la UE para las vacunas contra la COVID-19 de fecha 17/06/2020 disponible al 05/06/2021 en <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/PDF/?uri=CELEX:52020DC0245&from=EN>. Se explicó allí que en una situación de pandemia los ensayos clínicos se llevarán a cabo en un plazo notablemente reducido, lo que limita los datos disponibles para revisar la solicitud de autorización de comercialización.

V” —, de conformidad con las recomendaciones de la Administración Nacional de Medicamentos, Alimentos y Tecnología médica ANMAT (26).

Este organismo en la misma fecha dio a conocer el informe técnico en el que se expresa que teniendo en cuenta la situación actual de emergencia sanitaria, el contexto internacional y en la medida en que los beneficios conocidos y potenciales para la salud de la población son superiores a la incertidumbre que pueda existir, esa Administración Nacional, recomienda al Ministerio de Salud de la Nación, avanzar en la autorización de emergencia, teniendo en cuenta que la vacuna referenciada en este informe actualmente se presenta como una herramienta terapéutica idónea para que nuestro país baje la mortalidad y reduzca la morbilidad y la transmisibilidad del virus Sars-Cov-2 productor de la enfermedad COVID-19 (27).

En nuestro país, la autorización de emergencia consiste en facultades otorgadas a los organismos administrativos para autorizar temporalmente el empleo de fármacos no autorizados. Si bien el uso de medicamentos contra el COVID-19 podría encuadrarse dentro de una terapia experimental, debiendo en este caso cumplirse estrictamente con los requisitos del art. 59 del Cód. Civ. y Com., en situaciones de emergencia pueden exigirse requisitos más atenuados aplicando por analogía las disposiciones de la terapia experimental compasiva (28).

---

(26) Fue creada a través del dec. 1490/92 y del extenso art. 3º surge la competencia del organismo que podemos resumir en acciones de registro, control, fiscalización y vigilancia de medicamentos, cosméticos, reactivos de diagnóstico; productos médicos (equipos dispositivos y elementos de uso médico asistencial); alimentos acondicionados, suplementos dietarios, aditivos, edulcorantes e ingredientes; productos de uso doméstico, desinfectantes y desinsectizantes. El organismo controla que los medicamentos, alimentos y dispositivos médicos posean eficacia, seguridad y calidad. Respecto de las vacunas, el anexo I, art. 5º, de la disp. 705/2005 “Requisitos para la inscripción de vacunas”, dictada por la Administración Nacional de Medicamentos, Alimentos y Tecnología Médica de ANMAT establece: “Registro de vacunas de interés sanitario en emergencias. Para el caso de emergencias o cuando las condiciones sanitarias hagan necesaria la disponibilidad de vacunas en desarrollo o de reducida disponibilidad de datos de seguridad y eficacia, la autoridad regulatoria establecerá un procedimiento que permita evaluar las condiciones de riesgo beneficio para la disponibilidad del biológico en el marco de la estrategia que fije el país”.

(27) Disponible en <https://www.infobae.com/salud/2020/12/24/los-detalles-del-informe-de-la-anmat-sobre-la-vacuna-sputnik-v>.

(28) Conf. TOBIAS, José W., “La terapia experimental y la pandemia”, LA LEY 2021-A, 282. Explica el autor que la disp. 840/1995 ANMAT regula el uso compasivo de medicamentos estableciendo que es posible acceder a un fármaco en patologías para las que no hay un tratamiento específico, siempre que exista una relación riesgo beneficio favorable para el paciente. La droga en cuestión debe haber completado la fase II de

Además de la Sputnik V, llegaron a nuestro país otras vacunas, como AstraZeneca y Sinopharm, las que han sido autorizadas por el organismo de control con el mismo procedimiento.

Todas estas vacunas no tienen completada la fase 3 de investigación clínica, estadio en el que en un número mayor de pacientes, se evalúan los efectos terapéuticos y los efectos adversos que aparecen en el período de administración del fármaco relativamente corto. La información obtenida en los ensayos clínicos de fase 3, no permite predecir lo que pasará en la práctica clínica habitual con respecto a la aparición de reacciones adversas. Ello por cuanto la detección de reacciones adversas en el período precomercialización tiene el inconveniente de que la población incluida es reducida si se compara con aquella que efectivamente utilizará el fármaco. Para las vacunas que se aplican en la Argentina, la fase 3 tiene un período de 2 años de seguimiento, y los resultados hasta ahora conocidos corresponden a los hallazgos de fase 3. Por este motivo, todas las autorizaciones de uso de las agencias reguladoras tienen carácter de “uso de emergencia” (29).

En la fase 4, llamada “de farmacovigilancia”, se estudian los efectos poscomercialización y son importantes para la detección precoz de reacciones adversas previamente desconocidas en las fases anteriores, o de lento desarrollo o poco frecuentes (30).

---

investigación y debe existir una publicación de prestigio reconocida que confirme la prescripción, además de un estudio clínico. Debe tratarse de patologías que comprometan la vida o que evolucionen hacia la invalidez. Debe tenerse también en cuenta la disp. 705/2005 ANMAT “Requisitos para la inscripción de vacunas”, donde también se permite esas autorizaciones en caso de emergencia.

(29) Disp. en <http://www.femeba.org.ar/documentos/download/5883>; conf. VAL-SECIA, Mabel, “Farmacología y mecanismos de reacciones adversas a medicamentos”, disponible al 08/05/2021 en [https://www.med.unne.edu.ar/sitio/multimedia/imagenes/ckfinder/files/files/13\\_farmacovigi.pdf](https://www.med.unne.edu.ar/sitio/multimedia/imagenes/ckfinder/files/files/13_farmacovigi.pdf). Cuando se intenta usar en terapéutica humana un principio activo nuevo debe demostrarse su eficacia e inocuidad. Para ello se hacen investigaciones preclínicas y si se supera esa etapa se pasa a la investigación clínica la que se ejecuta en humanos y comprende cuatro fases cuidadosamente planeadas. Las tres primeras tienen lugar antes de la comercialización y la cuarta se inicia una vez que el fármaco ha sido aprobado para ser usado en terapéutica. En las fases I y II se estudian los efectos en un número reducido de personas. En la fase III se realizan estudios más amplios, los pacientes participan en ensayos clínicos controlados prospectivos para evaluar los efectos terapéuticos y los efectos adversos. Se estudia un número de pacientes de 1000 a 4.000 para investigar reacciones adversas que se presentan con una alta frecuencia y que aparecen en el período de administración del fármaco relativamente cortos.

(30) Ver la tabla de efectos adversos de las tres vacunas aplicadas en la Argentina elaborada de acuerdo con los informes ESAVI del Ministerio de Salud (acrónimo

La fase 4 tiene una duración de entre 5 a 10 años aproximadamente, por lo que las etapas 1, 2 y 3 se ven sumamente acortadas, mientras que la etapa 4 se ve suprimida, puesto que la vacuna es distribuida antes de poder realizar una vigilancia posterior (31).

#### IV. LEY 27. 573 DE VACUNAS DESTINADAS A GENERAR INMUNIDAD ADQUIRIDA CONTRA EL COVID-19

##### IV.1. Fundamento: el derecho a la salud y la obligación del Estado de garantizarlo

El derecho a la salud es un bien fundamental y cuando se trata de enfermedades graves, es claro que está íntimamente relacionado con el derecho a la vida y con el principio de autonomía personal e incumbe al Estado actuar en su plena tutela (32). Es un derecho humano y existe una obligación primordial del Estado de proteger la salud pública y la salud individual de sus habitantes (33). La salud es un derecho colectivo, público y social de raigambre constitucional. Conforme con ello, todo habitante de la Nación Argentina tiene el derecho a acceder a las prestaciones básicas de salud, las que deben ser aseguradas a través del tiempo, debiendo el Estado garantizarlas (34). Tiene la calidad de derecho humano y su protección se encuentra consagrada con rango constitucional en los arts. 33, 41, 42 y 75, incs. 22 y 23, CN; arts. 3º y 25, DUDH;

---

de Eventos adversos supuestamente Atribuibles a la Vacunación e Inmunización) y los porcentajes de ocurrencia, en <http://www.femeba.org.ar/documentos/download/5883>, existente al 07/06/2021; conf. VALSECIA, Mabel, ob. cit.

(31) VIZCARRA PASAPERA, María José, “Responsabilidad civil generada por los efectos secundarios imprevisibles de la vacuna contra el COVID-19”, disponible al 06/05/2021 en [http://tesis.pucp.edu.pe/repositorio/bitstream/handle/20.500.12404/18790/VIZCARRA\\_PASAPERA\\_MAR%3%8dA\\_JOS%3%89%20%281%29.pdf?sequence=1&isAllowed=y](http://tesis.pucp.edu.pe/repositorio/bitstream/handle/20.500.12404/18790/VIZCARRA_PASAPERA_MAR%3%8dA_JOS%3%89%20%281%29.pdf?sequence=1&isAllowed=y).

(32) MALAVOLTA, Victor - PULVIRENTI, Orlando D., “Pandemia Covid-19: derecho a la salud y su tutela estatal”, SAIJ DACF200041.

(33) MANILI, Pablo L., “El derecho a la salud”, LA LEY del 10/06/2021, 1. Ver el completo recorrido que el autor realiza del reconocimiento del derecho a la salud por la Corte Suprema de Justicia hasta nuestros días.

(34) PIROVANO, Pablo A., “Derecho a la salud. Vacunación COVID-19: Sus alcances constitucionales y la negociación contractual”, 03/05/2021, disponible en <https://abogados.com.ar/derecho-a-la-salud-vacunacion-covid-19-sus-alcances-constitucionales-y-la-negociacion-contractual/28224>.

art. 4º, CADH —pacto de San José de Costa Rica—; arts. 12, PIDESC; art. 1º, DADDH (35).

Dadas las características que, casi unánimemente, la ciencia atribuye al coronavirus, en cuanto a su virtualidad de poner en riesgo la propia vida humana particularmente respecto de ciertos grupos vulnerables, es evidente que las medidas que adopte el Estado en pos de conjurar esa situación hacen a la obligación estatal, social y particular, de respetar la vida humana (36).

El derecho a la salud como especie del género derechos sociales se caracteriza por su contenido, es decir por el conjunto de obligaciones positivas asumidas por el Estado a fin de garantizarlo a toda la población (37).

La Corte Suprema, en el caso “Campodónico de Beviacqua” (38) ha destacado la obligación impostergable que tiene la autoridad pública de garantizar ese derecho con acciones positivas, sin perjuicio de las obligaciones que deban asumir en su cumplimiento las jurisdicciones locales, las obras sociales o las entidades de la llamada medicina prepaga. Por lo tanto, se impone al Estado Nacional un rol activo reclamando políticas concretas de acción; no es mero espectador (39).

---

(35) Trib. Col. Resp. Ext. Rosario, sala 6ª, “T., M. A. c. Provincia de Santa Fe s/ daños y perjuicios”, 10/10/2012, expte. 982/2009. disponible al 10/06/2021 en <https://aldiaargentina.microjuris.com/2012/10/31/responsabilidad-del-estado-por-el-80-de-incapacidad-fisica-provocados-a-la-actora-por-la-colocacion-de-la-vacuna-sarampion-rubeola>; CNFed. Cont. Adm., sala IV, “Viceconte, Mariela C. c. EN -M. de Salud y Acción Social s/ amparo ley 16.986”, disponible al 16/6/2021 en <http://www.saij.gob.ar/camara-nac-apelac-contencioso-administrativo-federal-federal-ciudad-autonoma-buenos-aires-viceconte-mariela-en-m-salud-accion-social-amparo-ley-16986-fa98100361-1998-06-02/123456789-163-0018-9ots-eupmocsollaf>; fallos recientes y con relación al coronavirus y el derecho a la salud puede verse en: CNTrab., sala I, 24/06/2020, “Monteagudo Silvía y otros c. Gobierno de la Ciudad de Buenos Aires s/ amparo”, y CS, 19/9/20, “Maggi, Mariano c. Corrientes PCIA. s/ medida autosatisfactiva”;

(36) MALAVOLTA, Victor – PULVIRENTI, Orlando D., ob. cit.

(37) ARIZA CLERICI, Rodolfo, “El derecho a la salud en la Corte Suprema de Justicia de la Nación”, *Lecciones y Ensayos*, disponible al 07/05/2021 en <http://www.derecho.uba.ar/publicaciones/lye/revistas/80/el-derecho-a-la-salud-en-la-csjn.pdf>; PIROVANO, Pablo A., ob. cit.

(38) CS, 24/10/2000, “Campodónico de Beviacqua, Ana C. c. Ministerio de Salud y Acción Social-Secretaría de Programas de Salud y Banco de Drogas Neoplásicas”, Fallos 323:3229.

(39) Conf. ROSALES, Pablo O., “La Corte Suprema y la obligación de la cobertura de la discapacidad (Análisis de la reciente jurisprudencia del alto tribunal y las obligaciones del Estado Nacional, las obras sociales y las empresas de medicina privada”, JA

Esta obligación de preservar la salud con acciones positivas a cargo del Estado está presente en los Fundamentos del Proyecto de la ley de vacunas COVID-19 que fue votado por la Cámara de Diputados (40), en el que se requiere al Ministerio de Salud suscribir los contratos pertinentes con el objeto de cumplir con “el interés público comprometido que es el cuidado de la salud de la población” y acceder a la cantidad suficiente de dosis de vacunas para la prevención de la enfermedad COVID-19 en el menor plazo posible. También el art. 1º de la ley 27.573 declara “de interés público la investigación, desarrollo fabricación y adquisición de las vacunas destinadas a generar inmunidad adquirida contra el COVID-19”.

#### **IV.2. Principales disposiciones de la ley 27.573 de vacunas. Modificaciones introducidas por el DNU 431-2021**

La ley 27.573 de Vacunas destinadas a generar inmunidad adquirida contra el COVID-19 se dicta en el marco de la Emergencia Sanitaria establecida por la ley 27.541 y dec. 260/2020, en razón de la pandemia declarada por la Organización Mundial de la Salud. La ley tendrá vigencia mientras dure la Emergencia Sanitaria declarada por la misma normativa y cualquier otra que la prorrogue (art. 12). Otorga al Poder Ejecutivo (Ministerio de Salud de la Nación), atribuciones para negociar cláusulas contractuales especiales con quienes desarrollen estas vacunas. La facultad de incluir tales disposiciones apunta a facilitar la celebración de estos importantes acuerdos bajo los términos imperantes en el mercado internacional (41).

Con fecha 2 de julio de 2021 se dictó el DNU 431/2021 denominado “Marco legal para el desarrollo del plan nacional de vacunación destinado a generar inmunidad adquirida contra la COVID-19, con inclusión de la protección de los niños, las niñas y adolescentes”. En esta última norma se establecen algunas modificaciones a la ley con el fin de facilitar prioritariamente el acceso a vacunas y la concreción de contratos con diversos proveedores. Es de destacar que la contratación de vacu-

---

2002-II-431, 0003/008782; ejemplo de acción positiva del Estado se observa en el amparo “Viceconte, Mariela C.”, cit., en el que se ordenó al Estado Nacional - Ministerio de Salud que cumpla con el cronograma de avances del Proyecto de producción de la vacuna “candid 1” protectora contra la fiebre hemorrágica, el que se encontraba paralizado pese a existir partida presupuestaria para ello.

(40) Disponible al 14/05/2021 en <https://www4.hcdn.gob.ar/dependencias/dsecretaria/Periodo2020/PDF2020/TP2020/5072-D-2020.pdf>.

(41) Conf. LAFERRIÈRE, Jorge N., “Algunas reflexiones sobre el proyecto de ley relativo a las vacunas para COVID-19”, ED del 28/10/2020, ED-CMXXX-957.



nas producidas en los Estados Unidos de América se veía dificultada por ciertas disposiciones de la ley 27.573 (42). A allanar ese camino se dirigió la flamante normativa, de cuyo texto originario y sus modificaciones por el DNU de mención, cabe destacar las siguientes disposiciones:

- *prórroga de jurisdicción* a favor de los tribunales judiciales y arbitrales con sede en el extranjero, respecto de acciones o reclamaciones que se susciten entre las partes con relación a la adquisición de las vacunas (art. 2º). Se refiere según nuestro criterio a cuestiones relacionadas con la entrega, pagos, cumplimiento, cancelación de contratos y otros entre el Estado y las farmacéuticas (43).

Se ha dicho que la prórroga es para cuando se generen conflictos por pérdidas que pudieran sufrir las farmacéuticas, en caso que el Estado Nacional decidiera cancelar los contratos por no cumplir el fármaco con los efectos beneficiosos prometidos (44).

Según el propio art. 2º de la ley, esta prórroga de jurisdicción no se extiende a terceros residentes en la República Argentina, quienes en todos los casos conservan su derecho de acudir a los tribunales locales o federales del país por cuestiones que se deriven de la aplicación de estos contratos.

Los particulares que se consideren con derecho a reclamar por algún efecto adverso grave, si bien poco frecuentes hasta el momento, como expusimos en punto II.2, no están impedidos de iniciar acciones en los tribunales locales, ya que las cláusulas de prórroga de jurisdicción están prevista en la ley para el Estado; el art. 2º expresamente dice que no se aplica a los particulares personas humanas o jurídicas (45).

- *Renuncia del Estado a oponer la defensa de inmunidad soberana*, respecto de las reclamaciones referentes a la adquisición de vacunas. La

---

(42) <https://www.lanacion.com.ar/politica/pfizer-proponen-eliminar-la-palabra-negligencia-de-la-ley-para-destrabar-las-negociaciones-nid02062021>, existente al 03/06/2021).

(43) “La pandemia en el país”, [https://www.clarin.com/sociedad/senado-aprobo-ley-habilita-gobierno-cerrar-contratos-vacuna-coronavirus\\_0\\_IwHdt7MZ0.html](https://www.clarin.com/sociedad/senado-aprobo-ley-habilita-gobierno-cerrar-contratos-vacuna-coronavirus_0_IwHdt7MZ0.html).

(44) Opinión de LOMBARDI, Vanina, “Los costos ocultos de la vacuna”, disponible en <https://www.unsam.edu.ar/tss/los-costos-ocultos-de-la-vacuna>, donde se expresa que normalmente se necesitan de tres a cinco años de investigación para el desarrollo de vacunas, por eso los laboratorios requieren regulaciones especiales, por posibles juicios o complicaciones.

(45) Conf. WIERZBA, Sandra - MANSNERUS, Juli - MALMINEN, Toni, “Vacunación: hacia un equilibrio entre libertad de conciencia e interés público”, ADLA 2021-2-181.

renuncia no se extiende a los bienes del dominio público que se enuncian en los incs. a) a k) del art. 3º.

El DNU 431/2021 (publicado el 02/07/2021) amplía a favor de los proveedores la garantía patrimonial establecida en este artículo quitando de las excepciones a oponer la inmunidad soberana a ciertos bienes, entre ellos: los bienes del dominio privado del Estado que no presten un servicio público esencial —art. 3º, inc. c), dec. 431/2021—; las regalías adeudadas a la República Argentina —art. 3º, inc. g), por lo que quedan solo exceptuados los impuestos— y los derechos de esta para recaudarlos; entre otros. Opuestamente se incluye dentro de las excepciones cualquier bien que integre el fondo de garantía de sustentabilidad del sistema integrado previsional argentino.

- Facultad de establecer *condiciones de indemnidad patrimonial* total o parcial a favor de los fabricantes, desarrolladores, proveedores de vacunas respecto de indemnizaciones y otras reclamaciones pecuniarias (art. 4º). Se persigue con ello evitar o limitar la responsabilidad civil de los desarrolladores y otros partícipes frente a potenciales daños sufridos por las personas que hayan participado en las investigaciones y ensayos clínicos, y/o daños a los administrados que tengan su causa en la inoculación de las vacunas.

La obligación de indemnidad es una transferencia de riesgo pactada contractualmente, por medio de la cual una parte compensa económicamente (mantiene “indemne”) a la otra ante la ocurrencia de un evento específico que le represente una pérdida o desembolso

La indemnidad patrimonial en favor de los desarrolladores cesa, si los daños resultan de conductas *dolosas* por parte de los sujetos aludidos (art. 4º, modificado por DNU 431/2021 que reemplazó en el texto de la ley las palabras “maliciosas, maniobras fraudulentas o negligencia” de los sujetos aludidos (art. 4º). Ello significa que la indemnidad patrimonial solo se excluye en caso de dolo, cuyo concepto deberá interpretarse conforme al art. 1724 del Cód. Civ. y Com.

Según nuestra interpretación de la ley, el art. 4º que autoriza a establecer cláusulas de indemnidad patrimonial a favor de los laboratorios, farmacéuticas, distribuidores etc., involucran solo al Estado y no se extiende a los particulares a quienes no puede perjudicar. Y aunque se consideraran aplicables a estos últimos, son cláusulas inoponibles en los términos de los arts. 984 y 1122 del Cód. Civ. y Com. (contrato de adhesión, cláusulas generales predisuestas unilateralmente por la otra parte o por un tercero); art. 988 (se tienen por no escritas las cláusulas abusivas

que importan renuncia o restricción a los derechos del adherente, o amplían derechos del predisponente); arts. 1094 y 1095 (las normas deben ser aplicadas e interpretadas conforme con el principio de protección del consumidor); art. 1098 (los proveedores deben dar a los consumidores un trato equitativo y no discriminatorio, no pueden establecer diferencias basadas en pautas contrarias a la garantía constitucional de igualdad ante la ley) y arts. 37 y 38 de la ley 24.240.

El DNU 431/2021 incorpora al texto de la ley el art. 8° bis por el que se crea el Fondo de Recuperación COVID, que tratamos *infra*, el que viene a constituir en cierta forma la garantía de indemnidad patrimonial hacia los que participan en el desarrollo, fabricación, provisión y suministro de las vacunas.

- facultad de establecer “cláusulas de confidencialidad de información” (art. 4° *in fine*);

- facultad de establecer otras “cláusulas acordes al mercado internacional de vacunas” (art. 5°).

- “eximir de pagos de derechos de importación e impuestos a las vacunas” adquiridas (arts. 6° y 7°).

- Fija el “procedimiento para la presentación de las vacunas a aprobación” de ANMAT y del Ministerio de Salud (art. 8°).

- Reafirma la autorización a los organismos competentes para que se hagan aprobaciones de emergencia de estas vacunas (art. 9°). Como ya expusimos en el punto III la legislación de fondo argentina contempla en situaciones de gravedad y emergencia sanitaria, la aprobación de emergencia

#### IV.3. El Fondo de reparación COVID-19

El DNU 431/2021 incorpora a la ley 27.573 el art. 8° bis, creando el Fondo de Reparación COVID-19. En el texto original de la ley 27.573 el Estado Argentino no asumió expresamente la obligación de mantener indemnes a los proveedores de vacunas, pese a que en los *Fundamentos* del texto que obtuvo media sanción en la Cámara de Diputados, se preveía, imitando cláusulas de contratos internacionales (46), que el Estado debía hacerse cargo de los daños ocasionados a terceros frente a los labo-

---

(46) Disponible en <https://www4.hcdn.gob.ar/dependencias/dsecretaria/Periodo2020/PDF2020/TP2020/5072-D-2020.pdf>; LAFERRIÈRE, Jorge N., ob. cit.

ratorios y proveedores. Debe tenerse presente además que no hay disponible información sobre los contratos que firmó la República Argentina, conducta similar seguida por países extranjeros (47) para analizar si esa garantía se otorgó en los contratos individuales.

Esto se ve modificado en el reciente dec. 431/2021 en el cual, con el propósito de lograr cerrar contratos con determinados laboratorios, se incorporó como art. 8° bis la creación de un “Fondo de reparación COVID-19” que tendrá por objeto el pago de indemnizaciones a las personas humanas que hayan padecido un daño en la salud física como consecuencia directa de la aplicación de la vacuna, el que se constituirá con una suma igual al 1,25% del valor CFA (*Free Carrier* según normas *Incoterms 2020*) por dosis de vacuna suministrada (art. 8° *nonies*). En caso de insuficiencia del fondo, el deudor será el Estado Nacional (art. 8° *decies*) (48).

Se trata de una indemnización tarifada, con límite máximo por muerte o incapacidad física total y permanente de 240 veces el haber mínimo jubilatorio del sistema SIPA. En caso de incapacidades temporarias se valorará la indemnización en forma proporcional a esa suma, de acuerdo con el porcentaje que se determine (art. 8° *quater*) El reclamo tramitará ante las comisiones médicas previstas en el art. 51 de la ley 24.557 y las restantes normas que regulen la actuación de estas (art. 8° *quater*). Es órgano de consulta técnica y opinión vinculante la Comisión Nacional de Seguridad de vacunas (art. 8° *sexies*). Lo dictaminado por las Comisiones Médicas será revisable ante la Cámara Federal de Apelaciones con asiento en el domicilio de la persona reclamante.

Es una responsabilidad objetiva y tarifada, a cargo del Estado Nacional y de las provincias que adhieran, estableciendo el art. 8° *ter* que para acceder al resarcimiento solo se requerirá acreditar la existencia de daño y su nexos causal con la vacuna, “mediante la preponderancia de la evidencia”, sin que sea necesario atribuir otro factor de responsabilidad a cualquiera de los potenciales agentes del daño. Los criterios generales para la determinación de “la relación de causalidad” sobre la base de “la preponderancia de la evidencia” entre la aplicación de la vacuna y los daños denunciados serán establecidos por el Ministerio de Salud de la Nación con intervención de la Comisión Nacional de Seguridad en Vacunas (art. 8° *quinquies*).

---

(47) Disponible en <https://www.bbc.com/mundo/noticias-internacional-55804567>.

(48) FCA es una cláusula que se utiliza en las compraventas internacionales y representa los gastos de transporte y carga de la mercadería desde el puerto de embarque a destino, generalmente pagado por el comprador, disponible en [logisber.com/blog/fca-incoterms](https://logisber.com/blog/fca-incoterms).

Destacamos que con la creación de este fondo el Estado asume el resarcimiento de los daños que pueda generar a los particulares la inoculación de la vacuna COVID-19, con los límites y características establecidos en el art. 8º bis (49).

Parece tratarse de una indemnización no basada en la responsabilidad resarcitoria sino más bien en un modelo socializador del derecho de daños, encuadrado en el ámbito de la seguridad y solidaridad social, que persigue la redistribución de las consecuencias del perjuicio conforme a criterios de justicia distributiva.

Dejando de lado las previsiones del Código Civil y Comercial para la determinación y prueba del nexo causal en tanto recepta la causalidad adecuada (arts. 1726 y 1727) caracterizada por las notas de previsibilidad y regularidad de las consecuencias de los hechos, el decreto introduce un sistema de prueba de la causalidad exótico, extraño a nuestra tradición jurídica. En efecto, solo requiere para el acceso al resarcimiento la existencia del daño y la acreditación del nexo causal mediante la prueba de la “preponderancia de la evidencia” entre la aplicación de la vacuna y los daños padecidos, que es un sistema utilizado en los países de *common law*. Consiste en un estándar de prueba que permite que los jueces puedan determinar mediante un juicio de probabilidad, qué proposición fáctica de las diversas que se presentan como condiciones de un resultado, son las *prevalcientes o preponderantes*. Trata de determinar cuál es el grado o umbral de probabilidad aceptable para declarar una hipótesis como probada, y esto ocurre cuando a la luz de la evidencia rendida, una hipótesis prevalece sobre la probabilidad de cualquier otra y en particular sobre la probabilidad de la hipótesis contraria; en una escala de 0 = ignorancia 1 = certeza, la hipótesis para ser prevalciente o preponderante debe superar la probabilidad de 0,5 (50).

---

(49) En el punto II.1 hicimos referencia a otros existentes en países extranjeros).

(50) REYES MOLINA, Sebastián, “Estándares de prueba y *moral hazard*”, disponible en [https://www.catedradeculturajuridica.com/biblioteca/items/1613\\_A/Sebastian\\_Reyes\\_Molina.pdf](https://www.catedradeculturajuridica.com/biblioteca/items/1613_A/Sebastian_Reyes_Molina.pdf); COHEN, Jonathan, “El concepto de probabilidad en pruebas judiciales”, disponible al 03/07/2021 en <https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=2044760>; LARROUCAU TORRES, “Hacia un estándar de prueba judicial”, disponible en [https://www.scielo.cl/scielo.php?script=sci\\_arttext&pid=S0718-4372012000300008&lng=en&nrm=iso&tlng=enl](https://www.scielo.cl/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0718-4372012000300008&lng=en&nrm=iso&tlng=enl); PIZARRO, Ramón D., “Acerca de la responsabilidad civil de las empresas tabacaleras por daños sufridos por consumidores fumadores”, LA LEY del 17/03/2021, 3, conforme con la aplicación de teorías basadas en cálculo de probabilidades cuando no es posible la aplicación de la causalidad adecuada por falta del requisito de regularidad; en sentido similar, CALVO COSTA Carlos, “La causalidad adecuada en el derecho de daños. ¿Causalidad real o criterio de imputación objetiva?”, LA LEY 2021-A, 371, quien expresa que en los países del *com-*

Consideramos aceptable el estándar de prueba del nexo de causalidad propuesto, ante la imposibilidad de aplicación de la causalidad adecuada por falla del requisito de regularidad del hecho basado en la experiencia. Coadyuva a esta opinión, que en el art. 8° *sexies* se asegura una revisión judicial, que sostenemos debe ser amplia y suficiente, ya que el resarcimiento establecido por órganos administrativos podría ser atacado de inconstitucionalidad (51).

El reclamo de indemnización bajo las normas de este Fondo es opcional para la víctima. Por lo que podrá elegir para su reclamo alguna de las otras vías que planteamos en este trabajo. En tal circunstancia se deberán acreditar todos los requisitos de la responsabilidad resarcitoria que en cada caso correspondan. El pago a través del fondo tiene efecto extintivo respecto de cualquiera de los obligados y no genera derecho a repetición por parte del Fondo o del Estado Nacional.

#### *IV.4. Críticas realizadas a la ley(52)*

Algunos han dicho que la inclusión de cláusulas de indemnidad en los acuerdos con la industria farmacéutica provoca la sustitución de la cadena de responsables; traslada el riesgo desde los accionistas de esas empresas hacia el conjunto de los ciudadanos y contribuyentes. Es el Estado el último garante que responde por la introducción de un riesgo en la sociedad (53).

De acuerdo con las Buenas Prácticas en Investigación Clínica, es responsabilidad del patrocinante cubrir los efectos adversos de la droga/vacuna que se investiga. Con la mirada puesta en la justicia, resulta inadmisibles aceptar que el fabricante de la vacuna no asuma sus potenciales daños (54).

Introducir un mecanismo de aprobación de emergencia requiere precisiones mayores en la ley, de modo que quede claro que nunca se pondrá en riesgo la seguridad de las personas que participen de estos proyectos de investigación o de la distribución de las vacunas y que se harán estrictos seguimientos de los riesgos involucrados con foco en los derechos de las personas implicadas (55).

---

*mon law* el daño será imputado al agente cuando el porcentaje de probabilidad sea superior al 50%.

(51) CS, “Ángel Estrada y Cía. SA s/ res. 71/96 Sec. Energía y Puertos”.

(52) Son anteriores a la publicación del dec. 431/2021.

(53) BOO, Miguel - ALDERETE, Manuel, ob. cit.

(54) KOPITOWSKI, Karin, “Ética y justicia en la producción de vacunas contra COVID-19”.

(55) LAFERRIÈRE, Jorge N., ob. cit.

La amplitud e indeterminación de esta autorización para “incluir otras cláusulas acordes al mercado internacional de la vacuna” impide evaluar en concreto los alcances de la ley y, por tanto, los alcances de la indemnidad que se promete a los desarrolladores de vacunas y que tiene su contracara en la desprotección en los derechos de todas las personas que puedan participar de las investigaciones o aplicaciones de vacunas (56).

Que la ley es inconstitucional por inequidad manifiesta ya que deroga el orden público de las leyes de protección de los consumidores, afectando el derecho de acceso a la jurisdicción judicial y la seguridad que la legislación prevé para los consumidores, en franca violación del art. 42 de la CN; arts. 51, 1092, 1093, 1095 del Cód. Civ. y Com.; 7.1 de la CADH (57).

Que el art. 4º de la ley se propone modificar el régimen del art. 1757 del Cód. Civil en cuanto considera la investigación en seres humanos una actividad riesgosa y en cuanto se deja de lado las normas específicas de la ley del consumidor para proteger a las personas cuando sufren un daño (58).

Preocupa el art. 4º, que establece blindaje contra los reclamos de daños y perjuicios. La norma contradice elementales criterios de derechos humanos (59).

## V. POSIBILIDAD DE LA VÍCTIMA DE RECLAMAR POR OTRAS VÍAS

Podría en principio considerarse que no existe responsabilidad del Estado o de los desarrolladores de vacunas, por estar justificadas la conductas asumidas para evitar o minimizar los daños causados por la enfermedad ante la gravedad y extensión de la Pandemia; la necesidad de actuación con celeridad por parte de las autoridades en la adquisición de las vacunas y de los laboratorios en encontrar y elaborar una fármaco que dé respuesta a esta enfermedad sin poder respetar los tiempos aconsejados por la ciencia para los ensayos clínicos. Que los beneficios a toda la sociedad brindados por la vacuna absorben el escaso número de da-

---

(56) *Ibidem*.

(57) Conf CARRANZA LATRUBESSE, Gustavo, “COVID-19, vacuna y urgencia: atados con alambre”, disponible al 20/05/2021 en <https://www.acaderc.org.ar/2020/11/24/covid-19-vacuna-y-urgencia-atadas-con-alambre/>.

(58) LAFERRIÈRE, Jorge N., ob. cit.

(59) GARRIDO CORDOBERA, Lidia, “La nueva legislación para vacunas COVID. ¿Quién asume los daños al consumidor y a las generaciones futuras?”, ED del 23/10/2020, ED-CMXXIX-383.

ños ocurridos por efectos adversos graves. En síntesis, han actuado en una situación extraordinaria y en estado de necesidad, por lo que no habría antijuridicidad.

Hemos expresado a lo largo de este trabajo las carencias en la autorización de las vacunas COVID-19 y que estas pueden producir efectos adversos graves, como expusimos en el punto II.2. Que el dec. 431/2021 ha creado el “Fondo de Reparación COVID-19” que es optativo para los perjudicados por la inoculación de la vacuna. Estos pueden considerar insuficiente la reparación ofrecida por el Fondo y fijada por organismos administrativos, pretendiendo una indemnización mayor, o puede tratarse de personas que hayan sido vacunadas en provincias que no hayan adherido al sistema del DNU 431/2021.

En nuestra opinión, se mantiene para el perjudicado, —como lo era antes de la creación del Fondo de Reparación— la posibilidad de obtener una indemnización de parte del Estado o del laboratorio o farmacéutica que elaboró el producto, con fundamento en la siguiente normativa que consideramos aplicable al caso.

### **V.1. Responsabilidad del Estado Nacional con fundamento en la actividad legítima**

El Estado en cumplimiento del deber de garantizar y preservar el derecho constitucional a la Salud de la población y lograr para todos los habitantes la inmunidad frente a la enfermedad COVID-19, como se expresó *supra*, adquirió las vacunas a distintos Estados o desarrolladores internacionales.

La responsabilidad de Estado con motivo de la pandemia de COVID-19 se encuentra caracterizada por la circunstancia de que el daño no proviene de su accionar directo, sino que es fruto de una situación que ocurre en ocasión o con motivo del ejercicio de diversas medidas adoptadas por él para paliar la pandemia con el fin de preservar la salud pública. El daño deriva en forma directa del ejercicio del poder de policía sanitario. El perjuicio al administrado tiene por causa un obrar estatal lícito o actividad legítima (60).

---

(60) PERRINO, Pablo E. - SANGUINETTI, Juan Carlos, “Responsabilidad del Estado por las medidas adoptadas con motivo de la pandemia de COVID-19”, disponible al 10/06/2021 en <https://abogados.com.ar/responsabilidad-del-estado-por-las-medidas-adoptadas-con-motivo-de-la-pandemia-de-covid-19/26393>; ver Trib. Col. Resp. Ext. Rosario, sala 6ª, “T. M. A.”, c. , en el que una persona resultó con graves daños neurológicos, producto de la aplicación de la vacuna contra sarampión-rubéola. Según



Nuestro máximo tribunal sostuvo en la causa “Malma Trading SRL c. Estado Nacional - Ministerio de Economía y Obr. y Serv. Publ. s/proceso de conocimiento”, del 15/5/2014 (61), que es esencial a esta clase de responsabilidad que la actividad administrativa se constituya en causa eficiente de un perjuicio particular para conseguir —a través de él— finalidades de interés general o colectivo, y que la actividad del Estado debe haber producido una lesión a una situación jurídicamente protegida.

Como expresó nuestro célebre y querido homenajeador el Dr. Félix A Trigo Represas (62), la moderna doctrina administrativista afirma que el Estado está en muchas ocasiones obligado a resarcir daños producidos por conductas “conformes” o “acordes” con el ordenamiento jurídico, es decir por un obrar que no es antijurídico; la justicia, equidad, bien común, igualdad ante la ley y defensa del derecho de propiedad, concurren a fundamentar la indemnización debida por actos lícitos de la administración, que originan un sacrificio concreto de derechos privados.

La obligación de reparar en el caso de actividad legítima tiene como fundamento el principio de la corrección del desequilibrio causado al administrado que soporta un daño, desigualdad que requiere una justa restitución. No nace del daño sino de la alteración del principio de igualdad ante las cargas públicas (art. 16, CN). Comprende también los perjuicios causados a varios individuos, donde si bien puede haber una cierta generalidad, el daño puede ser soportado de un modo desigual respecto de otros miembros de la comunidad y dar lugar a la responsabilidad estatal (63).

La responsabilidad del Estado se apoya en un factor de atribución diferente a los del derecho privado, que es el llamado sacrificio especial, que significa que cuando el daño recae en forma desigual sobre uno o

---

estadísticas, un individuo en cada millón podía tener efectos adversos. La sentencia se fundó en la responsabilidad estatal por los daños derivados de su actividad lícita, pues los daños alegados constituyeron un sacrificio desigual, que excedió las consecuencias normales y necesarias derivadas del ejercicio de la actividad mencionada.

(61) Conf, YLARRI, Juan S., “La responsabilidad del Estado en Argentina y el alcance de la reparación por su actividad lícita”, disponible al 05/05/2021, en <https://www.redalyc.org/jatsRepo/3376/337646465011/html/index.html>.

(62) TRIGO REPRESAS, Félix A., “Responsabilidad por daños causados por la actividad lícita del Estado”, ADLA 2014-25, 3.

(63) CASSAGNE, Juan C. - LUQUI, Roberto E. - PIZARRO, Ramón D., “Responsabilidad del Estado”, LA LEY del 27/06/2011, 3, AR/DOC/2054/2011.

varios con mayor intensidad y magnitud, no existe la obligación de soportarlo, lo que da lugar a la indemnización (64).

Específicamente, la responsabilidad del Estado por actividad legítima se encuentra legislada en la Ley de Responsabilidad del Estado —en adelante, LRE—. Si bien establece presupuestos comunes de la responsabilidad del Estado más estrictos que los existentes en el derecho privado, somos de la opinión que este último también se aplica, pese a lo dispuesto en los arts. 1763 a 1765 del Cód. Civ. y Com., en cuanto excluyen la aplicación directa o subsidiaria del Código Civil y Comercial a la responsabilidad del Estado. En palabras de Juan Carlos Cassagne (65), la exclusión carece de sentido, toda vez que no siendo completa la regulación de la responsabilidad en dicha ley, hay que acudir necesariamente al Código Civil y Comercial para cubrir los vacíos normativos mediante la analogía. Ella omitió regular todos los supuestos específicos de responsabilidad civil que regula el Código Civil y Comercial y regulaba el Código de Vélez. Así ocurre con los daños causados por el riesgo o vicio de las cosas y la actividad riesgosa, daños causados y sufridos por alumnos de establecimientos educativos estatales, perjuicios originados en hospitales del Estado, por ello entre otros, Sagarna, sostiene (66) que cuando existe un supuesto no reglado por la ley específica, el Código Civil y Comercial rige en la hipótesis, de lo contrario se produciría una laguna que si se resuelve vía la ley específica, genera esa desigualdad con los particulares, tanto para los damnificados como para los agentes dañosos.

Rige el principio de analogía para poder compatibilizar el derecho público con el privado, de tal manera que los principios generales del derecho establecidos en el Código Civil y Comercial sean enteramente aplicables. La exclusión a la aplicación de este código marcada por la LRE es inconstitucional y viola el principio establecido en el art. 28 de la CN (67). Las normas que regulan la responsabilidad aquiliana y por

---

(64) *Ibidem*; ORLANDINI, Jorge I. - FERNÁNDEZ, Pablo D., “La responsabilidad del Estado por actos lícitos. La emergencia sanitaria por la Gripe A”, 11/08/2009, 1, AR/DOC/2837/2009.

(65) CASSAGNE, Juan C., “La aplicación de normas del Código Civil y Comercial al derecho administrativo y otras cuestiones interpretativas (con referencia a la responsabilidad del Estado”, en *El derecho administrativo y el nuevo Código Civil y Comercial de la Nación*, Ed. La Ley, Buenos Aires, 2021, p. 63.

(66) SAGARNA, Fernando A., “La Ley de Responsabilidad del Estado y el Código Civil y Comercial”, RDD 2018, “Responsabilidad del Estado-I”, Ed. Rubinzal-Culzoni, p. 36.

(67) ABERASTURY, Pedro “La nueva Ley de Responsabilidad del Estado 26.944”, disponible en <http://www.aberastury.com/wordpress/wp-content/uploads/2014/09/>

incumplimiento obligacional no pertenecen exclusivamente al derecho civil., sino a todas las ramas del orden jurídico. De tal modo su aplicación a la responsabilidad del Estado deviene insoslayable, sea ella realizada por analogía o de modo directo e integrativo en mutuo complemento con las reglas y principios del derecho público (68).

Según la ley 26.994, son requisitos de procedencia para una eventual indemnización lo establecido en los arts. 4º y 5º:

- a) Daño cierto y actual, debidamente acreditado por quien lo invoca y mensurable en dinero;
- b) Imputabilidad material de la actividad a un órgano estatal;
- c) Relación de causalidad directa, inmediata y exclusiva entre la actividad estatal y el daño;
- d) Ausencia de deber jurídico de soportar el daño;
- e) Sacrificio especial en la persona dañada, diferenciado del que sufre el resto de la comunidad, configurado por la afectación de un derecho adquirido.

Según el art. 5º la responsabilidad del Estado por actividad legítima es de carácter excepcional. En ningún caso procede la reparación del lucro cesante. La indemnización de la responsabilidad del Estado por actividad legítima comprende el valor objetivo del bien y los daños que sean consecuencia directa e inmediata de la actividad desplegada por la

---

*La-nueva-ley-de-responsabilidad-del-estado-Limpio.pdf*, disponible al 25/05/2021; XXVII Jornadas Nacionales de Derecho Civil, Santa Fe 26 al 28/09/2019, Universidad Nacional del Litoral, disponible en <http://www.cfna.org.ar/agenda-y-jornadas/jornadas-nacionales-de-derecho-civil>; en la Comisión 3 "Actividades riesgosas o peligrosas" se expresó en el Despacho 14: La exclusión del Estado y funcionarios del sistema de responsabilidad civil establecido en el Código Civil y Comercial de la Nación, resulta inconstitucional por afectación de la garantía de igualdad establecida en la ley fundamental. La administración pública centralizada o descentralizada puede ser legítimada pasiva en la responsabilidad por actividades riesgosas y resulta alcanzada por lo dispuesto en los arts. 1757 y 1758 del Código Civil y Comercial.

(68) CASSAGNE, Juan C. - LUQUI, Roberto E. - PIZARRO, Ramón D., ob. cit.; La CS afirmó que "el principio del *alterum no laedere*, entrañablemente vinculado a la idea de reparación, tiene raíz constitucional y la reglamentación que hace el Código Civil en cuanto a las personas y las responsabilidades consecuentes no las arraiga con carácter exclusivo y excluyente en el derecho privado, sino que expresa un principio general que regula cualquier disciplina jurídica" (CS, 05/08/1986, "Gunther, Fernando R. c. Estado Nacional", Fallos 308:1118).

autoridad pública, sin que se tomen en cuenta circunstancias de carácter personal, valores afectivos ni ganancias hipotéticas.

Por razones de extensión de este trabajo no podemos desarrollar en profundidad estos requisitos. Solo expresamos que la reparación para ser justa ha de comprender el daño emergente y el lucro cesante, así como otros daños, porque de lo que se trata es de recomponer las cosas al estado anterior a la ocurrencia del detrimento para remediar la desigualdad. Por estas razones la exclusión del lucro cesante que se establece en el art. 5º de la ley no resiste el test de constitucionalidad, al conculcar los arts. 21 ap. 2º y 63 ap. 1º de la CADH (69).

Si bien la relación de causalidad exclusiva que se exige en la ley parece eliminar las concausas, se ha sostenido que en una interpretación razonable, en dichos supuestos, el Estado debería responder cuando el obrar estatal tenga una incidencia preponderante o más trascendente en el resultado dañoso que las restantes causas concurrentes (70) por lo que la mención “exclusividad” debe ser tomada como especialidad del perjuicio sufrido (71).

Para concluir con este acápite, a la hora de determinar si procede la indemnización por actividad legítima, se debe recurrir a un criterio de razonabilidad y de proporcionalidad, donde se analice la situación desigualitaria creada por la norma acto o conducta para establecer la especialidad del perjuicio y se tenga por configurado el deber de reparar (72).

## **V.2. Responsabilidad de los desarrolladores de vacunas (laboratorios, farmacéuticas, fabricantes y similares)**

Distribuir miles de millones de dosis por todo el mundo significa que es posible que algunas personas vacunadas contra el COVID-19 experimenten acontecimientos médicos graves, como hemos expuesto en el punto II.2.

No ignoramos que en el futuro puedan aparecer otros, desconocidos a esta fecha que podrán dar lugar a la aplicación de la responsabilidad por

---

(69) CASSAGNE, Juan C., ob. cit.; ABERASTURY, Pedro, ob. cit.; MÁRQUEZ, José F. - CALDERÓN, Maximiliano R., “Responsabilidad del Estado por actividad legítima. Excepcionalidad, resarcimiento y actividad judicial”, LA LEY del 03/06/2014, 1, AR/DOC/4667/2013, quien también se pronuncia por una indemnización integral.

(70) PERRINO, Pablo E. - SANGUINETTI, Juan Carlos, ob. cit.

(71) ABERASTURY, Pedro, ob. cit.

(72) *Ibidem*.

“riesgos de desarrollo”, receptada en el proyecto de Código de Defensa del Consumidor (73) tema que excede los alcances del presente trabajo.

No obstante, dejamos sentada nuestra opinión en relación con el momento actual, cuando la pandemia obliga a los Estados y las personas a someterse en forma urgente al proceso vacunatorio para preservar su vida y su salud. En tal sentido, estamos en presencia de un fármaco que, al menos en la Argentina, no tiene completadas las fases de la investigación científica previa a su lanzamiento al mercado, lo que impide a la fecha conocer acabadamente al momento de su inoculación masiva, los riesgos y efectos secundarios graves en la salud de las personas. Debe tenerse en cuenta además que en general los medicamentos son necesarios para la salud y, al mismo tiempo, potencialmente nocivos debido a la composición, principios activos o a la estructura molecular o esencia del medicamento, lo que determina que sea un producto peculiar. De allí la importancia del deber de información que debe ofrecer el productor (74).

Destacamos que la ley 26.529 de Derechos del Paciente señala en el art. 9º, inc. a), como excepción al deber de obtener el consentimiento informado, el grave peligro para la salud pública.

Consideramos que estos desarrolladores de vacunas adquieren el carácter de proveedores en el marco de la ley 24.240. El producto vacuna COVID-19, en virtud de la gravedad y extensión global de la pandemia ha

---

(73) Proyecto de Código de Defensa del consumidor, existente al 24-6-21 en <https://www4.hcdn.gob.ar/dependencias/dsecretaria/Periodo2020/PDF2020/TP2020/3143-D-2020.pdf>. En el cap. 2 referido a daños causados por productos o servicios defectuosos, como consecuencia de la lesión de las personas, o de daños a bienes distintos del producto o servicio en sí mismo, en el art. 115, recepta los riesgos de desarrollo con la siguiente fórmula: “tampoco exime de responsabilidad la circunstancia de que el estado de los conocimientos científicos y técnicos existentes en el momento de la puesta en circulación del producto o servicio no hubiese permitido apreciar la existencia del vicio”. Ver también el valioso y completo trabajo sobre el tema BUERES, Alberto – PICASSO, Sebastián, “La responsabilidad por daños y la protección al consumidor”, RDPyC 2009-1, RC D 1032/2012, quienes destacan que el riesgo de desarrollo no reúne la exigencia del caso fortuito, en la medida en que la posibilidad de que se presenten defectos no detectables a la luz del estado de los conocimientos técnicos y científicos en el momento en que el producto se lanzó al mercado, constituye una contingencia propia del riesgo de la actividad desarrollada por el productor, y carece por lo tanto, del carácter de exterioridad característico del caso fortuito.

(74) Conf. WOOLCOT OYAWA, Olenka – FONSECA CASTRO, Paola, “Los medicamentos y la información: Implicaciones para la imputación de la responsabilidad civil por riesgo de desarrollo en Colombia”, disponible al 20/06/2021 en <http://www.scielo.org.co/pdf/crim/v60n1/1794-3108-crim-60-01-00079.pdf>.

obtenido una autorización de emergencia; algunos efectos secundarios graves, aunque de forma escasa se están produciendo.

Sin perjuicio de considerar que en el balance riesgo/beneficio, gana la efectividad y beneficio del fármaco, consideramos que podría configurarse a su respecto la hipótesis de producto “defectuoso” (75) o en los términos de nuestra ley 24.240, “vicioso -riesgoso” (76), por defecto de información y de la seguridad que razonablemente cabría esperar por aquellas personas vacunadas y en las que aparecen efectos secundarios graves (arts. 5º, 6º y 40, ley 24.240; art. 42, CN). El fundamento reside en la obligación de seguridad prometida o debida al consumidor, o en lo razonablemente esperado por este respecto de la inocuidad del producto (77).

En el concepto de vicio de calidad por inseguridad subyacen dos elementos: la disconformidad con una expectativa legítima del consumidor y la aptitud causal del producto para provocar accidentes de consumo ya sea en razón de sus vicios o en virtud de su peligrosidad intrínseca (78).

La producción de un daño desproporcionado a una persona particular, aunque se hubiera informado de su posibilidad, supera el nivel de la seguridad que la generalidad de los consumidores puede esperar de forma legítima. Negar el derecho de indemnización a los perjudicados con el argumento del beneficio social del medicamento valorado de manera objetiva y general, no solo es injusto sino que repercute en la con-

---

(75) La directiva CE 85/374, art. 6º, y el art. 137, TRLGDCU establecen que se entiende por producto defectuoso el que no ofrece la seguridad que cabría legítimamente esperar, teniendo en cuenta las circunstancias, y especialmente su presentación, el uso razonablemente previsible de él y el momento de su puesta en circulación. En todo caso un producto es defectuoso si no ofrece la seguridad normalmente ofrecida por los demás ejemplares de la misma serie.

(76) Ver LORENZETTI, Ricardo L., “Consumidores”, Ed. Rubinzal-Culzoni, Santa Fe, 2003 p. 412.

(77) conf. HERNÁNDEZ, Carlos - FRUSTAGLI, Sandra, “Responsabilidad por daños”, en PICASSO - VÁZQUEZ FERREIRA (dirs.), “Ley de Defensa del Consumidor comentada y anotada”, Ed. La Ley, Buenos Aires, 2009, t. I, p. 494.

(78) PIZARRO, Ramón D., “Responsabilidad civil por riesgo creado y de empresa”, Ed. La Ley, Buenos Aires, 2006, t. II, p. 349; PIZARRO - VALLESPINOS, “Tratado de responsabilidad civil”, Ed. Rubinzal-Culzoni, Santa Fe, 2018, t. II, p. 476. Se trata de modular sobre la base de parámetros de razonabilidad cuales son los niveles de seguridad previsiblemente esperables en cada caso, conforme al curso normal y ordinario de las cosas.

fianza global de los consumidores evitando que queden abandonados a su suerte cuando resultan de manera aislada e individual perjudica (79).

En cuanto al factor de atribución a aplicar a los desarrolladores de vacunas, por los efectos secundarios graves, es el riesgo de la actividad y riesgo de empresa (arts. 1722, 1723, 1757, 1758) que asume el empresario (80), con motivo de su actividad económica organizada para la producción o intercambio de bienes o servicios y que se traduce en la necesidad de soportar jurídica y económicamente las desventajas que ella causa como contrapartida de los beneficios que se procuran. El riesgo de defectuosidad en la producción de un bien o en la prestación de un servicio, aparece como una contingencia propia de la actividad económica desplegada, que obliga a asumir las consecuencias perjudiciales para los consumidores y terceros (81). El Código Civil y Comercial de la Nación en el art. 1733, inc. e), establece que el deudor no se libera del caso fortuito cuando los hechos imprevisibles o inevitables constituyen una contingencia propia del riesgo de la cosa o de la actividad (82).

Está descontado que el damnificado deberá probar el daño y el vínculo causal existente entre ambos, rigiendo los principios generales de la carga de la prueba, admitiéndose todo tipo de medios probatorios, incluidas las presunciones.

---

(79) PARRA LUCÁN, María de los Ángeles, “Responsabilidad por los efectos indeseables de los medicamentos”, revista *Cesco de derecho del consumo* nro. 11/2014, disponible al 10/6/21 en <https://revista.uclm.es/index.php/cesco/article/view/577>; RAMOS GONZÁLEZ, Sonia, “Nota sobre las posibles responsabilidades civiles por los daños asociados a la vacuna Gardasil contra el virus del papiloma humano”, disponible al 10/02/2021, <https://indret.com/nota-sobre-las-posibles-responsabilidades-civiles-por-los-danos-asociados-a-la-vacuna-gardasil-contra-el-virus-del-papiloma-humano-vph/>.

(80) TERRAGNO, Rodolfo, “Covid. Responsabilidades compartidas”, diario Clarín del 10 de julio, destaca que el Coronavirus creó un insólito mercado mundial de 7.800 millones de personas que necesitaron con urgencia un mismo producto. Los laboratorios se lanzaron a la conquista de los estados compradores, disponible en [https://www.clarin.com/opinion/covid-responsabilidades-compartidas\\_0\\_u1b1Er1-M.html](https://www.clarin.com/opinion/covid-responsabilidades-compartidas_0_u1b1Er1-M.html).

(81) PIZARRO, Ramón D., “Responsabilidad civil por riesgo...”, cit., p. 365; PICASSO, Sebastián - SÁENZ, Luis R., “Tratado de derecho de daños”, Ed. La Ley, Buenos Aires, 2019, t. I, p. 560, OSSOLA, Federico, “Responsabilidad civil”, Ed. Abeledo Perrot, Buenos Aires, 2016, p. 121; BUERES, Alberto J., “El fundamento de la responsabilidad del principal por el hecho del dependiente”, RDD 2003-1, en cuanto a la noción del riesgo como totalidad en su más amplia dimensión.

(82) Reafirmado en el despacho nro. 19 de las XXVII Jornadas Nacionales de Derecho Civil, cit.





# ALGUNOS ASPECTOS DE LA RESPONSABILIDAD CIVIL EN LA QUIEBRA

POR MARCELO GEBHARDT

## I. INTROITO. LA DEFENSA Y PROTECCIÓN DEL CRÉDITO

Quizá por las aciagas circunstancias que, de tiempo en tiempo (cada vez más cortos ellos), determinan que se vuelquen sobre nuestro país graves crisis económicas, la doctrina concursal ha focalizado sus estudios en aspectos que, a no dudarlo, son centrales y acuciantes, propios de las emergencias que se fueron sucediendo. Me refiero i) al cuidado de la empresa (1), su integridad y continuidad, como actividad esencial para la recuperación de dichas crisis y ii) la protección del empleo para evitar —o morigerar— el extendido dolor social que lleva aparejado cada turbulencia económica. Estos temas tan provocadores fueron adquiriendo cada vez más importancia, precisamente por su carácter acuciante que acecha a la misma estructura social de los países. No son una novedad ni en nuestro medio ni en el derecho comparado (2), pero en estos tiempos dichas cuestiones se convirtieron de tal modo en apremiantes, con consecuencias que exceden lo jurídico, para instalarse en ámbitos sociales y políticos, añadiéndoles, pues, un carácter agonal.

---

(1) Tonón recordaba que “[b]ajo cualquiera de las dos variantes, la concordataria y la liquidatoria, el concurso perseguía, en última instancia, la satisfacción de los acreedores, que de esa forma se convertían en el centro del procedimiento (...) pero hoy el concurso es concebido primordialmente en función de la crisis de una empresa (...) [por eso] el concurso ya no gira en torno de los acreedores sino de la empresa misma” (cfr. TONÓN, Antonio, “Derecho concursal”, Ed. Depalma, Buenos Aires, 1988, t. I, p. 7).

(2) SÁNCHEZ CALERO, F. - SÁNCHEZ-CALERO GUILARTE, “Instituciones de derecho mercantil”, Ed. Thomson Aranzadi, Navarra, 2006, vol. II, p. 537, ubican en la primera mitad del siglo XX la preocupación por la conservación de la empresa y el saneamiento de las que se encuentran en crisis.

Las reflexiones que serán el núcleo de este trabajo de ningún modo apuntan a secundarizar las referidas cuestiones, cuya centralidad no está en duda (y menos en tiempos de pandemia, como en el que esto se escribe), pero sí pretenden rescatar un principio basilar del derecho de quiebras, que es el de la reconstrucción del patrimonio del deudor, de resultas de lo cual se atenderá un interés fundamental que es el interés del acreedor (su patrimonio y consecuente capacidad de pago de sus propias obligaciones), desairado por la insolvencia de su deudor. Uno y otro, la debida integridad del patrimonio y la tutela del crédito, no pueden dejar de ser centrales en la disciplina concursal.

Cabe recordar en esta introducción que la quiebra priva a los acreedores individuales —como efecto de origen legal— de toda acción procesal y de toda aptitud para desarrollar actividades tendientes al recupero de sus créditos. Esa supresión de derechos singulares resulta sustituida (3) por la acción de oficio de los órganos del proceso falencial: el acreedor solo tiene autorizado realizar el despliegue necesario para el reconocimiento de su crédito en sede judicial y, a lo sumo, se le concede una potestad de denuncia de bienes a ser perseguidos por el síndico, o a la manifestación de denuncias sobre maniobras dañosas del patrimonio, que dicho funcionario deberá investigar en pos de la reconstrucción del activo.

Ciertamente que este enorme cercenamiento en la aptitud procesal del acreedor individual (4) tiene como correlato —sobre el patrimonio del deudor— una agresión (también de origen legal), la más rigurosa que se conoce, que es la indisponibilidad de la totalidad de los bienes y acciones que componen su patrimonio (5) y su afectación al pago de sus

---

(3) El concepto de sustitución del deudor y sus potestades por los órganos de la quiebra (la *sostituzione* en la doctrina concursal italiana) está desarrollado ampliamente, incluso en sus límites, desde por lo menos el criterio de Renzo PROVINCIALI (Cfr. “Manuale di Diritto Fallimentare”, Milano, 1970, 5ª ed., ps. 790 y ss.). Más cercanamente, en Italia esta sustitución se concreta en cuatro órganos (arts. 23 a 41, Legge Fallimentare), conforme explica GALGANO, Francesco, “Derecho comercial”, Ed. Temis, Bogotá, 1999, t. I, p. 195.

(4) Frecuentemente fundada en la “proverbial apatía de los acreedores que (...) se van acostumbrando a lo que parece ser un mal propio de la época” (CÁMARA, Héctor, “El concurso preventivo y la quiebra”, Ed. Depalma, Buenos Aires, 1978, vol. I, p. 99, donde incluso cita los estudios franceses de la época que, dice, demuestran que los acreedores no son los mejores jueces de sus propios intereses).

(5) Martorell caracteriza este efecto como “un poderosísimo impacto para el deudor (...) que no guarda relación con las consecuencias de los meros incumplimientos que puedan haber exhibido sus antecedentes y/o su historia personal (...) siendo asimilable el fenómeno de marras a una explosión” (MARTORELL, Ernesto E., actualiz.

deudas incluso de bienes futuros (6). Aquí es donde se visualiza con nitidez el cuidado que el sistema prodiga a los acreedores y sus expectativas de cobro, esto es: “normas numerosas y drásticas que proveen para la intensiva reconstrucción del patrimonio (clausura e inventario, revocatoria concursal, presunción muciana, disposiciones penales especiales y atacan no solo la actividad acaparadora de acreedores sino también, y sobre todo la actividad dispersiva del deudor” (7).

A esta altura inicial, como un modo de justificar la inserción de estas reflexiones (basadas en viejos y venerables principios que buscaron equilibrios entre los intereses de los acreedores y del conjunto de los que confluyen en situación de quiebra) en este tiempo de crisis graves y recurrentes, parece necesario encarar el estudio de aspectos que hacen primordialmente al interés del acreedor y a su cuidado; pero no en cualquier tiempo procesal (entendido por tal la circunstancia y evolución negativa de la crisis) sino ya ubicados en situación de la quiebra de su deudor, donde entonces, hipotéticamente, se ha protegido hasta donde se pudo y convino la continuidad de la empresa y se ha tratado de preservar la subsistencia del empleo (ya inevitablemente destruido en la hipótesis de este ejercicio académico), y lo que resta es devolver al acreedor lo máximo que sea posible y justo de todo aquello que lo privó la insolvencia de su deudor. Ello en vista primordialmente de la capacidad que tenía en su momento para pagarle el nombrado, y que resultó desmedrada —eventualmente— por la acción de dicho deudor, casi siempre en connivencia con terceros (cómplices, partícipes, administradores, apoderados, gestores, etc.). Ariel A. Dasso dice que la satisfacción del interés del acreedor no puede ser mirada como desdolorosa; antes bien, porque no carece de contenido ético y, a pesar de ello es incontestable que el acreedor tendrá que procurar en la quiebra simplemente sufrir lo menos posible.

La Ley de Concursos de 1972 (19.551) estaba precedida de una exposición de motivos que concedía el rango de “principio orientador” a la adecuada protección al crédito. La ley de 1995 (24.522, o LCQ) no formuló un explícito demérito de ese elevado lugar que el legislador concedía al derecho de los acreedores en general. Pero, como explicó Lo-

---

de CÁMARA, Héctor, “El concurso preventivo y la quiebra”, Ed. LexisNexis, Buenos Aires, 2007, t. IV, p. 225).

(6) Art. 107, LCQ, de cuya letra se extrae que son desapoderados también los bienes que se adquieran hasta una rehabilitación que puede ser, sin duda extensa en el tiempo (conf. art. 236 de ese cuerpo normativo). Cfr., en Italia, arts. 42 y 44, Legge Fallimentare.

(7) PAJARDI, Piero, “Manuale di Diritto Fallimentare”, Giuffrè, Milano, 1983, p. 21.

rente con agudeza, el legislador de la LCQ se vio precisado (yo diría que compelido, en razón de los nuevos aires que se respiraban a fines del siglo pasado) a coordinar ese rumbo con otros principios que incluso aparecen como contrarios a él (8). Y todavía peor, creyó ver —sin ninguna mengua de la honestidad intelectual de sus protagonistas— un espejismo consistente en que ese tipo de legislación que se adoptaba contribuiría a “atenuar el drama incoercible del desempleo”, lo cual quedó desdibujado desde el comienzo (9), esto es, no bien sancionada la nueva ley, a fines del siglo XX.

Se avanzaba, pues, por ese entonces, hacia una elastización de aquel principio basilar de la ley de 1972 que, bueno es decirlo, no era una ley *pro acreedor* sino que, antes bien, se enrolaba en el ya comentado movimiento que Europa iba acuñando, de defensa de la empresa y su capacidad de generar beneficios en la fuerza laboral y en la sociedad en general, a la búsqueda de un equilibrio eminentemente conservativo, como lo explicó Olivencia en España (10). El texto de la ley 19.551, por ejemplo, contenía un análisis ineludible por el síndico y por el juez para homologar un acuerdo preventivo, basado en las posibilidades de su cumplimiento, lo cual la doctrina lo emparentaba claramente con la defensa del acreedor y sus intereses (11) (porque era claro que no debían homologarse acuerdos preventivos insustentables), criterio o directiva legal que desapareció al sancionarse la ley 24.522, en orden a esa periclitación que mencionábamos y que tan agudamente describió Lorente.

Pero el empaldecimiento de los derechos de los acreedores, como apuntaba Moro (recién citado), no dio el resultado esperado y, para peor, iba perdiendo de vista que la idea general de la protección del crédito es una forma de propiedad, amparada en la Constitución Nacional y que al propio tiempo hace a la seguridad jurídica, que, sin dudas, el ordenamiento debe ofrecer a la inversores (12) y en todo caso a aquel que confía en que lo que acuerde con otros particulares será respetado y cumplido. Alegria enseña que difícilmente se pueda prescindir de la protección de los acreedores; ningún país descuida su crédito, enfatiza

---

(8) LORENTE, Javier, en CÁMARA, Héctor, ob. cit., actualiz. E. E. Martorell y otros, 2004, t. I, ps. 116 y ss. donde incluso fustiga la evidente inclinación tuitiva del legislador en favor de los acreedores financieros (p. 117).

(9) MORO, Carlos, “Ley de Concursos”, Ed. Ad-Hoc, Buenos Aires, 2005, t. I, ps. 8-10.

(10) PULGAR, Juana, “La reforma del derecho concursal comparado y español”, Ed. Civitas, Madrid, 1994, p. 35.

(11) CÁMARA, act. por E. E. Martorell (y en este capítulo por G. A. ESPARZA), ob. cit., t. II, p. 437.

(12) RIVERA, Julio C. - CASADÍO MARTÍNEZ, Claudio - GRAZIÁBILE, Darío J. - RIBERA Carlos E., “Derecho concursal”, Ed. La Ley, Buenos Aires, 2014, t. I, ps. 20-21.

el maestro, señalando que se trata de uno de los fundamentos de su estabilidad y crecimiento, de suerte que ningún país tolera la caída no racional de sus agentes económicos desde la gran empresa hasta el más modesto consumidor (13).

De modo que estos estudios, enderezados a realzar el interés general e individual de los acreedores, no deben verse como un retroceso, ni como una reedición de la tensión exclusiva de intereses entre acreedores y el deudor. Sencillamente pretendemos ubicarnos, como hipótesis temporal y ámbito donde aplicar estas reflexiones académicas, en un estadio de la crisis donde ella es irreversible y donde no hay más remedio que liquidar la empresa, en la que ya nada —como actividad útil— queda por preservar, ni empleo que tutelar. En esa instancia es esperable que las instituciones del derecho concursal estén a la altura de la seriedad y la eficacia necesarias para que la recomposición del activo sea una realidad y pueda concretarse, en la mayoría de los casos haciendo efectiva la responsabilidad en que hayan incurrido los sujetos —si los hubiera— a quienes pueda atribuirse el resultado de la insolvencia. De eso se trata. Nada menos que de ir en pos de instituciones eficientes, para lograr aquello que se ha perseguido siempre, que es el imperativo moral de las normas, contando con una vocación inequívoca de búsqueda de la verdad, el bien común y el imperio de la justicia.

## II. CONTORNOS Y LÍMITES DE ESTE TRABAJO

Ya hemos dicho que los efectos de origen legal que la quiebra produce sobre el deudor, sus bienes y sus derechos de administración y disposición son los máximos conocidos en la ley y que, obviamente, tienen un correlato de importancia, en términos de su responsabilidad patrimonial, sobre terceros que hayan sido de algún modo facilitadores de situaciones de demérito de los activos del deudor.

El legislador, en efecto, ha previsto respuestas de diversa índole para la situación de los terceros vinculados a la falencia y algunas —que no analizaremos en este trabajo— sobrepasan la específica responsabilidad devenida de algún hecho o acto en el que intervinieran con el deudor; de cuyas resultas el deber de reparación se ciñe, como veremos a los daños ocasionados. Nos referimos a la hipótesis en que la ilicitud es de tal magnitud que la ley opta por comunicar derechamente los efectos de la

---

(13) ALEGRIA, Héctor, en el prólogo a GERBAUDO, Germán, “Introducción al derecho concursal”, Ed. Astrea, Buenos Aires, 2018, ps. 8-9.

quiebra, propagando aquello tan “explosivo” (como lo perfiló Martorell), como es la quiebra, sobre el tercero. Es el caso de extensión de la quiebra que, incluso, puede devenir de relaciones internas societarias (de linaje contractual) como el caso de un socio que tenga asumida responsabilidad ilimitada. En muchos de estos casos la casuística nos llevaría a referirnos a las sociedades que se constituyen, incluso de buena fe, pero que a la hora de responder por sus compromisos exhiben una carencia absoluta de responsabilidad por las obligaciones asumidas. Mas como se ha dicho, estos son casos extremos (por mucho que sean repetidos), y lo de que se trata en la ocasión es de analizar las consecuencias de conductas reprobables de cierta menor entidad que aquellas que, en cambio, conducen a la extensión de la quiebra; son los casos en los que la ley estatuye, como sanción, una atribución de responsabilidad limitada al resarcimiento de los daños y perjuicios que se determinen en un proceso de conocimiento (14). Es que la insolvencia, indefectiblemente, está precedida de circunstancias o hechos patológicos (Argeri) que lesionan tanto intereses privados como el interés público, todo lo cual lleva a proteger la economía crediticia. De resultados de tales infracciones el legislador organiza el sistema que permita recomponer el patrimonio para dar al acreedor la mejor solución posible frente al demérito ya irreversible de la confianza y de la pérdida de valor del crédito que como mínimo será pagado tardíamente [si algo se paga en la quiebra: nadie podrá sacar ventaja en el falimento (15)], a la vez que darle seriedad (o a intentarlo, al menos), al sistema económico sobre cuya base tenemos la esperanza de generar riqueza y empleos. En definitiva se procurará identificar quién o quiénes tendrán obligación de responder —y resarcir a los acreedores— por hechos perjudiciales a la integridad patrimonial, más allá del fallido y, por cierto, se intentará encontrar el alcance que tendrá esa responsabilidad.

### III. LA TEORÍA GENERAL DE LA INEFICACIA CONCURSAL

Parece necesario, en el presente trabajo, comenzar con un breve análisis de las bases conceptuales de la reparación de las consecuencias de los actos perjudiciales realizados por el deudor en desmedro de

---

(14) KUYUMDJIAN, Bautista, “Extensión de quiebra. Grupos económicos. Responsabilidad de terceros”, en RUBIN, Miguel E. (dir.), *Instituciones de derecho concursal*, Ed. Ad-Hoc, Buenos Aires, 1992.

(15) DASSO, Ariel A., “La crisis de la economía y el hombre moral. Objetivos del procedimiento concursal”, en TRUFFAT, Daniel – MOLINA SANDOVAL, Carlos (coord.), *Dinámica judicial y acciones en sociedades y concursos (en homenaje a Francisco Junyent Bas*, Ed. Advocatus, Córdoba, 2007, p. 23.

los acreedores (que necesariamente deben ser objeto de atribución de responsabilidad), pues ello nos llevará a las necesarias derivaciones de dichos actos respecto de las consecuencias de los actos de los terceros actuantes. Desde ese punto de partida deberemos indagar sobre la responsabilidad que emerge de los actos revocados judicialmente por haber sido cumplidos en perjuicio de los acreedores. Nos situamos, pues, para comenzar, en la secc. III, del Cap. I, del tít. III (“Quiebra”) de la LCQ (arts. 115 a 124).

Hace ya tiempo, cuando con otros colegas y siguiendo el impulso de Arnoldo Kleidermacher, encaramos una suerte de adaptación de la obra de Piero Pajardi al derecho falencial argentino (ya referenciada *supra* en su versión original); en ese cometido tocó al suscripto analizar lo que podía denominarse una teoría general en materia de revocación de actos perjudiciales del fallido respecto de los acreedores (16). Algunas ideas allí volcadas vienen en auxilio hoy —en lo que aquí interesa— sobre el tema que se identifica como la responsabilidad civil consecuente de quienes participaron en tales actos, lícitos en principio (esto es lo paradójal), pero reprochables cuando uno de los sujetos (normalmente quien efectúa un acto —o conducta omisiva— de disposición) caen en quiebra y su patrimonio, además, se exhibe menoscabado como consecuencia de ellos.

Para privar de efectos —o de su eficacia normal— a ciertos actos, el legislador acude a diversos elementos o principios jurídicos que, conjugados, permiten ese efecto, en favor de los acreedores, a saber: a) la igualdad de trato de los acreedores y su aplicación retroactiva; b) el principio de responsabilidad patrimonial sobre cuya base se sostiene que el patrimonio es la prenda o garantía común de los acreedores; c) el período de sospecha; d) el perjuicio de los acreedores o empobrecimiento del deudor, y e) la ilicitud postrera del acto.

Daremos una mirada somera a cada uno de estos elementos o herramientas de las que se vale el ordenamiento con el propósito de lograr una respuesta al daño sufrido por los acreedores.

### III.1. La igualdad de trato y la retroacción

El modo de descalificar un acto que sin el estado de insolvencia era lícito (en el caso, uno que privilegia a un acreedores en relación con el resto) es dotando al acaecimiento de la cesación de pagos un efecto retroactivo. De lo contrario, por caso, pagar un crédito, incluso aún no vencido, nada

---

(16) PAJARDI, Piero y otros, “Derecho concursal”, Ed. Ábaco, Buenos Aires, 1999, t. 2, ps. 350 y ss.

tendría de censurable: la libre disponibilidad del patrimonio (virtud central de los derechos consagrados en las leyes civiles) consiente hasta las liberalidades más inequívocas, como las donaciones inoficiosas.

Pero el panorama —y la aplicación de las normas— cambia si el sujeto activo de esa liberalidad estaba transitando una impotencia patrimonial de grado tal que constituía una insolvencia. Es visible, pues, que el nacimiento de la cesación de pagos, aún ignorada, hizo en la hipótesis descripta que el panorama legal sea otro: el acto ya no podrá surtir efectos respecto de los otros acreedores, ajenos al beneficio. Las *pars conditio creditorum* exige que en la quiebra, salvo las preferencias predeterminadas por la ley, los acreedores no compitan entre sí y tengan un trato idéntico, en el marco de la justicia distributiva (17). Por ello, el sistema de inoponibilidad concursal apunta a recomponer el estado del patrimonio del deudor desde el instante en que se produjo —o inició— la cesación de pagos (18) o como se ha dicho con rigor: la declaración de quiebra es una confirmación tardía de una situación de insolvencia anterior (19), a la que la ley concede un efecto que obliga a mantener la condición de igualdad de cada acreedor, incumplido lo cual el acto carece de la eficacia (u oponibilidad) que le es normalmente inherente.

Por eso, a su turno, consideramos que el ordenamiento contiene una directiva no expresa, pero que resulta categórica al tiempo de su aplicación en una quiebra ulterior: la hemos llamado “la necesaria concursalidad”. Es que la ley no solo *quiere* que el deudor se presente en concurso, u opte por el pedido de su propia quiebra, sino que lo castiga si demora dolosamente —o con dolo eventual e incluso, eventualmente con culpa grave (a la luz del art. 1724 del Cód. Civil y Comercial) (20)— ese trámite o esa iniciativa y ello genera menoscabo a su patrimonio (art. 173, LCQ).

De ahí extraemos la configuración del sistema de retroactividad de los efectos de la quiebra, para dar paso a una nueva responsabilidad tendiente a descaecer el acto dañoso, privarlo de operatividad, y generar el reclamo de daños adicionales que fueron eventualmente irrogados, tal como lo indica la norma recién citada.

---

(17) ROSSI, Abelardo, “La quiebra y la justicia distributiva”, ED 64-601.

(18) GRILLO, Horacio A., “Período de sospecha en la Ley de Concursos”, Ed. Astrea, Buenos Aires, 2001, 2ª ed., ps. 2 y ss.

(19) GARRIGUÉS, Joaquín, “Curso de derecho mercantil”, Ed. Aguirre, Madrid, 1983, vol. II, p. 462.

(20) AUZA, Mariana - GROPPA, María G. - GIGGLEBERGER, Juan, en GEBHARDT (dir.) - ANICH (coord.), “Concursos y quiebras”, Ed. Astrea, Buenos Aires, 2020, p. 245.



### III.2. El patrimonio del deudor como ineludible expectativa de cobro al tiempo de las operaciones de crédito.

Este principio de carácter universal en las legislaciones de todo el orbe se resume, siguiendo a Larenz, señalando que la totalidad del patrimonio de una persona está sometido a la ejecución forzosa a favor de los acreedores de su titular (21). Solo como ejemplo se menciona el art. 1º de la Konkursordnung, los arts. 2092 y 2093 del Cód. Civil francés, y el art. 2740 del Codice Civile y el art. 42 de la Legge Fallimentare italiana.

Tal como ocurría en el Código Civil argentino (22), no tenemos en nuestro país tampoco ahora en el Código Civil y Comercial de la Nación más que una referencia implícita a este principio general en el art. 743 que se conecta inequívocamente con otros dispositivos de dicho cuerpo legal (23). No obstante, este principio de responsabilidad patrimonial donde los bienes del deudor son la prenda de todos (por eso se la perfila o define como “común”) de los acreedores asume el carácter de principio general e inderogable del derecho de las obligaciones.

A esta altura cabe agregar la natural expectativa que, para los acreedores, tiene el patrimonio del deudor, pues cabe presumir que el crédito que en la insolvencia aparece desatendido se ha concedido sobre la base de dicha expectativa que daban los activos de su propiedad. Por ello, la reconstrucción de esa realidad exhibida al tiempo de asumirse las obligaciones (o concederse los créditos, depende desde donde miremos) pasa a ser un imperativo de justicia.

Por lo demás, resulta inescindible el vínculo entre el activo y el pasivo de un sujeto. El primero respalda al segundo, según ecuación que naturalmente hacen los dadores de crédito. Por ello, la comunidad de acreedores no se mantiene indiferente a los cambios que decide el deudor sobre la composición de sus bienes. Incluso el orden jurídico está interesado, en pos de la defensa del crédito como categoría general, en que no se vea defraudada la confianza depositada en el deudor por parte de cada acreedor. De allí que la ley reconozca implícitamente un “derecho de vigilancia” a los acreedores sobre la evolución del patrimonio del deudor.

---

(21) LARENZ, Karl, “Derecho civil alemán. Parte general”, Eds. de Derecho Reunidas, Madrid, 1978, p. 410.

(22) SALERNO, Marcelo U., “El patrimonio del deudor y los derechos de los acreedores”, Ed. Abeledo Perrot, Buenos Aires, p. 109.

(23) COMPAGNUCCI DE CASO, Rubén, en RIVERA, Julio C. - MEDINA, Graciela (dirs.), “Código Civil y Comercial de la Nación”, Ed. La Ley, Buenos Aires, 2014, t. III, p. 53.

dor, derecho que ha sido denominado como “garantía flotante” (24). No olvidemos que incluso la ley penal castiga la utilización de una solvencia simulada para obtener créditos, como por ejemplo en la formulación de balances que exhiben activos “creativamente” sobrevaluados. Y tampoco soslayemos que ese concepto de vigilancia o garantía flotante es el que permite actualmente encarar sistemas de prevención de la insolvencia como los que ha impuesto la Unión Europea a través de la directiva (UE) 1023/19 del Parlamento Europeo, que tiene como primera finalidad establecer mecanismos de alerta ante el solo riesgo de insolvencia (25).

Es obvio que no puede exigirse identidad o inamovilidad del patrimonio a lo largo del tiempo y, antes bien, podría sostenerse que la mutación dinámica de la composición de los bienes del deudor auguran crecimiento; y esa prospección no podría bajo ningún concepto impedirse, pues conspiraría contra el esperado progreso de la empresa y consecuente crecimiento de la fertilidad de su actividad. Y por tal razón el principio de garantía patrimonial puede definirse como potencial, desde cuya virtud es razonable que se incorporen —o cambien— bienes a la masa activa que a su turno responderán más ampliamente ante los créditos contraídos (26).

Pero este esquema de libertad del deudor (que a lo sumo consiente un seguimiento o vigilancia tenue por parte del conjunto de los acreedores) tiene un límite en la configuración de la insolvencia.

Si ese estado se desencadena, es decir, si concreta y palpablemente adviene la cesación de pagos, el deudor ya deberá operar sobre su patrimonio con un cuidado distinto. La ley no lo priva de libertad para esos movimientos y para administración en general de sus negocios. Pero genera una prevención severa y de consecuencias también muy serias: si, por caso, el acreedor conoce el estado de impotencia que el deudor enfrenta, el acto o negocio que celebre será revocable en la eventual quiebra ulterior, siempre que esa transacción opere demérito en el patrimonio del deudor (lo cual es más que frecuente o esperable) o lo tornara más frágil, o sea, con menor capacidad de respuesta ante los acreedores.

---

(24) LLAMBÍAS, Jorge J., “Tratado de derecho civil. Obligaciones”, Ed. Abeledo Perrot, Buenos Aires, 1994, t. I, p. 502.

(25) CAMPUZANO, Ana B. - SANJUÁN, Enrique, “GPS concursal”, Ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 2020, p. 52. Considérese además que esa posibilidad de denuncia de cambios que afecten la solvencia son denominados alertas susceptibles de generar medidas a pedido de acreedor, según llevamos dicho en “Prevención de la insolvencia”, Ed. Astrea, Buenos Aires, 2009, y Bogotá, 2016.

(26) SALERNO, Marcelo U., ob. cit., p. 105.

Podríamos resumir estas consideraciones señalando que, mientras el deudor está *in bonis*, su capacidad no sufre restricción alguna respecto de su aptitud de administración y disposición. Los acreedores permanecerán expectantes, merced a su derecho de vigilancia (que es, naturalmente, de baja intensidad y carece de operatividad o injerencia), cobrando empero vigor ese derecho ante el incumplimiento del deudor. A partir de la mora del nombrado, el acreedor podrá desatar su derecho de agresión al patrimonio por vía judicial. Y, si el referido incumplimiento revela una impotencia general del patrimonio del incumplidor, podrá el acreedor denunciarla y pedirle la quiebra, al tiempo que el deudor ya no podrá disminuir ni afectar la garantía colectiva. Lo obrado en ese lapso, entre el incumplimiento y la quiebra o el concurso preventivo, dará lugar a posibles acciones reintegratorias del patrimonio, o reparadoras del dèmerito ocasionado, como por ejemplo las de revocatoria concursal.

### III.3. La retroactividad de los efectos de la quiebra

Para reconstruir un patrimonio que pretendió (o al menos, en abstracto pretende la ley) quedar estático, a partir de que se desencadenó la cesación de pagos es preciso tomar recaudos, pues en tal caso se está pisando un terreno en el que está en juego la seguridad jurídica y, en ese punto debe mostrarse el jurista especialmente cuidadoso, pues se pueden generar inestabilidades en las relaciones jurídicas, siendo que su certeza y solidez deben constituir un principio que corresponde ser tutelado prioritariamente.

Por eso la retroacción en la quiebra solo abarca el tiempo en que duró el estado de impotencia patrimonial o insolvencia al que la ley argentina denomina período de sospecha y, por ese mismo proceder escrupuloso, es que el tiempo del período suspecto (o sospechoso) es sometido tradicionalmente a un límite: un tiempo precedente a la declaración de quiebra, que puede ser fijo, como en la Argentina, Francia (27), Brasil y México (28); o variable según la naturaleza de los actos considerados, como ocurre en Estados Unidos, Alemania, Austria, Hungría, etcétera (29).

Ese límite de la retroactividad falencial, con base en un tiempo fijo y preestablecido en la ley, a los fines de la consideración de los actos perjudiciales del patrimonio del deudor —señaló Guyenot al comentar la

---

(27) RIPERT, George - ROBLOT, René, "Droit Commercial", LGDJ, París, 1992, t. II, p. 1071.

(28) GRILLO, Horacio A., ob. cit., ps. 11-12.

(29) *Ibidem*, p. 10.

reforma del derecho concursal francés de 1967— está impuesto por la necesaria seguridad jurídico negocial (30).

### III.4. El daño al patrimonio

La lesión o disminución de la garantía de los acreedores es un componente insoslayable para generar la respuesta del derecho concursal, de tipo reintegratorio y/o reparador. Es decir, para privar a un acto de sus efectos jurídicos y económicos normales respecto de la masa acreedora que sufre el desmedro en su garantía o, incluso conjuntamente, para generar responsabilidad en los terceros coadyuvantes con el deudor en la maniobra del menoscabo patrimonial es imperioso comprobar ese daño.

Sin *eventus damni*, la acción de revocatoria concursal ni siquiera debe entablarse (31). No obstante, la ley 24.522 sancionada en 1995 generó una novedad en su art. 119, de la mano de uno de sus redactores (32) que había anticipado su opinión contraria a aquel principio basilar en el sentido de que sin daño no hay interés. La ley, en efecto, instauró un típico supuesto de presunción *iuris tantum*, desde que el perjuicio debe ser objeto de prueba en contrario, pesando sobre el que invoca la ausencia de daño la carga probatoria de tal extremo. El cambio fue en esa reforma de suma relevancia, pero así y todo el daño no ha sido reemplazado ni suprimido como recaudo para que proceda la ineficacia concursal.

Sí ocurre ello en los casos de ineficacia de pleno derecho (art. 118, LCQ); pero en tales casos perfilados en la norma, al decir de Pajardi, el tercero no merece protección alguna por cuanto se ha enriquecido indebidamente. Ello en un caso, quizás el más difundido o imaginable y porque, en otros, cuando menos dicho co-contratante ha violado la *pars conditio creditorum*. Para descalificar el acto, en tales hipótesis, basta la configuración fáctica de la corta lista de hechos o actos del art. 118 analizado y su ubicación temporal dentro del período de sospecha (33).

---

(30) GUYENOT, Jean, "Curso de derecho comercial", Ed. EJE, Buenos Aires, 1975, vol. II, ps. 150 y 151.

(31) MAFFÍA, Osvaldo J., "Derecho concursal", Ed. Depalma, Buenos Aires, 1988, t. II, ps. 658-659.

(32) RIVERA, Julio C., "Ineficacia concursal: situación de los subadquirentes", LA LEY 1984-B, 1031. Héctor Cámara coincidía con tal temperamento y lo podemos leer en el texto original de su obra "El concurso preventivo y la quiebra", Ed. Depalma, Buenos Aires, 1982, vol. III, p. 2183.

(33) RACCIATI (h.), Hernán - ROMANO, Alberto, "La ineficacia falencial y la ley 24.522", *Derecho y Empresa*, 1995, nro. 4, p. 229.

Pero quizá lo central de esta cuestión que analizamos referente al daño es poder determinar cuál es la entidad del perjuicio que la ley presume y cuya ausencia impide sancionar la inoponibilidad. O, planteado de otro modo, preguntamos: ¿el daño que analizamos es equiparable al daño civil que, como presupuesto de la responsabilidad, han elaborado los autores, sobre todo a partir de la sanción del Código Civil y Comercial en 2015?

Los autores no dudan acerca de que el perjuicio que aquí interesa no es el mismo que se definía, en el Código de Vélez Sarsfield, referido al demérito que sufre un patrimonio, susceptible de apreciación pecuniaria.

Pero el art. 1737 del Cód. Civ. y Com. (34) a mi criterio atrapa o abarca adecuadamente el daño que se requiere para descalificar un acto y privarlo de efectos respecto de los acreedores y, en su caso, hacer nacer responsabilidad de terceros diversos del fallido.

Y esto es así bajo esta norma omnicompreensiva, por cuanto el daño referente a la acción desde el juicio colectivo (revocatoria concursal) no es tan solo el que hace más débil o frágil la garantía común de los acreedores sino también cuando se infringe la igualdad de trato de estos (v.gr., cuando se otorga un privilegio a un crédito que antes no tenía tal preferencia, o cuando se apura el pago de una deuda no vencida, o se libera a un deudor del fallido sin contraprestación, etc.).

Así, pues, no es dudoso que el daño específicamente concursal, definido sobre la base de su principal fundamento que reside en distribuir igualitariamente el sacrificio de los acreedores del quebrado, ha pasado a ser, desde la sanción del Cód. Civ. y Com. equivalente al daño civil (digo, por darle un nombre a la tradicional concepción que analizamos).

Va de suyo que la relación de causalidad entre el acto y su resultado dañoso es indispensable, ya sea por una vía directa u otra indirecta, criterio que no ofrece dudas ante la letra del art. 1739 del Cód. Civ. y Com., que incluso contempla la pérdida de chance que, en materia concursal, podría visualizarse, cuando por ejemplo se decide una venta de un bien que disminuye la actividad de la empresa, o empobrece su rendimiento o productividad.

---

(34) Art. 1737: "Concepto de daño. Hay daño cuando se lesiona un derecho o un interés no reprobado por el ordenamiento jurídico, que tenga por objeto la persona, el patrimonio, o un derecho de incidencia colectiva".

### III.5. La ilicitud

Según hemos dicho, antes de la vigencia del Cód. Civ. y Com., la ilicitud del acto era un elemento que no podía estar ausente del sistema de revocación de naturaleza concursal, aunque lo estuviera solo de modo presunto y por tal razón resultara innecesaria la compleja indagación fáctica acerca de la contrariedad del acto respecto del ordenamiento jurídico. De la mano de tal criterio o principio jurídico ocurría precisamente que el gran mérito del esquema de ineficacia concursal reposaba en el argumento de base tipológica, destinado a facilitar la reconstrucción del patrimonio; esto es: que habiendo la ley instaurado un “tipo” de acción y definido sus contornos, la actividad del síndico que busca la inoponibilidad de un acto perjudicial y el eventual resarcimiento por su ocurrencia solo debía probar los elementos contemplados en la previsión legal.

La ley 24.522, que dio vida a la nueva regulación concursal en 1995, aparejó cambios fundamentales, exigiendo para la responsabilidad de terceros la configuración del dolo, es decir la intención de dañar y lograr el efecto que concluiría, mirado desde otro lado, en el enriquecimiento del tercero a expensas de la masa de acreedores (art. 173, LCQ). Pero esa directiva (que tiene una apariencia restrictiva) igualmente permite vislumbrar la configuración del dolo de un modo más frecuente del que se puede pensar [o del que ha sido objeto de crítica por la doctrina en razón de dificultades probatorias que apareja (35)]. El Cód. Civ. y Com. ha incidido notablemente en dichas normas, pues el concepto de dolo mencionado en el citado art. 173 de la LCQ ya es claramente concebido para el caso de dolo eventual al hilo de lo preceptuado por el art. 1724 del referido cuerpo legal que, en el código decimonónico estaba excluido. En efecto, el citado artículo refiere —ampliando el sustrato subjetivo de la intencionalidad de dañar— a la “manifiesta indiferencia por los intereses ajenos”, texto que ha llevado a interpretar que dolo eventual se configura cuando no obstante saber lo que puede suceder con cierta conducta, igualmente se actúa sin importar dicha consecuencia, a lo que se añade que ese desprecio se observa cuando el sujeto conoce previamente, o debe conocer, acerca de qué, o ante qué se es indiferente (36).

En medulosos comentarios Gerbaudo perfila el modo en que estos artículos del Cód. Civ. y Com. inciden en la vieja norma concursal y de hecho la modifican, en este caso ampliando notablemente el compo-

---

(35) VASALLO, Gerardo, “La acción de responsabilidad en la nueva Ley de Concursos y Quiebras”, JA 1996-III-954.

(36) LÓPEZ HERRERA, Edgardo, en “Código Civil y Comercial de la Nación Comentado”, RIVERA, Julio C. - MEDINA, Graciela (dirs.), ob. cit., p. 1032.

nente subjetivo del hecho ilícito (37). Incluso se ha ejemplificado con agudeza sobre hipótesis visibles con bastante frecuente en la práctica judicial, tales como la pérdida o destrucción de libros contables y, por cierto, la dilapidación de bienes (38).

La antijuridicidad (en vez de la ilicitud, aunque resulten como sinónimos) aparece perfilada ahora en el art. 1717 del Cód. Civ. y Com., tiñendo la cuestión en forma integral. El Código de Vélez regulaba el concepto en forma diametralmente opuesta, concibiendo la responsabilidad civil como una sanción destinada a remediar un hecho ilícito, de modo tal que resultaba necesario para que se imponga ese deber de responder un daño causado *sine ius y contra iure*, es decir, con violación de algún precepto jurídico y sin causa de justificación (39). Pero aún dicha evolución fue superada en el comentado art. 1717, toda vez que de su texto podemos presumir que el daño es antijurídico, salvo que se justifique su comisión, concluyendo López Herrera, a quien seguimos en el punto, que “la conducta porque es dañosa es ilícita”.

Llevados estos principios de nuestra moderna legislación general civil y comercial a la ley concursal cabe sostener que si, como ocurría, esta ley específica que regulaba la responsabilidad de los terceros que coadyuvaron con el fallido a desmedrar el patrimonio facilitando la aplicación de las reglas que imponían responsabilidad, ello ahora resulta más sencillo aún. La ilicitud, en efecto, estará siempre que se genere demérito del patrimonio del deudor.

De tal suerte que la responsabilidad del tercero *in bonis*, cómplice del fallido (o co-contratante doloso), será mirada bajo la óptica de que el daño irrogado con el acto en el que participó genera, de suyo, la obligación de repararlo de su peculio, para cuya evitación solo puede acudir a causas de justificación que pueden configurarse en el caso concreto.

---

(37) GERBAUDO, Germán, “Impacto del Código Civil y Comercial en el derecho concursal”, Ed. Astrea, Buenos Aires, 2016, p. 152.

(38) CHOMER, Héctor O., “El nuevo dolo y la ley concursal”, disponible en <http://www.pensamientocivil.com.ar/doctrina/1809>.

(39) LÓPEZ HERRERA, Edgardo, ob. cit., t. IV, p. 1013.

#### IV. RESPONSABILIDAD EN CASO DE INEFICACIA EN CONCURSO PREVENTIVO

El art. 17 de la LCQ contempla la sanción de ineficacia para varios casos de lo que podemos llamar ilícitos concursales, a saber: i) actos a título gratuito, ii) actos que importen violentar la igualdad de los acreedores, y iii) los actos sujetos a autorización judicial previa (esto es, en general, los que exceden la administración común o cotidiana de los negocios). Sobre tales hipótesis el artículo siguiente declara la ineficacia de pleno derecho.

Este sistema, de linaje sancionatorio, consiste en un método de defensa de la correcta gestión de los negocios del concursado a quien se le confía, como principio (y como rasgo esencial de la prevención y reestructuración de la empresa que ha de concluir, se espera, en un concordato), la conducción de aquellos. El legislador ha organizado un sistema jurídico que priva de toda virtualidad a tales actos, imponiendo a su respecto la ausencia de toda virtualidad, bien que en relación con un universo (no íntegro) de sujetos. Concretamente esa inoponibilidad se predica tan solo en relación con los acreedores; mas no así respecto de los celebrantes (rasgo medular distintivo de la nulidad) y siempre que la ulterior homologación de un acuerdo no termine, eventualmente, redimiendo tal sanción [pero este es un tema específico del que solo damos noticia señalando que el concordato —o la propuesta— contenga cláusulas que tornen abstracta la ineficacia establecida por la ley (40)]. En este esquema de actos que la ley fulmina por reputarlos fraudulentos o clandestinos se manifiesta con evidencia el carácter tutelar del período de sospecha, de suerte que los actos suspectos consumados en ese tiempo carezcan de virtualidad para asegurar la potencialidad económica del deudor (41).

La ley, aún actuando severamente con una inoponibilidad de pleno derecho, no regula responsabilidades adicionales. Pero de ese silencio no se deriva que no se configure daño y menos que este, a su vez no deba ser reparado. En tal hipótesis cobran relevancia y aplicación las normas generales en materia de daño. La cuestión, empero, radica en saber si esa responsabilidad es susceptible de ser reclamada (nos referimos a los terceros, cómplices dolosos quizás, pues el deudor, sometido como está a

---

(40) No es ocioso aquí recordar que, en relación con tal alternativa, la acción de revocatoria concursal (diversa de esta ineficacia que analizamos, y distinta también de la acción pauliana que requiere el *consilium fraudis*) es de estricta aplicación en la quiebra (la falencia es *conditio sine qua non* para su procedencia). Ver, por todos a GARAGUSO, Horacio, "Ineficacia concursal", Ed. Depalma, Buenos Aires, 1981, p. 134).

(41) *Ibidem*, p. 133.



las reglas concursales tiene a su disposición todo su patrimonio desde el inicio del proceso que imaginamos pendiente en el caso), mientras tramita el concurso preventivo o si, en cambio, la acción solo queda habilitada en hipótesis de quiebra.

Para responder este interrogante advertimos que la ley ha gestado, según se vio, un núcleo de restricciones en el manejo de los bienes del deudor como base de un proceso dirigido a proteger el patrimonio y el funcionamiento de la empresa. Va de suyo entonces que no puede tolerarse ninguna desviación de cualquiera de esas restricciones que (la ley lo presume) son dañosas y empobrecen la responsabilidad. De allí, pues, las consecuencias invalidantes mencionadas que, respecto de los acreedores, hacen que los actos carezcan de toda virtualidad. El acto queda privado de sus efectos normales jurídicos y económicos, pero subsiste entre partes (el acto permanece vivo o exigible entre los celebrantes); y allí está la base para contestar la pregunta que nos formulábamos en el párrafo precedente, ya que desde el acto no anulado —y subsistente entre partes— no podemos hacer nacer responsabilidades. Deberá ocurrir la quiebra para que un nuevo plexo normativo, con base en el art. 173 de la LCQ, de sustento a la responsabilidad del co-contratante o del cómplice doloso.

El sistema no es novedoso. La ley lo emplea también en el sistema ineficacias que opera en el concurso preventivo. Es que el art. 17 ya analizado refiere a ineficacias de pleno derecho, pero en el art. 39 de la LCQ, por poner el principal ejemplo, el síndico en su informe general identifica actos revocables; pero eso no es más que un elemento informativo destinado a formar una correcta opinión del acreedor que debe conformar, o no la propuesta de concordato de su deudor y contraponerla, al momento de evaluarla con las eventuales mayores expectativas de cobro que le ofrezca la quiebra, en cuyo marco sí la ineficacia se declarará y suscitará las acciones de daños consecuentes sobre los partícipes o celebrantes.

En el concurso preventivo, el deudor (para quien, como dijimos, el acto sigue siendo válido) conserva la administración del patrimonio, de suerte que no podría iniciar demanda contra el tercero co-contratante para reclamarle daños. Carecería de legitimación y hallaría el escollo referido de que el acto que a su respecto sigue vigente no podría, de suyo, habilitar un reclamo de daños y perjuicios contra aquel con quien celebró el acto ineficaz ante los acreedores (recuérdese aquí el carácter accesorio que se asigna en la responsabilidad contractual al reclamo de daños y perjuicios). No obstante, la responsabilidad del tercero quedaría habilitada en la eventual quiebra que acaezca si fracasa el intento concordatario. Y si se configura una situación extrema (me refiero, por caso, a un demérito patrimonial insusceptible de ser reparado ulteriormente),

los óbices mencionados podrán ser removidos con dos condiciones, a saber: a) que la ineficacia conlleve también la nulidad del acto (la ineficacia, recordemos, mantiene la vigencia del acto para sus celebrantes, incluido el deudor), y b) que el concursado sea separado de la administración por su conducta reprochable y sea un interventor quien deduzca la acción luego de declarada la mencionada nulidad, puesto que no es siquiera imaginable que se deduzca la acción por el deudor mismo (42).

### V. LA RESPONSABILIDAD DE TERCEROS EN LA ACCIÓN REVOCATORIA CONCURSAL

La consecuencia natural —y única en el texto legal genérico— de la procedencia de una acción de revocatoria concursal es la declaración de inoponibilidad del acto cuestionado en relación con el universo de los acreedores, por su efecto perjudicial a la integridad o capacidad patrimonial del deudor (art. 119, LCQ).

Pero, a despecho de la parquedad de la citada norma, el tercero contratante a quien se demanda por la referida ineficacia, no está exento de responsabilidad o de su deber de resarcimiento; pero en el caso no alcanza para reclamarle indemnización el solo conocimiento de la cesación de pagos del deudor fallido que fue motivo de la ineficacia. El tercero, en efecto, debe haber incurrido en dolo si se pretende que repare los daños ocasionados (art. 173, párr. 2º, LCQ).

La solución parece inequitativa y difiere notablemente de su antecedente que lo convertía en cómplice y lo penaba duramente (art. 246 de la derogada ley 19.551) con el doble de lo que había intentado sustraer.

Digo que es injusto exonerar de responsabilidad al que actúa a sabiendas de que celebra un acto prohibido, porque si dicho negocio no puede realizarse por hallarse el otro contratante en cesación de pagos, entonces el acto es ilícito por estar prohibido en la ley, y siendo la conducta dañosa, no es dudoso que es ilícita (art. 1717, Cód. Civ. y Com.), tal

---

(42) En términos hipotéticos, nos hemos planteado el caso de que el administrador (o un directorio en la sociedad anónima) sea removido por el órgano de gobierno societario. Ese caso, empero, no puede —a pesar de ser efectista— cambiar las cosas: el sujeto demandante sería la sociedad, generando una hipótesis impropionable de identidad entre el sujeto que causó el daño y el que lo reclama: solo el caso del interventor que actúa para preservar el patrimonio sería admisible desde la legitimidad activa, toda vez que a la luz del art. 17 es una sanción pensada para preservar la integridad del patrimonio.

como lo llevamos dicho siguiendo a López Herrera; y surge de la configuración del *alterum non laedere* sin causa que lo justifique desde una mirada del conocimiento de la cesación de pagos y el actuar a pesar de ella (con indiferencia del resultado, según el art. 1724, Cód. Civ. y Com.), a partir de lo cual no es dudosa la contradicción de la conducta con el ordenamiento jurídico aprehendido en su conjunto (43).

Cuadra entonces que nos enfoquemos en establecer si tal inequidad tiene fundamento legal o puede ser superada. Porque lo que hay en juego es de suma trascendencia. Nos preguntamos, para que se visualice el cariz e importancia de la inquietud: si un tercero que se presta a realizar un acto que luego se declara ineficaz por su conocimiento de la cesación de pagos del co-contratante que deviene en quiebra, ve que no tiene otra responsabilidad que, por ejemplo “restituir la cosa” (hipótesis que refiere a una compraventa realizada en conocimiento de la cesación de pagos del vendedor) no está en una situación de neutralidad de intereses (daría lo mismo llevar a cabo el acto o no). En ese caso, si no existe otra consecuencia para el co-contratante *in bonis*, el ordenamiento jurídico estaría dando una pésima señal, consistente en que si el adquirente (siempre en el caso del ejemplo de la compraventa) solo tiene que devolver la cosa, dicho contratante tendría un panorama neutro (o de indiferencia) frente a la comisión del ilícito o abstenerse de tal impostura. Si le ganan el juicio devuelve la cosa y terminado el problema (o dicho peor, habrá sido eludido el ordenamiento jurídico, con su ilicitud y todo). Si como puede ocurrir en la azarosa justicia argentina el juicio no prospera, por ejemplo, por algún defecto probatorio en la vaporosa idea del “conocimiento de la cesación de pagos” (44), la ilicitud le habrá redituado fuertemente, con casi total certeza. Es inaceptable una situación de esa naturaleza.

Desde mi visión, las nuevas reglas del Código Civil y Comercial sancionado en 2015 (y que analizáramos *supra*: ap. III.5) permiten superar ese inicuo resultado que devino, a mi juicio, de cierta desaprensión del legislador del año 1995 cuando derogó la figura del cómplice que contemplaban los arts. 240 y 246 de la ley 19.551 y la reemplazó por la acción basada en el dolo (art. 173, LCQ). Ocurre, en efecto, que el dolo, tal y como lo concibe el Cód. Civ. y Com., no es ya la estricta intención de dañar sino, como ya explicamos, la prefiguración de un resultado dañoso, a despecho del cual el contratante opera igualmente gestando el demérito en el activo del cesante, que luego quebrará.

---

(43) CASAS, Juan, en BUERES, Alberto J. (dir.), “Código Civil y Comercial de la Nación, analizado, comentado y concordado”, Ed. Hammurabi, Buenos Aires, 2014, t. II, p. 160.

(44) Requisito imprescindible del art. 119, LCQ, para que prospere la demanda.

Por esta vía aquella alarmante interpretación que conducía al agente conecedor de la cesación de pagos de su co-contratante a un resultado indiferente (o neutro, como dijimos) ya no tendrá la limitación que supone la prueba del dolo.

Aparece aquí fuertemente puesta en valor la idea de responsabilizar a terceros no intervinientes en el acto revocado cuando de algún modo (“de cualquier forma”, dice literalmente el texto legal) facilitaron o abrieron cauce a la maniobra. Es el caso, entre otros, de los auditores, síndicos u otros integrantes de los órganos de control, que (respecto de los primeros) ha sido estudiado muy escrupulosamente a partir de los escándalos financieros ocurridos en EE.UU. a principios de este siglo (45).

Pero volviendo a la revocatoria concursal y sus consecuentes responsabilidades, cabe decir con Balbín que la restitución de los bienes en poder del “cómplice” era redundante y asistemática (46) y ahora tiene su complemento apropiado con la acción de dolo (que puede ser eventual, a la luz del art. 1724, Cód. Civ. y Com.), y que deberá deducirse acumuladamente a la acción principal del art. 119 de la LCQ (47).

La cuantía de lo reclamado será el daño efectivamente causado, más la ya aludida restitución del bien o activos que se pretendieron sustraer y —cabe recordarlo— la pérdida de derecho de todo reclamo contra la quiebra, a título de sanción.

## VI. LA RESPONSABILIDAD DE ADMINISTRADORES DE SOCIEDADES ULTERIORMENTE QUEBRADAS

Como inicio de este tema, señalamos que los administradores de una sociedad tienen un modelo de actuación presidido por el deber de lealtad y la necesidad de obrar como un “buen hombre de negocios” en el desempeño de su cometido, lo cual surge con claridad del art. 59 de la ley 19.550 (LGS).

---

(45) BARREIRO, Marcelo (que en la ocasión sigue un trabajo propio en coautoría con Susy BELLO KNOLL y Javier LORENTE), en CÁMARA, ob. cit., act. por E. E. Martorell, 2007, t. IV, ps. 349 y ss.

(46) BALBÍN, Sebastián, “Quiebra y responsabilidad de administradores y de terceros”, en *Monografías Ad-Hoc*, p. 35.

(47) No compartimos aquí la idea de RIVERA - ROITMAN - VÍTOLO, que aseveran que esta demanda (“sanción”, le dicen) debe promoverse por separado (Ed. Rubinzal-Culzoni, Buenos Aires, 2009, 4ª ed., t. IV, p. 146).

Por ello quienes infrinjan esas indispensables cualidades (48) de su accionar serán responsables solidaria e ilimitadamente por los daños que ocasionen. El principio general puede expresarse en el sentido de que la ley contempla los motivos por los cuales los administradores sociales pueden incurrir en responsabilidad y —en tal caso— exponer su propio patrimonio para responder ante accionistas y ante acreedores de la sociedad por actos contrarios a la ley, el estatuto o realizados sin la diligencia con la que deben desempeñar el cargo (49), corolario que, como veremos, se proyecta obviamente en el caso de quiebra del ente en cuestión.

Sobre el particular, el art. 173 de la LCQ, que regula la acción de responsabilidad que debe iniciarse para lograr esa reparación, aporta algunos detalles de índole tipológica que ayudan a identificar cuándo claramente se violenta el referido modelo o matriz de conducta; estableciendo que ocurre cuando los administradores (claro que el texto legal refiere también a otros sujetos que no estamos analizando ahora) “dolosamente hubieren producido, facilitado, permitido o agravado la situación patrimonial del deudor [léase aquí *la sociedad*] o su insolvencia” (el subrayado es mío). El aporte del legislador resulta de suma utilidad, pues facilita visualizar en los casos concretos cuál es el menoscabo sobre el patrimonio que permite responsabilizar al administrador infiel o torpe, como decía Otaegui.

Quizá lo más complejo en este tema concierne al factor de atribución de dicha responsabilidad, el cual según la letra del referido art. 173 de la LCQ es el dolo, a tenor del estatuto concursal sancionado en 1995. Dicho texto suprimió —como ya analizáramos— las referencias a la hipótesis de culpa que contenía la ley 19.551 en la materia, sobre la base de que tal factor de atribución de responsabilidad generaba inseguridad en las transacciones. Mucho se ha escrito desde entonces, especialmente sobre la idea de la imperiosa necesidad de proteger al tercero de buena fe (50) como única manera de recurrir al dolo del administrador para responsabilizarlo, excluyendo el accionar culpable.

Mas la sanción del Cód. Civ. y Com. —y ya lo hemos mencionado *supra* con cita de Gerbaudo y Chomer, entre otros— vino en auxilio de una interpretación más amplia, desde cuya base es posible afirmar que la buena fe se agota si, a pesar de las reglas objetivas de la ley, un acto per-

---

(48) Graziábile la denomina “regla matriz” (GRAZIÁBILE, Darío J., “Instituciones de derecho concursal”, Ed. La Ley, Buenos Aires, 2018, t. V, p. 207).

(49) MOYA GIMÉNEZ, Antonio, “Responsabilidad de los administradores de empresas insolventes”, Ed. Bosch, Barcelona, 1996, p. 17.

(50) ALEGRIA, Héctor, RDPyC nro. 4, ps. 333 y ss.

judicial para el patrimonio de la sociedad igualmente se lleva a cabo; si el administrador razonablemente se pudo representar como resultado el demérito que su acción podía generar, su situación empieza a encuadrar en el dolo eventual, que de ningún modo descarta la referencia al dolo, a secas, del art. 173 considerado.

El art. 1724 del Cód. Civ. y Com. engloba el dolo eventual dentro de la definición del dolo y con eso la responsabilidad concursal permite quedar mucho más cerca de la culpa (51), cuando se actúa “con manifiesta indiferencia por los intereses ajenos”, como concluye textualmente la norma referida e, incluso, como lo había perfilado la jurisprudencia que refiere puntualmente Graziábile, a quien seguimos en este aspecto, conforme se citó, quien añade que “frente a este panorama, podrán configurarse los presupuestos de la acción, aplicando el *factor de atribución subjetivo mínimo* cual es el dolo eventual, para atacar situaciones de vaciamiento empresario, pérdida de capital social, pérdida de libros sociales o irregularidades en la contabilidad” (el destacado es mío). Es evidente allí que la doctrina pugna por establecer principios enderezados a conceder seriedad a los procesos concursales y actuar con severidad frente a la desaprensión de administradores empresarios, tema que cabe compartir con entusiasmo; mas sin perder de vista que tampoco puede actuarse con excesiva severidad en casos donde no se visualice con nitidez el abandono adrede de los modelos de administración y la posible —y despreciada— premonición sobre sus resultados dañosos para el patrimonio del ente.

Pero para dejar claro lo referido a la incidencia de la reforma de 2015 que sancionó el Cód. Civ. y Com. fue inequívoca en la ley concursal debe reiterarse que, a partir de allí, a la doctrina no le parece dudoso que el dolo eventual o la culpa con representación (como dirían los penalistas) es una base de indudable aplicación de las reglas de responsabilidad cuando se interpreta el citado art. 173 de la LCQ (52).

Y para concluir esta breve noticia sobre el capítulo de la responsabilidad de los administradores societarios, no puede sino abordarse el tema de las acciones sociales específicas de responsabilidad que tienen su anclaje en la Ley General de Sociedades. A ellas alude la LCQ en el art. 175, cuya letra da idea de una subsunción de las acciones de la ley societaria en el trámite falencial [o una apropiación, como también se ha dicho,

---

(51) GRAZIÁBILE, Darío J., ob. cit., ps. 219 y 226.

(52) TRUFFAT, E. Daniel, “El impacto del nuevo Código Civil y Comercial unificado en el derecho concursal, una cita para 2035”, Ed. Instituto Argentino de Derecho Comercial - Ed. D&D, Buenos Aires, 2015, p. 239.

aludiendo al mismo efecto, de las acciones sociales por el concurso (53), más rigurosamente en la hipótesis de quiebra].

El referido artículo en pocas líneas determina entonces que el síndico de la quiebra de la sociedad de que se trate es quien, puede iniciar o proseguir las acciones *ut singuli* o las de linaje societario contra los administradores (y otros responsables, por cierto). Es, como principio, el legitimado activo que la ley designa expresamente.

Pero dada la diversidad de situaciones que pueden presentarse en la realidad (v.gr., acciones ya iniciadas —acaso con errores o con intereses sesgados, diversos de los de la masa falencial— u otras a iniciarse, de menos requisitos para su procedencia, pues no se requiere el dolo en ciertos casos —la violación de la ley, o del estatuto, o del reglamento solo por culpa (54)— y son más auspiciosas respecto de su resultado) la ley concursal, en el relacionado art. 175, permite que el síndico ejerza conforme a su buen criterio (recordemos que requiere patrocinio letrado para demandar) la opción de continuar la acción, o hacerse parte coadyuvante o directamente iniciar la que crea conveniente aunque, en tal caso pueda acumularse con otra ya iniciada.

La acción societaria que, naturalmente, tramitará como un juicio ordinario, requiere autorización de los acreedores quirografarios, pues así lo indica de modo omnicompreensivo el último párrafo del art. 176 de la LCQ. Y tendrá, como se dijo recién, como legitimado activo al síndico concursal (arts. 119 y 175, LCQ) a quien incluso se le concede aptitud para requerir el levantamiento del secreto fiscal (55).

Distinto es el caso, en este punto, lo relativo a la autorización previa; me refiero a las acciones que requieren el pronunciamiento del órgano de gobierno societario (los socios) para iniciar el juicio, pues dicho órgano no parece ser, en caso, de quiebra, quien tenga competencia a ese fin (56). No obstante existen discrepancias, al parecer aisladas (57) que sostienen que de todas formas el síndico debe convocar a asamblea y

---

(53) BARREIRO, Marcelo, ob. cit., p. 370.

(54) GRAZIÁBILE, Darío, ob. cit., p. 253.

(55) PRONO, Ricardo, "Derecho concursal procesal", Ed. La Ley, Buenos Aires, 2017, p. 309 y nota 82.

(56) QUINTANA FERREYRA, Francisco - ALBERTI, Edgardo M., "Concursos", t. III, p. 260.

(57) GAGLIARDO, Mariano, "Responsabilidad de los directores de la sociedad anónima", Ed. Abeledo Perrot, Buenos Aires, 2001, p. 654.

plantear la necesidad de iniciar la acción social de responsabilidad, lo cual no compartimos y lo hemos expresado muy anteriormente (58).

## VII. LA RESPONSABILIDAD DE LOS ACCIONISTAS

La actual fiscal general ante la Cámara de Apelaciones en lo Comercial sostiene que la invulnerabilidad de los accionistas de una sociedad fallida es una suerte de principio imperante en el criterio capitalista del derecho norteamericano y, citando a Reyes Villamizar, se plantea si esa coraza es infranqueable, o no, y —exagerando— se pregunta si ese principio es “sagrado” o no (59).

La limitación de responsabilidad de los accionistas, es cierto, constituye un principio propio del sistema capitalista, pero no nacido de los Estados Unidos sino que es mucho más añejo; al punto que Galgano lo refiere incluso como el “capitalismo primitivo” y lo ubica, en sus orígenes en los siglos XVII y XVIII, con los caracteres de un derecho excepcional que concede el beneficio de la responsabilidad limitada a la clase empresarial que, como es sabido, principiaba por entonces con una decisión estatal, o política; o si se quiere, una concesión soberana (60). Evolución que, de nuevo, lejos del derecho norteamericano (que parece producir cierto inexplicable escozor) es de cuna europea, para convertirse después, por ejemplo en el código napoleónico, en un instrumento puesto a la mano de cualquier sujeto de la vida económica; por cierto que con una autorización gubernativa (arts. 19 y 37), todo lo cual —lo estatal o político— fue suprimido en 1876 en Francia.

Pero no es razonable para este estudio ahondar en ese prejuicio que parece embozado en el debate del origen de la limitación de la responsabilidad. Hoy el tema tiene contornos definidos y la discusión parece saldada a la luz de reglas legales sumamente claras, de cuyos principios extraemos la defensa clara de una limitación del riesgo hasta el límite de los bienes aportados a la sociedad y, en vez, un límite a ese beneficio

---

(58) GEBHARDT, Marcelo, “Ley de Concursos y quiebras”, Ed. Astrea, 2008, t. II, p. 267.

(59) BOQUÍN, Gabriela, “Influencia del Proyecto de Reforma del Código Civil en las acciones de responsabilidad concursal”, en *I Congreso de análisis y debate sobre el Proyecto del Nuevo Código Civil y Comercial de la Nación*, Ed. Fidas - Legis, 2012, ps. 465-466.

(60) GALGANO, Francesco, “Derecho comercial. Sociedades”, Ed. Temis, Bogotá, 1999, vol. II, ps. 206-212.



que el capitalista pierde si incurre en figuras dolosas o en el abuso de las formas sociales que el legislador puso a su disposición para fines lícitos.

Puede decirse sin ambigüedad de ninguna clase que “los accionistas tienen la obligación de ejecutar la aportación prometida, una vez, solo una vez y precisamente en los bienes prometidos. El accionista no puede ser obligado a aportar más de lo que prometió, ni cosa distinta de lo prometido y ello constituye un principio de orden imperativo que no puede ser derogado ni modificado por la voluntad de los socios” (61), ni la mayoría puede imponer semejante cosa que transgreda este principio medular de las sociedades por acciones.

Pero, como todos, los principios —y en este caso el que rige los derechos del accionista a ver limitado su riesgo y protegida la literalidad de su extensión objeto de su compromiso— no son absolutos, ni pueden asumirse abusivamente. Deben, por el contrario, ejercerse de buena fe (art. 9º, Cód. Civ. y Com.) y su utilización irregular, o abuso, entendido por aquel el que contraría los fines del ordenamiento jurídico, o el que excede, como dijimos, los límites de la buena fe, la moral y las buenas costumbres, genera responsabilidad en quien así procede, debiendo los magistrados reponer la situación anterior a tal impostura y fijar una indemnización que repare el daño integralmente (art. 10, Cód. Civ. y Com.).

La ley societaria (que orbita, al decir de Lorenzetti, alrededor de estos principios basilares de la ley común), no dice —ni decía antes de la sanción del Cód. Civ. y Com.— nada distinto. El accionista es responsable a título personal y sin límite alguno (mucho menos el de su aporte) de los daños que infrinja a terceros al actuar abusando de las formas societarias, o incurriendo en dolo o dolo eventual, porque, como se ha dicho desde una dimensión dikelógica (62), citando a Ciuro Caldani, “uno de los problemas empresarios y sobre todo de la cultura de la posmodernidad es cómo evitar que la utilidad devore a los otros valores” (63) y al fin, en consecuencia, se devore a sí mismo.

Por eso soy de la convicción de que la superación de la protección del accionista cede bajo principios de hondas connotaciones morales cuando el sujeto tutelado infringe la ley. Así, pues, hallamos en el plexo normativo nacional el art. 54 de la LGS, que autoriza a imputar a los so-

---

(61) RODRÍGUEZ RODRÍGUEZ, Joaquín, “Derecho mercantil”, Ed. Porrúa, México, 1985, t. I, p. 93.

(62) GERBAUDO, Germán E., “Introducción...”, cit., p. 140.

(63) CIURO CALDANI, Miguel A., “Problemática iusfilosófica de la empresa en el fin del milenio”, RDPyC 21, 1999, p. 91.

cios, derechamente, los actos de la sociedad que impliquen violentar el objeto genérico abstracto de los entes jurídicos. En esa senda se ha dicho que el instrumento “sociedad”, concebido para la conjunción de voluntades, al ser reducido a una ficción, justifica extender la falencia a los accionistas o responsabilizarlos por el pasivo social (64).

Por ello, se responsabiliza al socio que lleva a cabo un control ilícito, desviando el interés social a su favor, con relación de causalidad con la insolvencia del sujeto quebrado (art. 161, LCQ), y ello ocurre por ejemplo a través de una descapitalización a favor de terceros (65), o limitando la actuación del ente en ciertos mercados para beneficio de ese controlante abusivo, o imponiendo garantías incausadas, o la realización de negocios con empresas del grupo que integra la fallida que excedían las condiciones de mercado (66).

En definitiva, se trata de que los accionistas que incurran en una innumerable cantidad de hechos imaginables puedan ser responsabilizados directamente, sobrepasando sus derechos de limitación de riesgos o, en su caso, se decida judicialmente la inoponibilidad de la sociedad con su efecto traslativo de la imputación (67) del ente a sus socios abusivos. En ese extremo, cuando la actuación de la sociedad se imputa a los socios o controlantes que hubiesen producido un daño resarcible, corresponderá la indemnización por ese daño (68) sin que pueda invocarse prohibición o frontera de ningún tipo.

### VIII. RESPONSABILIDAD DEL PETICIONARIO DE LA QUIEBRA

La LCQ contiene en su art. 99 una expresa consideración de la hipótesis en que la quiebra es solicitada por un acreedor que para ello incurre en dolo o culpa grave.

---

(64) BERGEL, Salvador D., “La extensión de la quiebra en la reforma de la ley de concursos por la ley 22.917”, LA LEY 1983-D, 1097.

(65) GRISPO, Jorge D., “Responsabilidad de los accionistas”, en TRUFFAT, Daniel – MOLINA SANDOVAL, Carlos (coord.), ob. cit., ps. 706 y ss.

(66) BERGEL, Salvador D., ob. cit.

(67) MANÓVIL, Rafael M., “Grupos de sociedades en el derecho comparado: empresas y concentración empresaria”, Ed. Abeledo Perrot, Buenos Aires, 1998, p. 1036.

(68) ROITMAN, Horacio, “Ley de Sociedades Comerciales comentada y anotada”, Ed. La Ley, Buenos Aires, 2006, t. I, p. 708.

Va de suyo que, como todo derecho, el pedido de quiebra a un sujeto puede ejercerse de modo abusivo y, si dicho abuso asume entidad dañosa y fue originado en la intencionalidad de causar perjuicio, o a través de la prefiguración de un daño injusto que no ha detenido a su autor a obrar en detrimento del sujeto respecto de quien postula la quiebra, la aplicación de las normas ordinarias de responsabilidad civil son indefectibles (arts. 9º y 10, Cód. Civ. y Com.). En verdad, en la norma concursal referida no se aprecia nada que perfile una acción autónoma de responsabilidad. Lo único que se advierte vinculado al concurso es que la ley establece que la acción tramitará ante el juez actuante en el pedido de quiebra que prosperó indebidamente merced a la impostura del peticionario. Incluso puede agregarse que no se advierte que tenga que actuar en ese juicio el síndico que, con el levantamiento de la quiebra, indefectiblemente cesó en sus funciones.

Podríamos preguntarnos entonces —si la acción carece de toda autonomía ni tampoco tiene una naturaleza específica, concursal o la que sea— por qué el legislador la contempla especialmente en la LCQ y la ha mantenido así regulada desde la redacción de 1972 (69). La respuesta cabe encontrarla en el especial énfasis que la actividad legisferante ha puesto en que el pedido de quiebra no es el medio idóneo de cobrar un crédito, tal que, mal que nos pese, ocurre en la práctica y de modo muy difundido (70).

El legislador, en efecto, no pierde de vista que un pedido de quiebra puede tener efectos letales en la empresa al generar, por ejemplo, daños reputacionales y, a la vez, discontinuidad de contratos y relaciones crediticias, razón por la que el celo que se aprecia en la ley para proscribir el pedido de quiebra como un modo de apremio, aparece más que justificado.

De todas maneras, cabe insistir en que el actuar abusivo mencionado al inicio no es suficiente para dar vida a esta acción que, como también vimos, reclama indefectiblemente la configuración del dolo o culpa grave. No obstante, bien se ha dicho que el uso abusivo del pedido de quiebra podría igualmente reclamarse aun sin dichos factores atributivos aunque,

---

(69) Ley 19.551, art. 103.

(70) BARACAT, Edgar J. - MICELI, Indiana, “Declaración de quiebra”, Ed. Astrea, Buenos Aires, 2008, ps. 183 y ss., han puesto especial énfasis en las razones de este uso abusivo y difundido del pedido de quiebra —incluso inducido por los profesionales del derecho— pero marcando con gran profundidad la razonable persecución que cabe a los jueces para evitar ese uso disfuncional.

en tal caso, debiera acudir a una acción ajena al comentado art. 99 de la LCQ (71), incluso ante un juez diverso al que decretó la quiebra.

Sobre el juicio que deberá incoar el sujeto indebidamente quebrado puede decirse que solo él y sus deudores solidarios que padecieron la quiebra están legitimados activamente para demandar al peticionario.

La legitimación pasiva concierne tan solo al acreedor que logró o hizo decretar la quiebra (72). La existencia de pedidos de quiebra concomitantes, no son un tema fácil de resolver, pero si ellos son susceptibles de ser originados también en el dolo o la culpa grave de sus respectivos iniciantes, su responsabilidad debe ser merituada y en su caso declarada, pues no debe olvidarse que para que el deudor pueda levantar su quiebra, a la luz de los arts. 95 y 96 de la LCQ, debe probar la ausencia de los requisitos sustanciales para la procedencia de la falencia y, en su caso, depositar o dar garantías de los estos pedidos de quiebra, lo cual supone inmovilizar fondos u obtener garantías cuyos costos deberán soportar los respectivos y censurables peticionarios que actuaron dolosamente o con culpa grave. Cabrá entonces contra estos acreedores una acción específica que los comprenda, la cual puede razonablemente acumularse con el juicio principal dirigido contra el que sí obtuvo la quiebra.

No se encuentran en los repertorios una cantidad de casos jurisprudenciales que permitan generar algún tipo de sistematicidad sobre esta acción de responsabilidad, mas cabe destacar un fallo, que con bastante antigüedad igualmente resulta señero en la cuestión, y cuya transcripción es elocuente, de suyo, sobre la complejidad del asunto y la adecuada solución proporcionada: “[L]a invocación cuanto menos desaprensiva de créditos extinguidos, con ulterior alegación de falsedad de los recibos esgrimidos por el deudor, pese a que se trataba de recibos auténticos (...) configura la conducta abusiva que genera responsabilidad por los perjuicios sufridos por el deudor” (73). En dicho pronunciamiento, al parecer, solo pudieron estimarse daños, si se quiere menores, tales como los intereses por la inmovilización de los fondos que el circunstancial-

---

(71) GRAZIÁBILE, Darío J., “Derecho concursal”, t. II, p. 58. Este autor escapa con gran solvencia —y con respaldo en las opiniones de Maffia y Heredia— a la tesis negativa que en tal sentido encabezó Julio C. Rivera, quien sostiene que este factor de atribución no podría invocarse para responsabilizar al acreedor peticionante. Véase también sobre este tema MENÉNDEZ, Augusto J., “Responsabilidad del peticionario de la quiebra”, ps. 49 y ss.

(72) GRISPO, Jorge D., “La acción de daños y perjuicios contra el peticionario de la quiebra revocada o rechazado el pedido de quiebra”, DJ 1999, nro. 2, p. 593.

(73) CNCom., sala A, 15/06/1977, JA 1978-III-233.

mente fallido debió depositar para levantar su quiebra, lo cual es un dato específico del expediente respectivo; pero no es descartable un daño mayúsculo cuando, en el ejemplo que brinda Maffía, la quiebra importó la automática resolución —acaso definitiva— de contratos en curso de ejecución (74). En otra hipótesis se hizo mérito del menoscabo que en el ámbito profesional supuso la pérdida de oportunidades laborales y la inclusión del exfallido en los registros dedicados a ello (75).

El daño moral es perfectamente susceptible de reclamo, por el desprestigio y las preocupaciones causados por una declaración de quiebra (76), mas ello no se verifica si no ha habido publicación de la quiebra (ni se probó divulgación de otra índole), ni se trabaron las medidas consiguientes a ella (77). Pero también se ha dicho que en tanto ese tipo de padecimientos concierne solo a las personas humanas no es proponible, aunque haya mediado publicidad en relación a personas jurídicas (78), lo cual a mi juicio no impide que el daño de esa índole quede subsumido en el deterioro reputacional al que hice referencia y que razonablemente pudo padecer la persona de existencia ideal.

---

(74) MAFFÍA, Osvaldo J., “Ley de Concursos comentada”, Ed. Depalma, Buenos Aires, 2001, t. I, p. 335.

(75) CNCom., sala C, 11/5/2004, “Antonini Modet, Martiniano c. Diners Club”, cit. en RIVERA - ROITMAN - VÍTOLO, ob. cit., t. III, p. 197.

(76) FARINA, Juan M. - FARINA Guillermo V., “Concurso preventivo y quiebra”, Ed. Astrea, Buenos Aires, 2008, t. II, p. 166.

(77) Fallo citado de CNCom., sala A, 16/06/1977.

(78) MENÉNDEZ, Augusto, ob. cit., p. 60.



PRINCIPIOS GENERALES EN EL DERECHO  
PRIVADO Y SU PROYECCIÓN EN EL DERECHO  
AMBIENTAL

POR EDGARDO I. SAUX

**I. PROEMIO**

Dedicar una obra colectiva a la querida e imperecedera memoria del maestro Félix Alberto Trigo Represas es, desde donde se lo mire, un estricto acto de justicia.

Participar en ella es un honor, un gusto y un privilegio.

Alberto —así era para Mabel, su entrañable esposa e inseparable compañera, y para quienes tuvimos la suerte de poder considerarnos sus amigos y de alguna manera sus discípulos— fue un hombre excepcional.

Dueño de una sapiencia y una humildad solo propia de los grandes, supo enseñarnos y brindarnos su calidez humana de manera invariable.

Guardo para mí, como imborrables recuerdos de su entrañable existencia (y aun de un hecho para mí conmovedor posterior a su lamentada ausencia), una foto del festejo en su tan querida ciudad de La Plata, cuando quiso compartir con un grupo de amigos —además de su familia— sus ochenta años de vida, vividos plenamente, con absoluta lucidez y vitalidad y rodeado del afecto de tantos y tantas personas que tuvimos la suerte de vivenciarla y testimoniarla, y, luego de fallecido, el inmenso honor que por voluntad de su querida esposa y de sus hijos tuve de ser elegido para homenajearlo en el marco de las XXVI Jornadas Nacionales de Derecho Civil, celebradas justamente en su ciudad y en su Facultad de Derecho de La Plata en el año 2017, poco tiempo después de su desaparición física.

No cabe aquí y ahora aludir a su vasta obra bibliográfica y a su generosa voluntad de tener participación invariable en innumerables eventos académicos tanto en nuestro país como en el extranjero (lugares en los cuales recibiera múltiples y merecidos reconocimientos y homenajes).

Admirarlo y quererlo eran consecuencias inevitables tan solo de leerlo, escucharlo o simplemente conocerlo.

Seguramente, si hay vida trascendente a la humana existencia, estará en algún lugar como él lo merece, llevando en su corazón los colores de su club Estudiantes de La Plata, a quien quiso y supo acompañar durante toda su larga vida con su hijo y con su entrañable amigo y muchas veces coautor, Rubén Compagnucci de Caso.

Su señorío, su magnífica obra y su invariable pasión por el Derecho hicieron merecedor su rango de miembro de la Academia Nacional de Derecho de Buenos Aires (entre otros lauros).

Hijo del Dr. Alberto Trigo Viera, supo honrar su genética y proyectarla hacia sus alumnos, discípulos y colegas en todos los ámbitos en los cuales le tocó participar.

Vayan hacia él mi más entrañable recuerdo y mi gratitud por su existencia.

## II. LOS PRINCIPIOS GENERALES. CARACTERIZACIÓN Y CONCEPTUALIZACIÓN

Hace ya más años de los que quisiera (ya casi treinta, en 1992), la Ed. La Ley tuvo la generosidad de publicarme un trabajo (1), gestado a partir por una parte de la inquietud investigativa que me generara la por entonces vigente referencia a los principios generales del Derecho en el art. 16 del Cód. de Vélez (dentro de la teoría de la hermenéutica), y por la otra un interesante artículo de un destacado jurista español de la primera mitad del siglo pasado (2), quien, contrastando referencias normativas de derecho comparado de la época (entre otros, Códigos italiano de 1942, polaco de 1964, venezolano, ecuatoriano, uruguayo, guatemalteco, mexicano, peruano, paraguayo, colombiano y hasta el viejo Cód. Civil

---

(1) SAUX, Edgardo I., "Los principios generales del derecho civil", LA LEY 1992-D, 839, AR/DOC/8221/2001.

(2) BONET RAMÓN, Francisco, "Introducción al derecho civil", Ed. Bosch, Barcelona, 1956.



español de 1888), se preguntaba algo relevante que quizá la jusfilosofía, que desde mucho antes venía debatiendo sobre la naturaleza misma de los principios generales del derecho, no había analizado en su singularidad: ¿existen principios propios del derecho civil?

En aquella ocasión, y coincidiendo en gran medida con el punto de vista del mencionado autor, proponía a nivel personal que, quizás —es muy difícil cobijar certezas en temas tan poco positivistas y tan emparentados con la Filosofía y la Teoría General del Derecho—, podría hacerse referencia a que, en relación propiamente con el derecho civil, los principios generales que probablemente aparecen como primarios serían la *autonomía de la voluntad* (3), la que cumple en relación con el negocio jurídico al menos tres funciones primordiales, cuales son crearlo, determinar sus efectos y precisar la ley aplicable, *el orden público*, que opera precisamente como límite al ejercicio de esa voluntad privada creadora y dinamizadora del derecho privado (4), y el *equilibrio de las prestaciones*, el cual es un norte buscado por múltiples herramientas jurídicas, tales como la proscripción del abuso del derecho subjetivo, la lesión jurídica, la imprevisión o lesión sobreviniente, la descalificación legal del enriquecimiento sin causa, la doctrina de la frustración del fin del contrato, el principio de la buena fe negocial, el *favor debitoris* y *favor debilis*, y la doctrina del *venire contra factum proprium non valet*, todos ellos ahora normativizados en el Código Civil y Comercial de la Nación del año 2015.

Se podrá argumentar —y sería atinado— que por una parte buscar principios generales del derecho civil es focalizar la mirada tan solo sobre un aspecto puntual de un tema mayor [y lo es, ya que el art. 16, Cód. de 1871, ni el art. 2º, Cód. Civ. y Com. de 2015, hablan de “principios generales del derecho civil” (5), sino de “principios generales”, y ello parecería suponer que se vincula con los del derecho en general], y que, para ampliar el objeto de análisis, es necesario no solo recurrir al derecho positivo sino, fundamentalmente, a la filosofía del derecho y al derecho público (en lo singular, el constitucional).

---

(3) O “el ámbito de libertad reconocido a las personas para el ejercicio de sus facultades”, al decir de DE CASTRO Y BRAVO, Federico, “El negocio jurídico”, Madrid, 1971, p. 12.

(4) Las singulares dificultades que aparecen en la doctrina y la jurisprudencia para perfilar el cabal sentido y alcance del orden público como principio general fue objeto de otro trabajo de mi autoría titulado “El orden público en la teoría general de las personas”, LA LEY 2015-F, 1, AR/DOC/3872/2015.

(5) Además de que el Cód. Civ. y Com., como su nombre lo indica, no regula solo el derecho civil, sino también el comercial, singularmente en la teoría general del negocio jurídico y en la unificación regulatoria de las obligaciones y los contratos.

Simplemente hago la referencia, casi de rango anecdótico, para memorar cuál fue, en su momento, la razón de mi primer abordaje medianamente sistemático de un tema tan trascendente como multidisciplinario (6).

Dicho esto, subamos un escalón en el análisis del instituto y echemos una mirada —indefectiblemente incompleta y apriorística, a poco que se aprecie todo lo mucho y bueno que tanto en derecho comparado como nacional se ha escrito sobre el tema, el cual justificaría mucho más que un mero trabajo de doctrina— sobre la noción misma de los principios del derecho, elemento de singular relevancia en el diseño y la operatividad actual no solo del derecho civil o del derecho privado, sino de toda la ciencia del Derecho en sí misma.

Se ha dicho, no sin razón (7), que los principios —primariamente considerados como normas jurídicas, concepto este que personalmente no suscribo por razones que expondré *infra*— irrumpen en el mundo de la jusfilosofía cuando Ronald Dworkin presenta una construcción del Derecho que parte de la crítica a una publicación de quien por esos momentos era el exponente más relevante del juspositivismo, Herbert Hart (“El concepto de derecho”, Oxford, 1961), señalando el primero (8) que la propuesta de Hart solamente puede tener utilidad para un sistema de “reglas de derecho o del sistema jurídico”, pero que nada dice con relación a un elemento basilar de cualquier sistema jurídico que esté compuesto, como lo están todos, por principios jurídicos (9).

---

(6) A nivel personal, y sin que ello implique referenciar tan solo criterios modestamente míos en la materia, donde tanto y tan bueno se ha escrito, también lo hice en el “Tratado de derecho civil. Parte general”, Ed. Rubinzal-Culzoni, Santa Fe, 2018, t. I, ps. 37 y ss. (obra en la cual fuera director y coautor), en “Estudios de derecho civil en su parte general”, Ed. Universidad Nacional del Litoral, Santa Fe, 2002, cap. I, p. 7 y ss., y en “Los principios generales...”, cit.

(7) RODRÍGUEZ SALAS, Aldo, “Los principios del derecho ambiental desde la concepción de Robert Alexy”, *RDamb* 61, 24.

(8) DWORKIN, Ronald, “¿Es el derecho un sistema de reglas?, EE.UU., 1967. Tales conceptos fueron luego sistematizados y ampliados en su conocida obra “Teoría de los derechos fundamentales”, Ed. Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1993. *Vide* también al respecto PÉREZ JARABA, María Dolores, “Los derechos fundamentales como normas jurídicas materiales en la teoría de Robert Alexy”, *CEFD, Cuadernos Electrónicos de Filosofía del Derecho*, 2011, ps. 14 y ss.

(9) Quizás, a nivel de precedencias históricas, no debiéramos olvidar la opinión de Norberto BOBBIO (“Teoría general del derecho”, Ed. Debate, Madrid, 1991, p. 249), cuando recuerda que la expresión “principios generales del derecho” fue empleada por primera vez a nivel normativo por el legislador italiano de 1865. Pero por los equívocos que podía generar (y que generó) respecto de si debían entenderse como deri-

Así las cosas, para Alexy —autor además de la teoría del *pondus*, o juicio de ponderación, o *balancing test*, que el que indefectiblemente debe emplear el operador jurídico para resolver los *hard cases* (10), vale decir, aquellos en los cuales no hay conflicto de reglas sino de principios, siendo disvalioso priorizar absolutamente uno por sobre el otro— la estructura normativa esencial del sistema jurídico reside en que se integra por dos tipos de normas: (11) las reglas y los principios.

Las primeras ordenan un quehacer o conducta, que se cumple o incumple, activando en su caso la sanción y generando una mecánica de prelación cuando una colisiona con otra [la ley superior priva sobre la inferior, la ley más nueva prevalece sobre la más antigua, la especial sobre la general, etc. (12)], que presupone una opción para el intérprete conforme a la cual la adopción de una excluye de modo absoluto la otra.

Los principios, en cambio, son “mandatos de optimización” (13), o “mandatos *prima facie*”, que ordenan que algo sea realizado en la mayor

---

vaciones del derecho natural o del derecho positivo, se los terminó llamando “principios generales del ordenamiento jurídico del Estado”.

(10) Al decir de MAC CORMICK, Neil, “Legal reasoning and legal theory”, Clarendon Press, Oxford, 1978, p. 257.

(11) Reitero que en mi modesta opinión los principios generales no son normas, por cuanto carecen de supuesto de hecho y de sanción, siendo puramente mandatos. Pero es un tema que desarrollaré *infra*.

(12) Conf. BOBBIO, Norberto, “Estado, gobierno y sociedad”, Ed. Fondo de Cultura Económica, México, 1994, p. 207.

(13) Dicha terminología es adoptada entre nosotros por LORENZETTI, Ricardo L., en su magnífica obra “Las normas fundamentales del Derecho Privado”, Ed. Rubinzal-Culzoni, Santa Fe, 1995, ps. 357 y ss. En ella (p. 363) señala dicho autor que en realidad no hay principios absolutos (aunque den la impresión de serlo), como el de la dignidad de la persona, enunciado en nuestro Cód. Civ. y Com. en el art. 51 al comienzo de la regulación de los derechos y actos personalísimos. No obstante su aparente preeminencia está sometido al juicio de ponderación, p. ej., cuando entra en conflicto con el derecho a la información. Para Lorenzetti, si bien la dignidad de la persona no es así un principio absoluto, “genera una regla que sí es absoluta: la inviolabilidad de la persona, la que no admite gradaciones” (agregamos nosotros, también mencionada junto con la dignidad en el citado art. 51). Ello coincide con nuestro punto de vista cuando postularemos, *infra*, que es materialmente imposible formular una nómina taxativa o un *numerus clausus* de principios generales, así como proponer una graduación de ellos a nivel valorativo (es claro al respecto, p. ej., que el principio del respeto a la vida humana es soporte de la vigencia de otros que de él se derivan, pero también es sabido que el titular de su propia vida puede válidamente subordinarla a otro principio que él estime digno de ello, como por ejemplo el salvar la vida de otro, o defender la integridad de la patria).

medida posible, dentro de las posibilidades jurídicas y fácticas existentes frente al caso de colisión, lo que en la realidad es harto frecuente.

Esa referencia a los grados de realización (que se complementa con la regla de la menor privación de efectividad posible del otro principio en colisión) explica su función dentro del sistema jurídico, derivándose de ello que como pauta primaria no son absolutos, al menos frente a otro principio enfrentado (aunque puedan serlo frente a una regla o norma).

También tienen un claro contenido axiológico —de ello también nos ocupamos *infra*—, ya que si bien no son *valores*, sí tienden a realizarlos, con un sustrato ético subyacente que puede permitir saltar por encima del viejo adagio positivista de *lex, dura lex, sed lex*.

Como consigna Lorenzetti (14), los principios generales “en su larga historia” han mostrado dos caracteres que califican su fortaleza:

a) Su simplicidad, vale decir, su formulación —o por lo menos la aspiración a ello— de “tener un conjunto de ideas que guían el cálculo jurídico”.

b) Su jerarquía superior, ya que cualquiera sea la opinión que se tenga sobre su fuente (el derecho natural, un conjunto de abstracciones del derecho positivo, la historia del derecho, o el neoconstitucionalismo), siempre se los ubica “bien alto”, justificando así la multiplicidad de sus funciones (15).

Una diferencia relevante entre las teorías jusfilosóficas de Dworkin y Alexy sobre el tema (siendo que de algún modo la una ensambla luego con la otra) es que para el primero el principialismo era excluyentemente aplicable a los derechos individuales, mientras que el segundo incorpora su campo de acción también a los derechos colectivos, o de incidencia colectiva.

Como se ha puesto de resalto desde la jusfilosofía (16), los principios generales a partir de los trabajos de Dworkin y Alexy (entre otros)

---

(14) SAUX, Edgardo I., “Teoría de la decisión judicial. Fundamentos de derecho”, Ed. Rubinzal-Culzoni, Santa Fe, 2006, p. 136, citando a su vez a DE LOS MOZOS, José L., “Metodología y ciencia en el derecho privado moderno”, Ed. Edersa, Madrid, 1977, p. 104, cuando alude a “la concepción principal del derecho”.

(15) De ello nos ocupamos *infra*, en el apart. III del presente trabajo, al cual nos remitimos.

(16) V. entre nosotros VIGO, Rodolfo L., “Los principios jurídicos. Perspectiva jurisprudencial”, Ed. Depalma, Buenos Aires, 2000, p. 1. En alguna conversación privada que hemos compartido con él, se ha lamentado —sin dejar de reconocer las bondades singularmente del título preliminar del Cód. Civ. y Com., donde de alguna manera anida el espíritu jusfilosófico del legislador de 2015— de que en ella no haya participado

han adquirido singular preponderancia dentro de la teoría general del derecho, lo que ha determinado que voces como las de Luis Prieto Sanchís (17) digan que vivimos en estas primeras décadas del siglo XXI la Edad de Oro de los principios generales del derecho.

Todo ello ha determinado relevantes efectos que exorbitan claramente el ámbito del derecho civil, tales como, por ejemplo, la revalorización de los derechos humanos subsiguiente a las grandes crisis bélicas del siglo pasado, las integraciones económicas regionales que permiten superar las vallas de las estructuras normativas proteccionistas locales para permitir el intercambio comercial económico y cierta uniformidad jurídica sobre pautas comunes a veces aún no escritas (18), la vigencia constitucional o supralegal de los tratados sobre derechos humanos (que nuestra CN desde 1994 consagra en su art. 75, inc. 22), el admitido desprestigio de la ley como paradigma de la norma escrita y la revalorización de la figura del juez como intérprete final de ellas (19), y hasta el fenómeno del *big bang* legislativo o codificante del que habla Lorenzetti (20).

Desde la mirada de la jusfilosofía, Perelman (21) apunta que los juicios de Núremberg, en los cuales se juzgara a los jefes nazis por las atrocidades cometidas durante la Segunda Guerra Mundial a nivel de derechos humanos, ponen en crisis el modelo jurídico concebido por Hart como "sistema de reglas" (*system of rules*), que reducía desde el positivismo el derecho a la ley, dado que se hizo preciso, para respetar el principio penal del *nullum crimen sine lege* afirmar la existencia de un

---

singularmente algún representante de la filosofía del derecho. En tal sentido, expresaba, la ubicación de los principios generales dentro del art. 2º de ese título preliminar y citado como elemento de interpretación normativa (como lo hacía el viejo art. 16, Cód. Vélez), le quita eficacia jurídica de rango genético, la cual, aún reconocida por la doctrina bajo la designación de «principlismo constitucional», hubiera determinado que aparecieran citados en el art. 1º, como fuentes del derecho y no como mera herramienta de hermenéutica.

(17) PRIETO SANCHÍS, Luis, "Sobre principios y normas", Ed. Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1992, p. 17.

(18) GALGANO, Francesco, "La globalización en el espejo del Derecho", Ed. Rubinzal-Culzoni, Santa Fe, 2005, trad. H. Roitman y M. De la Colina, lo explica a través del reverdecimiento de la nueva *lex mercatoria*.

(19) *Ibidem*, p. 130 alude a "la supremacía de la *jurisdictio* sobre la *legislatio* y da allí sus razones.

(20) LORENZETTI, Ricardo L., ob. cit., p. 13, en referencia a la centralidad de los Códigos de fondo pero al contexto de normas estatutarias singulares que "orbitan" a su alrededor y los complementan.

(21) PERELMAN, Chaim, "La lógica jurídica y la nueva retórica", Ed. Civitas, Madrid, 1979, p. 103.

principio general del derecho reconocido por las naciones civilizadas, vinculado con el respeto de la *dignidad humana*.

Entre nosotros, Álvarez Gardiol (22), coincidiendo en ello con el criterio de Pablo López Ruf (23), apunta que en realidad la obra de Dworkin, elogiada en sus proyecciones, si bien podría genéricamente vincularse a lo que el mismo autor denominara “renovaciones del jusnaturalismo”, no se adecua en realidad a los postulados clásicos de dicha corriente de pensamiento, en tanto no propone “verdades eternas sino soluciones pragmáticas, remedios concretos que garanticen el orden y las relaciones de poder”.

Como fuere, pareciera resultar razonablemente claro que como lo interpreta Vigo (24) en Dworkin aparece una “inequívoca afiliación antipositivista”, además de una “clara adscripción al pensamiento jusnaturalista”.

Ya nuestra tan querida, admirada y recordada María Josefa Méndez Costa (25) proponía que el viejo art. 16 del Cód. de Vélez Sarsfield —vigente cuando escribiera esa obra, pero con cierto trasvasamiento al actual art. 2º, Cód. Civ. y Com.— contenía una doble alusión a la cuestión, ya que, por una parte, remitía a “los principios de leyes análogas” y, por la otra, a “los principios generales del derecho”, lo cual evidenciaba “la preocupación del legislador para normativizar su operatividad” (26).

Lo real es que, como se lo ha señalado con acierto, cuando se indaga sobre el concepto mismo de los principios generales, su esencia y alcances u operatividad, “el único rasgo consensuado que se encuentra entre quienes lo abordan sea el de la denominación” (27).

(22) ÁLVAREZ GARDIOL, Ariel, “Epistemología jurídica”, Ed. Fundación para el Desarrollo de las Ciencias Jurídicas, Buenos Aires, 2010, p. 319.

(23) LÓPEZ RUF, Pablo, «¿Puede calificarse de jusnaturalista la teoría de Dworkin?», en *Ideas y Derecho*, anuario de la Asociación Argentina de Filosofía del Derecho, año II, nro. 2, Buenos Aires, 2002, p. 223.

(24) VIGO, Rodolfo L., “Perspectivas jusfilosóficas contemporáneas. Ross, Hart, Bobbio, Dworkin, Villey”, Ed. Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1991, ps. 167 y ss.

(25) SAUX, Edgardo I., “Los principios jurídicos en las relaciones de familia”, Ed. Rubinzal-Culzoni, Santa Fe, 2006, p. 11.

(26) En esa misma interesante y basal obra jurídica, Méndez Costa proponía algo que nosotros compartimos plenamente, cual es el hecho de la existencia de principios generales de todo el ordenamiento, de sub principios, y de principios de ramas o instituciones determinadas, sosteniendo (por caso) que la *pietas familiae* es un principio propio del derecho de familia, con operatividad solo dentro de sus fronteras.

(27) DíEZ PICAZO, Luis - GULLÓN, Antonio, «Sistema de derecho civil”, Ed. Tecnos, Madrid, 1990, vol. I, p. 160.

Otro tanto, según veremos *infra*, es predicable con relación a sus fuentes, a sus funciones y a su enunciación. También es objeto de debate su posicionamiento frente a otros elementos de integración misma de la teoría general del derecho, como son los valores (28).

Pero veamos un elemental paneo.

Por caso, en España, Federico Puig Peña (29) los perfila como aquellas verdades o criterios fundamentales que informan el origen y desenvolvimiento de una determinada legislación, conforme a un determinado orden de cultura, condensados generalmente en reglas o aforismos, transmitidos tradicionalmente, y que tienen una virtualidad o eficacia propia con independencia de las normas formuladas de modo positivo (30). Otro destacado jusfilósofo español contemporáneo, Manuel Atienza (31), halla el líquido amniótico de gestación de los principios generales en las normas constitucionales de las cuales ellos derivan (32).

En Italia, Emilio Betti (33) hacía alusión a "orientaciones e ideales de la política legislativa", que sirven "como criterios programáticos para la tarea del legislador", que tienen una esencia valorativa o axiológica y que

---

(28) Sin perjuicio de algunas reflexiones que haremos sobre ello *infra*, resulta por ejemplo interesante la opinión de MORO, Emilio ("¿Qué hacer con los principios generales del Derecho?", Ed. Librería Cívica, Santa Fe, 2003, ps. 33 y ss.), quien entiende que los principios generales no cumplen una función instrumental de los valores jurídicos, sino que integran ontológicamente la categoría de "entes valores" y, por ende, deben también ser captados por la axiología.

(29) PUIG PEÑA, Federico, "Los principios generales del Derecho como fuente normativa de la decisión judicial", *Revista de Derecho Privado*, Madrid, 1957, t. XL.

(30) Al día de hoy, tal diseño conceptual colisionaría con la clara tendencia (en derecho comparado y nacional) a la "positivización" de los principios generales, vale decir, a su consagración en textos legales de los cuales, como hemos dicho *supra*, el Cód. Civ. y Com. es nítida evidencia.

(31) ATIENZA, Manuel, "Argumentación y Constitución", [http://www3.uah.es/filder/manuel\\_atienza.pdf](http://www3.uah.es/filder/manuel_atienza.pdf), cit. por DEPETRIS, Carlos E., en SAUX Edgardo I. (dir.), "Tratado de derecho civil. Parte general", Ed. Rubinzal-Culzoni, Santa Fe, 2018, t. I, p. 302. Resulta singularmente ilustrativo el tratamiento que el mencionado autor santafesino le asigna al tema de los principios generales, al tratar las fuentes del Derecho dentro de la obra de referencia, y es recomendable su consulta.

(32) Punto de vista al cual, al momento de aludir a las fuentes de los principios, manifestaré mi adhesión.

(33) BETTI, Emilio, "Interpretación de la ley y de los actos jurídicos", Ed. Revista de Derecho Privado, Madrid, 1975, p. 283.

por ende no requieren formulación normativa específica (34). Gustavo Zagrebelsky, también desde Italia y más acá en el tiempo, en su magnífica obra “El derecho dúctil” (35) en la cual hace una inteligente y detallada distinción entre el derecho de las “reglas” y el derecho de “los principios”, asigna a estos el rol no de proporcionar criterios para tomar posición frente a situaciones determinadas (al no tener formato normativo, los principios generales carecen tanto de supuesto de hecho como de sanción) —como sí lo hacen las reglas—, sino que “generan actitudes favorables o contrarias, de adhesión o apoyo hacia todo lo que puede estar implicado en su salvaguarda frente al caso concreto” (36).

También en la península itálica, Norberto Bobbio se inclina por sostener que los principios generales no son sino normas fundamentales y generalísimas del sistema, “las más generales” (37), coincidiendo con autores como Crisafulli y García Maynez (38) en cuanto a que si los principios se obtienen “mediante generalizaciones sucesivas”, con un método inductivo, a partir de normas particulares, no habría razón para que en algún estadio de ese proceso cambien de esencia y dejen de ser “normas”.

Díez-Picazo y Gullón (39), en un criterio intermedio —entre los “normativistas” y los que niegan esa esencia— sostienen que, si bien los principios generales no pueden extraerse a través de un proceso de abstracción del propio contexto jurídico normativo, tampoco pueden derivarse exclusivamente de reglas del derecho natural, siendo “normas jurídicas que suministran pautas de conducta, reconociendo que muchos de ellos —la mayoría— tienen enunciación constitucional directa o indirecta”.

---

(34) Surge palmariamente que el postulado que cada autor sostenga echa sus raíces en el concepto que cada uno de ellos tenga sobre la esencia (normativa o no) de los principios generales, tema que tratamos *infra*.

(35) ZAGREBELSKY, Gustavo, “El derecho dúctil. Ley, derechos, justicia”, Ed. Trotta, Madrid, 2003.

(36) Va de suyo que, sin perjuicio de que a nivel personal coincidimos en esa mirada dinámica y hasta casuística de la noción misma de lo que es un principio general, siempre lo estamos calificando por su modo de operar y no por su esencia, tema este que de alguna manera se relaciona más con el debate sobre sus fuentes, al cual aludimos brevemente *infra*.

(37) BOBBIO, Norberto, “Teoría general...”, cit., p. 239.

(38) GARCÍA MAYNEZ, Eduardo, “Filosofía del Derecho”, Ed. Porrúa, México, 1986, p. 313.

(39) DÍEZ PICAZO - GULLÓN, ob. cit., p. 160.



Prieto Sanchís, por su parte (40), consigna que las regulaciones principialistas "son fruto de las constitucionales modernas", coincidiendo en ello con Alexy en calificarlos como "mandatos de optimización" del sistema normativo positivo.

Entre nosotros, y limitándonos a un mero muestreo de puntos de vista, Rodolfo L. Vigo (41), enrolado en lo que concierne al tema en la *moral thesis* de Dworkin, entiende que "el contenido de los principios jurídicos fuertes coincide con los derechos humanos fundamentales (...) que le son atribuidos al hombre por la sola razón o título de su condición de tal".

Para Ricardo Lorenzetti (42) "el principio es un enunciado normativo amplio que permite solucionar un problema y orienta un comportamiento, resuelto en un esquema abstracto a través de un procedimiento de reducción a una unidad de la multiplicidad de hechos que ofrece la vida real", reiterando asimismo —y en tal sentido— que coincide con Alexy cuando el insigne jusfilósofo alemán los identifica como "mandatos de optimización".

En la visión de Elías P. Guastavino (43), los principios generales "son criterios normativos coercibles de la conducta intersubjetiva, que provienen de la idea de justicia y que en el caso de los pertenecientes al derecho positivo, se obtienen por progresivas y cada vez más amplias generalizaciones del entero ordenamiento jurídico", mientras que un relevante filósofo argentino como Carlos Cossio —autor de la denominada "escuela egológica"— postulaba que ellos "son juicios estimativos de valor muy general o supremo capaces de determinar la conducta de los hombres en razón de su intrínseco valor, de manera que faltando la norma legal que configure el comportamiento, siempre es posible traer a cuento una norma que surja de aquel juicio estimativo preexistente a la acción legislativa, y al juicio de valor original que ella puede implicar" (44).

---

(40) PRIETO SANCHÍS, Luis, ob. cit., p. 22.

(41) VIGO, Rodolfo L., "Los principios...", cit., ps. 9 y 21.

(42) LORENZETTI, Ricardo L., "Teoría de la decisión judicial. Fundamentos de derecho", Ed. Rubinzal-Culzoni, Santa Fe, 2006, p. 135.

(43) GUASTAVINO, Elías P., "Subrogación del bien de familia con oponibilidad retroactiva. Principios generales y analogía en caso de silencio de la ley", JA 1997-III-84.

(44) COSSIO, Carlos, "Los principios generales del derecho y la reforma del Código Civil", *Anales de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales de la Universidad Nacional de La Plata*, 1940, nro. XI, p. 150.

También desde la jusfilosofía, el recordado y tan querido profesor Ariel Álvarez Gardiol (45) entendía que los principios generales constituyen aquel conglomerado de pautas rectoras que se constituyen en el elemento esencial de todo el sistema positivo, no solo como un fundamento sino como una razón vital que supervisa la realización del conjunto, haciendo que evolucione, se modifique y cambie, siempre conforme a los principios eternos de la justicia.

Va de suyo que intentar tan siquiera hacer una nómina medianamente integral de las conceptualizaciones que se han propuesto del tema objeto de nuestro análisis resultaría, además de extenso y agotador, estéril.

Hay diferencias ontológicas de posicionamiento en relación con el concepto mismo de los principios generales que, aun abordadas primaria y prioritariamente desde la jusfilosofía, tienen como objeto de estudio un concepto claramente interdisciplinario y además supralegal (46), pero quizás, de algún modo, con una mirada que sobrevuele esas turbulencias tan propias de los debates de las ciencias sociales, podemos encontrar en casi todas las propuestas pautas comunes que son calificantes del concepto mismo: su no indefectible consagración legal expresa, su rango supralegal, sus funciones no solo hermenéutica sino también directiva, integradora y descalificadora, su carga axiológica y, hasta si se nos permite dentro de una mirada contemporánea del tema, dos facetas que tienden a ganar cada vez más adeptos: su directa conexión con el fenómeno globalizado de la constitucionalización del derecho privado y con la identificación de las reglas constitucionales y convencionales como fuentes prioritarias, y por otro lado el modo singular de afrontar los conflictos o controversias que se suscitan ya no entre reglas, sino entre principios, generando lo que Dworkin denominaba *the hard cases*, y que Alexy propuso resolver a través de su teoría del *pondus* o juicio de ponderación (47).

---

(45) ÁLVAREZ GARDIOL, Ariel, "Manual de introducción al derecho", Ed. Juris, Rosario, 1995, 2ª ed.

(46) Hay autores, por ejemplo, que los ubican dentro de la axiología, prácticamente identificándolos con los valores que en realidad no son principios, sino metas de ellos, en tantos otros los computan dentro de la axiosofía.

(47) El tema en sí, digo el del conflicto o controversia de principios, es de la mayor relevancia y actualidad, y cuenta con jurisprudencia cotidiana y relevante, siendo quizás uno de los capítulos más operativos de la teoría de la decisión judicial. Deliberadamente no nos adentramos en su análisis por una cuestión metodológica, ya que más allá de las reflexiones que nos permitimos aportar sobre la temática general de los principios generales, nuestro designio es mirar su proyección hacia el novedoso campo del derecho ambiental, lo que acota también de alguna manera

Dicho esto, vamos a tratar de bucear (no en las profundidades, apenas con un *snorkel*) en algunas de las muchas facetas que su puesta en operatividad ofrece al operador jurídico.

### III. SU NATURALEZA JURÍDICA

Básicamente, el debate se centra en una controversia madre: los principios generales, ¿son normas jurídicas (superiores, no escritas, derivadas del ordenamiento todo, o del derecho natural, o de las fuentes constitucionales) o no tienen formulación normativa?

Honestamente, y con el mayor de los respetos hacia las distinguidas voces que se han enrolado en uno y otro punto de vista, nos parece una discusión más bizantina que pragmática (48).

Pero veámosla.

Uno de los primeros —y más enfáticos— sostenedores del aserto conforme al cual los principios generales no tienen formulación normativa fue Emilio Betti (49).

En su parecer, siendo ellos nada más que “orientaciones o ideales de política legislativa, que cumplen la función de criterios programáticos

---

nuestro quehacer y hace desaconsejable abundar en tantos y tan relevantes atajos que se derivan del camino principal que lleva por nombre «Los principios generales del derecho». De todos modos, para el lector interesado, hay abundante bibliografía tanto nacional como comparada que, a partir de la obra de ALEXY, Robert, “Teoría de los derechos fundamentales”, Ed. Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1993, han analizado en profundidad sus postulados.

(48) No se nos escapa que si sostenemos que los principios son normas, son por ende reglas (la norma jurídica es una verdadera “regla de derecho”, integrada por un supuesto de hecho, un mandato o deber ser y una sanción vinculada al incumplimiento del mandato), y por tanto su conflicto debiera ser resuelto conforme a las pautas que históricamente se emplean para así hacerlo (la norma posterior sobre la anterior, la superior sobre la inferior, la especial sobre la general, etc.), en tanto que precisamente toda la sistemática de resolución de casos cuando colisionan principios, ubicando en ellos esferas de incidencia que debieran por el intérprete ser reducidas a la menor afectación posible, que fuera obra primigenia de ALEXY, pareciera no tener cabida ante aquel predicado. De todos modos, creemos que en el estado actual de cosas, se piense que los principios son normas o no, sino meros “mandatos de optimización” —que incluso tienen poder jurígeno superior a una norma—, parece indefectible la necesidad de echar manos al juicio del *pondus*, y la jurisprudencia, singularmente de nuestra Corte Federal, cada vez lo evidencia con mayor énfasis.

(49) BETTI, Emilio, ob. cit., p. 283.

para la tarea del legislador”, teniendo esencia valorativa o axiológica no requieren de una estructura lógica de formulación.

En similar punto de vista, Dworkin (50) propone que el término “principio”, en sentido genérico, implica un conjunto de estándares que no son normas, ya que ellos, por la fuerza misma de su esencia, no se conmueven en su eficacia prescriptiva ante la eventualidad de su no acatamiento. Coincide con ello Rodolfo Vigo (51).

Desde otra perspectiva, Norberto Bobbio (52) —entre otros— asume que los principios generales “no son sino normas fundamentales y generalísimas del sistema, las normas más generales”, agregando que si los principios se obtienen mediante generalizaciones sucesivas a partir de normas particulares, es impensable que en algún estadio de ese proceso lógico cambien de naturaleza. Reflexiona asimismo que si bien algunos principios no son inferibles, sino que se dan de modo inmediato en todo su alcance general, la función principal que cumplen (su rol integrador de la laguna normativa) es ofrecer modelos prescriptivos de conducta a los operadores jurídicos, con lo cual en nada difieren de las normas particulares.

Si bien su razonamiento —como no podía ser de otro modo— contiene una lógica discursiva difícil de contradecir, nos permitimos no compartirla, fundamentalmente por las razones que ya adelantamos (y que, obviamente, no son nuestras, sino de autores ya mencionados como Ronald Dworkin y sus postulados jusnaturalistas, quizás a hoy aggiornados con el denominado “principialismos jurídico”, que bucea en sus esencias no ya en el a veces inasible campo del derecho natural, sino en el más concreto y positivizado derecho constitucional, convencional y por ende, supralegal).

Y ellas tienen que ver, básicamente —además de con nuestra adhesión a ese ámbito genético del principialismo contemporáneo—, con su propia estructura lógica o propositiva, en la cual nítidamente está ausente, cuando menos, la sanción ante el incumplimiento del mandato, activado a su vez por la concreción del supuesto de hecho que tampoco parece vislumbrarse ante la enunciación de un principio.

Podríamos debatir con relación a si en los principios generales esa *fattispecie* adquiere o no autonomía operativa (en definitiva, como lo proclama el art. 1º, Cód. Civ. y Com., la legislación jusprivatista regula

---

(50) DWORKIN, Ronald, “Los derechos en serio”, Ed. Ariel, Barcelona, 1984, p. 72.

(51) VIGO, Rodolfo L., “Los principios generales del derecho”, JA 1986-III-868.

(52) BOBBIO, Norberto, “Teoría general...”, cit., p. 239.

"casos" y no "hipótesis"), pero creo que no es sostenible que ante el claro "mandato" (el principio en sí lo es, como ya lo postularan Dworkin y entre nosotros Lorenzetti, siendo en puridad "un mandato de optimización" de conductas ante casos concretos que lo activan), el principio, a diferencia de la norma, no contiene sanción.

Y allí reside quizás la diferencia esencial entre Hart y Dworkin en su debate sobre un sistema "de reglas" o un sistema "de principios", como lo hemos enunciado *supra*. Y la diferencia esencial entre uno y otro se advierte en el modo o los caminos para resolver conflictos (entre reglas o entre principios), de lo cual deriva la sustancialidad de la distinción.

Es cierto que se computan también opiniones intermedias, como las de Luis Díez Picazo y Antonio Gullón (53), para quienes los principios generales no se pueden obtener de un mero proceso de abstracción del propio contexto normativo positivo, aunque tampoco sería aceptable derivar su génesis de las puras reglas del derecho natural. Para ellos, a los principios generales del derecho quien los dota de valor es la convicción social, que es quien los crea y quien en definitiva los mantiene, con lo cual no dudan en calificarlos como verdaderas normas jurídicas en sentido no formal sino sustancial, "pues suministran pautas o modelos de conducta", reconociendo paralelamente que muchos de ellos tienen consagración constitucional.

Ricardo Lorenzetti (54) entiende que ese debate, originariamente tan encendido, vinculado a si los principios generales son reglas o no, o si derivan del ordenamiento positivo por un método de sucesivas abstracciones, o si son fruto directo del derecho natural, o son un producto histórico, se ha relativizado sustancialmente a partir del entramado de tratados internacionales que han sido constitucionalizados, incorporando una multiplicidad de principios (a la que juzga incluso excesiva o "abrumadora", empleando una expresión de Rodotà (55), en el sentido de que esa exacerbación conlleva el riesgo de "legislar por principios y no por supuestos de hecho") que, al plasmarse en esas normas superiores, se positivizan. Con ello, para el destacado jurista argentino bajo cita, los principios generales serían "normas inacabadas", o "normas *prima facie*", proyectadas "hacia el mayor grado posible de acatamiento según las circunstancias del caso", lo cual las califica con el ya propuesto cali-

---

(53) DÍEZ PICAZO - GULLÓN, ob. cit., p. 160.

(54) LORENZETTI, Ricardo L., "Teoría...", cit., ps. 137 y ss.

(55) RODOTÀ, Stefano, "Ideologie e tecniche della riforma del Diritto Civile", *Rivista di Diritto Commerciale*, 1967, t. I, p. 86.

ficativo de Ronald Dworkin en el sentido de que son “mandatos de optimización” (conductual y valorativa).

Es muy relevante al respecto la opinión de Gustavo Zagrebelsky (56) en el sentido de que en la mirada positivista los principios generales funcionaban como una suerte de “rueda de auxilio” del sistema, con una función preponderantemente integradora de lagunas existentes en él (57), criterio que al día de hoy debe considerarse como claramente insuficiente. Para el distinguido jurista italiano, tal postulado encierra además en sí mismo una contradicción, por cuanto asigna a las normas de “mayor densidad de contenido” —los principios— una función meramente accesorio de la que desempeñan las normas cuya densidad es menor —las reglas—, lo que deriva del “permanente prejuicio” de pensar que en realidad las verdaderas normas son las reglas, mientras que los principios “son solo un plus”, algo que “solo es necesario como válvula de seguridad del ordenamiento”. Por el contrario, los principios son quienes orientan a las reglas o normas, e implican una “toma de posición (...) en todas las no precisadas ni predecibles eventualidades concretas de la vida en las que se puede plantear, precisamente, una cuestión de principio”.

Lorenzetti (58) agrega una pintoresca referencia a una de las características relevantes de los principios generales —que a su vez los diferencian de las reglas—, cual es su “indeterminación”.

En ese sentido, expresa que las reglas tienen una determinación precisa en su supuesto de hecho (v.gr., “El límite de velocidad máxima es de 100 km/hora”). Con ello, en su aplicación la primera labor es subsumir los hechos en el derecho, deduciendo en ello la conclusión (quien conduce a más de 100 km/h está violando la regla).

Los principios en cambio son indeterminados, porque carecen de un supuesto de hecho específico. Así, si se utilizara un principio en lugar de una regla para regular la velocidad en el tránsito, dicho principio debería ser enunciado como “Conduzca de manera que no dañe a otro”, pero sería extremadamente difícil en tal caso determinar la velocidad en cada caso en función de las circunstancias.

---

(56) ZAGREBELSKY, Gustavo, ob. cit., ps. 116 y ss.

(57) Ver también al respecto DEPETRIS, ob. cit., ps. 304 y ss.

(58) LORENZETTI, Ricardo L., “Código Civil y Comercial de la Nación comentado”, Ed. Rubinzal-Culzoni, Santa Fe, 2015, t. I, p. 38.

De ahí que, al no haber un supuesto de hecho (59) no se aplica la deducción (como subsunción del hecho en el derecho), siendo entonces los principios "guías para el razonamiento legal", buscándose que se cumplan de la máxima manera posible, pero siempre a riesgo de entrar en colisión con otro principio, lo cual pondrá en juego la teoría de la ponderación de Alexy que busca evitar exclusiones absolutas y lograr ámbitos de mera exclusión parcial de ambos principios en pugna.

#### IV. SUS FUNCIONES

Hemos ya hecho referencia *supra* a que, tradicionalmente (me refiero, en el contexto de nuestro derecho positivo civilista) tanto del texto del art. 16 del Cód. Civil de Vélez Sarsfield como del art. 2º del Cód. Civ. y Com. de 2015 pareciera derivarse que la función si no al menos única pero sí primordial, sería el rol hermenéutico, vale decir, el de elementos de interpretación de las normas inferiores.

Pero a hoy, nos parece claro que dicho designio excede con mucho tal función, siendo claro que aparecen otras, tanto o más relevantes.

A título personal (60) hemos propuesto que ellos asumen cuanto menos cuatro funciones primordiales:

a) Una función *interpretativa o hermenéutica*, que como señaláramos era la que le asignaba el art. 16 del Cód. Civil de 1871, y de alguna manera la que pareciera mantenerse conforme al texto del art. 2º del Cód. Civ. y Com. de 2015.

Según ella, las leyes —como fuentes primordiales del Derecho— deben interpretarse "teniendo en cuenta sus palabras, sus finalidades, las leyes análogas, las disposiciones que surgen de los tratados sobre dere-

---

(59) CASSAGNE, Juan C., "El principio de legalidad y la interdicción de arbitrariedad", en AA.VV., *Sobre la ley, el poder discrecional y el derecho*, Ed. Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 2014, ps. 102 y ss., dice de manera contundente que "los principios carecen de supuestos de hechos, los que deben ser cubiertos, en principio, por los legisladores o jueces, dadas las restricciones que pesan sobre la Administración para determinar su propia competencia".

(60) SAUX, Edgardo I., "Los principios generales...", cit., así como "La subrogación real como principio general en el derecho privado patrimonial", cit., p. 37, y "Tratado de derecho civil. Parte general", cit., t. I, p. 42.

chos humanos, *los principios* y los valores jurídicos, de modo coherente con todo el ordenamiento” (61).

La reiteración que el Cód. Civ. y Com. en su art. 2º hace de la ubicación de los principios generales entre los elementos de interpretación de las normas (y no como verdadera fuente de ellas, lo que hubiera supuesto mencionarlos en el art. 1º), ha llevado a que cierta calificada doctrina aluda a que en la codificación jusprivatista del año 2015 hubo apenas “un tímido reconocimiento de los principios” (62). Ciertamente es que, más allá de tal ajustada crítica, los fundamentos del mismo Proyecto, en tanto aluden a que el derecho no está constituido solo por normas sino también por principios y valores, así como la referencia primaria entre las fuentes del derecho de la Constitución Nacional y los tratados internacionales (fuentes a su vez de los principios generales), relativizan de alguna manera su apriorística contundencia.

Es relevante la distinción conceptual que la norma de marras hace entre “principios” y “valores” jurídicos. Compartimos el criterio de quienes, como Elías Guastavino (63), entienden que los principios no “son” valores, sino que tienden a realizar valores, siendo los primeros analizados por la axiosofía, y los segundos por la axiología.

En similar punto de vista se manifiesta Tobías (64), quien con cita de la opinión de Lorenzetti expresa que “los valores son el contenido de los

---

(61) Art. 2º, Cód. Civ. y Com. El art. 16 del Código derogado mencionaba como elementos de interpretación de las normas a las palabras, al espíritu de la ley y “a los principios de leyes análogas” (lo que se interpretaba uniformemente no como referencia a principios generales, sino a la analogía *a pari* o *a fortiori*) agregando que si más allá de ello persistían dudas, debía recurrirse “a los principios generales del derecho, teniendo en consideración las circunstancias del caso”.

(62) VIGO, Rodolfo L., “El derecho y la interpretación en el Proyecto de Reforma al Código Civil y Comercial”, RDPyC, 2012-2, p. 49.

(63) GUASTAVINO, Elías, “Sistema y axiología del derecho civil”, LA LEY 138, 1035. El mismo autor, en “La seguridad jurídica y el principio de subrogación real”, JA 80º aniversario, 1998, p. 254, considera que los principios son “criterios normativos coercibles defendibles por acciones judiciales” —incluyendo entre ellas al recurso extraordinario federal y a la acción de amparo—, en tanto que los valores son “metas”, “fines”, pautas u “hontanares” a concretar según la apreciación discrecional del autor de las normas. Ejemplifica tal distinción conceptual diciendo que por ejemplo, “un principio general del derecho, como la subrogación real, contribuye a consolidar el valor jurídico de la seguridad en su aspecto dinámico, puntualmente a través de estructuras tales como la doctrina de la apariencia y la regla de la buena fe”.

(64) TOBIÁS, Jose W., “Tratado de derecho civil. Parte general”, Ed. La Ley, Buenos Aires, 2018, t. I, p. 308.



principios", ya que estos últimos "contienen una idea o referencia valorativa", y a ellos se refiere la Constitución Nacional (v.gr., "bienestar general", "afianzar la justicia") así como las leyes (el mismo Cód. Civ. y Com., art. 17, "valor afectivo, terapéutico, científico, humanitario, social") (65).

El citado y prestigioso jurista argentino —profesor emérito de la Facultad de Derecho de la Universidad de Buenos Aires y miembro pleno secretario de la Academia Nacional de Derecho de la misma ciudad—, recuerda que de la lectura de los fundamentos que elaboró la Comisión Redactora del Proyecto de Cód. Civ. y Com. en el año 2012 (66) se puede inferir que ella asigna a los principios generales del derecho al menos tres funciones esenciales: a) *axiológica* (recordando abundantemente jurisprudencias de la Corte Federal que ha descalificado constitucionalmente decisiones judiciales que contrarían valores), b) *supletoria* (como elemento integrador frente a las lagunas del derecho con una función orientadora y crítica de la producción jurídica indicando sus fines fundamentales), y c) *interpretativa* (que es la que plasma el art. 2º de marras).

Al respecto, Lorenzetti (67) pareciera también suscribir esta distinción conceptual entre principios y valores (de hecho, además de haber sido uno de los tres miembros de la Comisión Redactora del Proyecto de Código Civil y Comercial de la Nación del año 2012, luego sancionado como tal con algunas modificaciones por el PEN en 2015, fue claramente el inspirador principal del título preliminar donde se regulan estos temas), consignando que "los valores pueden ser contenidos de los principios", lo que lleva a que la argumentación jurídica implica "que el principio lleva a un análisis comparativo de valores".

Dentro de la doctrina nacional, se ha señalado —entendemos que con acierto— que es objetable, en el texto del art. 2º del Cód. Civ. y Com., limitar (al menos, en apariencia, ya que como lo hemos mencionado antes los fundamentos del nuevo Código asignan a ellos un valor relevante no trasvasado de modo expreso en el texto normativo) la función de los principios generales a ser nada más que un criterio interpretativo de las reglas o normas, prescindiendo de "darles el carácter de fuente de derecho al no mencionarles como tales en el art. 1º", siendo que "probablemente hubiera sido más adecuado, al menos, establecer su carácter

---

(65) Art. 17, Cód. Civ. y Com., al regular el carácter de bienes no patrimoniales del cuerpo humano y sus partes.

(66) Recuérdese que, metodológicamente, el Cód. Civ. y Com. prescindió de las notas que tenía el Código derogado, expresando en sus fundamentos las razones que sustentan las instituciones plasmadas normativamente en su texto.

(67) LORENZETTI, Ricardo L., "Teoría...", cit., ps. 144 y ss.

informador de todo el ordenamiento jurídico, como lo hace el art. 7º del Código Civil español, o haber dispuesto la vigencia del Código Civil y Comercial en armonía con los principios generales del derecho” (68).

b) Una función *integradora* de los vacíos de las fuentes formales, la cual si bien de alguna manera es compatible con la anterior, va un poco más allá en sus alcances. No obstante ello, tal rol dio por ejemplo sustento en derecho comparado a las opiniones de autores de la talla de Ferrara, Carnelutti o el mismo Savigny (69) para negar la existencia misma de los principios generales como tales, vinculándolos meramente a la *analogia juris*. Este rol integrador es quizá más extenso que el puramente hermenéutico, pudiendo en algunos aspectos asimilarse a lo que el propio Cód. Civ. y Com. asigna a la costumbre *praeter legem* en el art. 1º (70).

c) Una función *directiva*, propia de los principios constitucionales expresos de tipo programático, como lo serían por ejemplo los de legalidad, reserva o debido proceso, destinados a orientar la actividad de los órganos legiferantes y judicantes, y finalmente.

d) Una función *limitativa*, la cual a veces opera como elemento descalificador de normas o decisiones judiciales que los contrarían —allí juegan por caso las reglas del test de convencionalidad, de claro rango principialista y supralegal— dentro del sistema de la teoría de la decisión judicial y de la argumentación jurídica (71).

En derecho comparado, por ejemplo, cumple similar rol en el marco de la adecuación de las normas y reglas del derecho foral a las del derecho positivo de rango nacional, como sucede en España.

---

(68) TOBÍAS, ob. cit., p. 305.

(69) DEL VECCHIO, Giorgio, “Los principios generales del Derecho”, Ed. Bosch, Barcelona, 2ª ed., 1948.

(70) Como es por todos sabido, el art. 1º del Cód. Civ. y Com. al regular las fuentes y aplicación del Derecho, menciona además de la Constitución Nacional y los Tratados internacionales sobre derechos humanos en los que la Nación sea parte, a la finalidad de la norma, y a “los usos, prácticas y costumbres cuando las leyes o los interesados se refieren a ellos (...) o en situaciones no regladas legalmente”, siempre que no sean contrarias a derecho. Esta referencia integra la que el Código de Vélez hacía en su art. 17 al diferenciar la costumbre *secundum legem*, la *praeter legem* y la *contra legem*, apareciendo ahora esta última expresamente proscripta.

(71) LORENZETTI, Ricardo L., “Teoría...”, cit., ps. 205 y ss.

Doctrinariamente (72) se agrega alguna otra función más, como la "función fundante", conforme a la cual "ofrece un valor para fundar internamente al ordenamiento, y dar lugar a creaciones pretorianas (73).

## V. SUS FUENTES

Hemos dicho ya que con relación a las fuentes —en el sentido de origen— de los principios generales, la doctrina ha reconocido diversidad de postulaciones.

En tal sentido, podríamos diferenciar a los *positivistas* [como en Italia Messineo o Coviello, o entre nosotros Salvat y Carrió (74)], que predicen que los mismos se extraen del derecho positivo nacional y comparado a través de sucesivas abstracciones hasta llegar a las esencias de las instituciones, los *metapositivistas* (Del Vecchio, García Maynez, Orgaz, Arauz Castex, Vigo) que los extraen del derecho natural, los *cientificistas* (como Spota) que ubican su génesis en el laboreo propio y exclusivo de la ciencia jurídica, sin connotaciones metajurídicas, y los *eclécticos* (Castán Tobeñas, De Castro y Bravo, Zorraquín Becú, Borda) que proclaman que su matriz no es única, sino que hay principios generales derivados del derecho positivo y otros derivados del derecho natural.

Lo cierto es que al día de hoy claramente prevalecen los criterios que ubican la génesis de esos principios generales en el constitucionalismo [o "el bloque principialista constitucional y convencional", al decir de Lorenzetti (75)].

---

(72) *Ibidem*, p. 142.

(73) Esta función es, quizás, la que ha dado pábulo a quienes manifiestan una opinión crítica sobre el principialismo (*vid.* punto VI del presente trabajo), en tanto justifica la ampliación de facultades judiciales más allá aun de la mera interpretación de la ley. No obstante ello, hay calificados autores (como LASARTE, Carlos, "Principios del derecho civil", Ed. Trivium, Madrid, 1992, p. 79) que dentro de la función delimitadora —a la que nosotros llamamos limitativa— de los principios generales señala que por lo contrario, la misma dentro del proceso de la decisión judicial pone coto "al excesivo activismo judicial", confiriéndole un marco de actuación que no necesariamente va más allá de la ley. Nos remitimos a lo allí expuesto.

(74) Ver en este caso, por la singular atención y desarrollo que le asignó al tema el destacado jurista bajo cita, CARRIÓ, Genaro, "Principios jurídicos y positivismo jurídico", Buenos Aires, 1970, p. 72.

(75) LORENZETTI, Ricardo L., "Código Civil...", cit., t. I, p. 30.

Más allá de que este sea el criterio sin dudas prevalente al día de hoy (Alexy, Zagrebelsky, Prieto Sanchís, Lorenzetti, Sozzo, Depetris y el suscripto, entre otros), se plantea Tobías (76) si los principios generales, aún derivados de fuente constitucional, se pueden identificar con los “principios constitucionales” (como aquellos plasmados expresamente en la Carta Magna o en los tratados internacionales sobre derechos humanos). Estima que si bien “una buena parte de los principios generales se ha constitucionalizado”, es necesario “no confundirlos”, por cuanto los “principios constitucionales” producen efectos “que no tienen los principios generales”.

En tal sentido, afirma que los principios “constitucionales” tienen eficacia interpretativa (las normas inferiores deben interpretarse conforme a aquellos), informadora (sirven de orientación a la legislación ordinaria), directa (pueden ser autooperativos, aun sin reglamentación legal, como la Corte Federal lo ha dicho con el derecho a réplica del art. 13 de la CADH a partir del *leading case* “Ekmekdjian c. Sofovich”), e ineficacia por contraste de la norma o sentencia que no se adecua a ellos (por vía del recurso o de la declaración oficiosa de inconstitucionalidad), mientras que los principios generales “no constitucionalizados” tienen preponderantemente eficacia interpretativa o hermenéutica.

Nos permitimos disentir con la calificada opinión del apreciado y distinguido jurista bajo referencia.

No creemos que debamos —o podamos— diferenciar “principios generales” y “principios constitucionales”, o “principios generales constitucionalizados”.

Somos del parecer de que todos los principios generales del derecho, aún los no expresados de modo fehaciente por la Constitución Nacional (v.gr., el principio justinianeo del *non alterum laedere*, base y sustento de todo el sistema de la responsabilidad civil contractual y aquiliana) tienen su fuente jurídica en esos preceptos de rango constitucional y convencional, estén expresos o implícitos (como lo están las garantías en el art. 33, CN), y los efectos o caracteres que atinadamente se asignan a ellos les son predicables, estén enunciados o no (77).

---

(76) TOBIÁS, “ob. cit., p. 307.

(77) Nuestra querida y admirada amiga y colega Ursula BASSET (“Peculiaridades del orden público en el régimen argentino”; RDPyC 2007-3-452) consigna que el orden público “jurídico” (no su noción “política”, bien diferenciada por Rodolfo Vigo), siendo claramente un principio general, “no necesariamente debe estar integrado por leyes positivas, podría estarlo también por leyes no escritas”.

Tal como lo manifestara Gustavo Zagrebelsky (78), "los principios establecidos en la Constitución no son, desde luego, derecho natural. Tales principios representan, por el contrario, el mayor rasgo de orgullo del derecho positivo, por cuanto constituyen el intento de positivizar lo que durante siglos se había considerado prerrogativa del derecho natural, a saber: la determinación de la justicia y de los derechos humanos". Agrega luego que "la Constitución es por definición una creación política, no el simple reflejo del orden natural, más aún, es la máxima de todas las creaciones políticas".

Como lo expone con agudeza Gonzalo Sozzo (79), el fenómeno por todos admitido hoy de la denominada "constitucionalización del derecho privado" (80), operado a través de la incorporación de los nuevos derechos privados —además de los derechos y garantías que conforman su primera parte, básicamente generada en 1853 con la inspiración de la Constitución de Filadelfia— y el realce de los ya existentes, hace que, por ejemplo, los límites al ejercicio de la autonomía de la voluntad (básicamente, centrados en el orden público, principio enunciado en el art. 12, Cód. Civ. y Com.) "no deba[n] hallarse solo en los Códigos, sino en todo el sistema", lo cual lleva a este principio basilar a "una formulación sistémica".

---

(78) ZAGREBELSKY, Gustavo, ob. cit., p. 119.

(79) SOZZO, Gonzalo, "Derecho privado ambiental. El giro ecológico del derecho privado", Ed. Rubinzal-Culzoni, Santa Fe, 2019, ps. 81 y ss.

(80) Obviamente, este es un tema de enorme significación, y de profusa bibliografía, que prescindimos aquí y ahora de iterar por razones de extensión de esta labor. Hay generaciones de operadores jurídicos (entre las que me cuento por una razón etaria) que estudiamos el derecho constitucional allá por los albores de nuestra formación de grado, y luego transitamos todo el derecho privado (civil, comercial, laboral, agrario, etc.) prescindiendo prácticamente de aquellas pautas fundantes, como si el derecho constitucional fuera un diseño basilar en el sistema de derecho público, pero de muy relativa incidencia en el de derecho privado. Cabe recordar al respecto la correspondencia intercambiada entre Alberdi y Vélez Sarsfield (este último como autor del Código Civil y coautor del Comercial), en las cuales el ilustrado tucumano, padre del constitucionalismo argentino de 1853 a partir de sus "Bases", le reprochaba al segundo haber prescindido de la Constitución Nacional en el diseño de la regulación codificante jusprivatista. Es más, como lo consignara verbalmente en una conferencia el prof. Miguel Á. Ciuro Caldani, existe un claro desacople (en nuestra estructura legal) entre una Constitución Nacional de clara inspiración norteamericana, y un Código Civil de fuente europea. Ese fenómeno, propio del siglo XIX y proyectado hacia el siglo XX, en el siglo XXI sufre una mutación copernicana, siendo la Constitución Nacional y los tratados sobre derechos humanos a los cuales ella les asigna rango supralegal, la primera fuente de derecho (público y privado), como lo dice claramente el art. 1º, Cód. Civ. y Com.

Otro tanto cabe predicar con respecto a otros principios generales que han recibido formulación expresa o implícita tanto en la Constitución Nacional luego de la reforma de 1994, como en el propio Cód. Civ. y Com., como los de proscripción del enriquecimiento sin causa, o el abuso del derecho subjetivo, o los límites al ejercicio de la propiedad privada en miras a la tutela de los derechos supraindividuales o propios de la tutela del medio ambiente, o la defensa de los consumidores o usuarios, o la proscripción de actividades discriminatorias, o la tutela del vulnerable en todas sus manifestaciones (menores, discapacitados, ancianos), o la igualdad real ante la ley, o el acceso a la justicia, o la defensa de la competencia, o al acceso al conocimiento y control de sus datos personales, entre otros (81).

## VI. SU NÓMINA O ENUNCIACIÓN (SI LA HAY)

Como bien lo señala Lorenzetti (82), “[e]s difícil, y hasta arbitrario, clasificar los principios”.

En tal sentido, se plantea una primera pregunta: ¿cuántos principios hay? (83).

La doctrina coincide en que no hay un número cerrado de ellos, y que su existencia es esencialmente abierta y dinámica. Hay principios escritos y otros que se infieren por vía hermenéutica, lo que permite hablar de “principios codificados y otros provenientes de la tradición” (84). En esa

---

(81) Al respecto, los arts. 41 a 43 de la CN en su texto vigente son un muestrario, no taxativo, de la mención de tales principios generales tutelados de modo expreso.

(82) LORENZETTI, “Teoría...”, cit., p. 43.

(83) Hay situaciones paradójales. Menciono una que me involucra. En mi tesis doctoral, publicada luego por la Ed. Rubinzal-Culzoni en 2013, yo proponía como título (e intentaba justificarlo a través de todo el trabajo investigativo del caso) “[l]a subrogación real como principio general en el derecho privado patrimonial”. Según expongo en el prólogo de la obra, la idea o iniciativa la tomo de un punto de vista de quien fuera uno de los más destacados profesores en mi formación de grado, y brillante jurista con actuación tanto en el derecho público como privado, que fue el Dr. Elías P. Guastavino. Lo cierto es que habiéndole solicitado al Dr. Ricardo Lorenzetti si aceptaría officiar de director del trabajo de tesis, y habiéndolo generosamente aceptado, en el decurso de las comunicaciones que cursamos durante mi labor de elaboración, él me manifestó que no creía que la subrogación real fuera en realidad un principio general del derecho privado, pese a lo cual, respetuoso de mi opinión contraria, mantuvo su rol de director.

(84) LORENZETTI cita en ello a Federico Carlos de SAVIGNY, en su obra “Sistema de derecho romano actual”, Ed. Góngora, Madrid, 2ª ed., trad. J. Mesía y M. Poley, t. I,

línea de pensamiento, Lorenzetti (85) alude a la existencia de “principios ocultos” o *policies* (la primera denominación proviene de Guido Alpa en el derecho continental europeo, la segunda al mundo anglosajón) que en realidad tienen un basamento a veces político o económico, como por ejemplo el subsidio empresarial que implica asignar las externalidades a terceros y no a ella como dañadora, o bien la limitación del riesgo industrial que particularmente durante el siglo XIX con base en la idea de la culpa y la negación del factor objetivo basado en riesgo subsidió esa actividad empresarial.

Como a título personal lo he planteado en su momento (86), y de algún modo siguiendo propuestas de Norberto Bobbio (87), si bien no es posible una enunciación de los principios generales (admitiendo incluso que hay principios “fundantes” y “principios derivados”, o subprincipios, tal como por ejemplo sucede entre la seguridad jurídica —que a su vez es un valor— y el principio de conservación del contrato, o la buena fe y la tutela de la apariencia), sí quizás se puede esbozar, con amplia admisión de otras postulaciones, alguna sistematización de ellos.

En ese sentido, por ejemplo, hay por ejemplo principios generales del derecho *sustancial* o de fondo, que establecen máximas para todos los supuestos singulares dentro de cada rama —por ejemplo, la prohibición de actos que impliquen el ejercicio de los derechos subjetivos de modo abusivo, o su derivación, cual es la proscripción del abuso de posición dominante a nivel empresarial y dentro del mercado, ambos con alusión expresa en el Cód. Civ. y Com. en sus arts. 10 y 11—, hay principios generales del derecho *procesal* —por ejemplo, la regla de que salvo excepciones que deben ser judicialmente anticipadas en función de la singularidad del caso (como lo es el supuesto de la aplicación de las cargas probatorias dinámicas reguladas en el art. 1735, Cód. Civ. y Com.), la carga de quien invoca un hecho, o un factor de atribución, o un eximente, incumbe a quien lo alega, art. 1734 *ibidem*—, hay principios de derecho *falencial*,

---

p. 147. Es interesante la reflexión, sobre todo considerando lo que hemos mencionado *supra* (en particular referencia a la opinión de Tobías en orden a la existencia de «principios generales” y “principios constitucionales”, que nos permitimos no compartir). Es cierto que no todos los principios generales están enunciados en la Constitución Nacional y en los tratados sobre derechos humanos (o incluso en leyes inferiores, como lo es el Cód. Civ. y Com.), pero sí entendemos que esa referencia genética al “principalismo constitucional” implica que ellos tienen su fuente y cuna en el derecho supralegal de rango constitucional, ya sea de modo expreso o implícito.

(85) LORENZETTI, “Teoría...”, cit., p. 144.

(86) SAUX, Edgardo I., “Los principios generales...”, cit.

(87) BOBBIO, Norberto, “Teoría general...”, cit., ps. 241 y ss.

como la *pars conditio creditorum*, hay principios generales del *derecho laboral* —como el *in dubio pro trabajador*, los hay en el derecho fiscal o tributario —la igualdad ante las cargas públicas—, hay principios generales del derecho ambiental —como el principio *pro natura* o *pro homine* o el precautorio—, los hay en el derecho de familia —la *pietas familiae*, tan bien desarrollada por María Josefa Méndez Costa (88), o la conservación de la familia, o el reconocimiento de la familia multiparental—, hay principios del *derecho de la minoridad* —como el de tutela del superior interés de los niños, niñas y adolescentes, derivados de la Convención Internacional sobre los Derechos de los Niños, Niñas y Adolescentes— y hay principios generales de organización —v.gr., el de separación de poderes prescripto en la Constitución Nacional, o el de irretroactividad de la ley penal también de matriz constitucional— que son primordialmente dirigidos al legislador.

Esa misma generalidad sistémica —como dotada de proyección sobre todo el derecho, o sobre toda una rama de él— podría predicarse por caso con relación a otros, tales como el *non alterum laedere*, o el principio de prevención de daños tanto en el ámbito contractual como aquiliano (este último normado en los arts. 1710 a 1713, Cód. Civ. y Com.). Algo similar puede predicarse con relación al principio de *buena fe* (art. 9º, Cód. Civ. y Com.).

Hay así principios generales propios del derecho privado (v.gr., el libre juego de la autonomía de la voluntad y su límite en el orden público y las buenas costumbres, conf. art. 12 del Cód. Civ. y Com.), o principios generales del derecho internacional privado y público (como el respeto a la soberanía, o el principio de territorialidad de la ley), o del derecho civil contractual (como el de conservación del contrato, o el de confianza), etcétera.

De algún modo, así lo reconocieron de modo expreso las XI Jornadas Nacionales de Derecho Civil (89), diciendo que “[l]os principios generales son normas axiológicas que valen para toda una materia, toda una rama o para toda la esfera de las relaciones jurídicas”.

---

(88) Ver su magnífica obra “Los principios jurídicos en las relaciones de familia”, Ed. Rubinzal-Culzoni, Santa Fe, 2006, p. 29 y ss.

(89) Universidad de Belgrano, Buenos Aires, 1987, comisión 9.



## VII. OPINIONES CRÍTICAS

Es un dato de la realidad que, más allá de posicionamientos jusfilosóficos que así lo determinen (para el positivismo de paladar negro, el principialismo es una apertura a un tembladeral de inseguridad jurídica, en cuanto abre una puerta enorme al intérprete, fundamentalmente al juez, para moldear, adaptar o directamente prescindir de la norma escrita —la ley, que es en esa mirada lo que reza el viejo adagio latino *lex, dura lex, sed lex*— en aras a la satisfacción de valores jurídicos anidados en la esencia misma de los principios), hay también voces que proclaman acotar ese principialismo para evitar casos, que los hay, en los cuales su aplicación ha dado pie a cierto grado de arbitrariedades que llevan, equivocadamente, a que el juez se convierta en legislador argumentando su mera invocación.

El tema ha sido abordado singularmente por la teoría de la argumentación jurídica, más allá de que obviemos adentrarnos demasiado en ello por razones de brevedad de este aporte.

Así, por ejemplo, se hace referencia a que el principialismo ha generado una pérdida de la fuerza vinculante de la ley y un notable aumento de los poderes discrecionales de los jueces, generando lo que se ha dado en llamar “un decisionismo judicial subjetivo” (90).

Cita el autor bajo referencia (SAFI) como ejemplo, un fallo de la Cámara Nacional de Seguridad Social, luego anulado por la Corte Federal (91), por el cual la Cámara había confirmado el otorgamiento del beneficio de jubilación por invalidez a un trabajador que había acreditado padecer un 41,62% de invalidez (siendo el mínimo para lograr tal beneficio un porcentaje del 66%), pero atendiendo a que, pese a tal dato objetivo, las circunstancias personales, sociales y las dificultades de reinsertión laboral en el caso justificaban dicha excepción, siendo el derecho previsional de carácter alimentario.

La CS anuló la sentencia señalando que la sala *a quo* se había apartado de la norma aplicable al caso con fundamentos meramente dogmáticos sin sustento como para validar lo resuelto.

Se hace alusión en el mismo trabajo ahora bajo cita a varios casos de amparos de salud en los cuales el más alto tribunal federal también dejó

---

(90) SAFI, Leandro K., “La fuga facilitadora hacia los principios generales”, SJA del 16/12/2020, 6, AR/DOC/3817/2020.

(91) CS, 26/12/2017, “Sosa, Raúl c. ANSeS”, Fallos 340:2021.

sin efecto sentencias inferiores que conferían prestaciones reclamadas, argumentando genéricamente los principios vinculados al resguardo a la vida o a la salud, pero sin tener en cuenta la necesidad de sustentar la decisión en norma legal alguna u omitir todo examen sobre el tema medular del debate, donde aparecen —normalmente— enfrentados ese derecho a la salud y a la vida con la necesidad de resguardar económicamente prestaciones que puedan extenderse a todo el universo de afiliados a la prestadora, que puede ser desfinanciada con la atención de uno, o un limitado número de casos de muy alto costo de implementación, en desmedro de los demás.

En este punto de miras —no me refiero a los casos juzgados por la Corte Suprema, sino a la postura dogmática crítica hacia el principialismo—, se argumenta que “el rasgo común de la tendencia que estamos criticando, se encuentra en el hecho de que por su intermedio se invocan fuentes *secundarias* del derecho, como son los principios generales, para desplazar a las fuentes *primarias* contenidas en el texto expreso de la ley” (92).

Creemos, modestamente, que media allí un error conceptual en la calificación de las fuentes.

Los principios generales no son “fuentes secundarias” del derecho, frente a las “fuentes primarias” representadas por la ley. Eso es positivismo crudo y duro.

Una cosa son —y existen, e incluso hasta abundan— decisiones judiciales arbitrarias que con la mera invocación principialista (la vulnerabilidad, el interés superior del niño, el derecho a la salud, la defensa del trabajador, el derecho a una vivienda digna, etc.) resuelven casos complejos desconociendo olímpicamente no solo el texto expreso de una ley sino también las circunstancias probadas que hacen al contexto de la causa, haciendo privar solo un mero voluntarismo judicial que no es otra cosa que arbitrariedad.

Pero otra cosa implica afirmar que la ley debe prevalecer sobre los principios, cuando claramente ambas fuentes entran en colisión.

Si una norma —o un supuesto de hecho de alguna de ellas— claramente agravia un principio general de rango constitucional, es deber del juzgador descalificarla (normalmente por vía de la declaración de su inconstitucionalidad) y resolver conforme a las pautas del principio

---

(92) SAFI, Leandro K., ob. cit., p. 22.

considerado subalterno. Lo mismo es predicable cuando se sustenta un decisorio con la mera alusión a un principio pero sin explicar las razones por las cuales, en el caso concreto, este debe prevalecer sobre una norma cuya constitucionalidad ni siquiera se controvierte, o cuando se decide sin considerar las singularidades que hacen al contexto fáctico y probatorio, invocando livianamente un principio general sin cumplir con la obligación del art. 3º del Cód. Civ. y Com. de expedir una sentencia razonablemente fundada.

Pero, por lo contrario, si esa contradicción entre una regla y un principio aparece clara, debe prevalecer el principio (que como hemos dicho, tiene cuna y rango constitucional), dando las razones que expliciten el porqué de esa opción.

Como de alguna manera lo expresa con claridad Tobías (93) la relevancia de los principios no puede cobijar la cada vez más extendida tendencia de una práctica de interpretación que prescindiendo del texto legal y de la finalidad de las normas particulares, tiende a invocar los principios generales para prescindir llanamente de ellas.

“Los principios no constituyen una especie de derecho libre o recurso mágico” (94), con lo cual su alto grado de generalidad e indeterminación a veces confiere al intérprete un amplio campo de discrecionalidad en su invocación y aplicación, acomodando su contenido a sus propias convicciones (objetivamente inconciliables con lo dispuesto a nivel normativo).

Pero ello no es, en modo alguno, un “punto débil” de los principios, sino de la interpretación judicial que de ellos se hace.

No obstante ello, hay muy calificadas opiniones en derecho comparado (95) que también proclaman un cierto acotamiento del mencio-

---

(93) TOBÍAS, ob. cit., t. I, p. 309.

(94) RIVERA, Julio C., “Instituciones de derecho civil. Parte general”, Ed. Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1993, t. I, p. 215.

(95) Como las de Luigi Ferrajoli en Italia, Frederick Schauer en Alemania o José García Amado en México, y también Patrick Atiyah (profesor de Oxford como Hart), y en el Perú, Fernando de Trazeignes Granda y Roberto Moreno Rodríguez Alcalá, así como León Green, decano de la School Law de Northwestern y preclaro exponente del realismo jurídico, que formulan una visión crítica al principio de la buena fe como pauta judicial interpretativa de los contratos, consignando que es frecuente que los jueces, empleando el recurso a la buena fe, redacten contratos supliendo la autonomía de la voluntad. Sin llegar a abdicar del principalismo, vale referir entre nosotros que el Proyecto de modificación del Cód. Civ. y Com. elaborado por una comisión designada por el PEN (constituida por los Dres. Julio C. Rivera, Ramón D. Pizarro y Botana) pro-

nado principialismo señalando que la invocación a “estándares objetivos” (buena fe, culpa, moral y buenas costumbres, abuso del derecho) son en realidad *black boxes* (cajas negras) “de las que puede salir cualquier cosa para la solución adecuada del caso”.

Obviamente que no compartimos tal punto de miras, en el cual, respetuosamente, nos parece que sin mencionarlo se está empleando otro principio general (que a su vez porta un valor), como la seguridad jurídica, para cobijar visiones positivistas que nos parecen ya superadas.

### VIII. LOS PRINCIPIOS GENERALES Y EL DERECHO AMBIENTAL

En los más recientes estudios sobre derecho ambiental (este derecho “nuevo”, interdisciplinario, en parte público y en parte privado, en parte sustancial y en parte procesal, con gran componente jurisprudencial, y que ha recibido fuerte impronta en el texto del Cód. Civ. y Com.), que tantos matices propios ofrece al intérprete, se hace hincapié en la relevancia de los principios generales.

Quizás, de alguna manera, sea una de las ramas del derecho en la cual los principios generales tienen un rol más acentuado, habida cuenta de que no solo devienen en él aplicables los que son inherentes a todo el sistema jurídico público y privado, sino también una pléyade de prin-

---

ponía dejar sin efecto las disposiciones del citado Código que autorizan la integración del contrato cuando se descalifican judicialmente determinadas cláusulas que pueden ser consideradas abusivas o ilegales (tal como lo admite, también, la ley 24.240 de Defensa de Consumidores y Usuarios de bienes y servicios, con las modificaciones de la ley 26.361). Para mayor abundamiento sobre el tema, recomendamos la lectura de MORENO RODRÍGUEZ ALCALÁ, Roberto, “¿Contratos hechos por los jueces?”, en SOTO COAGUILA, Carlos, “Tratado de la interpretación del contrato en Latinoamérica”, Ed. Grijley, Lima, 2006, t. II. Asimismo, otro joven y destacado jurista chileno, Tapia, predica el “mito de la autonomía de la voluntad” en el derecho civil francés —y, en su proyección, también en el chileno—, señalando —con citas de Gounot, Villey y otros destacados juristas franceses contemporáneos— que no solo la reciente reforma de la codificación francesa en materia de contratos vigente desde 2016 no contiene ninguna referencia a lo que disponía el viejo art. 1134 del Code (“Las convenciones legalmente formadas tienen valor de ley respecto de quienes la hayan suscripto”), sino que en realidad el cumplimiento de la palabra empeñada (o el ejercicio de la autonomía de la voluntad, o de la voluntad privada) no es un principio del derecho privado patrimonial, sino una obligación legal (TAPIA, Mauricio, “Autonomía de la voluntad en el derecho civil francés: el ocaso de un mito”, RCyS 2019, nro. 4, ps. 21 y ss.).

cipios propios (96), enunciados fundamentalmente en la ley 25.675 General del Ambiente, en su art. 4º, y en los denominados Principios del Convenio de Escazú, los que mencionaremos singularmente *infra*.

Ello genera una característica también propia de esta rama del derecho, cual es la vinculada al hecho de que como casi no sucede en ninguna otra, los principios específicos que le son inherentes están normativizados, o mencionados legalmente (tanto en la ley 25.675 General del Ambiente, art. 4º, como en la ley 27.566, que suma a nuestro ordenamiento positivo lo dispuesto en el Acuerdo de Escazú, fundamentalmente vinculado al acceso a la justicia en materia de tutela medioambiental).

No podemos dejar de mencionar al respecto, porque ha sido objeto de especial consideración dentro de los especialistas en la materia, la encíclica papal del pontífice Francisco I "Laudatio Si'", la cual en su ap. IV-156 expresamente alude a que "[l]a ecología humana es inseparable de la noción del bien común, un principio que cumple un rol central y unificador en la ética social".

Lo cierto es que ese *mix* principialista (los generales y los propios) evidencia como quizás no haya sucedido —todavía— en otras ramas del derecho, una fuerte impronta de esa fuente del derecho en la tutela del ambiente, con fuerte apoyatura doctrinaria y jurisprudencial (97).

---

(96) Por caso, más allá de los principios *pro homine* o *pro aqua*, muy propios del derecho ambiental, resulta por ejemplo innegable que el principio precautorio, que se va abriendo paso dentro del derecho privado patrimonial ensanchando el ámbito propio del principio de prevención de daños que consagra el Cód. Civ. y Com. en sus arts. 1710 a 1713, es una creación propia del derecho ambiental, tal como lo evidencia su consagración normativa en la Ley General del Ambiente, y en su reiterada aplicación jurisprudencial aún en casos de duda sobre la efectiva causación de un daño futuro, pero cuando ello es probable. Hay mucho y bueno escrito al respecto, pero dentro de ello destacamos por su claridad y consistencia la obra de la querida colega tucumana, BESTANI, Adriana "Principio de precaución", Ed. Astrea, Buenos Aires, 2012.

(97) Al respecto, mencionaremos algunos, dentro de lo mucho y bueno que se ha escrito sobre el tema, de tales referencias. Así, ver SOZZO, Gonzalo, ob. cit., en particular alusión a la interpretación jurídica *pro natura*, p. 31 y ss.) y al "ecoabuso", o abuso del derecho privado en relación con el ambiente (ps. 547 y ss. También del mismo autor, "El ecoabuso de derecho cinco años después", *Revista del Instituto de Derecho Civil de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales de la Universidad Nacional del Litoral*, 2020, Santa Fe. Ver también, dentro del amplio repertorio jurisprudencial sobre el tema, el fallo de la CS, 25/02/2021, "Saavedra, Silvia G. y otros c. Administración Nacional de Parques Nacionales - Estado Nacional y otros s/amparo", AR/JUR/951/2021, en la cual el Alto Tribunal recuerda que "debe aplicarse, de manera prioritaria, el principio de prevención (art. 4º, ley 25.675) y en la duda técnica, el principio precautorio, que dan fuerza y justifican la anticipación de la prestación jurisdiccional". También

En lo demás, y conforme trataremos de esbozarlo en el apartado siguiente de esta labor, hay de alguna manera una doble mirada sobre la cuestión: por una parte, los principios generales específicos consagrados legal —y constitucionalmente— en materia ambiental, y por la otra la inserción que en el tema tienen dos principios generales comunes a todo el sistema jusprivatista (que aparecen en materia medioambiental con singular preponderancia y con matices propios), como lo son el principio de buena fe y el de abuso del derecho, o “ecoabuso”.

### **IX. PRINCIPIOS AMBIENTALISTAS PROPIOS (“NUEVOS”) Y APLICACIÓN A LA PROBLEMÁTICA AMBIENTAL DE LOS PRINCIPIOS PROPIOS DEL DERECHO PRIVADO**

Como lo hemos consignado en la reseña doctrinaria formulada en el apartado precedente en materia principialista medioambiental, se habla de “viejos” y “nuevos” principios en el tema (98), aludiendo por una

---

ALFERILLO, Pascual, “Los vulnerables y el principio *pro homine*”, ponencia en el XIV Congreso Iberoamericano de Derecho Privado, 3 y 4 de octubre de 2019, Asunción, organizado por la Asociación Iberoamericana de Derecho Privado (AIDDP). Asimismo, RODRÍGUEZ SALAS, Aldo, “Los principios generales desde la concepción de Robert Alexy”, RDAMB 61, 24. En similar sentido, LEGUIZA CASQUEIRO, Guillermo, “Principios de progresividad y de no regresión en el derecho ambiental. Algunas notas a partir de su postergada implementación”, AR/DOC/131/2020. De igual modo, FALBO, Aníbal, “Acuerdo de Escazú (ley 27.566): una maquinaria eficaz, concreta y sofisticada para la participación ambiental de los habitantes”, AR/DOC/3683/2020. Y de quien quizás sea el autor argentino e iberoamericano que más ha trabajado el tema ambiental —me refiero a mi entrañable amigo y brillante jurista CAFFERATTA, Néstor, “Derecho privado ambiental (a la luz del Código Civil y Comercial)”, *Revista Andaluza de Administración Pública*, nro. 105, set.-dic. 2019, ps. 19 y ss., “Principios de derecho ambiental”, LA LEY 0003/12624, “Reglas y principios moralizadores del derecho ambiental”, SJA del 03/06/2020, 3, “Litigios ambientales y principios de derecho ambiental”, en SORO MATEO, Blanca – JORDANO FRAGA, Jesús, *Viejos y nuevos principios del derecho ambiental*, Ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 2021, ps. 55 y ss., “El principio de buena fe ambiental” en CÓRDOBA, Marcos (dir.), *El principio de buena fe en el derecho. Evolución del principio*, Ed. Universidad Abierta Interamericana - Facultad de Derecho de la UAI, Buenos Aires, 2019, ps. 625 y ss., “Nuevos principios de derecho ambiental”, RDAMB 64, 3; “El ejercicio de los derechos individuales cuando pueda afectar al medio ambiente”, AR/DOC/523/2021, “Abuso de derecho ambiental”, RDAMB 65, 3; “Abuso del derecho contra el ambiente”, *Revista electrónica de derecho ambiental*, nro. 36, julio 2020, “Los principios del Convenio de Escazú”, AR/DOC/3747/2020, “Ley 27.566 - Acuerdo de Escazú - Garantías para la implementación de la justicia ambiental”, RC D 3329/2020, “Acceso a la justicia ambiental”, AR/DOC/3682/2020, y “El ascenso de los principios de derecho ambiental”, AR/DOC/4320/2017.

(98) Conf. CAFFERATTA, “Viejos y nuevos...”, cit., y “Nuevos principios. “, cit.

parte a la sumatoria de principios específicos que a la Ley General del Ambiente le sumara el Acuerdo de Escazú, y por la otra a la incidencia de los principios generales de buena fe y de abuso del derecho en la materia medioambiental.

Vamos a principiar por tratar de pasar revista a los considerados principios generales propios de la materia medioambiental, y luego al juego que en la misma adquieren los principios de buena fe y de abuso del derecho.

Hemos dicho ya que, de manera no contrastable con otra rama del derecho público o privado, ya la ley 25.675 General del Ambiente hace una enunciación expresa —y hasta para algunos taxativa— de los principios generales propios de la materia (ver su art. 4º).

En dicho precepto, la mencionada ley menciona los principios de congruencia(99), prevención, precaución(100), equidad intergeneracional(101), progresividad y no regresividad(102), responsabili-

---

(99) En el sentido de que toda la legislación de cualquier rango que se dicte en materia medioambiental, a nivel nacional, provincial o municipal o comunal, deberá estar en línea con ellos, prevaleciendo tales principios en caso de contradicción (es, claramente, la función directiva a la que aludimos en el ap. III de este trabajo).

(100) La prevención y la precaución son dos escalones de la misma escalera. Bien se ha dicho que la precaución es la prevención acentuada, en el sentido de que habilita medidas —administrativas o judiciales— de tutela inhibitoria no ya ante la previsibilidad de un daño futuro, sino incluso ante la mera eventualidad de su existencia, aun mediando duda técnica sobre tal factibilidad.

(101) Ello responde al mandato constitucional (art. 41) de generar el “consumo sustentable” de los bienes ambientales, de manera de resguardar su existencia para las generaciones venideras. El tema ha generado planteos, plausibles, que aluden a legitimados activos para la promoción de acciones preventivas o precautorias medioambientales “que todavía no existen”, lo cual temporalmente es cierto.

(102) Ambos principios, que se aplican también en materia bioética, implican que “no se puede volver atrás” en la consolidación o logro de efectivización de esos principios. Ver en relación con ellos LEGUIZA CASQUEIRO, Guillermo, ob. cit., así como RODRÍGUEZ SALAS, Aldo, ob. cit.

dad (103), subsidiariedad (104), sustentabilidad (105), solidaridad (106) y cooperación (107).

Estos principios, enunciados por el legislador, primero que nada se iluminan y potencian a partir del texto del art. 41 de la CN, el cual en la reforma operada en 1994 incorpora expresamente el derecho al goce de un ambiente sano, equilibrado, apto para el desarrollo humano y para que las necesidades productivas satisfagan las necesidades presentes sin comprometer el de las generaciones futuras, y tienen el deber de preservarlo. Agrega que el daño ambiental genera prioritariamente la obligación de recomponer, así como que las autoridades proveerán a la protección de este derecho, a la utilización racional de los recursos naturales, a la preservación del patrimonio natural y cultural y de la diversidad biológica, y a la información y educación ambientales. Señala que corresponde a la Nación el dictado de normas que contengan los presupuestos mínimos de protección (108), y a las provincias las necesarias para complementarlas, sin que aquellas alteren las jurisdicciones locales. Concluye proscribiendo el ingreso al territorio de la nación de residuos actual o potencialmente peligrosos, así como también los radioactivos (109).

---

(103) Atinente a que el generador de daños ambientales, actuales o futuros, es responsable de los costos de prevención y recomposición, y si ellos no fueran factibles, de la reparación pecuniaria a los legitimados activos del daño causado (individual o colectivo).

(104) Consistente en la obligación del Estado de colaborar o participar en el accionar de los particulares en la preservación y protección medioambientales.

(105) La sustentabilidad en el empleo de los recursos naturales está vinculada estrechamente con la tutela de las generaciones futuras, en tanto manda "consumir" aquellos de modo tal de no generar su agotamiento ulterior.

(106) Entre la Nación y los Estados provinciales en la responsabilidad por prevención y mitigación de los efectos ambientales negativos transfronterizos.

(107) El cual implica que los recursos naturales compartidos deberán ser empleados de manera equitativa y racional.

(108) Mandato corporizado tanto en la ley originaria de presupuestos mínimos en materia medioambiental, como en la ley 27.520 del 20/12/2019 sobre "Presupuestos mínimos de adaptación y mitigación al cambio climático", que es uno de los temas medioambientales más "pesados" a nivel internacional, y que tuvo atención convencional a partir de la Declaración de Río de Janeiro sobre la materia, de los años 90, seguida por otras consecuentes, y desatendidas de manera directa o subrepticia por algunas potencias mundiales del hemisferio norte, con gran potencialidad contaminadora a partir de la combustión de combustibles fósiles.

(109) Para una mayor ilustración sobre el alcance de cada uno de estos principios sentados en el art. 4º, LGA, ver CAFFERATTA, "Principios...", cit., ps. 2 y ss.



A partir de este señero y completo mandato constitucional, el legislador nacional, además de regular los presupuestos mínimos conforme al mismo, como hemos dicho enuncia en la LGA los principios generales "propios" o "específicos" del derecho ambiental, los que son denominados "principios rectores" (110), o "principios generales del derecho ambiental" (111), o "principios jurídicos del nuevo derecho de la sustentabilidad" (112), o como los denomina la misma LGA, "principios rectores de las políticas medioambientales".

Esos principios, según Cafferatta, son "de interpretación y de aplicación de la normativa" (113), y están dirigidos tanto al legislador como al juzgador y al operador jurídico que los invoque.

A su vez, doctrinariamente —y antes de la enunciación de los principios del Acuerdo de Escazú, tema del cual nos ocuparemos seguidamente, y que conciernen básicamente al acceso jurisdiccional efectivo a la tutela medioambiental— se menciona que existen "nuevos principios" en la tutela ambiental (114).

Ellos serían, por caso, el principio "responsabilidades comunes pero diferenciadas", que se derivaría de manera implícita de la Declaración de Estocolmo de la Conferencia de las Naciones Unidas sobre el Ambiente Humano de 1972, en el principio 12, al enunciar que deberían destinarse recursos a la conservación y mejoramiento del medio ambiente, atendiendo especialmente a las necesidades de los países en desarrollo. En similar línea, la Declaración de Río sobre Medio Ambiente y Desarrollo (denominada "Cumbre de la Tierra") de 1992, de modo expreso consigna en su principio 7 que los Estados deberán cooperar con espíritu de solidaridad mundial para proteger, conservar y restablecer la salud y la integridad del ecosistema de la Tierra, y en vista de que han contribuido en distinta medida a la degradación del medio ambiente mundial, "los Estados tienen responsabilidades comunes pero diferenciadas".

---

(110) MOSSET ITURRASPE, Jorge, "El daño ambiental en el derecho privado", en AA.VV., *Daño ambiental*, Ed. Rubinzal-Culzoni, Santa Fe, 1999, t. I, p. 20.

(111) PIGRETTI, Eduardo, "Un nuevo ámbito de responsabilidad. Criterios, principios e instituciones del derecho ambiental", en AA.VV., *La responsabilidad por daño ambiental*, Ed. Centro de Publicaciones Jurídicas y Sociales, Buenos Aires, 1986, p. 22.

(112) LÓPEZ, Hernán, "La regulación del desarrollo sustentable en el derecho internacional y en el derecho comparado", en *Ambiente, derecho y sustentabilidad*, Ed. La Ley, Buenos Aires, 2000, p. 407.

(113) CAFFERATTA, Néstor, "El ascenso...", cit., p. 4.

(114) CAFFERATTA, Néstor, "Nuevos principios...", cit., ps. 3 y ss.

Tal principio tendría sustento a partir de la aplicación de la equidad en el derecho internacional general.

A su vez, el denominado “principio *in dubio pro natura*” (115) implica que cuando existen dos interpretaciones —o más— posibles de lo dispuesto por una norma, el operador jurídico debe elegir la que resulte más favorable a la naturaleza. Al respecto, recuerda Cafferatta (116) que la CS en la causa “Majul, Julio J. c. Municipalidad de Pueblo General Belgrano y otros s/acción de amparo” (fallo del 11/07/2019) declaró que “en caso de duda, todos los procesos ante tribunales, órganos administrativos y otros tomadores de decisión deberán ser resueltos de manera tal que favorezcan la protección y conservación del medio ambiente, dando preferencia a las alternativas menos perjudiciales a él”.

De este principio precedentemente citado, se deriva otros dos que tienen singular relevancia en la temática medioambiental, como lo son los principios *pro homine* (117) y *pro aqua* (118).

---

(115) SOZZO, ob. cit., p. 31. Claramente, en este caso —como en los que de él se derivan— la función que cumple el mencionado principio es netamente interpretativa, tal como la que consigna el art. 2º del Cód. Civ. y Com.

(116) CAFFERATTA, Néstor, “Nuevos principios...”, cit.

(117) Se ha consignado que esta tríada principialista específica en materia ambiental, si bien está orientada a regular el criterio hermenéutico del legislador y del juzgador, tiene un claro objetivo de prevención de daños ambientales (conf. ALURRALDE, Aldo M., “Los principios precautorio, *in dubio pro natura* e *in dubio pro aqua* como tutela anticipada en la vulnerabilidad del ambiente. La acción de daño temido y el rol esencial de los jueces”, Rubinzal-Culzoni online, 27/04/2021. Específicamente, el principio *pro homine* implica, como lo dijera la CS, 14/10/1997, “Arce, Jorge D.”, AR/JUR/1160/1997, que en caso de oscuridad de una ley, estando en juego las garantías emanadas de los tratados internacionales sobre derechos humanos, debe interpretarse ella en favor de la protección de los derechos esenciales del ser humano “y no para el beneficio de los Estados contratantes” (ALFERILLO, Pascual, ob. cit.). Desde ya que este principio interpretativo *pro homine* juega en materia medioambiental cuando, por ejemplo, la interpretación que se pretenda asignar a una norma vaya en contra del derecho de las personas humanas a un ambiente sano, como lo predica el art. 41, CN.

(118) En la misma causa “Majul”, recientemente citada, la CS hizo referencia al principio en cuestión, consistente en que en caso de incerteza, las controversias ambientales y de agua deberán ser resueltas en los tribunales, y las leyes de aplicación interpretadas del modo más favorable a la preservación de los recursos de agua y ecosistemas conexos. Viene al caso memorar que el Proyecto de Código Civil y Comercial elaborado por la Comisión Redactora (Dres. Lorenzetti, Highton y Kemelmajer de Carlucci) en 2012 —que fuera luego sancionado como Cód. Civ. y Com. y puesto en vigencia a partir del 01/08/2015, pero con algunas modificaciones que le introdujeran la Comisión Bicameral y el PEN— preveía el derecho humano al agua potable, lo cual fue suprimido al obtener el Proyecto el rango de ley.

Ahora bien, hemos dicho ya que además de estos principios propios del derecho ambiental consignados en la LGA y además elaborados por la doctrina y la jurisprudencia, el Acuerdo de Escazú (Costa Rica, 04/03/2018, plasmado luego como ley 27.566 de 2020), vinculado singularmente al acceso a la información, la participación pública y el acceso a la justicia en asuntos ambientales en América Latina y El Caribe), introduce otros principios singulares (119).

Sintéticamente, en su contexto, dicho acuerdo —y la citada ley nacional que lo normativiza positivamente para los argentinos— consagran en materia medioambiental los principios de información, gratuidad, legitimación activa amplia, facilitamiento de la producción de la prueba, fortalecimiento de pronta ejecución y cumplimiento oportuno de las decisiones judiciales y administrativas, restitución al estado previo al daño, restauración, compensación, garantías de no repetición e instrumentos financieros para la reparación.

Como se puede apreciar de tal enunciación, tales principios, que propenden básicamente como se ha mencionado a fortalecer la información ambiental, el acceso a la justicia en cuestiones medioambientales y la restauración del daño causado así como la prevención de daños futuros, complementan instrumentalmente los principios “basales” de la LGA, y apuntan a que en su real aplicación, sean efectivos y no meramente proclamas.

Así las cosas, y de algún modo dando cierre a todas estas reflexiones, hemos dicho que además de estos principios propios o específicos del derecho ambiental, inciden también en él particularmente dos principios generales del sistema general de derecho privado, cuales son la buena fe y el abuso de derecho (denominado en el caso “ecoabuso”). Como lo consigna Cafferatta (120), el nuevo Cód. Civ. y Com. “fortalece el derecho ambiental con tres instituciones que consideramos que se articulan en conjunto” y constituyen “los escuderos en la tenaz defensa del ambiente”.

Ellos serían a) el principio de buena fe, que en el art. 9º se jerarquiza como principio general del derecho, b) la proscripción del abuso del derecho, en especial cuando afecta al medio ambiente (arts. 10 y 14), y c) la socialización de los derechos individuales [conf. art. 240, que establece

---

(119) CAFFERATTA, Néstor, “Nuevos principios...”, cit., así como “Los principios del Convenio de Escazú”, cit.; “Acceso a la justicia ambiental”, cit.; “Ley 27.566...”, cit., y FALBO, Aníbal, ob. cit.

(120) “Reglas y principios moralizadores...”, ob. cit.

los límites al ejercicio de esos derechos individuales con relación a los de incidencia colectiva (121)].

Veamos algo al respecto.

Con relación a la *buena fe*, se consigna que en su proyección medioambiental (basilar, en tanto como hemos dicho el componente ético de esta disciplina se relaciona con la equidad, singularmente intergeneracional, como lo menciona la ya aludida encíclica papal “*Laudatio Si*”) no solo se deriva la proscripción del “ecoabuso” sino también otro principio general relevante en todo el derecho privado, como lo es el corporizado en la fórmula latina *venire contra factum proprium non valet*.

Como lo expresa el mismo Cafferatta (122) “el derecho ambiental es esencialmente *transparente*, lo que se manifiesta en su proyección singular hacia los valores de la solidaridad, la paz, la cooperación, la fraternidad y los valores de los derechos humanos de la tercera generación”. Agrega el citado autor —en referencia que compartimos— que “los principios son portadores de valores”, y “los valores ambientales a su vez son la expresión de la ética ambiental y se levantan como la dimensión axiológica de nuestra disciplina (123).

En tal sentido se ha expresado la Declaración de Río 92 en su principio 27, al decir que “Los Estados y personas deben cooperar de buena fe y con espíritu de solidaridad en la aplicación de los principios consagrados en esta Declaración” (124).

En lo que concierne a la proscripción del *abuso del derecho subjetivo* cuando él se proyecta sobre el tema medioambiental [generando el neologismo “ecoabuso”, propuesto por Sozzo (125)], podemos coincidir con que el tema se inordina dentro de lo que se ha denominado “el giro ecológico del abuso del derecho”, en el sentido de que además de lo normado en los arts. 10, 14 y 240 del Cód. Civ. y Com., la jurisprudencia se ha ex-

---

(121) Se alude en dicha norma al funcionamiento y la sustentabilidad de los ecosistemas de la flora, la fauna, la biodiversidad, el agua, los valores culturales y el paisaje (entre otros).

(122) “Derecho Privado ambiental a la luz del Código Civil y Comercial”, ob. cit.

(123) CAFFERATTA, Néstor, “Tratado de la buena fe”, ob. cit.

(124) No debe olvidarse que la misma Declaración, antes, en el Principio 19, ya alude a que “...Los Estados deberán proporcionar la información pertinente y deberán celebrar consultas en una fecha temprana y de buena fe”.

(125) “Derecho Privado ambiental”, ob. cit., ps. 547 y ss. El referido jurista santafesino alude al “ecoabuso” como “un giro ecológico del abuso del derecho”.

pedido en el sentido de hacer operativas dichas normas en casos singulares (126) cuando ellas inciden en la afectación de bienes que integran el patrimonio cultural como bienes de incidencia colectiva. Cabe mencionar que si bien dicha sentencia de Cámara fue revocada por la Corte Federal con el argumento que los contratos están para ser cumplidos, es relevante la referencia del tribunal de alzada en orden a la aplicación en el caso de la doctrina del abuso del derecho en materia medioambiental.

Si bien no es este el lugar ni el momento de abundar con relación a este principio general del derecho, sí quizás podríamos recordar que el mismo nace en la jurisprudencia francesa a mediados del siglo XIX, originariamente relacionado a la búsqueda de límites internos al ejercicio de los derechos subjetivos fundamentalmente vinculados al ejercicio del derecho real de dominio sobre las cosas, generando lo que Spota (127) diera en llamar "la instauración de la policía jurídica de los derechos individuales".

Más adelante, y ya en el siglo XX, la figura del ejercicio abusivo de los derechos individuales comienza a tener consagración legal en las codificaciones civiles (en nuestro derecho positivo, lo hace mediante la incorporación del art. 1071 a través de la ley 17.711 de Reformas), el cual lo prefigura mediante un estándar objetivo (ejercer ese derecho de manera contraria a los fines para los cuales fue reconocido por el derecho objetivo) y subjetivo (hacerlo contrariando los estándares de la buena fe, la moral y las buenas costumbres). Ello, a hoy, en derecho argentino, aparece previsto en el ya mencionado art. 10 del Cód. Civ. y Com., que mantiene dicha conformación, agregando el deber judicial de evitación de la situación abusiva (dentro de la prevención del daño que ella pudiera causar), procurando en lo posible la reposición al estado anterior al he-

---

(126) El autor citado precedentemente (SOZZO, ob. cit.) recuerda lo resuelto en la causa "Uriarte Piñeiro, Carmen y otros c. Estado Nacional — Ministerio de Educación y Cultura", Cámara Nacional Federal Civil y Comercial, Sala II, 18/11/94, cuando la Alzada confirmó el pronunciamiento de la Jueza a qua en el sentido de rechazar la pretensión de los herederos colaterales del donante de una colección completa de pinturas en favor del Museo Nacional de Bellas Artes de revocar dicha donación por supuesto incumplimiento del donatario, cuando transcurridos casi cincuenta años desde el acto dispositivo gratuito esos herederos pretendían recuperar las obras pictóricas, siendo clara la intención del donante de mantener la integralidad de la donación en favor del Museo donatario, con lo cual esa pretensión del desmembramiento aparecía como abusiva.

(127) SPOTA, Alberto G., *Tratado de Derecho Civil. Parte General*, Ed. Depalma, Buenos Aires, 1947, t. I, vol. 2, "Relatividad y abuso de los derechos", p. 334. En derecho comparado, y sobre el tema, es paradigmática la obra de quien fuera decano de la Facultad de Derecho de Lyon, JOSSERAND, Louis, "El espíritu de los derechos y su relatividad", Ed. Cajica, Puebla, 1946, ps. 22 y ss.

cho o acto abusivo, y confiriendo la condigna indemnización si el daño ya fue causado. El art. 11, por su parte, incorpora la figura del “abuso de posición dominante”, con especial relevancia en las relaciones no solo individuales o personales sino también interempresarias (128), y con relevante proyección dentro del derecho del consumo.

Señala Cafferatta (129), con buen tino, que la regulación de las in-misiones inmateriales (ya previstas en el Código Civil derogado, y hoy vigentes también en el Cód. Civ. y Com. como límites al ejercicio de los derechos reales en las relaciones de vecindad) contienen un factor de atribución “singular”, el cual “se aproxima bastante a la hipótesis del abuso del derecho”, en tanto no se requiere la antijuridicidad de la conducta que los determina (puede existir autorización administrativa para llevarla a cabo), sino la afectación del ámbito de privacidad y tranquilidad del afectado.

Lo cierto es que al día de hoy ya no se discute que los derechos subjetivos son reconocidos por el derecho objetivo, o derecho norma, con una “función”, la cual no se agota con la mera satisfacción de los intereses individuales de su titular, sino que se proyecta hacia lo social, debiendo el portador de esa potestad ejercitarla de modo compatible con ese rol que busca, además de su beneficio (patrimonial o extrapatrimonial), un resultado valioso a nivel comunitario.

Y dentro de esa función social, la conjugancia de los arts. 41 de la CN, y 10, 14 y 240 del Cód. Civ. y Com., proyecta dentro de esos límites en el ejercicio de los derechos individuales la no afectación del medio ambiente en todas sus proyecciones, lo que permite así configurar una vía novedosa de ejercicio disfuncional del derecho al que, con acierto, se lo llama “ecoabuso”, o abuso del derecho en perjuicio del ambiente (130).

---

(128) Por ejemplo, el art. 1º de la ley 22.262 de Defensa de la Competencia de 1980 prevé como sancionables conductas empresarias “que limiten, restrinjan o distorsionen la competencia, o que constituyan un abuso de posición dominante en el mercado”.

(129) CAFFERATTA, “El ejercicio abusivo...”, cit.

(130) Dentro de la profusa y relevante jurisprudencia —particularmente emanada de la Corte Federal argentina— existente en la materia, se destaca por su relevancia y actualidad el fallo “Barrick c. Estado Nacional s/ acción declarativa de inconstitucionalidad”, del 04/06/2019, Fallos 342:917, caso en el cual se explicitan esos “límites externos” en el empleo de derechos subjetivos individuales cuando afectan la calidad del medio ambiente.

Uno de los autores del Cód. Civ. y Com. (131) ha expresado que en el contexto del Cód. Civ. y Com. (singularmente, en su título preliminar), la jerarquización de los principios rectores de la buena fe y de la proscripción del abuso del derecho han conformado lo que denomina "Principio de sociabilidad", en tanto impulsa ese "ajuste" en el ejercicio de los derechos individuales hacia una matriz social empleando las herramientas que aquellos le confieren. Como lo apunta Sozzo (132), ese "principio de solidaridad" implica "atender al otro", vale decir, ejercitar mi derecho pero teniendo en miras no solo los derechos subjetivos de los demás, sino incluso (y especialmente) los derechos o intereses colectivos dentro de los cuales se cuenta el medio ambiente.

Quizás, como se lo pone de resalto (133), la diferencia esencial entre el caso de abuso de derecho subjetivo "clásico", tradicional o individual, y el "ecoabuso", se da en cuanto en el primero es un límite "interno" al ejercicio de los derechos subjetivos individuales, mientras en el segundo el límite es "externo", y hasta puede llegar a abarcar bienes de dominio del Estado.

En definitiva, entonces, vemos claramente que el abuso de derecho asume, dentro del ámbito legal, doctrinario y jurisprudencial de la tutela del medio ambiente, perfiles propios que además ubican dicho principio general de todo el sistema jusprivatista en un rol protagónico en la materia de marras.

## X. CONCLUSIONES

a) Los principios generales del derecho, en el mundo actual, son fuentes primordiales de rango constitucional o supralegal que exceden con mucho el mero rol interpretativo de las leyes.

b) No tienen esencia normativa (carecen de supuesto de hecho y de sanción), pero sirven de "ventanas de oxigenación" del sistema (general o particular) (Gamarra), o "válvulas de seguridad del sistema", o "tomas de posición" frente al supuesto de hecho de una norma o regla (Zagre-

---

(131) LORENZETTI, Ricardo L., "Las normas...", cit.

(132) SOZZO, Gonzalo, "El ecoabuso de derecho cinco años después," *Revista del Instituto de Derecho Civil de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales de la UNL*, Santa Fe, 2020.

(133) *Ibidem*, así como CAFFERATTA, Néstor, "Abuso de derecho ambiental", ob. cit.

belsky), o “mandatos de optimización” de conductas normadas (Alexy, Lorenzetti).

c) No son valores, sino que los realizan.

d) Nacidos del seno de la filosofía jurídica, al día de hoy son interdisciplinarios.

e) Su fuente primordial anida, en el fondo, en el resguardo de los derechos humanos y el denominado “principalismo constitucional”.

f) Es difícil elaborar una nómina de ellos, pero es relativamente fácil inferirlos como pautas de conducta que justifican la existencia de reglas jurídicas.

g) Como criterio general, no cabe “jerarquizarlos”, sino admitir que hay algunos de mayor generalidad que otros.

h) Es elogiable la clara tendencia a la alusión concreta de ellos dentro de contextos constitucionales o legales.

i) Son, quizás, la herramienta más contundente en la lucha (ya ganada) contra el positivismo.

j) En materia medioambiental, existe una pléyade de principios propios (generalmente normativizados) que son específicos.

k) Pero además de ellos, cobran especial relevancia los principios generales del sistema de derecho privado inherentes a la buena fe, el orden público y el no ejercicio abusivo de los derechos subjetivos individuales cuando afecten al medio ambiente.



# RESPONSABILIDAD POR ACTOS INVOLUNTARIOS

POR JOSÉ W. TOBÍAS

## PRIMERA PARTE

### I. INTRODUCCIÓN

El tema del título del trabajo ha experimentado significativos cambios en el ordenamiento jurídico argentino que, desde un régimen de irresponsabilidad en el Código Civil derogado (arts. 900 y 907) evolucionó, con la reforma del art. 907 por la ley 17.711 a un sistema que, manteniendo la regla de la irresponsabilidad, la atenuó, posibilitando que el juez estableciera una “indemnización de equidad”.

La evolución concluye con la entrada en vigencia del Código Civil y Comercial que, invirtiendo, a mi juicio, la regla de la ley 17.711 consagra la regla general de la responsabilidad por actos involuntarios, aunque facultando al juez a “atenuar” la indemnización, fundado en razones de equidad.

Dice el art. 1750: “Daños causados por actos involuntarios. El autor del daño causado por un acto involuntario responde por razones de equidad. Se aplica lo dispuesto en el art. 1742. El acto realizado por quien sufre fuerza irresistible no genera responsabilidad para su autor, sin perjuicio de la que corresponde a título personal a quien ejerce esa fuerza”. El art. 1742, a su vez, prescribe: “Atenuación de la responsabilidad. El juez, al fijar la indemnización, puede atenuarla si es equitativo en función del patrimonio del deudor, la situación personal de la víctima y

las circunstancias de hecho. Esta facultad no es aplicable en caso de dolo del responsable”.

Esta primera parte se dedica a intentar precisar la noción de “acto” (hecho humano) distinguiéndolo del hecho natural; a establecer la noción de “acto involuntario” y a considerar cuando este es antijurídico (ilícito). Se completa con la enunciación de los antecedentes argentinos del nuevo régimen legal —incluyendo los proyectos de reforma— y la mención de algunos antecedentes de legislación comparada vigentes al momento de la elaboración del Anteproyecto. La segunda parte considera el nuevo régimen legal.

## II. EL ACTO INVOLUNTARIO

La consideración del significado del nuevo texto legal requiere la previa caracterización del “acto involuntario”.

### II.1. Hechos humanos (actos)

A ese respecto, es de señalar que el “acto” constituye una subespecie del término “acontecimiento” empleado por el art. 257 del Cód. Civ. y Com. para definir al Hecho jurídico (“El hecho jurídico es el acontecimiento que conforme al ordenamiento jurídico produce el nacimiento, modificación o extinción de relaciones o situaciones jurídicas”), que abarca en su ámbito una significativa variedad de hipótesis (a veces simple, es decir, compuesta por un solo acontecimiento y otra veces compleja, pues el acaecimiento del efecto jurídico requiere la concurrencia de más de un acontecimiento): hechos propiamente dichos, abstenciones, sucesos, situaciones, estados psíquicos, estados materiales, móviles; el tiempo, etcétera (1).

En ese orden, una distinción inicial debe hacerse entre los “acontecimientos (hechos) humanos” y los “acontecimientos (hechos) naturales o exteriores”. Esta distinción no aparece expresamente marcada en el nuevo Código y tampoco aparecía en el Código Civil derogado (2).

---

(1) BREBBIA, Roberto H., “Hechos y actos jurídicos”, Ed. Astrea, t. I, p. 13; FARINA, Juan M., “Hecho jurídico. Acto jurídico. Negocio jurídico”, JA 1975-548 y ss.; COMPAGNUCCI de CASO, Rubén, en BUERES, Alberto J. (dir.), “Código Civil y normas complementarias”, Ed. Hammurabi, t. 2B, p. 398.

(2) Se aludía a ella, sin embargo, en la nota al art. 896 y en la nota al epígrafe del libro 2º, secc. II (“El hecho puede producirse, ya por una causa que se halla enteramen-

Su relevancia —particularmente en el tema que se considera— resulta de la diversidad de tratamiento según se trate de sucesos naturales o de hechos humanos (en el caso, involuntarios) (3). En este último supuesto es que se colocan a cargo del agente las consecuencias dañosas injustificadas que ocasionan daños a terceros (art. 1750) y en el primero, en cambio, la causa del daño es atribuible a un hecho natural (configurativo de un caso fortuito).

La doctrina se ha esforzado en precisar la diferencia entre ambas especies de hechos. Un extendido criterio centra la distinción según que el suceso haya acaecido con o sin intervención del hombre (4). Sin embargo, ello no posibilita comprender dentro de los sucesos naturales al nacimiento o la muerte de las personas, en las que el hombre “interviene”: sucede que hay fenómenos que se “engendran físicamente en el hombre y no fuera de él y que pese a ello son extraños al sujeto (v.gr., una enfermedad no imputable)” (5). De ahí que se haya entendido que los hechos humanos son aquellos que las personas realizan como entes dotados regularmente de voluntad (aunque de hecho carezcan de ella o no la hayan tenido al momento de realizar el acto) y naturales aquellos en que la persona participa como ente sometido a las leyes físicas o biológicas) (6).

Pero, con más precisión, es la noción de “acción” o “autoría” el presupuesto para calificar al “hecho humano” (al que cabe denominar “acto”). Es menester la existencia de un “comportamiento humano”,

---

te fuera del hombre y a la que este no ha podido auxiliar ni poner obstáculo, ya con anticipación directa o indirecta del hombre, y ya finalmente por efecto inmediato de la voluntad”). El artículo siguiente dividía a los hechos humanos en voluntarios e involuntarios y era evidente que esta subdivisión requería haber desglosado previamente el hecho humano del acontecimiento natural. Por otra parte, la referencia del art. 897 a los hechos humanos suponía la categoría de los hechos naturales. La ausencia de mención en el texto no era obstáculo para que fuera mencionada por toda la doctrina (aunque con las divergencias que se señalarán).

(3) Una opinión, bajo la vigencia del Código Civil derogado, le quitaba relevancia a esta clasificación por entender que carecía de alcance normativo (SPOTA, Alberto G., “Tratado de derecho civil. Parte general”, Ed. Depalma, vol. 3.8, ps. 50 y ss.). Empero, también entonces el encuadre tenía decisiva importancia en la adjudicación de los efectos (en la determinación de la autoría e, incluso, en la atribución de responsabilidad).

(4) BORDA, Guillermo A., “Tratado de derecho civil. Parte general”, Ed. La Ley, 14<sup>a</sup> ed., act. G. J. Borda, t. II, p. 62; LLAMBÍAS, Jorge J., “Tratado de derecho civil. Parte general”, Ed. Abeledo Perrot, 24<sup>a</sup> ed., act. P. J. Raffo Benegas, t. II, p. 199.

(5) BUERES, Alberto J., “Hechos y actos (o negocios) jurídicos”, *Pensar en Derecho*, nro. 0, año 1, Facultad de Derecho - Universidad de Buenos Aires, p. 131.

(6) BREBBIA, Roberto H., ob. cit., p. 14, nota 6.

con abstracción de su voluntariedad o involuntariedad, siempre que el comportamiento refleje la personalidad del agente. Lo determinante es que sea “atribuible” o “referible” a un sujeto y ello está vinculado al concepto de acción o autoría (7). El Proyecto de la Comisión Federal tenía el mérito de haber incorporado la noción de “autoría” en la modificación del art. 897 y buscado por esa vía, una mayor precisión en la noción de “hecho humano”, en cuyo último párrafo se dice “no hay autoría cuando el hecho no refleja la personalidad del agente” (8).

Importa señalar que un desacertado criterio —puede decirse que superado en la actualidad— ligaba la acción a la voluntad, asimilando el hecho involuntario al hecho natural (9). Empero, como se ha visto, la calificación de un suceso como acto (hecho humano) es independiente de que sea voluntario o involuntario y requiere determinar si es “atribuible” o “referible” a un sujeto (y ello está vinculado al concepto de acción o autoría).

La indicada afirmación plantea la necesidad de establecer si quedan incluidos en esas nociones sucesos como los movimientos reflejos; los instintivos; los habituales; los que resultan de una fuerza irresistible, los estados hipnóticos, el sonambulismo, la epilepsia, etcétera (10).

En relación con todo ello, es de interés precisar:

a) El concepto de acción o autoría no es privativo de la ilicitud civil: es allí donde se han centralizado los estudios privatistas de su significado aunque la noción, más ampliamente, se inserta dentro de la teoría del “comportamiento” y abarca tanto el campo de la ilicitud como de la

---

(7) A los fines del encuadre, lo significativo es el “hecho en sí mismo” y no su causa motora: el acontecimiento de una siembra es un hecho humano y el crecer de las plantas un hecho natural (BUERES, Alberto J., “Hechos y actos...”, cit., p. 132).

(8) En el informe se puntualiza “la segunda parte del art. 898 proyectado introduce el concepto de ‘acción’, que es conducta humana voluntaria e involuntaria, que se trasunta como una emanación de la persona. Se recoge así el sentir de la doctrina nacional más calificada —que captó lo que Luis Jiménez de Asúa denominó ‘mismidad’ o ‘atribuibilidad’ de la conducta humana se entiende— y lo que Grispiigni y otros penalistas italianos llamaron *suitas*”.

(9) ORGAZ, Alfredo, “Hechos y actos o negocios jurídicos”, Ed. V. P. de Zavalía, p. 23; LÓPEZ OLACIREGUI, José M., en SALVAT, Raymundo M., “Tratado de derecho civil argentino, Parte general”, Ed. TEA, t. II, p. 174.

(10) GOLDENBERG, Isidoro - TOBIAS, José W. - DE LORENZO, Miguel F., “Reformas al Código Civil. Parte general”, Ed. Abeledo Perrot, p. 122.

licitud (la adquisición de los derechos de autor de un incapaz declarado judicialmente) (11).

b) Es probable que a medida que se intensifiquen los estudios, los civilistas tiendan a otorgar a la noción un alcance más amplio que el de los penalistas (el principal desarrollo y sistematización es obra principal de la doctrina de esta rama del derecho). Sucede que los puntos de partida son distintos: mientras los penalistas tienden a acentuar la tutela de los derechos del imputado buscando determinar mediante elementos asertivos y concluyentes la existencia del delito —que presupone una acción— con la vigencia del principio *in dubio pro reo*, los civilistas centran su atención en la víctima con la mira en resarcirla de las consecuencias de un daño injusto.

c) Una noción amplia de acción (comprensiva de los actos voluntarios e involuntarios) es relevante para ponderar, por ejemplo, los alcances de la legítima defensa (para cuyo funcionamiento no interesa el estado mental del agresor o su culpabilidad o dolo) (12).

d) Siendo que para considerar que se está en presencia de un “acto”, como conducta que es emanación de una persona se requiere un mínimo de participación subjetiva (“mismidad” o “atribuibilidad”), hay un cierto consenso en considerar que quedan comprendidos en la noción de “acción” (en calidad de actos involuntarios) los “actos instintivos” (los determinados por impulsos interiores) y los “actos habituales” (originariamente voluntarios que se hacen automáticos) (13) pues no obstante que ellos se desarrollan fuera de la zona lúcida de la conciencia tienen valor sintomático de la personalidad humana.

e) Por esa misma razón —a mi juicio— quedan fuera de la noción de autoría, los actos reflejos (respuestas del sistema nervioso a excitaciones externas) y los derivados de una fuerza irresistible (*vis abso-*

---

(11) *Ibidem*, p. 12; MAYO, Jorge A., en BUERES, Alberto J. (dir.), “Código Civil...” cit., ps. 405 y ss.

(12) BUERES, Alberto J., “Código Civil...” cit., p. 421.

(13) MOSSET ITURRASPE, Jorge, “Responsabilidad por daños, Parte general”, Ed. Ediar, t. I, ps. 15 y ss.; MAYO, Jorge A., ob. cit., p. 406; BUERES, Alberto J., “Código Civil...” cit., p. 421; OSSOLA, Federico, “La responsabilidad por daños causados por actos involuntarios en el Código Civil y Comercial”, RCyS 2015-IV, p. 115; HESS, Esteban R. – LOUGE EMILIOZZI, Esteban L. – VALICENTI, Ezequiel, “Responsabilidad por actos involuntarios: el ámbito de aplicación del artículo 1750 del Código Civil y Comercial”, AR/DOC/3413/2019; DE LORENZO, Miguel F., “Autoría e imputación en el ámbito contractual. A propósito del art. 473 del Código Civil”, LA LEY 1998-C, 1215.

luta) (14). Se ha destacado —con razón— el carácter dudoso del encasillamiento de situaciones como la hipnosis, la sugestión, la epilepsia o el sonambulismo (15).

## II.2. Actos (hechos humanos) voluntarios e involuntarios

Delineada la noción de hecho humano (acto), hay que precisar que este puede ser voluntario o involuntario.

El nuevo Código —como lo hacían el Código Civil derogado (art. 897), el Proyecto del Ejecutivo de 1993 (art. 572, 2º párr.) y el Proyecto de 1998 (arts. 247 y 248)— mantiene la clasificación de hechos humanos (actos) en voluntarios e involuntarios (arts. 260 y 261).

Dice el art. 260: “Acto voluntario. El acto voluntario es el ejecutado con discernimiento, intención y libertad, que se manifiesta por un hecho exterior”. Se había observado atinadamente que el art. 897 del Código derogado hacía referencia exclusiva al núcleo de la voluntad, es decir, a las condiciones internas del acto voluntario, prescindiendo de considerar que la voluntad psicológica no es la voluntad jurídica (16). El artículo transcrito subsana esa omisión: luego de enunciar las condiciones internas del acto voluntario, agrega que la voluntad se manifiesta —para que se configure el acto voluntario— por un hecho exterior.

En realidad, también el acto involuntario requiere de una manifestación (un signo exterior que lo haga perceptible) (17). Pese a ello —como se verá enseguida— al enunciar el art. 261 especies de actos involuntarios por falta de discernimiento no agrega —como el que se considera— la necesidad que se manifieste por un signo exterior.

---

(14) BUERES, Alberto J., “Código Civil...”, cit., p. 420.

(15) MAYO, Jorge A. ob. cit., t. 2B, p. 406; BUERES, Alberto J., “Código Civil...”, cit., p. 320; CALVO COSTA, Carlos A. “El daño resarcible”, Ed. Hammurabi, p. 107; TOBIAS, José W., “Tratado de derecho civil. Parte general”, Ed. La Ley, t. III, p. 201; Comp., sin embargo, para los actos reflejos, HESS, Esteban R. - LOUGE EMILIOZZI, Esteban - VALICENTI, Ezequiel, ob. cit.; BOFFI BOGGERO, Luis M., “Tratado de las obligaciones”, Ed. Astrea, t. II, ps. 77 y ss. Este último autor se pregunta: “¿Cómo eliminar, verbigracia la indemnización de equidad a favor de una modesta persona a quien el titular de una gran fortuna hubiese dañado con su vómito su traje?”).

(16) BUERES, Alberto J., “Hechos y actos...”, cit., p. 133; BREBBIA, Roberto H., ob. cit., p. 46.

(17) Sobre el tema, el fundamental trabajo de FALZEA, Angelo, voz “Manifestazione”, en *Enciclopedia dil diritto*, Giuffrè, t. XXV, ps. 442 y ss.

Lo cierto es que las tres condiciones internas que configuran el acto voluntario están unidas en el artículo con la conjunción “y” y ello significa que todas deben concurrir para que —junto con la manifestación— se configure el acto voluntario. La ausencia de cualquiera de ellas acarrea la involuntariedad del acto (18).

El artículo siguiente se limita a enunciar los actos involuntarios cuya causa es la ausencia de discernimiento. La enumeración no abarca, por lo tanto, otras hipótesis de actos involuntarios (es, sin embargo, el título del epígrafe) como lo son la falta de intención o libertad (19).

Es común señalar que la intención queda afectada por el error (art. 265 y ss.) y el dolo (art. 271 y ss.) (20) y la libertad, a su vez, por la fuerza irresistible y la intimidación (art. 276). Pero es de precisar que, a mi juicio, el dolo puede afectar zonas contiguas a la intención y, aun, a la libertad, y que la libertad quedará afectada cuando concurren los requisitos de la intimidación (art. 276) o el estado de necesidad, en ocasiones por el dolo y que la fuerza irresistible (*vis absoluta*), como se dijo, más que afectar la libertad (como en general se afirma) excluye la autoría (21).

He recordado en otras oportunidades que se ha destacado en ocasiones el rol limitado que en la práctica jurisprudencial tienen los tradicionales vicios de la voluntad como causal de invalidez del negocio jurídico. Habría que agregar que similar limitación es advertible en el ámbito de

---

(18) El texto invierte la enumeración del art. 900 del Código Civil derogado que caracterizaba a los hechos involuntarios (“los hechos que fueren ejecutados sin discernimiento, intención y libertad, no producen obligación alguna”). Ahí, la conjunción copulativa “y” era errónea, pues la ausencia de una sola de las condiciones internas acarrea la involuntariedad.

(19) Comp.: BREBBIA, Roberto H., ob. cit., p. 74, quien, aun admitiendo que los tres son supuestos de actos involuntarios, considera que sus efectos jurídicos no son los mismos: en la ausencia de discernimiento habría ausencia completa de voluntad y en la falta de intención o libertad, la voluntad —aunque viciada—, existiría. Deduce de ello que los actos viciados pueden ser imputados en algunos aspectos al agente (v.gr., en el Código derogado, el error esencial excusable; el dolo que no causa un daño importante; o la intimidación sin injustas amenazas), lo que no sucede en la ausencia de discernimiento, a la que le atribuye —equivocadamente— ser una causal de nulidad absoluta.

(20) Comp.: CIFUENTES, Santos, “Negocio jurídico”, Ed. Astrea, 2ª ed., p. 53, quien incluye la lesión. Sobre la naturaleza de la lesión, sin embargo, TOBÍAS, José W., ob. cit., ps. 749 y ss.

(21) TOBÍAS, José W., ob. cit., cap. XXVI; TOBÍAS, José W. - DE LORENZO, Miguel F., “El dolo en el derecho civil. Apuntes para una noción en eclipse”, LA LEY 2001-C, 1108.

los daños causados involuntariamente: eran escasos los fallos judiciales que hicieron aplicación de la regla de la equidad del art. 907 (según la ley 17.711) (22). En lo que al primer aspecto se refiere, probablemente una de las causas pueda ubicarse en el peso de la tradición jurídica, cuyo origen puede encontrarse en la doctrina decimonónica que, muy apegada al *pacta sum servanda*, interpretaba con estrictez todo supuesto que pudiera alterar la estabilidad de los negocios y la seguridad jurídica (23) y, probablemente, esa convicción restrictiva ha influido, también, en el encuadre del acto dañoso acaecido con un vicio de la voluntad (a lo que se agrega la consideración clásica de la necesidad del carácter reproachable de la conducta del agente para justificar el resarcimiento).

Pero lo cierto es que, al menos en el ámbito negocial, el acrecentamiento de las exigencias de la buena fe —en particular la ampliación del ámbito del deber de información— la desigualdad de las partes y su diversa aptitud negociadora (v.gr., en los contratos de consumo o de adhesión a condiciones generales) además de las modernas técnicas negociales y de comunicación (especialmente los penetrantes métodos publicitarios) (24) han inducido a plantear la conveniencia de nuevos análisis tendientes al empleo de nuevas técnicas de protección de la voluntad y, aún, a “expandir” los supuestos de ausencia de intención y libertad. En el ámbito extranegocial, a su vez, se acentúan los mecanismos tendientes a la tutela de los intereses de la víctima inocente, aun en presencia de actos en que haya ausencia de intención o libertad.

Los casos de ausencia de discernimiento (que suponen la existencia de la acción) son: “a) el acto de quien, al momento de realizarlo está privado de la razón; b) el acto ilícito de la persona menor de edad que no ha cumplido diez años, c) el acto lícito de la persona que no ha cumplido 13 años, sin perjuicio de lo establecido en distintas disposiciones legales”.

---

(22) Se otorgó una indemnización fundada en el art. 907 a la hija de los actores a quien una persona privada de la razón arrojó agua hirviendo en una Iglesia evangélica (CCiv. y Com. Azul, sala II, 9/11/2004, LLBA junio 2005, 558); a quien con injustas amenazas se presentó en la vivienda de los actores, ingresó a la vivienda y permitió con ello el ingreso de malvivientes que sustrajeron efectos del lugar (CCiv. y Com. Lomas de Zamora, sala I, 12/02/2008, LLBA abril 2008, 311).

(23) TOBIAS, José W., ob. cit., ps. 263 y ss.

(24) Ellas hacen recordar expresiones de Carbonnier expresadas hace más de cuarenta años: “No es la violencia ni el dolo, ni siquiera el error a lo que ha de temerse, es a la seducción por lo cual el estudio del contrato de esta época no debiera separarse de un estudio de la publicidad” (CARBONNIER, Jean, “Flexible droit”, LGDJ, Paris, p. 185. En la misma línea de ideas, señalan Sacco y De Nova que “la publicidad mendaz es el ejemplo paradigmático de la publicidad mendaz” (SACCO, Rodolfo - DE NOVA, Giorgio, “Tratatto di diritto civile”, diretto da Rodolfo Sacco, “Il contratto”, UTET, p. 430).



El texto distingue los supuestos en que la causa obstativa requiere una investigación individual —inc. a)— de aquellos en los que se establece una regla fija de validez general cualquiera que sea la aptitud individual y el acto de que se trate —incs. b) y c)—.

El inc. a) se aparta de la tradición decimonónica —comprensiva del Código de Vélez (art. 921)— que correlacionaba la enfermedad mental con la ausencia de discernimiento (25). El mismo criterio habían adoptado los Proyectos del Ejecutivo de 1993 (art. 574 párr. 1) y de 1998 (art. 258 párr. 1º), en consonancia con los avances de los conocimientos de las enfermedades mentales (que han permitido establecer el “polimorfismo” con que ellas se presentan) y las nuevas drogas y fármacos que mejoran notablemente el pronóstico —cuando no logran la cura— posibilitando el ejercicio —aunque sea parcial— de la actividad jurídica (26).

Se deriva de ello la necesidad de redefinir el concepto de discernimiento como una realidad desvinculada —aunque sea parcialmente— de la enfermedad mental, considerándola, además, una noción “variable”, en el sentido que puede advertirse su existencia para determinados actos y su inexistencia para otros (regularmente, dependiendo de su complejidad).

Simultáneamente, los conocimientos de las ciencias cognitivas actuales, en especial de las neurociencias, que indicarían que las decisiones de los agentes están influidas por componentes emocionales más que racionales, inducen a sugerir una reconsideración de la noción de discernimiento (existencia o privación de la razón) que se sustente en los aportes de otras ciencias.

En lo relativo a la ausencia de discernimiento del acto ilícito del menor que no ha cumplido diez años —inc. b)—, se mantiene el criterio rígido que establecía el Código derogado (art. 821), que mantuvo el Proyecto de 1998 (art. 248) y flexibilizó el Proyecto del ejecutivo de 1993 (establecía respecto de los menores de 14 años que la involuntariedad o falta de discernimiento debía ser determinada por los jueces si fue invocada para eximirse de las consecuencias de los actos (art. 574).

Sin dejar de advertir que un sistema como el adoptado tiene el inconveniente que en determinados casos la ausencia de discernimiento no

---

(25) El art. 921 reputaba realizados sin discernimiento “los actos de los dementes que no fueren practicados en intervalos lúcidos”, agregando aquellos “practicados por los que por cualquier accidente estén privados de la razón”.

(26) TOBÍAS, José W., “La enfermedad mental y su tratamiento por el derecho privado. Debates y tendencias actualizadoras”, en *Estudios de la parte general del derecho civil*, Ed. La Ley, Buenos Aires, p. 38.

coincide con la edad establecida por la ley (reputando un discernimiento inexistente o considerando su ausencia cuando existe) no puede ignorarse que parte de una razonable suposición fundada en la naturaleza de la evolución de la madurez humana. Es una concesión de los ordenamientos para “evitar engorrosas investigaciones caso por caso (...) como contribución al orden y la paz” (27).

En otro orden, se mantiene también el criterio del Código de Vélez Sarsfield que parte de la consideración que el discernimiento se adquiere antes para aprehender lo ilícito que para apreciar el alcance de las acciones lícitas, además de mantener la pauta de los diez años para aquel tipo de actos.

### **II.3. El acto involuntario dañoso no justificado: un concepto objetivo de la antijuridicidad.**

Los hechos voluntarios fueron clasificados por Vélez Sarsfield en lícitos e ilícitos (art. 897). Era la manifestación de una concepción subjetiva de la antijuridicidad (primaba en la doctrina francesa), que requería que el acto para ser considerado ilícito, además de ser contrario al ordenamiento jurídico, debía ser “culposo” (lo cual suponía su voluntariedad).

Para la indicada corriente de pensamiento, el acto ilícito requiere, además de la contrariedad con el ordenamiento, la imputabilidad en la conducta del agente, es decir, que la transgresión sea atribuible a la culpa (cuasidelito) o dolo (delito) del agente (28).

Pero, más recientemente, prima una concepción objetiva de la antijuridicidad: se la concibe como la contradicción entre la conducta y el ordenamiento jurídico aprehendido en su totalidad, comprensivo de las

---

(27) ALSINA ATIENZA, Dalmiro, “Los hechos voluntarios (concepto, papel esencial de la voluntad)”, JA Sec. Doctrina, 950-II-3. Comp., BORDA, Guillermo A., ob. cit., ps. 64 y ss.

(28) Entre otros autores, en nuestro país, LLAMBÍAS, Jorge J., “Tratado de derecho civil. Obligaciones”, Ed. Perrot, t. III, nro. 2135; BUSTAMANTE ALSINA, Jorge, “Teoría general de la responsabilidad civil”, Ed. Abeledo Perrot, 3ª ed., ps. 87 y ss.; MOISSET DE ESPANÉS, Luis, “El acto ilícito y la responsabilidad civil”, en A.A.VV., *La responsabilidad. Homenaje a Isidoro H. Goldenberg*, Ed. Abeledo Perrot, ps. 96 y ss.; ACUÑA ANZORENA, Arturo, “Actos ilícitos, definición y elementos”, en *Estudios de la responsabilidad civil*, Ed. Platense, p. 4. Una manifestación de esa línea de pensamiento la constituye el criterio didáctico de las obras clásicas de la parte general del derecho civil que al estudiar los hechos jurídicos, siguen el método de Vélez y dividen los hechos en humanos y naturales, a los primeros en voluntarios e involuntarios y a aquellos en lícitos e ilícitos.

leyes, las costumbres y los principios siendo independiente del eventual juicio de reproche (29).

Es la postura adoptada por el nuevo Código: “cualquier acción u omisión que causa un daño a otro es antijurídica si no está justificada” (art. 1717) (30). La existencia o no de voluntariedad es indiferente para determinar si el acto es lícito o ilícito, resultando esta una evaluación previa al de la imputabilidad. Se ha observado —con razón— que las causas de exclusión de la antijuridicidad (v.gr., legítima defensa, estado de necesidad) legitiman la actividad dañosa (v.gr., en la legítima defensa se requiere una agresión ilegítima y no deja de serlo si proviene de un agresor inimputable al convalidar el actuar defensivo, lo cual evidencia la ilicitud objetiva del agresor). Si la antijuridicidad fuera subjetiva se requeriría la voluntad del agente dañador para fundar la existencia de una causa de justificación.

El texto que se considerara (art. 1750) corrobora la presencia de una ilicitud objetiva al consagrar la responsabilidad directa del autor involuntario del daño injustificado.

Independientemente de lo señalado, importa agregar que, no obstante que la antijuridicidad se presenta en la generalidad de los casos, su encuadre como un elemento esencial o estructural del deber de resarcir el daño es puesto en duda. Sucede que se presentan supuestos en que el hecho causante del daño es un obrar lícito (tolerado y hasta autorizado por el ordenamiento) y se debe, no obstante, resarcir el daño causado, lo

---

(29) En nuestro país, entre otros, BUERES, Alberto J., “Código Civil...”, cit., t. 3A, ps. 30 y ss.; MOSSET ITURRASPE, Jorge, ob. cit., p. 27; ZAVALA de GONZÁLEZ, Matilde, “Reflexiones sobre la ilicitud”, JA 981-IV-733; CALVO COSTA, Carlos, ob. cit., ps. 115 y ss.; GESUALDI, Dora, “De la antijuridicidad a las causas de justificación” en *Homenaje al Profesor Doctor Atilio A. Alterini*, Ed. Abeledo Perrot, p. 144; SAUX, Edgardo I., “Antinormatividad objetiva y acto involuntario”, en *Responsabilidad civil y seguros - Homenaje al Profesor Atilio A. Alterini*, Ed. La Ley, ps. 381 y ss.; PALMERO, Juan Carlos, “El acto involuntario. Indemnización de equidad”, Ed. Astrea, p. 32; VÁZQUEZ FERREYRA, Roberto, “Responsabilidad por daños (Elementos)”, Ed. Depalma, p. 123; KEMELMAJER de CARLUCCI, Aída, en BELLUSCIO, Augusto C. (dir.), “Código Civil y leyes complementarias”, Ed. Astrea, t. V, ps. 2 y ss.

(30) NEGRI, Nicolás J., “Responsabilidad civil contractual”, Ed. Astrea, t. I, p. 314; PICASSO, Sebastián, “La antijuridicidad en el Proyecto de Código”, LA LEY 2012-E, 666; AZAR, Aldo - OSSOLA, Federico, en SÁNCHEZ HERRERO, Andrés (dir.), “Tratado de derecho civil y comercial”, Ed. La Ley, t. III, p. 617.

cual es justificado por la circunstancia que también de ello se deriva un daño injusto a un tercero (31).

### III. ANTECEDENTES EN EL ORDENAMIENTO ARGENTINO

Como es sabido, los Códigos decimonónicos —entre ellos el de Vélez Sarsfield— consagraron la regla de la irresponsabilidad del acto dañoso causado involuntariamente: era el corolario de la filosofía entonces vigente (“no hay responsabilidad sin culpa”). El comportamiento culposo suponía la voluntariedad del acto y su ausencia “no produce obligación alguna”. Tal el sistema emergente de los arts. 897, 900 y 921 del Código derogado, que admitía la excepción del enriquecimiento del autor del hecho en la medida en que se hubiera enriquecido (art. 907) (32).

La solución resultaba disvaliosa desde una perspectiva axiológica y se presentaba anacrónica frente a las nuevas tendencias en materia de reparación, que reclamaban por la reparación de todo daño injusto (33). Se ha resaltado el rol que le cupo en la evolución del tema a las reflexiones de Henocho Aguiar (34), quien, recordando la solución de algunos códigos y proyectos que consagraban la reparación teniendo en cuenta los principios de la equidad y según cual fuere la situación de las partes, proponía hacer posible una repartición equitativa de los daños causados por los hechos involuntarios entre el autor y el lesionado (35), que fueron recogidas en el I Congreso Nacional de Derecho Civil (Córdoba, 1927) (36).

---

(31) CALVO COSTA, Carlos, ob. cit., p. 144; BUERES, Alberto J., “Código Civil...”, cit., t. 3A, ps. 67 y ss.

(32) En la nota al art. 900 se expresaba que “el elemento fundamental de todo acto es la voluntad del que lo ejecuta y que por ello el hecho de un insensato o de una persona que no tiene discernimiento y libertad en sus actos, no es considerado en el derecho como un acto, sino como un acontecimiento fortuito”.

(33) TOBIAS, José W., “La enfermedad...”, cit., ps. 52 y ss.; PIAGGIO, Aníbal, “La responsabilidad del guardián sin discernimiento”, en AA.VV., *La responsabilidad. Homenaje a Isidoro H. Goldenberg*, cit., Ed. Abeledo Perrot, p. 450.

(34) PALMERO, Juan C., “El daño involuntario”, Ed. Astrea, ps. 139 y ss.

(35) AGUIAR, Henocho, “Hechos y actos jurídicos en la doctrina y en la ley”, Ed. TEA, ps. 293 y ss.

(36) “Cuando el daño se ha causado por un acto involuntario, formalmente ilícito, los daños y perjuicios deben repartirse entre el que los causa y el que los sufre en proporción a sus patrimonios respectivos”.

El criterio, como se verá, fue adoptado por el Anteproyecto de 1954 y, finalmente, receptado por la ley 17.711, que con base en esa línea de pensamiento, agregó un párrafo al art. 907: “Los jueces podrán también disponer un resarcimiento a favor de la víctima del daño, fundados en razones de equidad, teniendo en cuenta la importancia del patrimonio del autor del hecho y la situación personal de la víctima”.

La reforma legal fue recibida con beneplácito por la doctrina argentina (37) no sin señalarse por alguno que no estaba en juego la noción de responsabilidad (que suponía imputabilidad) sino la existencia de una indemnización de equidad (38).

Lo cierto es que se coincidía, en general, en que se trataba de un hipótesis de excepción y, por ende de interpretación restrictiva (39), que el ingreso voluntario a una situación de involuntariedad, imponía que el acto dañoso debía reputarse como voluntario (a cuyo fin se invocaba el art. 1070 de Código derogado que si bien sentaba esa regla para quienes lo hubiesen practicado en “estado de embriaguez si no se probare que esta fue involuntaria”, se ampliaba con invocación de la analogía a otros casos de privación de la razón) (40) y que, con el término “podrán” y la expresión “un resarcimiento” era potestativo del juez fijar una indemnización y, en su caso, hacerlo con pautas flexibles (41) (a diferencia, por ejemplo, del art. 140 del Anteproyecto de 1954 en que la indemnización debía fijarse en proporción al patrimonio del autor y del damnificado).

---

(37) BORDA, Guillermo A., “La reforma de 1968 al Código Civil”, Ed. Abeledo Perrot, p. 221.

(38) LLAMBÍAS, Jorge J., “Estudio de la reforma del Código Civil. Ley 17.711”, Ed. Jurisprudencia Argentina, p. 212; BREBBIA, Roberto H., ob. cit., p. 171.

(39) TRIGO REPRESAS, Félix A. – LÓPEZ MESA, Marcelo, “Tratado de la responsabilidad civil”, Ed. La Ley, t. I, p. 766; OSSOLA, Federico, “Responsabilidad por daños causados por actos involuntarios en el Código Civil y Comercial”, AR/DOC/334/2015; en la jurisprudencia; CCiv. y Com. Mercedes, sala I, AR/JUR/2812/1994.

(40) MESSINA DE ESTRELLA GUTIÉRREZ, Graciela, en BUERES, Alberto J. (dir.), “Código Civil...”, cit., t. 3A, p. 116; AGUIAR, Henoch, ob. cit., t. 1, nro. 28; BORDA, Guillermo A., “Tratado...”, cit., nros. 550-551; RIVERA, Julio C., “Instituciones de derecho civil”, Ed. Abeledo Perrot, t. II, p. 465; AZAR, Aldo – OSSOLA, Federico, ob. cit., ps. 610 y ss. En rigor, el texto no declaraba que el privado voluntariamente de discernimiento tuviera voluntad, no la tenía sino que trasladaba el discernimiento al hecho que precedía a la embriaguez para establecer su imputabilidad (GOLDENBERG, Isidoro – TOBÍAS, José W. – DE LORENZO, Miguel F., ob. cit., p. 129).

(41) CIFUENTES, Santos, ob. cit., p. 420; LLAMBÍAS, Jorge J., “Tratado de derecho civil. Parte general”, cit., p. 234; PALMERO, Juan C., “El daño involuntario”, cit., p. 175; ANDORNO, Luis O., en BUERES, Alberto J. (dir.), “Código Civil...”, cit., t. 2B, p. 439; BREBBIA, Roberto H., ob. cit., p. 172.

Asimismo, que a diferencia de otras legislaciones (*infra* ap. V) que ella no era subsidiaria respecto de los legitimados pasivos del art. 908 (42).

No existía consenso, en cambio —y la controversia, como se verá, subsiste en el Código Civil y Comercial— cuando se trataba de establecer a cuáles actos involuntarios se aplicaba la llamada “indemnización de equidad”. Para un criterio restrictivo ella regía para el acto practicado sin discernimiento (en aquellos involuntarios por falta de intención o libertad, según esta tesis, habría “voluntad” aunque no sana y se regían por su régimen específico) (43) y más ampliamente, acertadamente, se hacía extensiva la noción a los actos obrados sin intención o libertad (44).

Los debates no se circunscribían al aspecto señalado y abarcaban, por ejemplo, el deber de responder del principal y, en su caso, su alcance frente al acto dañoso del dependiente que actuaba sin discernimiento o si la ausencia de discernimiento se correspondía con la noción de guardián y, por ende, si correspondía la aplicación del art. 1113, 2º párr., 2ª parte del Código derogado; o el efecto que cabía atribuir al hecho de la víctima (sin discernimiento) cuando el Código solo atribuía efecto eximente de la responsabilidad a la culpa de la víctima o del tercero, en el caso de la responsabilidad del dueño o guardián de la cosa riesgosa o viciosa (en que el art. 1113 del Código derogado solo eximía total o parcialmente a este acreditando la culpa de la víctima o de un tercero por quien no debe responder) (45). Algunas de estas cuestiones se consideran en la segunda parte.

---

(42) OSSOLA, Federico, “La responsabilidad causada por actos involuntarios en el Código Civil y Comercial”, AR/DOC/334/2015. Comp.: PALMERO, Juan C., “El daño involuntario”, cit., p. 190.

(43) BREBBIA, Roberto H., ob. cit., p. 16; ORGAZ, Alfredo, ob. cit., p. 23 (verificar el último). También, BUSTAMANTE ALSINA, Jorge, ob. cit., p. 464; SALAS, Acdeel, “La responsabilidad en la reforma del Código Civil”, JA 1969, p. 424.

(44) CIFUENTES, Santos, ob. cit., ps. 411 y ss.; PIZARRO, Ramón D. - VALLESPIÑOS, Carlos G., “Instituciones de derecho privado. Obligaciones”, Ed. Hammurabi, t. II, ps. 630-631; OSSOLA, Federico, “Responsabilidad por daños...”, cit.; LÓPEZ HERRERA, Edgardo, “Teoría de la responsabilidad civil”, Ed. LexisNexis, p. 396; CAZEAUX, Pedro N. - TRIGO REPRESAS, Félix A., “Derecho de las obligaciones”, Ed. La Ley, 4ª ed., t. IV, ps. 793 y ss.; KEMELMAJER de CARLUCCI, Aída - PARELLADA, Carlos, “Indemnizaciones de equidad, JA-II-150; *id.*, “Factores objetivos de atribución”, en *La responsabilidad*, cit., p. 100; LLAMBIAS, Jorge J., “Tratado de derecho civil. Obligaciones”, cit., p. 548.

(45) Sobre el tema, TOBIAS, José W., “La enfermedad mental...”, cit., ps. 52 y ss.

#### IV. LOS PROYECTOS DE CÓDIGOS

El Anteproyecto Bibiloni (46) y el Proyecto de 1936 no innovaron en la solución original del Código derogado.

Sí lo hizo, como se dijo, el Anteproyecto de 1954. El art. 140 decía: “Los actos involuntarios no comprometen la responsabilidad del agente. Sin embargo, el juez podrá también disponer un resarcimiento a favor de la víctima del daño, fundados en razones de equidad, teniendo en cuenta la importancia del patrimonio del autor del hecho, y la situación personal de la víctima”. Mantenía la regla de la irresponsabilidad del agente autor del acto involuntario pero facultaba al juez (“el juez podrá”) con fundamento en la equidad, a disponer un resarcimiento a favor de la víctima teniendo en cuenta su situación personal y la importancia del patrimonio del agente. Es manifiesta su importancia en la modificación por la ley 17.711 al art. 907.

Luego de la ley 17.711, los proyectos de 1987 y de la Comisión Federal no produjeron modificaciones al texto del art. 907 (el último, en cambio, tuvo el mérito de haber incorporado la noción de autoría).

Lo hizo, en cambio, el proyecto del Ejecutivo de 1993, aunque sin alterar las conclusiones que resultaban de la indicada norma legal (lo expresan los autores, indicando que otras legislaciones establecen que la indemnización es subsidiaria a la de los civilmente responsables y que otras consagran la responsabilidad integral del autor del acto involuntario). Prescribía, en efecto, el art. 1579: “El autor de un acto involuntario no responde de las consecuencias dañosas, salvo que la involuntariedad derive de su propia culpa. El juez podrá disponer un resarcimiento en favor del damnificado por el acto involuntario fundado en razones de equidad, teniendo en cuenta las circunstancias del caso y especialmente la magnitud del daño sufrido y el patrimonio del autor. El perjudicado por el acto involuntario puede también reclamar el resarcimiento a los que tienen a su cargo a personas que obran sin discernimiento”. Interesa señalar que otorgaba un mayor margen de discrecionalidad al juez al incorporar las “circunstancias del caso”, además de la magnitud del daño y el patrimonio del autor.

---

(46) Preveía, en cambio, que el juez pudiera “moderar la indemnización y hasta dispensar de ella cuando hubiera evidente desproporción entre la acción ejecutada con intención o por culpa y el daño efectivamente causado” (art. 1385), que el Proyecto de 1936 no recogió.

Era de significación, en cambio, la propuesta del Proyecto de 1998 (que en algunos aspectos puede considerarse la fuente del vigente art. 1750). El art. 1652 decía “Actos involuntarios. Son igualmente responsables, sin perjuicio de lo dispuesto en el art. 1641: a) Quien actúa sin discernimiento, quedando a salvo la responsabilidad del representante legal que en su caso corresponda; b) Quien causa un daño por error de hecho o de derecho; por dolo o intimidación. El causante del dolo engaño o de la intimidación es responsable concurrente; c) Quien causa un daño mediante un acto automático o reflejo”. A su vez, el art. 1641 —en lo que acá interesa— otorga al tribunal facultades para atenuar la responsabilidad por razones de equidad y disponía: “Atenuación de la responsabilidad. El tribunal solo tiene atribuciones para atenuar la responsabilidad... c) En la responsabilidad por hechos involuntarios”. Como esa misma facultad se otorgaba cuando el deudor hubiera actuado “sin dolo” el régimen se asimilaba al de la responsabilidad por culpa.

Es de importancia señalar —en razón de la controversia doctrinaria acerca de si el régimen del Código de Vélez (con la reforma de la ley 17.711) abarcaba solo a los actos sin discernimiento o comprendía, también, a los practicados sin intención o libertad— y, más relevante todavía, como se verá, por la subsistencia de la controversia acerca del alcance del art. 1750— que la propuesta del proyecto abarcaba todas las hipótesis de acto involuntario. Además, que incluía en el régimen al acto reflejo —seguramente por considerar que era un hecho humano (acto)— aunque no enunciaba para excluirlo, al acto cometido bajo “fuerza irresistible” (como lo hace el nuevo Código).

Son perceptibles las significativas diferencias de enfoques: mientras el Proyecto del Ejecutivo de 1993 mantenía la regla de la irresponsabilidad y por ende la solución del art. 907, aunque agregando la necesidad que el juez computara las “circunstancias del caso”, el Proyecto de 1998 alteraba la regla de la irresponsabilidad de los actos involuntarios: la responsabilidad es la regla, pero puede ser atenuada por razones de equidad.

## V. LEGISLACIÓN COMPARADA

Reviste especial interés la mención de las variantes de la legislación comparada vigentes al momento de la elaboración del Código Civil y Comercial de modo de evaluar las alternativas existentes, la elección formulada y, finalmente, su valoración.

En rigor, como se advertirá, el tema que se considera se inserta dentro de uno más general, que se relaciona con la función que le cabe a la



responsabilidad civil (o derecho de daños) en las sociedades contemporáneas. A la concepción tradicional que, como se dijo, parte del principio que se debe responder por un comportamiento reprochable y por ende culposo —del que el acto voluntario es un elemento intrínseco y esencial— se le contrapone, sin ser abandonada del todo, la convicción que la función palmaria de aquella reside en la necesidad de proteger a las víctimas de daños no justificados (en algunos casos a través de un reparto de ellos, según criterios racionales, de justicia y de equidad, que responda, además, a razones de utilidad general). Aun desde la última perspectiva, sin embargo, no puede dejar de computarse la dolorosa realidad del autor del daño causado involuntariamente y el impacto que le puede generar una condena resarcitoria.

### V.1. El criterio clásico

En uno de los extremos, como se vio, se ubica la solución, en general, de códigos decimonónicos, como el de Vélez Sarsfield, que consagraron la regla de la irresponsabilidad del acto involuntario dañoso. La ausencia de voluntariedad acarrea la irresponsabilidad, con la expresa excepción —en el nuestro— del enriquecimiento sin causa del autor del daño. Algunos códigos, como el uruguayo (art. 1320) (47) o el chileno (art. 2319) (48) o el ecuatoriano (art. 2246) (49) son ubicables en esa corriente.

### V.2. Criterios intermedios

a) Otros Códigos —seguramente los más numerosos— a partir de la regla general de la irresponsabilidad delegan al arbitrio judicial, con fundamento en la equidad y con base en pautas que fijan normativamente, la facultad de establecer un resarcimiento en forma total o parcial, en algunos casos, con la excepción —a veces— que la ausencia de

---

(47) “No son capaces de delitos o cuasidelitos los menores de diez años ni los dementes; pero serán responsables del daño causado por ellos los representantes a cuyo cargo están, si pudiere imputárseles negligencia”.

(48) “No son capaces de delito o cuasidelito los menores de 7 años ni los dementes, pero serán responsables de los daños causados por ellos las personas a cuyo cargo están, si pudiere imputárseles negligencia. Queda a la prudencia del juez determinar si el menor de 10 años ha cometido el delito o cuasidelito sin discernimiento y en este caso se seguirá la regla del inciso anterior”.

(49) “No son capaces de delitos o cuasidelitos los menores de siete años ni los dementes; pero serán responsables de los daños causados por ellos las personas a cuyo cargo estén, si pudiere imputárseles negligencia. Queda a la prudencia del juez determinar si el menor de dieciséis años ha cometido el delito o cuasidelito sin discernimiento; y en este caso se seguirá la regla del inciso anterior”.

discernimiento derive de su culpa o lo consagran para el caso que no sea posible obtener la indemnización de las personas que los tienen a su cuidado. Son los códigos suizo (art. 54) (50); griego (art. 918) (51); venezolano (art. 1187) (52); peruano (art. 1977) (53); portugués (arts. 489 y 2046) (54); italiano (art. 2047) (55); alemán (parágs. 827 a 829) (56); pa-

(50) “Si la equidad lo exige, el juez puede condenar a una persona, aun sin discernimiento, a la reparación total o parcial del daño que ha causado”.

(51) “A person who caused prejudice may where he is not held responsible pursuant to the provisions of sections 915 to 917 inclusive be condemned by the Court in its appreciation of the parties respective situations to pay a reasonable compensation of the prejudice cannot be made good in some other way” (las Secciones a que se refiere el texto aluden a los “casos de no responsabilidad” del menor de 10 años y de la persona que actuó sin discernimiento, salvo que se haya colocado en esa situación por el uso de sustancias alcohólicas o similares en cuyo caso es responsable por el perjuicio. El menor de 10 a 14 años es responsable si actuó con discernimiento).

(52) “En caso de daño causado por una persona privada de discernimiento, si la víctima no ha podido obtener reparación de quien lo tiene a su cuidado, los jueces pueden, en consideración a la situación de las partes, condenar al autor del daño a una indemnización equitativa”.

(53) “Si la víctima no ha podido obtener reparación en el supuesto anterior, puede el juez, en vista de la situación económica de las partes, considerar una indemnización equitativa a cargo del autor directo”. El “supuesto anterior” es al que se refiere el art. 1976-A: “La persona que cuenta con apoyos es responsable por sus decisiones, incluso de aquellas realizadas con dicho apoyo, teniendo derecho a repetir contra él. Las personas comprendidas en el artículo 44 numeral 9 no son responsables por las decisiones tomadas con apoyos designados judicialmente que hayan actuado con dolo o culpa”.

(54) Art. 489: “Indemnización por personas no imputables. 1. Si el acto causante de los daños fue practicado por persona no imputable, ella puede, por razones de equidad ser condenada a repararlos, total o parcialmente, cuando no sea posible obtener la debida reparación de las personas a quienes incumbe su vigilancia. 2. La indemnización, todavía, será calculada de manera de no privar a la persona no imputable de los alimentos necesarios, conforme a su estado y condición, ni de los medios indispensables para cumplir sus deberes legales alimentarios”. Art. 2046: “Imputabilidad del hecho dañoso. No responde de las consecuencias del hecho dañoso el que no tenga capacidad de entender y querer al momento en que lo ha cometido a menos que el estado de incapaz derive de su culpa”.

(55) “En el caso de daños causados por personas incapaces de entender y querer el resarcimiento es debido por quienes están a cargo de la vigilancia del incapaz, salvo que prueben que no han podido impedir el hecho. En el caso en que el daño no haya podido obtener el resarcimiento del que estaba a cargo de la vigilancia, el juez, en consideración a las condiciones económicas de las partes, puede condenar al autor del daño a una indemnización equitativa”.

(56) Parágrafo 827: “las personas privadas de razón —a menos que esa privación se deba a su negligencia— no son responsables de los daños que causan. Parágrafo 828: “No responden los menores de siete, ni aquellos que teniendo siete no hubiese

raguayo (art. 1850) (57); belga (art. 1386 bis) (58); etíope (art. 2099) (59); o brasileño (art. 928) (60).

No deja de causar cierto asombro la variedad de hipótesis en que se regula el efecto de la involuntariedad de la conducta del agente (menores y dementes; privados de razón; ausencia de capacidad de entender y querer, no estar en condiciones de apreciar el carácter ilícito de la conducta o privados de discernimiento) sin que se aluda más generalmente al acto involuntario dañoso (comprendivo de otros supuestos, como los de falta de intención o libertad).

b) El restante criterio intermedio, luego de fijar, inversamente, la regla general de la responsabilidad, faculta al Tribunal a tomar en consideración la situación de las partes litigantes. Es, a mi juicio, el criterio del art. 164 del Código egipcio (61) y del art. 191 del Código Civil de Irak (deja a salvo la posibilidad de la víctima de dirigirse contra el cuidador

---

llegado a la mayoría de edad, salvo que se compruebe que hubieran actuado sin discernimiento”. El texto fue levemente cambiado por la modificación del 19 de julio de 2002. (accidentes de tránsito). Parágrafo 829: “Responsabilidad sin culpa. El que, en uno de los casos indicados en los párrafos 823 a 826, no es responsable, en virtud de los Parágrafos 827 y 828, del daño que ha causado debe sin embargo mientras la reparación no pueda ser exigida de un tercero obligado a vigilarlo, reparar el daño en los límites en que según las circunstancias y en particular según la posición del interesado la equidad reclama una indemnización”.

(57) “En caso de daño causado por una persona privada de discernimiento si el perjudicado no ha podido obtener reparación de quien tiene bajo su cuidado, los jueces pueden en consideración a la situación de las partes, condenar al autor del daño a una indemnización equitativa”.

(58) «Lorsque, une personne se trouvant en état de demence, ou dans un état grave de déséquilibre mental ou débilité mentale la rendent incapable du controle de ses actions, cause un dommage a autrui, le juge peut la condonner a tout ou partie de la réparation a la quelle elle serait astreinte si elle avait le controle de ses actes».

(59) “1. Cuando así lo exija la equidad, el Tribunal puede reducir la indemnización concedida cuando el delito que dio lugar a la responsabilidad haya sido cometido por una persona que no estuviera en un estado para apreciar el carácter ilícito de su conducta. 2. En el presente asunto, se tendrán en cuenta las respectivas posiciones financieras de las partes y las consecuencias para el autor del delito...”.

(60) “O incapaz responde pelos prejuizos que causar, se as pessoas por ele responsaveis nao tivereme obrigacao de faze-lo ou nao dispuserem de meios suficientes. Parágrafo único. A indemnizacao prevista neste artigo, que debера ser equitativa, nao tera lugar se privar do necesario o incapaz ou as pessoas que dele dependem”.

(61) “When an injury is caused by a person not in possession of discretion, the judge may, if no one is responsible for him, or if the victim cannot obtain reparation from the person responsible, condemn the person causing the injury to pay equitable damages, taking into account the position of the parties reparation”.

cuando fuera imposible obtener la reparación del autor) (62). Ubico este como criterio intermedio debido a las facultades que otorga a las Cortes el párr. 3º (63). Tampoco la legislación que adopta este criterio alude, genéricamente, al acto involuntario, sino que se circunscriben al menor incapaz y al “insano”.

### V.3. Criterio de la plena responsabilidad

La tercera corriente comprende a las legislaciones que consagran la regla de la plena responsabilidad por el daño causado por un cierto acto involuntario: así, el código civil mexicano, aunque en subsidio de las personas encargadas (art. 1911) (64). Parece ser, también, la postura de algunos códigos árabes, como el art. 256 del código jordano (65).

Es también el derecho predominante en los Estados Unidos de América (66).

Asimismo, el del Código Civil francés, según la reforma al art. 489-2 (ley del 03/01/1968) (67) que corresponde al art. 414-3 de la actual nume-

---

(62) “1. A minor —rational or irrational— or one having his status who has damaged the property of a third party will be liable from his own funds; 2. Where it was impossible to obtain the reparations from the assets of he who has done the damage be he an irrational minor or insane the court may order the natural guardian or the selected guardian to pay the sum of the reparations who may have recourses for the sum paid against he who has committed the injury. 3. In assessing the fair reparations for the damage the court must take into consideration the situations of the litigants” (published by National Legislative Bodies, 1990).

(63) Comp.: BREBBIA, Roberto H., ob. cit., p. 177, quien lo cita como que adopta el criterio extremo de la responsabilidad.

(64) “El incapaz que cause daño debe repararlo, salvo la responsabilidad en las personas de él encargadas conforme a lo dispuesto en los arts. 1910, 1920, 1921 y 1922”.

(65) “Every injurious act shall render the person who commits it liable for damages even if he is a non discerning person”.

(66) Un análisis del sistema vigente en ese país puede verse en ZENO ZENCOVICH, Vincenzo, “La colpa oggettiva del malato di mente: la esperienze nord americana e francese”, en *Un altro diritto per il malatto di mente*, Ed. Scient. Italiane, ps. 847 y ss., quien señala que el criterio se sustenta en consideraciones propias del *common law* relacionadas con criterios de orden social (v.gr., la inserción en ese medio de quien tiene alteraciones mentales y la reacción de la colectividad frente a tentativas de su integración con la existencia de un régimen de irresponsabilidad) más que en valoraciones dogmáticas acerca del rol que le cabe a la responsabilidad civil.

(67) Se ha señalado que antes de la sanción no faltaban en la jurisprudencia francesa decisiones que se esforzaban por atenuar el rígido principio de la irresponsabilidad extracontractual hasta entonces vigente (entre ellos el fallo de la *Cour de Cas-*

ración (68): “celui qui a causé un dommage a autrui alors qu’il était sous l’empire d’un trouble mental n’en est pas moins obligé à réparation”. El proyecto original contenía un agregado que establecía frente a la regla general de la responsabilidad, una facultad morigeradora del juez (69). Destaca un autor que en el curso de la votación en la Asamblea Nacional se votó la supresión del agregado, remarcándose que “l’exemple des législations étrangères nés pas très pertinent car les législations maintiennent la notion d’irresponsabilité de l’auteur du dommage, alors qu’il n’en est plus question dans le projet en discussion”; un intento en el Senado para restablecer el poder morigerador no tuvo éxito (70).

Independientemente de la valoración legal, es posible advertir en el derecho francés disputas doctrinarias acerca del significado del texto legal, según que se postulen tendencias restrictivas o extensivas. Piaggio cita —en el primer sentido— un fallo de la Corte de Casación que estimó que el daño provocado como consecuencia de una crisis cardíaca no era un “trastorno mental” en el sentido del texto legal (71) y se controvierte si el texto comprende los daños causados por menores sin discernimiento. En un sentido afirmativo se invoca la identidad de situación (ausencia de discernimiento) y la respuesta contraria se sustenta en el título del Código (“Mayores protegidos por la ley”) y la naturaleza de excep-

---

sation en el “arrêt Trichard”, que condenó al resarcimiento del daño causado por un epiléptico que, guiando su automóvil, embistió a un transeúnte en una fase de pérdida momentánea de su conciencia y agregado que en la doctrina no faltaban juristas que criticaban el principio de la total irresponsabilidad del enfermo mental (sobre ello, VENCHIARUTTI, Angelo, “La responsabilità civile degli infermi di mente in Francia”, en *Un altro diritto...*, cit., ps. 873 y ss.; TERRE, François - FENOUILLET, Dominique, “Les personnes, la famille, les incapacités”, Dalloz, 7<sup>a</sup> ed., ps. 1215 y ss., quienes, a su vez, citan fallos que también se esforzaron en no dejar a la víctima sin ninguna reparación: aquel en que se afirmó la responsabilidad en casos en que la alteración mental tuvo su origen en una culpa de la persona (alcoholismo, drogadicción); o en que se limitó la irresponsabilidad a casos de inconsciencia total o se estimó que la prueba del estado de demencia no se había llegado a establecer).

(68) Sobre el tema, más ampliamente, TOBIÁS, José W., “Acerca del régimen legal deseable en materia de responsabilidad civil extracontractual del enfermo mental”, en *Estudios de la parte general del derecho civil*, cit., ps. 127 y ss.

(69) «Mais les juges pourront en ayant egard a la situation respective de la victime et de l’auteur du damage, moderer l’indemnité mise à sa charge. Ce pouvoir de modération n’est applicable, ni à la responsabilité du fait des préposes ou apparentis ni aus responsabilités du fait des choses».

(70) VINEY, Geneviève, «Reflexions sur l’article 482 du Code Civil», *Rev. Dir. Ciu.* 1970, p. 253.

(71) PIAGGIO, Aníbal, ob. cit., p. 429.

ción de la norma (72). Las controversias abarcan, incluso, la expresión misma (*trouble mental*) por tratarse, se afirma, de un término vago que no se corresponde con una categoría clínica bien definida (73). Al parecer, la jurisprudencia le atribuye un criterio expansivo, comprensivo de los mayores protegidos, como de los no protegidos e, incluso de los menores carentes de discernimiento (74). Los inconvenientes que suscita la regulación de un régimen de responsabilidad circunscripto a la “alteración mental” en un Título “Mayores protegidos por la ley” no comprensivo de otros supuestos de ausencia de discernimiento o de ausencia de voluntariedad, se pueden advertir en algunos pronunciamientos jurisprudenciales franceses que cita Angelo Venchiarutti (75). Lo cierto es que, al parecer, prima la consideración que la norma se aplica a toda persona, mayor o menor, privada de razón por causa de una alteración mental o física, afectada temporaria o definitivamente y sujeta a un régimen particular de protección o no (76). Sobre la base de la doble consideración de lo que consideran una evolución de la responsabilidad civil y la consagración de la responsabilidad de quienes padecen “alteraciones mentales”, admiten que el juez condene al resarcimiento a un menor sin verificar la existencia del discernimiento (77).

Pero importa señalar que la plena responsabilidad se atribuye en un caso al incapaz y en otros al que padece un *trouble mental*, lo cual acarrea, como se vio, el interrogante de la solución a adoptar en otros supuestos de actos involuntarios. Y, en todo caso, la razón de ser de las

---

(72) Sobre el debate y las citas, ZENO ZENCOVICH, Vincenzo, ob. cit., cit., ps. 857 y ss.

(73) *Ibidem*, p. 850.

(74) MALAURIE, Philippe – AYNES, Laurent, “Les personnes. Les incapacités”, Defrenois, p. 278.

(75) Un fallo de la Corte de Grenoble condenó a la reparación del daño a una persona que experimenta de improviso un colapso cardíaco sobre la base de la consideración que el art. 489-2 abarca los daños de las personas privadas de razón, temporaria o definitivamente, en razón de una alteración mental o física, y estén o no sometidas a un régimen de protección particular. La segunda Sala de la Corte Suprema francesa, en cambio, consideró que la simple pérdida de conciencia no puede ser asimilada a una alteración mental pues el texto legal (de carácter excepcional) es aplicable limitadamente a los casos en que la persona pueda ser considerada un enfermo mental. En lo atinente a menores, un Tribunal consideró que un *très jeune enfant* cuyo discernimiento no fue demostrado no puede ser condenado al resarcimiento de los daños producidos (VENCHIARUTTI, Angelo, ob. cit., ps. 887 y ss.).

(76) TERRE, François – FENOUILLET, Dominique, ob. cit., p. 1216.

(77) ZENATI-CASTAING, Frédéric – REVET, Thierry, “Manuel de droit des personnes”, Presses Universitaires de France, p. 202.

diferencias de régimen. De cualquier modo, el sistema de la responsabilidad plena no ha dejado de suscitar otras críticas: se considera que hay una contradicción entre los regímenes de resguardo de quien sufre una alteración mental en lo concerniente, sobre todo, a los actos negociales y la responsabilidad objetiva que se implementa en materia de actos ilícitos (78); que se atribuya responsabilidad con base en la regla de la responsabilidad objetiva, mientras que para el resto de las personas —incluso los carentes de voluntad o una voluntad viciada— rige la regla de la culpa subjetiva (79) o, en fin, que consagra un abandono de estas personas basadas en simples principios de causalidad material (80).

Apuntando a la esencia de la solución legislativa se ha planteado el interrogante si resulta útil y justo transferir la totalidad del riesgo social de la víctima al autor “ya afligido por atroz enfermedad”. Al drama que constituye para la familia la presencia de un alienado no se ve cómo la equidad agregue el temor de una responsabilidad susceptible de conducir al enfermo a la ruina (81).

No ha faltado quien ha buscado atenuar la rigidez de lo que se considera la solución legal, afirmando que el texto deja margen para el poder morigerador del juez atendiendo al empleo de la expresión *obligé a réparation* sin identificar la extensión, en vez de *obligé a réparer le dommage* (82).

En la búsqueda de alternativas —aunque circunscriptas a la ausencia de discernimiento por alteraciones mentales se ha sugerido doctrinariamente la utilización de mecanismos de garantía colectiva— considerándose que se está en presencia de un riesgo social (del mismo modo que una calamidad natural o la vejez o la enfermedad física) a través de la formación de un fondo de garantía especial financiado por un impuesto (83). En el curso de las discusiones parlamentarias de la ley francesa del 3 de enero de 1968 se sugirió, también, la implantación de un seguro obligatorio (también propuesto doctrinariamente para quienes

---

(78) SAVATIER, René, “Le risque pour l’homme de prendre l’esprit et ses conséquences”, *Droit Civil*, D. 18960, Chr. 166 cit. por ZENO ZENCOVICH, Vincenzo, ob. cit., p. 856.

(79) VINEY, Geneviève, ob. cit., párrs. 40 y ss.

(80) GEFFROY, C., “La condition civile du malade mental et de l’inadapté”, cit. por VITO NAPOLI, Emilio, “L’inabilitazione”, Giuffrè, p. 185.

(81) VINEY, Geneviève, ob. cit., p. 251.

(82) MASSIP, J., “La réforme du droit des incapacités majeurs”, cit. por MALAURIE, Philippe - AYNES, Laurent, ob. cit., p. 278.

(83) BLAEVONET, Ch., “La responsabilité des inconscients”, *Cas. Pal.*, 1968 Doc., p. 113, cit. por VINEY, Geneviève, ob. cit., p. 253.

tuvieran restringida su capacidad, y complementado por un fondo de garantía para daños de quien no tiene limitada su capacidad (84). Pero las posibilidades prácticas de su implementación y su eficacia son desalentadoras (además de lo limitado de su alcance) (85).

Una consideración general acerca de los criterios vigentes en la legislación comparada —al menos en la analizada— posibilita afirmar que ni el criterio extremo de la responsabilidad ni los criterios intermedios abarcan los actos involuntarios en razón de la ausencia de intención o libertad.

El otro aspecto —central— se relaciona con una cuestión de política legislativa: descartada la alternativa del criterio extremo de los Códigos decimonónicos —que consagraron la irresponsabilidad del causante del daño por un acto involuntario (era el corolario de la filosofía vigente, según la cual no hay responsabilidad sin culpa y el comportamiento culposo presuponía la voluntariedad del acto)— pues resulta disvaliosa desde una perspectiva axiológica frente a las nuevas tendencias en materia de reparación que reclaman por la reparación del daño injusto o inequitativo, también es cuestionable el otro criterio extremo de la responsabilidad plena por el daño causado por un acto involuntario (algunos de cuyos cuestionamientos, como se vio, ha señalado la doctrina francesa.

En tanto el criterio de la irresponsabilidad se corresponde con el sacrificio de la víctima del daño, el criterio de la responsabilidad plena comporta atribuir las consecuencias dañosas a quien ha causado involuntariamente el daño (en muchos casos, como el del enfermo mental sin discernimiento, con un pesado agravamiento de su ya precaria situación personal). Antes de la sanción del nuevo Código —en criterio que ahora mantengo (86)— frente a la importancia de ambos intereses, me había pronunciado por la conveniencia de mantener el entonces sistema vigente, es decir, el criterio intermedio que postulaba la regla general de la irresponsabilidad, aunque delegando al Tribunal, computando las circunstancias del caso, la “distribución” del daño con base en la equidad. Empero, como se adelantó, el nuevo Código ha optado por el restante criterio intermedio (estableciendo la regla general de la responsabilidad,

---

(84) VINEY, Geneviève, ob. cit. p. 253; SALVI, Cesare, “La responsabilita dell ‘infermi di menti”, en *Un altro diritto...*, cit., p. 826 se manifiestan partidarios de esa solución.

(85) Se mencionan los interrogantes acerca de la capacidad económica de aquellos a quienes se restringe su capacidad para hacerse cargo de una prima, si la incidencia estadística de los daños justifican el seguro, y la duda acerca de si no desalentaría la promoción de las acciones judiciales limitativas de la capacidad, a lo que se agrega la particular situación económica de un país para la creación de un nuevo impuesto.

(86) TOBIAS, José W., “La enfermedad mental...”, cit., ps. 36 y ss.



con la facultad del tribunal de atenuar la indemnización fundado en razones de equidad).

## SEGUNDA PARTE

### VI. ÁMBITO

Así delineada la primera parte, corresponde el análisis del régimen del nuevo Código en esta materia de la responsabilidad civil de los actos involuntarios. Los artículos centrales son el 1750 y 1742 que se han transcripto en el nro. I.

A diferencia del art. 907 originario del Código derogado, nada se dice acerca de la eventualidad que se hubiera enriquecido el autor del hecho (como lo hacía el art. 907, Cód. Civil derogado). En rigor, nada obsta, tampoco ahora, al reclamo fundado en ese tipo de enriquecimiento que tiene por fundamento una fuente distinta a la equidad (arts. 1794 y 1795, Cód. Civ. y Com.).

El texto original del art. 1750 remitía al art. 1718 —contempla las causas de justificación del daño que, como regla, no hacen nacer un deber resarcitorio, aunque su inc. c) contempla una hipótesis de excepción que autoriza al juez a conceder una indemnización si lo considera equitativo— y fue reemplazado en el trámite legislativo por la remisión al art. 1742. La modificación es compartible: el acto dañoso justificado (voluntario o involuntario) se rige por la regla del art. 1718 sin necesidad que haya una remisión a sus disposiciones y la regla general de la responsabilidad del art. 1750 queda acotada por la remisión al art. 1742.

Un primer aspecto central es determinar el tipo de actos involuntarios comprendidos en el régimen de los mencionados artículos. Se reitera, a propósito de ello, la controversia que había suscitado el tema en el Código Civil derogado (*supra* nro. III), que se manifestó, ahora, en la Comisión 1 de las XXVII Jornadas Nacionales de Derecho Civil (Santa Fe, 2018) (87).

---

(87) Dictamen de mayoría: “La norma del art. 1750 del Código Civil y Comercial incluye todo supuesto de acto involuntario, no solo aquellos que presentan una causa obstativa del discernimiento”. Dictamen de minoría: “La norma del art. 1750 del Código Civil y Comercial comprende solo a los actos involuntarios por falta de discernimiento” (conclusiones 2a y 2b).

El interrogante es este: la regulación del art. 1750, ¿abarca todo acto involuntario que carezca de cualquiera de los elementos internos de la voluntad (incluso aquellos afectados por la ausencia de intención o de libertad) o solo aquellos concluidos sin discernimiento (pues aquellos afectados por error o violencia, como se sostenía bajo la vigencia del Código Civil derogado, se rigen por sus reglas específicas)?

Aun admitiendo que en la legislación comparada es generalizado el criterio que circunscribe el régimen regulatorio específico de la responsabilidad a los actos carentes de discernimiento (*supra* nro. V), son argumentos decisivos para pronunciarse en nuestro derecho por el criterio amplio (comprendivo de todo acto involuntario) (88), los siguientes: a) el argumento gramatical: el texto alude al “daño causado por un acto involuntario” y tanto lo es el causado con ausencia de discernimiento como el causado con error, dolo o intimidación (arts. 260 y ss.); b) el argumento de las fuentes: en los Fundamentos (tít. V, nro. 12 del Anteproyecto se afirma: “En el Proyecto de 1998 se cambió por la regla de la responsabilidad, especificando los casos de falta de discernimiento, el error o el acto automático. En este Anteproyecto se establece la responsabilidad, evitando la enumeración casuística”). Surge de ello, que fuente del art. 1750 fue el Proyecto de 1998, en cuyo art. 1651, como se vio (*supra* nro. IV) se enuncian como actos involuntarios que generan responsabilidad los actos concluidos sin discernimiento, con error de hecho o derecho, o con dolo o intimidación (incluía los actos reflejos) y que, recogiendo en este aspecto la solución de aquel Proyecto, se evitó la enumeración casuística de los supuestos de actos involuntarios; c) la exclusión en el último párrafo de la “fuerza irresistible”: la indicada referencia solo puede entenderse en el sentido de excluir la responsabilidad en ese supuesto por considerar que no constituye una hipótesis de intimidación y, por ende, de acto involuntario, lo cual, a su vez, es indicativo de que abarca los supuestos de falta de libertad.

Independientemente de ello, la exclusión de la fuerza irresistible sin el agregado de los actos reflejos (que, a mi juicio, no constituyen actos in-

---

(88) HESS, Esteban — LOUGE EMILIOZZI, Esteban — VALICENTI, Ezequiel, ob. cit.; OSSOLA, Federico, “Responsabilidad por daños...”, cit.; GONZÁLEZ FREIRE, Eduardo, “Daños causados por actos involuntarios (arts. 1750 y 1742 del Cód. Civ. y Com.)”, AR/DOC/3884/2016; MÉNDEZ SIERRA, Eduardo, “Responsabilidad civil por acto involuntario en el Código Civil y Comercial”, ED 272-815; cit., t. III, ps. 422 y ss.; PICASSO, Sebastián, en LORENZETTI, Ricardo L. (dir.), “Código Civil y Comercial comentado”, Ed. Rubinzal-Culzoni, t. VIII, p. 545 y s.; MÉNDEZ SIERRA, Eduardo, en BUERES, Alberto J. (dir.), “Código Civil...”, cit., t. 3F, p. 544. Comp., JUANES, Norma — CARRASCO, Valeria, “Responsabilidad civil por acto involuntario en el Código Civil y Comercial”, RCD 8884/2017.

voluntarios) (89) puede hacer suponer que el legislador, en concordancia con la fuente (el Proyecto de 1998), los considera comprendidos en los actos involuntarios (90). Como criterio general, empero, ha de entenderse que quedan comprendidos en la noción de actos involuntarios aquellos que puedan ser “atribuibles” a la persona, a cuyo fin ha de entenderse que, en principio, quedan comprendidos los actos instintivos y los habituales; que son de encasillamiento complejo la sugestión, el hipnotismo o el sonambulismo y excluidos los reflejos y los obrados bajo una fuerza irresistible (*supra* nro. II) (91).

En otro orden, siendo que solo el error de hecho esencial vicia la voluntad (art. 265), debe descartarse que el error de derecho pueda ser constitutivo de un “acto involuntario” (como lo preveía el Proyecto de 1998) (92).

Pueden ocurrir supuestos de coautoría entre quien obra involuntariamente y quien lo hace culposamente; también, acaecer la coautoría de dos personas sin voluntad. La responsabilidad, en ambos casos, es solidaria (art. 1751), con la particularidad que el juez puede ejercer la facultad de atenuación circunscripta solo al acto involuntario (en el primer caso) y en el segundo a ambos (con modificaciones iguales o distintas) o a uno solo de ellos. En cualquiera de las situaciones, no queda afectada la naturaleza de las obligaciones (93).

## VII. EL CRITERIO ADOPTADO EN MATERIA DE RESPONSABILIDAD

El texto legal es claro: “El autor de un daño involuntario responde por razones de equidad” e importa un cambio relevante respecto del régimen hasta entonces vigente. El régimen general de irresponsabilidad del acto involuntario se ha reemplazado por un régimen general de responsabilidad, aunque susceptible de ser atenuado por el juez. La respon-

---

(89) Comp., sin embargo, ZAVALA de GONZÁLEZ, Matilde – GONZÁLEZ ZAVALA, Rodolfo, “La responsabilidad en el nuevo Código”, cit., t. III, p. 423, quienes comprenden en el acto involuntario dañoso al error de derecho.

(90) En ese sentido, dictamen de mayoría de la Comisión 1 de las XXVII Jornadas Nacionales de Derecho Civil, Santa Fe, 2018 (“Los actos reflejos se encuentran comprendidos dentro del principio general de responsabilidad por actos involuntarios consagrados en el primer párrafo del art. 261 del Código Civil y Comercial”).

(91) BUERES, Alberto J., “Código Civil...”, cit., t. 2A, p. 421.

(92) Comp.: HESS, Esteban R. – LOUGE EMILIOZZI, Esteban – VALICENTI, Ezequiel, ob. cit.

(93) OSSOLA, Federico – AZAR, Aldo, ob. cit., ps. 619 y ss.

sabilidad es integral si se verifica la existencia de un acto involuntario, que debe ser, además objetivamente antijurídico (94) y que ha causado un daño que guarda relación causal con el acto (a salvo las facultades que el art. 1742 otorga al juez). Lo corroboran los fundamentos del Anteproyecto: “se establece la responsabilidad, evitando la enumeración casuística. Es decir, hay *responsabilidad plena*, salvo que el juez decida atenuarla por razones de equidad” (95).

De ese modo, determinada la existencia del acto involuntario, su antijuridicidad (objetiva) y la relación causal entre el acto y las consecuencias dañosas, se estará en presencia de un supuesto de responsabilidad, fundado en el factor de atribución “equidad” (sin perjuicio de la facultad de atenuación del daño que el art. 1742 atribuye al juez).

Es de señalar, sin embargo, que tampoco aquí las opiniones son coincidentes y las divergencias se manifestaron también en las XXVII Jornadas Nacionales de Derecho Civil (96).

Una corriente de opinión, en efecto, señala que de modo similar al art. 907 —según la reforma de la ley 17711— el art. 1750 del nuevo Código no consagra una reparación plena (aunque la eliminación de la expresión “los jueces podrán” limita el carácter potestativo de la atribución judicial): el juez debe analizar en el caso concreto, si existen razones de equidad que justifiquen ordenar la reparación (total o parcial) de las consecuencias del acto involuntario (97).

---

(94) PICASSO, Sebastián, en LORENZETTI, Ricardo L. (dir.), cit., t. VIII, p. 545; MÉNDEZ SIERRA, Eduardo, en BUERES, Alberto J. (dir.), “Código Civil...”, cit., t. 3F, p. 544.

(95) OSSOLA, Federico, “Responsabilidad por daños...”, cit.; ALFERILLO, Pascual, en ALTERINI, Jorge H. (dir.), “Código Civil y Comercial comentado. Tratado exegético”, Ed. La Ley, 3ª ed., t. VIII, p. 413; AZAR, Aldo - OSSOLA, Federico, ob. cit., ps. 614 y ss.; GONZÁLEZ FREIRE, Juan F. “El daño causado sin voluntad y su valoración probatoria”, AR/DOC/2282/2019; LEIVA FERNÁNDEZ, Lucas, “La equidad como factor de adecuación del quantum indemnizatorio”, AR/DOC/4059/2019; MÉNDEZ SIERRA, Eduardo, “Responsabilidad civil...”, cit.

(96) Dictamen de mayoría: “En el sistema del Código Civil y Comercial el juez debe disponer la reparación de los daños derivados de todo acto involuntario, sin perjuicio del ejercicio de las facultades concedidas por el art. 1742 del Código Civil y Comercial”. Dictamen de minoría: “En el sistema del Código Civil y Comercial el juez debe analizar, en el caso concreto, si existen razones de equidad que justifiquen ordenar la reparación de las consecuencias del acto involuntario”.

(97) LAFERRIÈRE, Jorge N., “La equidad en el derecho civil y los daños causados por actos involuntarios”, AR/DOC/3315/2019. También, SAGARNA, Fernando, “Res-

Lo cierto es que, eliminado el criterio extremo de la irresponsabilidad consagrado por el Código de Vélez Sarsfield, es también desechado el otro criterio extremo de la responsabilidad plena (*supra* nro. V) y la adopción, a mi juicio, de uno de los criterios intermedios —que postula la regla general de la responsabilidad atenuable la indemnización por razones de equidad— puede ser cuestionada por razones de política legislativa (mi opinión en *supra* nro. V), incluso, por no ser la solución que parece ser la generalizada en la legislación comparada— aunque no desde el punto de vista de la interpretación del derecho vigente.

En rigor, descartados los criterios extremos (el de la irresponsabilidad y de la responsabilidad plena) pues ambas conducirían en situaciones particulares a situaciones contrarias a razones de solidaridad y justicia, son los criterios intermedios (el del art. 907 del Cód. Civil derogado y el previsto por el Código vigente), los que satisfacen en mayor grado por su flexibilidad y adecuación a las particularidades de la situación, las que constituyen una solución deseable en materia de política legislativa.

La elección, como se vio, no deja de ser compleja y consiste en la manera de balancear intereses generales que se presentan como contrapuestos: por un lado, el interés de las víctimas a ser resarcidos de los daños (independientemente del carácter voluntario o involuntario del acto dañoso) y, por el otro, el interés del autor del daño involuntario, que se vería enfrentado a reparar las consecuencias dañosas pese a la involuntariedad de su actuación.

En supuestos particulares —por ejemplo, el caso de los actos dañosos concluidos por personas carentes de discernimiento en razón de alteraciones mentales, se agregan otros factores a computar: la instauración de sistemas asistenciales que a la par de evitar las internaciones, mejorar las perspectivas de recuperación o rehabilitación y resguardar la libertad y dignidad de la persona requieren, como contrapartida, aumentar la protección de la seguridad del medio social ante el potencial aumento de los riesgos de daños que aquellos sistemas suponen; sucede que la transformación de un sistema asistencial con el paulatino abandono de un modelo de encierro y custodia por otro que plantea alternativas extrahospitalarias que posibiliten preservar los vínculos con el medio social, acarrea como contrapartida un mayor riesgo de daños para los terceros (98). Se ha argumentado, incluso, con el interés de la misma persona, a cuyo fin se afirma que el criterio de la irresponsabilidad con-

---

ponsabilidad civil directa y por el hecho de terceros en el nuevo Código Civil y Comercial”, LA LEY, *Supl. Esp. Nuevo Cód. Civ. y Com.*, 2014, p. 143.

(98) Sobre el tema, TOBÍAS, José W., “La enfermedad mental...”, cit., ps. 36 y ss.

duce una reacción social de rechazo y aislamiento que contrasta con la tendencia a sustituir el tratamiento intrahospitalario.

Establecido el criterio adoptado en el nuevo Código en que la facultad de atenuar la indemnización que se le confiere al juez es similar a igual facultad que se le confiere en el caso del acto voluntario dañoso causado con culpa (art. 1742) se verá, sin embargo, que las “circunstancias del hecho” pueden imponer que las razones de equidad se valoren de manera significativamente distinta (*infra* nro. VIII).

### VIII. FUNDAMENTO DE LA RESPONSABILIDAD Y DE LA “ATENUACIÓN” DE LA INDEMNIZACIÓN

El factor de atribución de la responsabilidad es objetivo (art. 1721): la “equidad” (art. 1750) (99). El mismo fundamento es el que posibilita al juez la “atenuación de la responsabilidad”, según la terminología del epígrafe art. 1742 (aunque en realidad, la “atenuación de la indemnización”) (100). Así se ha señalado que la equidad funciona en un doble plano: es el factor de atribución de la responsabilidad de los daños no justificados causados por actos involuntarios y, a la vez, actúa como factor que faculta al juez para atenuar la indemnización (101). No debe dejar de señalarse, no obstante, que se ha mencionado lo que se considera una contradicción: ¿cómo considerar que la “equidad” es el factor de atribución de un resarcimiento pleno “por la exclusiva causalidad dañosa derivada de un acto objetivamente ilícito” por quien lo ha producido desarrollando un rol tan involuntario como el de la víctima y ser aquella, simultáneamente, el fundamento para su “atenuación”? (102).

A fin de considerar si la “equidad” es fundamento para atenuar la indemnización, el juez debe considerar “el patrimonio del deudor, la situación personal de la víctima y las circunstancias de hecho”. Este último aspecto, a mi juicio, es relevante para establecer una distinción según que

---

(99) No se ha dejado destacar la incertidumbre que genera el fundamento, en el sentido si la equidad no es el sustento de todo el derecho objetivo [ZAVALA de GONZÁLEZ, Matilde, en BUERES, Alberto J. (dir.), “Código Civil...”, cit., t. 3F, p. 487].

(100) LEIVA FERNÁNDEZ, Lucas, “La equidad como factor de adecuación del quantum indemnizatorio, RCCyC, feb. 2020. GALDÓS, Jorge M., en LORENZETTI, Ricardo L. (dir.), ob. cit., t. VIII, p. 507.

(101) OSSOLA, Federico, “Responsabilidad por daños...”, cit.

(102) ZAVALA de GONZÁLEZ, Matilde - GONZÁLEZ ZAVALA, Rodolfo, ob. cit., p. 433.

se esté en presencia de un acto voluntario culposo o un acto involuntario: son “circunstancias de hecho” significativamente distintas. Siendo que en ambos casos funciona la facultad de atenuación, la existencia del acto involuntario puede constituir una “circunstancia” de significación que induzca a una atenuación de la indemnización que, ciertamente, no se justificaría en equidad si el acto dañoso fue culposo (103). No es compatible, por consiguiente, la opinión que en materia de actos involuntarios la facultad del juez sea excepcional y de interpretación restrictiva (104).

Independientemente de ello, la evaluación debe ser integral considerando la situación patrimonial, familiar y social de la víctima del daño, la situación patrimonial del agente del daño e, incluso, la existencia o la eventualidad de obligaciones con terceros (v.gr., menores acreedores de una obligación alimentaria) La “atenuación” no solo abarca la eventualidad de reducir el daño causado, sino la de establecer su cancelación a plazos (con o sin intereses), establecer la reparación en especie (total o parcial), contemplar un pago a mejor fortuna (arts. 889 y ss.) o fijarla en forma de renta (siempre que ello suponga una modalidad de atenuación de la indemnización). Más complejo es determinar si razones de equidad y justicia, lo facultan a prescindir de establecer una obligación resarcitoria pese a la prueba del daño. Una interpretación literal del texto no lo permite en razón del término empleado (atenuar) (105), sin perjuicio de lo cual, nada impide que la modificación del daño probado sea sustancial si las indicadas razones de equidad lo justifican (particularmente en presencia de un acto involuntario) (106). Las mismas razones de equidad que constituyen el fundamento de la responsabilidad por acto involuntario son el sustento de la reducción sustancial.

Siendo que la regla es la responsabilidad plena, la facultad judicial solo podrá ejercerse en caso que la invocación del beneficio sea articulado por el demandado en la etapa procesal correspondiente, incumbiéndole la invocación y la carga de la prueba de las circunstancias indicativas de la existencia de las razones de equidad que hacen procedente la atenuación de la indemnización. Nada impide que la articulación se formule en subsidio de la negativa de la procedencia de la acción en lo sustancial. Las

---

(103) *Ibidem*, p. 445.

(104) PICASSO, Sebastián - SÁENZ, Luis, en HERRERA, Marisa - CAMELO, Gustavo - PICASSO, Sebastián (dirs.), “Código Civil y Comercial de la Nación comentado”, Ed. Ministerio de Justicia y Derechos Humanos de la Nación, t. IV, p. 455.

(105) ZAVALA de GONZÁLEZ, Matilde - GONZÁLEZ ZAVALA, Rodolfo, ob. cit., p. 431.

(106) Comp.: OSSOLA, Federico, “Responsabilidad por daños...”, cit.

indicadas afirmaciones son corolario de la necesidad que quede configurado el contradictorio que posibilite el ejercicio del derecho de defensa del actor. En los indicados términos, le está vedado al juez pronunciarse de oficio sobre la atenuación de la indemnización (107) y, articulada la cuestión, el juez debe pronunciarse con base en la prueba aportada.

## IX. EL ACCESO CULPOSO A LA SITUACIÓN DE INVOLUNTARIEDAD

Como se vio, el Código Civil derogado limitaba los alcances del art. 921 al disponer que no se reputaba involuntario el acto practicado en estado de embriaguez “si no se probare que este fue involuntario” (*supra* nro. II) y la doctrina, con razón, extendía el supuesto normativo a otros estados, como el de la drogadicción o la pérdida transitoria de la razón (108). En ese mismo orden de ideas, el Proyecto de la Comisión Federal amplió la solución al estado de drogadicción (art. 1070) y el Proyecto del Ejecutivo 1993 a todo supuesto en que la involuntariedad derivara de la propia culpa del autor del acto (art. 1570) (109).

La ausencia en el Código Civil y Comercial de una norma similar no es obstáculo para afirmar que la consideración de la voluntariedad o involuntariedad del acto se traslada al hecho que precede al acto involuntario (110). También en ese supuesto la responsabilidad es plena y no siendo el caso de dolo rige el art. 1742, empero, como se ha visto (*supra* nro. VIII, “las circunstancias de hecho” para considerar la existencia de razones de equidad son distintas según se esté en presencia de un acto voluntario o involuntario).

---

(107) *Ibidem*; LÓPEZ HERRERA, Edgardo, en RIVERA, Julio C. - MEDINA, Graciela (dir.), “Código Civil y Comercial comentado”, Ed. La Ley, t. IV, p. 1078; GALDÓS, Jorge M, ob. cit., p. 506; ZAVALA de GONZÁLEZ, Matilde, en BUERES, Alberto J. (dir.), “Código Civil...”, cit., t. 3F, p. 486. Comp.: Dictamen de mayoría de la Comisión 1, XXVII Jornadas Nacionales de Derecho Civil, Santa Fe, 2019 (“En materia de responsabilidad por actos involuntarios, el juez puede ejercer de oficio la facultad de atenuar la indemnización prevista por el art. 1742”).

(108) BREBBIA, Roberto H., ob. cit., t. II, p. 168 cita un caso judicial (La Ley 96-579) en que se responsabilizó civilmente a quien había caído en un estado de pérdida de la razón debido a un régimen de alimentación que se autoprescribió desoyendo el consejo de los médicos.

(109) GOLDENBERG, Isidoro - TOBIAS, José W. - DE LORENZO, Miguel F., ob. cit., p. 130.

(110) ZAVALA de GONZÁLEZ, Matilde - GONZÁLEZ ZAVALA, Rodolfo, ob. cit., p. 426.



## X. LOS SUPUESTOS DE AUSENCIA DE INTENCIÓN (ERROR Y DOLO) Y DE LIBERTAD (INJUSTAS AMENAZAS Y DOLO)

La consideración que la regulación del art. 1750 abarca todo tipo de actos involuntarios —comprensivos de los vicios de la voluntad— (*supra* nro. VI) requiere contemplar las condiciones de su aplicación (111). En la imposibilidad de considerar el tema con algún detalle, se enuncian algunas particularidades básicas (en realidad, especialmente en el caso del error vicio).

### X.1. El error vicio

Una primera cuestión reside en considerar el vicio de error como acto dañoso involuntario objetivamente ilícito.

i) El error de hecho que vicia la voluntad es el error esencial (art. 265). El agregado de la reconocibilidad por el destinatario de la declaración “para causar la nulidad”, solo es requerible en los actos bilaterales o unilaterales recepticios siendo, por ello un requisito ajeno al acto involuntario antijurídico.

ii) El Código Civil y Comercial no reitera el requisito de la excusabilidad que contemplaba el Código Civil derogado para poder invocar el error para articular la nulidad del acto (art. 929), aunque no parece que pueda, por ello, prescindirse del requisito en los actos involuntarios antijurídicos. Si se ha errado por haber actuado sin la diligencia debida (inexcusablemente), es decir, habiendo errado culposamente, no puede decirse que el acto es involuntario sino, por el contrario, que el comportamiento culposo de la falsa apreciación de la realidad ha sido la causa del daño, funcionando las reglas de la responsabilidad fundadas en la culpa (art. 1724).

iii) Tampoco reitera el nuevo Código una disposición similar a la del art. 930 del Código derogado que precisaba cuando el error debía considerarse esencial en los actos ilícitos. Ha de entenderse, no obstante, que reviste esa calidad cuando recae sobre la propia materialidad del hecho (“sobre el hecho principal que constituye el acto ilícito”).

---

(111) Comp.: OSSOLA, Federico, “Responsabilidad por daños...”, ob. cit., para quien, contrariamente a lo que se dice a continuación en el texto —los casos en que falta la intención y la libertad— son actos involuntarios “siempre y cuando se verifiquen las condiciones que la ley establece para que se configuren dichos vicios de la voluntad.

iv) Las circunstancias señaladas permiten concluir que se estará en presencia de un supuesto regulado por el art. 1750 cuando se trate de un error de hecho esencial (recae sobre “el hecho principal”) y excusable (ausencia de culpa) (112).

## X.2. El dolo vicio

i) En otras oportunidades —a las que cabe remitirse— he afirmado que el dolo no es solo el error provocado extensible a supuestos de error no esencial: las maniobras dolosas pueden en ocasiones afectar zonas contiguas a la intención, como la libertad, sin que se presenten los presupuestos de la intimidación (113). Es el criterio del nuevo Código: el primer párrafo del art. 271 no solo mantiene la caracterización del dolo en los mismos términos del art. 931 del Cód. de Vélez Sarsfield (que prescindía de la exigencia que el comportamiento doloso hubiera inducido a error), sino que en los Fundamentos del Anteproyecto se lee: “en la caracterización del dolo se sigue el criterio del Código Civil —que prescinde de vincular al dolo con el error provocado— pues se estima que las maquinaciones pueden afectar zonas contiguas a la intención, como la libertad de quien emite la declaración”. Se sigue de ello que también en esos casos se estará en presencia de un acto involuntario antijurídico.

ii) Para caracterizar el acto dañoso como involuntario las maniobras dolosas además de graves y determinantes de la voluntad del destinatario, deben haber causado un daño importante (art. 272). También este requisito configurativo de un dolo esencial, es exigible en el acto involuntario antijurídico: es que la equidad, fundamento de la responsabilidad se vería afectada si cualquier daño —aun el pequeño o insignificante— generará la consecuencia de una responsabilidad plena (114).

El autor de las maniobras dolosas es responsable concurrente (art. 275), lo mismo que el autor de la intimidación (*infra* enseguida). Es responsable solidario la parte que al tiempo de la celebración del acto tuvo conocimiento del dolo o la intimidación o la fuerza irresistible del tercero (arts. 275 y 278).

---

(112) TOBIAS, José W., “El error en los contratos (un tránsito desde la protección de la voluntad hacia la distribución de riesgos de las personas involucradas)”, en *Liber amicorum - Homenaje a Luis Leiva Fernández*, Ed. La Ley, ps. 755 y ss.

(113) TOBIAS, José W. - DE LORENZO, Miguel F., “El dolo en el derecho civil (propuestas para una noción en eclipse)”, LA LEY 2001-C, 1102; TOBIAS, José W., “Tratado..”, ob. cit., ps. 330 y ss.

(114) Para las características que deben tener los requisitos del dolo esencial, TOBIAS, José W., “Tratado..”, ob. cit., ps. 355 y ss.

### X.3. El vicio de intimidación

Ya se ha visto que el acto dañoso realizado bajo una “fuerza irresistible” no constituye un acto involuntario, sino que es “atribuible” a quien la empleó. El acto involuntario configurativo de una afectación de la libertad se configura cuando concurren las amenazas que generen el temor a que se refiere el art. 276 y que no se puedan contrarrestar o evitar, sin que deban descartarse las maniobras dolosas (115).

La responsabilidad concurrente del autor de las maniobras dolosas o de la intimidación vuelve a plantear el interrogante de las facultades de atenuación del juez fundado en razones de equidad. ¿Cómo no computar entre “las circunstancias del caso” —la del responsable concurrente (en la hipótesis, el autor solvente de las maniobras dolosas o de la intimidación)— para “atenuar” el deber de reparación de su víctima (el autor involuntario del daño), siendo que se está en presencia de dos víctimas (la del daño y la del dolo o la intimidación)? (116).

## XI. LA RESPONSABILIDAD DERIVADA DE LA INTERVENCIÓN DE COSAS Y EL DUEÑO Y GUARDIÁN SIN DISCERNIMIENTO

La cuestión de la ausencia del discernimiento y el fenómeno de la intervención de las cosas había suscitado algunas divergencias acerca del alcance a atribuir al art. 1113 y su correlación con el art. 907, 2º párr. del Código derogado.

i) En lo atinente a los daños causados por las cosas y la responsabilidad del guardián sin discernimiento, una corriente de opinión le atribuía responsabilidad plena en los casos de daños producidos por el riesgo o vicio de la cosa, a cuyo fin se sostenía que el fundamento no era subjetivo y, por consiguiente, lo relevante era la existencia de la relación causal y no la existencia (o ausencia) del discernimiento (117).

En otro enfoque, se consideraba, con razón, que no cabía hablar de guarda pues ella requería la voluntariedad y que, por lo tanto, la responsabilidad de quien carecía de discernimiento se desplazaba del art. 1113

---

(115) Sobre las características que deben concurrir para que se configure este vicio de la voluntad, TOBIÁS, José W., “Tratado..”, ob. cit., ps. 355 y ss.

(116) En sentido similar, ZAVALA de GONZÁLEZ, Matilde - GONZÁLEZ ZAVALA, Rodolfo, ob. cit., p. 445.

(117) BREBBIA, Roberto H., ob. cit., t. I, p. 175; CIFUENTES, Santos, en BELLUSCIO, Augusto C. (dir.), ob. cit., t. 4, p. 95; SPOTA, Alberto G. ob. cit., ps. 274 y ss.

hacia el art. 907, 2º párr. (118). Pero si la persona sin discernimiento era incapaz, cabía la responsabilidad vía el art. 1113, sea que se considerara que guardián era el representante legal o que se trataba de una especie de guarda, la del incapaz, ejercida por representación (119).

En un matiz diferencial de significación se observaba que la solución a propiciar dependía del criterio para caracterizar la figura del guardián: el criterio de la guarda jurídica y la guarda intelectual conducía a negar la calidad de guardián debido a la imposibilidad de ejercer la vigilancia y el control sobre la cosa, mientras que para el criterio de la “guarda provecho” la ausencia de discernimiento no era obstáculo para considerar que si la persona carente de discernimiento se servía de la cosa y obtenía un provecho de ella, era guardián de la cosa y alcanzada por la responsabilidad del art. 1113 (120).

Todavía, quienes participaban del criterio de la inexistencia de guarda cuando había carencia de discernimiento, diferían cuando se debía determinar la situación del dueño que no había desplazado la guarda hacia un tercero (el problema del dueño guardián). Para una opinión, la calidad de dueño y guardián no acarrea la responsabilidad del art. 1113: pues ambas calidades unidas en una persona no ocultaban que la ausencia de discernimiento impedía al dueño ser guardián y tener conciencia de ese impedimento como dueño, “de donde la falta de voluntad jurídica incide en las dos calidades (la de dueño y la de guardián)” (121). A lo que se había contestado que la responsabilidad del propietario que consagraba la norma se desentendía del estado de conciencia del dueño (122).

Cuando se trataba de daños causados “con” la cosa (art. 1113, 2º párr., 1ª parte) se coincidía en que la ausencia de discernimiento del dueño guardián o del guardián (en realidad, no era guardián quien ca-

---

(118) PIAGGIO, Aníbal, ob. cit., ps. 432 y ss.; LLAMBÍAS, Jorge J., “Tratado de derecho civil. Obligaciones”, cit., t. IV-A, p. 565; BUERES, Alberto J., “Responsabilidad civil de las clínicas y establecimientos médicos”, Ed. Ábaco, p. 194; TOBIAS, José W., “La enfermedad mental...”, cit., ps. 59 y ss.

(119) BUERES, Alberto J., “Responsabilidad civil...”, cit., ps. 194 y ss.

(120) PIZARRO, Ramón D., en BUERES, Alberto J. (dir.), “Código Civil...”, cit., t. 3A, p. 584.

(121) BUERES, Alberto J., “Responsabilidad civil...”, cit., p. 195. Sostuve hace años esa opinión —que ahora rectifico— en TOBIAS, José W., “La inhabilitación en el derecho civil”, Ed. Astrea, 2ª ed., p. 401.

(122) PIAGGIO, Aníbal, ob. cit., ps. 433 y ss.; BORDA, Guillermo A., “Tratado de derecho civil. Obligaciones”, Ed. La Ley, 9ª ed., t. II, act. A. Borda, p. 267; también, CIFUENTES, Santos, “Negocio jurídico”, cit., 424.

recía de discernimiento) impedía el funcionamiento de la presunción de culpa (123) y, de presentarse los requisitos requeridos, era de aplicación el art. 907, 2º párr. (124).

ii) En la secc. 7ª del cap. I, “Responsabilidad civil”, tít. V, “Otras fuentes de las obligaciones”, se regula lo concerniente a la “Responsabilidad derivada de la intervención de cosas y de ciertas actividades” (arts. 1757 a 1759). No se han previsto las hipótesis del dueño o guardián sin discernimiento de la cosa o actividad dañosa, así que el régimen legal se ha de extraer de la naturaleza y fundamento de la responsabilidad que establecen las normas indicadas. El art. 1758 caracteriza al guardián como aquel que “ejerce por sí o por terceros, el uso, la dirección, y el control de la cosa o a quien obtiene provecho de ella”.

De las resultas de todo ello, es posible afirmar:

iii.a) Cuando quien carece de discernimiento (menor de diez años, incapaz declarado) ejerce la guarda por medio de los representantes (progenitores, tutores o curadores) es guardián y por lo tanto responsable en ese carácter; también lo es cuando de alguna manera se sirve y obtiene provecho de la cosa; iii.b) fuera de esos supuestos, la ausencia de discernimiento impide que pueda tener, la dirección o control de la cosa y, por ende, que se lo pueda caracterizar como guardián y responsable en ese carácter de los daños; iii.c) el dueño que no se ha desprendido de la guarda (en realidad no la tiene) o que lo ha hecho gozando de discernimiento, es responsable por vía de esta sección, pues la atribución de responsabilidad del dueño se establece con prescindencia de su estado de conciencia (125); iii.d) el dueño que se desprendió de la guarda antes de la privación del discernimiento es “responsable concurrente” con el guardián (art. 1758); iii.e) la persona privada de discernimiento que se sirve u obtiene provecho de actividades riesgosas o peligrosas por medio de terceros representantes (progenitores, tutores, curadores) —sea por “su naturaleza, por los medios empleados o por las circunstancias de su realización”— es responsable por vía de esta Sección.

Iguales consideraciones a las expuestas rigen en el caso de “daños causados por animales, cualquiera sea su especie”. El art. 1759 establece

---

(123) BREBBIA, Roberto, ob. cit., t. I, p. 171; PIAGGIO, Aníbal, ob. cit., p. 430; PIZARRO, Ramón D., en BUERES, Alberto J. (dir.), “Código Civil...”, cit., t. 3A, p. 583.

(124) LLAMBÍAS, Jorge J., “Tratado de derecho civil. Obligaciones”, cit., t. IV-A, ps. 593 y ss.

(125) OSSOLA, Federico, “Responsabilidad por daños...”, cit.

que la situación “queda comprendida en el art. 1757 y por ende la responsabilidad es también objetiva” (lo cual hace inaplicable el art. 1721).

## XII. RESPONSABILIDAD POR EL HECHO DE TERCEROS Y EL DEPENDIENTE CARENTE DE DISCERNIMIENTO

i) Cuando se trataba de establecer el fundamento de la responsabilidad del principal por “los daños que causaren los que están bajo su dependencia” (art. 1113, Cód. Civil derogado, párr. 1º), una doctrina clásica —aferrada al dogma de la culpa— lo ubicaba en la mala elección o la mala vigilancia del dependiente o ambas a la vez (culpa *in eligendo* e *in vigilando*) (126).

Descartada la tesis de la culpa como fundamento de la responsabilidad del principal —que conducía a que el principal pudiera excusar su responsabilidad demostrando su no culpa o, al extremo, sostener que se trataba de una presunción de culpa inexcusable (que conducía, a su vez, a una mera ficción de responsabilidad subjetiva)— y sustentada esta en un deber de garantía (es la que cuenta con el respaldo de la mayoría de la doctrina en nuestro país (127) (aunque también se la sustenta en la teoría del riesgo) (128), el corolario era que el principal privado de discernimiento respondía por los daños causados por el dependiente por vía del art. 1113.

---

(126) LLAMBÍAS, Jorge J., “Tratado de derecho civil. Obligaciones”, cit., t. IV-A, ps. 265 y ss.; COLOMBO, Leonardo, “Culpa aquiliana (cuasidelitos), Ed. TEA, 2ª ed., p. 303; SALVAT, Raymundo, “Tratado de derecho civil. Fuentes de las obligaciones”, Ed. TEA, t. IV, ps. 148 y ss.; AGUIAR, Henoch, ob. cit., t. III, ps. 25 y ss.; LAFAILLE, Héctor, “Tratado de las obligaciones”, Ed. Ediar, t. II, ps. 777 y ss.; ACUÑA ANZORENA, Arturo, “Fundamento de la responsabilidad del comitente por el hecho del subordinado y condiciones de ejercicio de la misma”, en *Estudios sobre la responsabilidad civil*, cit., ps. 284 y ss.

(127) BUSTAMANTE ALSINA, Jorge, ob. cit., p. 333; ORGAZ, Alfredo, “La culpa”, Buenos Aires, 1970, p. 169; BOFFI BOGGERO, Luis, ob. cit., t. 5, ps. 618 y ss.; GARRIDO, Roque - ANDORNO, Luis, “El artículo 1113 del Código Civil. Comentado y anotado”, Ed. Hammurabi, p. 17; I Jornadas Provinciales de Derecho Civil de Mercedes (1981); IV Jornadas Bonaerenses de Derecho civil Comercial y procesal (Junín, 1990); COMPAGNUCCI DE CASO, Rubén - WIERZBA, Sandra - RÚA, María I., “Obligaciones civiles y comerciales. Temas fundamentales”, Ed. Abeledo Perrot, p. 181.

(128) BORDA, Guillermo A., “Tratado de derecho civil. Obligaciones”, cit., t. II, ps. 293 y ss.; KEMELMAJER de CARLUCCI, Aída - PARELLADA, Carlos, “La responsabilidad por el hecho de otro”, en MOSSET ITURRASPE, Jorge (dir.), “Responsabilidad civil”, Ed. Hammurabi, p. 347.

En otro orden, cuando se trataba de establecer el alcance de la responsabilidad del principal, un sector de opinión consideraba que era menester el comportamiento culposo o doloso del dependiente (y por ende, voluntario) (129). Empero, un importante sector doctrinal propiciaba que cuando el daño le era atribuido al dependiente en virtud de un criterio de imputación objetivo (v.gr., el daño no justificado causado por el dependiente privado de discernimiento), el deber de responder del principal también actuaba plenamente (130). En rigor, luego del agregado por la ley 17.711 al art. 907, ya no era concebible sostener el argumento que no existía un deber de responder reflejo si no había responsabilidad por el hecho propio y se descreía, además, del argumento que se sostenía en el art. 1123 —que únicamente habilitaba la opción de repetición cuando el dependiente actuaba con culpa— pues ello “no descarta la posibilidad que la responsabilidad refleja dimane de un ilícito objetivo del dependiente”.

Con algunas divergencias, primaba el criterio que la víctima tenía acción contra el autor del daño y el tercero civilmente responsable —conjunta, sucesiva o individualmente— por tratarse de obligaciones concurrentes (131).

Sentado lo expuesto, los interrogantes subsistentes, a mi juicio, eran estos: cuál era el alcance de la garantía?: 1) ¿es la garantía del daño que debe resarcir el autor directo en el sentido que ella acude en beneficio del damnificado con otro deudor ante la eventualidad de la insolvencia del autor?; 2) ¿o la garantía tiene un alcance más amplio consistente en posibilitar la reparación integral de la víctima con independencia de la vo-

---

(129) ACUÑA ANZORENA, Arturo, “Fundamentos de la responsabilidad del comitente por el hecho del subordinado y condiciones de ejercicio de la misma”, *Zeus* 36, doct., ps. 141 y ss.; AGUIAR, Henocho, ob. cit., t. III, ps. 46 y ss.; BUSTAMANTE ALSINA, Jorge, ob. cit., p. 336; LLAMBÍAS, Jorge J., “Tratado de derecho civil, Obligaciones”, cit., t. IV-A, ps. 286 y ss.; ZAVALA de GONZÁLEZ, Matilde, “Responsabilidad por otro. El nuevo artículo 1113”, Ed. Hammurabi, p. 87; CIFUENTES, Santos, “Negocio jurídico”, cit., p. 424.

(130) PARELLADA, Carlos, “Responsabilidad y dependencia”, en *Derecho de daños. Homenaje al profesor Dr. Jorge Iturraspe*, Ed. La Rocca, p. 469; VÁZQUEZ FERREYRA, Roberto, “Responsabilidad del principal por el dependiente”, *JA* 1982-III- 247; MOSSET ITURRASPE, Jorge, ob. cit., p. 309; Dictamen IV Jornadas Bonaerenses de Derecho Civil, Comercial y Procesal (Junín, 1990); BORDA, Guillermo A., “Tratado de derecho civil. Obligaciones”, cit., t. II, ps. 292 y s.

(131) CAZEAUX, Pedro - TRIGO REPRESAS, Félix, ob. cit. t. V, p. 65; LLAMBÍAS, Jorge J., “Tratado de derecho civil. Obligaciones”, cit., t. IV-A, p. 240.

luntariedad o involuntariedad con que actúa el autor directo y por ende del limitado deber de responder del autor involuntario del daño? (132).

ii) El art. 1753 que da comienzo a la secc. 6ª, “Responsabilidad por el hecho de terceros” del cap. I, tít. V del libro tercero, establece tres regulaciones significativas respecto del tema que se considera que concluyen con algunas controversias: 1) “El principal responde objetivamente por los hechos que causen los que están bajo su dependencia”. Resulta de ello que la ausencia de discernimiento del principal no es obstáculo para el funcionamiento de la responsabilidad refleja; 2) “La falta de discernimiento del dependiente no excusa al principal” (párr. 2º); 3) “La responsabilidad del principal es concurrente con la del dependiente” (párr. 3º).

Así las cosas, permanece pendiente el interrogante si la indemnización fijada al autor involuntario, atenuada por razones de equidad, es la suma por la que debe responder el principal (fundado en el factor de atribución objetivo de la “garantía” o, si se quiere, en el factor “garantía con sustento en el riesgo”) o si la condena debe ser integral. El fundamento objetivo (garantía) induce a pronunciarse por la primera alternativa (133).

---

(132) TOBIAS, José W., “La enfermedad mental...”, cit., p. 61.

(133) Es la opinión de ALFERILLO, Pascual, ob. cit., ps. 432 y ss., aunque con la aclaración que la circunstancia de un responsable concurrente es una de las circunstancias a considerar para establecer la indemnización atenuada con fundamento en la equidad.





SE TERMINÓ DE IMPRIMIR EN LA 2DA. QUINCENA DE MARZO DE 2022  
EN LOS TALLERES GRÁFICOS DE "LA LEY" S.A.E. e I. - BERNARDINO RIVADAVIA 130  
AVELLANEDA - PROVINCIA DE BUENOS AIRES - REPÚBLICA ARGENTINA