ACADEMIA NACIONAL
DE DERECHO Y CIENCIAS
SOCIALES DE BUENOS AIRES

INSTITUTO DE DERECHO CIVIL

Director del Instituto: Académico José W. Tobías

ESTUDIOS SOBRE RESPONSABILIDAD CIVIL EN HOMENAJE AL ACADÉMICO JORGE BUSTAMANTE ALSINA

Julio I. Altamira Gigena - Ignacio E. Alterini - Alejandro Borda - Jorge E. Bustamante - Carlos A. Calvo Costa - Alberto C. Cappagli - Juan C. Cassagne - Rubén H. Compagnucci de Caso - Leandro R. N. Cossari - Nelson G. A. Cossari - Miguel F. De Lorenzo - Mariano Gagliardo - Jorge M. Galdós - Dora M. Gesualdi - Juan C. Hariri - Aída Kemelmajer - Luis F. P. Leiva Fernández - José F. Márquez - Graciela Medina - José M. Orelle - Ramón D. Pizarro - Julio C. Rivera - Marcelo U. Salerno - Eduardo A. Sambrizzi - Andrés Sánchez Herrero - Edgardo I. Saux - José W. Tobías - Sandra M. Wierzba - Zulema Wilde

LA LEY

Thomson Reuters™

ACADEMIA NACIONAL
DE DERECHO Y CIENCIAS
SOCIALES DE BUENOS AIRES



INSTITUTO DE DERECHO CIVIL

Director del Instituto: Académico José W. Tobías

ESTUDIOS SOBRE RESPONSABILIDAD CIVIL EN HOMENAJE AL ACADÉMICO JORGE BUSTAMANTE ALSINA

Julio I. Altamira Gigena - Ignacio E. Alterini - Alejandro Borda - Jorge E. Bustamante - Carlos A. Calvo Costa - Alberto C. Cappagli - Juan C. Cassagne - Rubén H. Compagnucci de Caso - Leandro R. N. Cossari - Nelson G. A. Cossari - Miguel F. De Lorenzo - Mariano Gagliardo - Jorge M. Galdós - Dora M. Gesualdi - Juan C. Hariri - Aída Kemelmajer - Luis F. P. Leiva Fernández - José F. Márquez - Graciela Medina - José M. Orelle - Ramón D. Pizarro - Julio C. Rivera - Marcelo U. Salerno - Eduardo A. Sambrizzi - Andrés Sánchez Herrero - Edgardo I. Saux - José W. Tobías - Sandra M. Wierzba - Zulema Wilde

LA LEY

Thomson Reuters™

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 W.
Estudios sobre responsabilidad civil en homenaje al académico Jorge Bustamante Alsina / José W. Tobías. - 1a ed. - Ciudad Autónoma de Buenos Aires : La Ley, 2026.
Libro digital, PDF

Archivo Digital: descarga y online
ISBN 978-987-03-5105-4

1. Derecho. I. Título.
CDD 340

REGISTRO NACIONAL DE LA PROPIEDAD INTELECTUAL: EN TRÁMITE

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 62.

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.
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.
20.- *Conferencias y estudios*, por Héctor P. Lanfranco.
21.- *Tratado de la "jurisdicción" administrativa y su revisión judicial*, por Elías P. Guastavino. 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 – N° 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. Obra en homenaje al académico Santos Cifuentes.*
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.*
22.- Estudios sobre la Persona Humana en homenaje al Académico Guillermo A. Borda (en recuerdo de los 20 años de su fallecimiento y de su última obra con el mismo título que dirigió).
23.- Estudios sobre Responsabilidad Civil en homenaje al académico Jorge Bustamante Alsina.

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.*
4.- Estudios de Derecho Civil. Año 2022.
5.- Estudios de Derecho Civil. Año 2024.

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.
- Estudios de Derecho Empresarial.

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.*
- *El derecho procesal, hoy y mañana.*
- *El complejo recorrido del derecho procesal en el siglo XXI.*

INSTITUTO DE DERECHO DEL TRABAJO Y DE LA SEGURIDAD SOCIAL

- *Ensayos sobre el impacto del nuevo Código Civil y Comercial en los institutos laborales.*
- *Temas de Derecho individual y colectivo del Trabajo y de la Seguridad Social*
- *Estudios en homenaje a los 50 años de la Ley de Contrato de Trabajo.*

INSTITUTO DE DERECHO TRIBUTARIO

- *Constitución y federalismo fiscal.*

ACADEMIA NACIONAL DE DERECHO Y CIENCIAS SOCIALES DE BUENOS AIRES

Presidente
Académico Dr. Alberto B. Bianchi

Vicepresidente
Académico Dr. Eduardo A. Sambrizzi

Secretarios
Académico Dr. Marcelo Gebhardt
Académica Dra. María Elsa Uzal

Tesorero
Académico Dr. Alejandro Borda

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

	Nombre del sitial	*Fecha*
Dr. Juan Carlos Cassagne	Antonio Bermejo	23 octubre 1986
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. Héctor Alegria	Roque Sáenz Peña	9 octubre 2003
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	Nicolás Avellaneda	22 junio 2017
Dr. Alberto R. Dalla Via	Juan Bautista Alberdi	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
Dr. Alejandro Borda	Lisandro Segovia	9 diciembre 2021
Dra. Frida Armas Pfirter	Manuel Quintana	9 diciembre 2021
Dra. María Elsa Uzal	Félix Gregorio Frías	11 agosto 2022
Dr. Juan G. Navarro Floria	Luis María Drago	12 junio 2025
Dr. Dante Cracogna	Rodolfo Rivarola	12 junio 2025
Dr. Miguel F. De Lorenzo	Domingo Faustino Sarmiento	13 noviembre 2025
Dr. Marcelo U. Salerno	Lucio Vicente López	10 diciembre 2025

ACADÉMICOS EMÉRITOS

Dr. Jaime Luis Anaya	14 noviembre 2024

ACADÉMICOS HONORARIOS

Dr. Santiago Muñoz Machado	12 junio 2025

MIEMBROS CORRESPONDIENTES
por orden de antigüedad

		Fecha
Dr. Adolfo A. N. Rouillon	Rosario	25 noviembre 1993
Dr. Carlo Angelici	Italia	22 julio 2004
Dr. Tomás Ramón Fernández	España	12 agosto 2004
Dr. Federico Carpi	Italia	12 mayo 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 Lisitsyn-Svetlanov	Rusia	13 octubre 2011
Dr. Francisco Miró Quesada Rada	Perú	10 abril 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
Dr. Augusto Durán Martínez	Uruguay	25 agosto 2022

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
Dr. Juan Carlos Cassagne	2022/2025
Dr. Alberto B. Bianchi	2025/2028

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 Argúas
Dr. Marco R. Avellaneda
Dr. Gregorio Badeni
Dr. Fernando N. Barrancos y Vedia
Dr. Antonio Bermejo
Dr. Juan A. Bibiloni
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. Enrique M. Falcón
Dr. Horacio P. Fargosi
Dr. José Figueroa Alcorta
Dr. Salvador Fornieles
Dr. Vicente C. Gallo
Dr. Guillermo Garbarini Islas
Dr. Horacio A. García Belsunce
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 Ibarguren
Dr. Eduardo Labougle
Dr. Héctor Lafaille
Dr. Héctor P. Lanfranco
Dr. Hilario Larguía
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. Alberto Rodríguez Varela
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 Saravia
Dr. Juan Silva Riestra
Dr. Sebastián Soler
Dr. Victor Tau Anzoátegui
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

Proemio
Por José W. Tobías..... 1

Invitados especiales

Semblanza paterna
Por Jorge Eduardo Bustamante..... 5

Responsabilidad colectiva
Por Dora Mariana Gesualdi 13

La escuela del derecho francés en el siglo XX. Su influencia en la doctrina nacional
Por Marcelo Urbano Salerno 35

Académicos de la Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Córdoba

Breves reflexiones acerca de la indemnización por responsabilidad estatal
Por Julio Isidro Altamira Gigena..... 53

La responsabilidad patrimonial del funcionario público en el Código Civil y Comercial y en la ley 26.944
Por Ramón Daniel Pizarro..... 69

Unificación de la responsabilidad contractual y extracontractual. El pensamiento de Bustamante Alsina
Por José Fernando Márquez 93

Académicos de la Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Buenos Aires

La antijuridicidad, ¿sigue siendo un presupuesto para el resarcimiento del daño?
Por Alejandro Borda 115

La falta de servicio como factor de atribución de la responsabilidad del Estado
Por Juan Carlos Cassagne 135

El ideario de la mora en la concepción de Bustamante Alsina
Por Mariano Gagliardo 143

El vicio de error en las relaciones de consumo
Por Julio César Rivera 153

La denominada subsidiariedad de la obligación de indemnizar nacida del incumplimiento y otros temas conexos. Dialogando con Jorge Bustamante Alsina
Por Aída Kemelmajer 179

Responsabilidad civil. Concepto, naturaleza y elementos
Por Rubén H. Compagnucci de Caso 221

Responsabilidad por la omisión de reconocer al hijo extramatrimonial
Por Eduardo A. Sambrizzi 241

Transexualismo
Por José W. Tobías 257

Miembros del Instituto de Derecho Civil

La cláusula penal compensatoria
Por Andrés Sánchez Herrero 287

Reflexiones sobre la ilicitud en la responsabilidad civil: los aportes de Jorge Bustamante Alsina
Por Carlos A. Calvo Costa 311

La prevención del daño en el ámbito contractual
Por Miguel Federico De Lorenzo 327

La Cuarta Revolución Industrial. Neurociencias, neurotecnologías y neuroderechos
Por Jorge Mario Galdós..... 347

Efectos del ejercicio abusivo de derecho
Por Juan Carlos Hariri..... 381

El contrato de claque y la responsabilidad civil
Por Luis F. P. Leiva Fernández..... 393

El fraude entre cónyuges mediante sociedades
Por Graciela Medina..... 417

El elemento subjetivo en la responsabilidad civil
Por José M. Orelle 437

Algunas consideraciones en orden a la responsabilidad colectiva
Por Edgardo Ignacio Saux..... 473

Responsabilidad civil por daños causados a la salud en tiempos de inteligencia artificial
Por Sandra M. Wierzba 503

Robots e inteligencia artificial. Su regulación legal
Por Zulema Wilde 525

La prevención del daño dentro del sistema de la propiedad horizontal
Por Nelson G. A. Cossari y Leandro R. N. Cossari 539

Alcances del caso fortuito. Con especial referencia a las obligaciones de fuente contractual
Por Ignacio E. Alterini..... 553

Miembro del Instituto de Derecho Empresarial

Los llamados buques autónomos: ¿responsabilidad civil subjetiva?
Por Alberto C. Cappagli 579

Proemio

Por José W. Tobías

Por decisión de sus miembros, el Instituto de Derecho Civil de la Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Buenos Aires resolvió que los Estudios sobre Responsabilidad Civil o temas conexos se realizaran en homenaje al Académico Dr. Jorge Bustamante Alsina. Participan del homenaje con sus aportes tres invitados especiales (un hijo del homenajeado —Jorge Eduardo Bustamante—, Dora Gesualdi y Marcelo Salerno); tres académicos de número de la Academia Nacional de Derecho de Córdoba (Julio Altamira Gigena, Ramón D. Pizarro y José F. Márquez); siete académicos de número de nuestra Academia (Mariano Gagliardo, Alejandro Borda, Aída Kemelmajer, Julio César Rivera, Rubén Compagnucci de Caso, Juan Carlos Cassagne y José W. Tobías) y trece miembros del Instituto de Derecho Civil (Andrés Sánchez Herrero, Carlos Calvo Costa, Miguel F. De Lorenzo, Juan Carlos Hariri, Luis Leiva Fernández, Graciela Medina, José M. Orelle, Edgardo I. Saux, Jorge Galdós, Sandra Wierzba, Zulema Wilde, Nelson junto con Leandro Cossari e Ignacio Alterini) y un miembro del Instituto de Derecho Empresarial (Alberto Cappagli). ¡Nada más justo que estos periódicos homenajes a los grandes maestros de derecho privado!

Invitados especiales

Semblanza paterna

Por Jorge Eduardo Bustamante

Hace algunos años, una joven abogada se sorprendió de que yo fuera hijo de "Bustamante Alsina" y me preguntó:

—¿Bustamante Alsina, existe? ¿Es una persona, además del libro?

—Por supuesto, yo lo veo todos los días, cuando se levanta, cuando se viste, cuando almuerza con nosotros y también cuando escribe sus libros.

Ese diálogo que nunca olvidé me sugiere hacer ahora una semblanza de mi padre, siendo yo su solo hijo varón, en lugar de cumplir con la invitación del comité organizador, escribiendo sobre derecho civil. Ya con más de 80 años, me acerco a la edad en que él nos dejó y consciente de ser el único que guarda los recuerdos que evoco en estas líneas, los comparto aquí, para dar un contexto humano a la abstracción de su pensamiento. Sepan disculpar esta nota con aspectos cotidianos, quizás no propios de la academia, pero he cedido a la insistencia dela memoria por hacerlos perdurar y evitar que se extingan conmigo.

Mi padre nació en 1913 y se crio huérfano del suyo. No porque éste hubiese fallecido, sino porque el matrimonio entre Julio Bustamante y Julia Alsina se disolvió poco tiempo después de nacer papá en Buenos Aires. Y su madre, dama correntina de abanico y carnet de baile, regresó con sus dos pequeños hijos a la gran casa colonial que su padre, Fermín Alsina, tenía en la ciudad de Corrientes, frente a la Plaza Mayo. Allí se ubicaban (y aún se ubican) la Iglesia de la Merced, la Gobernación, la Legislatura, la Jefatura de la Policía y la Escuela Sarmiento. Don Fermín era un abogado destacado, hijo del coronel homónimo que encabezó las tropas correntinas en la batalla de Caseros, esposo de Carmen Ferré, una de las cinco damas que fueron cautivas en la Guerra del Paraguay (1865).

Digresión: mi padre siempre se sintió muy Alsina y por eso agregó ese apellido al Bustamante. No solo por aquella infancia correntina, sino también porque se inició en el estudio de su tío, Ramón M. Alsina (1885-1970),

una eminencia de su tiempo, con lentes pince-nez y reloj con cadena, profesor de filosofía del derecho y ex decano de la facultad (1945). Por otro lado, su tío abuelo Hugo Alsina había sido autor del tratado de derecho procesal (1941) más conocido entonces.

En Corrientes pasó su infancia, rodeado de tías, primos y entenados, en épocas del cine mudo con pianito, de barcos fluviales a ruedas, tranvías a caballo y hasta la pelea Firpo-Dempsey que escuchó en radio a galena en 1923. Acumuló mil anécdotas que luego compartió con sus hijos y yo, con los míos. Asistió a la Escuela Sarmiento y allí aprendió las primeras letras que luego convirtió en preciso lenguaje jurídico.

Digresión. En ocasión de las Jornadas de Derecho Civil de 1985, celebradas en esa ciudad, recorrió esos lugares de infancia en compañía de otros juristas amigos, quienes se regocijaron con sus anécdotas. Marco Aurelio Risolía lo instó a relatarlas en un libro que nunca se plasmó pero que integraron la tradición oral de nuestra casa.

En 1925 (tenía 12 años) falleció el abuelo Fermín y quedaron sin su protección. La casa se vendió y hubo que desalojarla. Papá, su hermana y su madre quedaron a la intemperie y fueron acogidos por tíos Bustamante, quienes los ubicaron en su departamento de Buenos Aires, como pudieron, hasta 1929. Ese año la familia creció y a los tíos les faltó lugar. Acacio Rodríguez, un personaje digno de García Márquez, tío abuelo y ex intendente de Chacabuco, los recibió en su estancia Santa Lucía. La condición era que mi padre (16) trabajase de peoncito para ganar el sustento de los tres. Durante ese año el futuro académico asistió, a caballo, a una escuela rural próxima al campo.

Según me contó —cuando yo remoloneaba en la cama algún feriado—, se levantaba antes del amanecer para preparar los mates y calentar el asado de la noche anterior para el personal. Al ponerse el sol, muerto de miedo, debía atravesar el campo, montado, para cerrar las tranqueras. Nunca quiso regresar a Chacabuco a visitar Santa Lucía, aunque se lo propuse muchas veces, sesenta años más tarde.

A los 17 logró un empleo en Buenos Aires en la empresa vial Barberis Hnos., que construyó la ruta 7 a Luján, y con eso pudo pagar el alquiler de un pequeño departamento en la calle Austria, donde vivieron los tres hasta que se casó. Sería 1930, pues recordaba a los cadetes del Colegio Militar marchando en aquella revolución. Completó la secundaria en el colegio Sarmiento, cursando el turno noche. Estudiaba al regresar a su casa, en la cocina, donde su madre lo esperaba con la cena.

Hizo su carrera de abogado en la antigua Facultad de Derecho de la avenida Las Heras, en el edificio neogótico e inconcluso diseñado por Arturo Prins. Me contaba que en la biblioteca donde estudiaba volaban los murciélagos rasantes sobre los pupitres. En ese tiempo conoció a mi madre Cora Segura en una reunión en casa de Boy Olmi, padre del actor homónimo. Ella cursaba su profesorado en Letras en la Escuela Normal No. 1, de la avenida Córdoba, frente al edificio de Obras Sanitarias.

Digresión. Mamá tenía una historia familiar muy distinta. Mientras papá era bien moreno por sus raíces criollas (lo llamaban "el Negro" Bustamante), ella era hija de Clemente Segura, llegado de España como polizonte en 1906. Con tesón y habilidad, mi abuelo llegó a tener una pequeña empresa de calzado liviano (alpargatas) que prosperó y le permitió dar la mejor educación a sus hijos. Valga mencionar que ese polizonte, cuando mi padre lo conoció, tenía una discoteca de música clásica que escuchaba cada noche (mi padre también, tomado de la mano de mamá, cuando la visitaba), escribía cortas obras de teatro, jugaba al golf, se vestía en la casa Félix y fue tesorero del mejor club de tenis de Buenos Aires. Esa era la Argentina del progreso.

Estuvieron de novios muchos años, pues papá se recibió primero de procurador, para poder trabajar y luego de abogado, en 1939. Su último examen fue Derecho Internacional Privado, en la mesa de su admirada y querida Margarita Argúas, la primera mujer que integró la Corte Suprema. Años después, ese afecto lo trasladó a Aída Kemelmajer, ex jueza del tribunal superior de Mendoza, de quien se sintió amigo y que también ha colaborado en esta obra. Espero se emocione con estas líneas.

Digresión. Otro recuerdo golpea la puerta de mi memoria y se resiste a ser olvidado. El 12 de junio de 1935 papá salió de la Facultad de Derecho de Las Heras y compró la 5ª edición de La Razón. Allí encontró, en su portada, una gran nota sobre la firma de la Paz del Chaco, con una foto del "beso de las banderas". Una de esas banderas la sostenía su novia, la mejor alumna normal elegida para representar a la Argentina.

Se casaron en 1942 y, como era tiempo de guerra, tuvieron su luna de miel en Bariloche, adonde llegaron en tren. Yo nací el año siguiente. Para ese entonces, tuvieron su primer departamento en la calle Charcas 2074 casi Junín, a metros de la facultad de Odontología.

Papá siempre estuvo ligado a la docencia. Comenzó su carrera como ayudante de cátedra, mientras hacía su doctorado bajo la supervisión del profesor Héctor Lafaille, autor del proyecto de reforma del Código Civil en 1936. Una vez graduado de abogado y para completar sus ingresos,

enseñó historia argentina en el Colegio Nacional Justo José de Urquiza, en Flores, adonde iba dos veces por semana muy temprano.

Digresión. Era de tradición liberal y laicista, como su abuelo Fermín Alsina, admirador de Mitre e impulsor del progreso en Corrientes. Se sentía identificado con los próceres de la Organización Nacional y con el general Roca. Como yo asistía a un colegio marista, tuve una primera inclinación por el rosismo y fue él quien me introdujo a la lectura de Sarmiento, Alberdi, Juan María Gutiérrez y Eduardo Wilde.

Mi padre fue profesor adjunto de José "Pepe" Bidau y luego de Roberto Martínez Ruiz en la cátedra de Derecho Civil I, Parte General. Años más tarde, ganó por concurso la titularidad de Derechos Reales, materia que enseñó un par de años, hasta acceder a la cátedra de su verdadera pasión, Derecho Civil II, Obligaciones. Según muchos, la espina dorsal de todo el derecho privado. Recuerdo que, cuando yo cursaba mi carrera (1962-1967), algunas veces entré a la gran aula donde él dictaba clases. Era la más concurrida de todas, quizás por su carisma personal y claridad expositiva. Otros dirán que era más fácil su mesa de examen que la de Boffi Boggero. No lo creo.

Como quería leer a los grandes autores del derecho francés en su idioma original, tomó clases nocturnas en la Alianza Francesa de la avenida Córdoba, luego de terminar sus tareas en el estudio en la calle Uruguay 466 (actual Procuración General de la Ciudad), compartido con su tío, el Dr. Ramón Alsina.

Lo hizo con tanto entusiasmo que, cuando visitó París por primera vez en 1955, cuenta mi madre que bajó del avión y besó su suelo. Al tomar el taxi parisien, le iba indicando al conductor las calles, que conocía de memoria de tanto estudiar sus mapas. Una especie de Waze *avant la lettre*. En casa recibíamos con excitación el *Paris Match* semanal, que llegaba doblado por la mitad y cuyas tapas con imágenes de De Gaulle y la guerra de Indochina nos transportaban a un mundo distante, ya que no había todavía televisión.

Digresión. En 1963 (cumplió 50) viajamos a Europa en familia y en París me llevó a la famosa Rue Soufflot, cerca del Panteón, donde están las grandes librerías jurídicas, como Dalloz y la Librairie Générale (LGDJ), que eran como su casa y lo conocían. Compraba libros que luego le llegaban a casa por correo. También me llevó a los tribunales ("Palais de Justice") en la Île de la Cité, cerca de Nòtre Dame. Allí asistimos a una audiencia cualquiera, con jueces y abogados con toga, pero sin pelucas.

Ese vínculo con la doctrina francesa fue muy importante en su vida. Y yo aprendí, como los siete reyes de Roma, los nombres de los autores cuyas obras lucían, en ediciones de cuero, en su biblioteca: Aubry et Rau, Baudry-Lacantinerie, Capitant, Demogue, Demolombe, Josserand y Saleilles, Marcadé, los hermanos Mazeaud, el antiguo Pothier y la dupla Planiol-Ripert.

Recuerdo cuando tuvo su "epifanía", quizás por influencia de René Savatier, al advertir que la responsabilidad civil derivada del incumplimiento contractual o de los ilícitos civiles podía ser estudiada de forma conjunta, pues la regían los mismos principios. Y así, creo que fue el primero en tratar la "responsabilidad civil" como una disciplina autónoma, también llamada luego "derecho de daños".

Tenía sus rutinas diarias de caminar entre su estudio en la avenida Córdoba 1367, donde ejercía su profesión solo, con su secretario Bruno Kolkowski; su casa en la avenida Callao 2057 y la Facultad de Derecho de Figueroa Alcorta. A veces tenía audiencias en San Martín o San Isidro o bien, reuniones en lugares distantes del conurbano. Los fines de semana no solía salir, ni jugaba al golf. Los pasaba en compañía de mamá, quien tejía o leía, preparando clases, corrigiendo exámenes, leyendo publicaciones o redactando notas para La Ley (de Oliva Vélez); Jurisprudencia Argentina o la recién nacida editorial El Derecho. Sus libros siempre fueron editados por Abeledo Perrot, a quienes traté personalmente en su local de la calle Lavalle.

En el ejercicio profesional, papá era sumamente cuidadoso de las normas de ética, no solo de las escritas, sino también de sus convicciones. Recuerdo cuando me enseñó que no había que visitar a los jueces, pues todo lo que debía decirse, estaba en el expediente. Asimismo, era cuidadoso en la redacción de sus escritos. Aborrecía los textos cargados de citas y vaguedades. Su estilo era preciso y conciso. De la misma manera actuaba en las audiencias. Era leal con sus colegas y recuerdo cuando un abogado conocido le acusó una negligencia y eso le quitó el sueño. El juez resolvió a su favor pues "no iba a perder el derecho por una cuestión formal".

Agrego aquí otra anécdota. En 1961 falleció una importante clienta del estudio, viuda de un hombre muy rico que mi padre había atendido por muchos años. Mi madre fue su confidente y amiga. Carecía de hijos o parientes cercanos y cuando llegó el momento de testar, quiso designar a papá como heredero universal, quien lo rehusó pues su sensibilidad le impedía aceptar un patrimonio semejante en base a un vínculo basado en su profesión.

Dedicó mucho tiempo a su querido Colegio de Abogados de la calle Montevideo, en cuyo directorio ingresó bajo la presidencia de Alejandro Lastra (1961). Recuerdo que llamaba "jóvenes" a la generación siguiente, que encabezaban Oscar Alvarado Uriburu y Ernesto O'Farrell, quienes lo presidieron más tarde. Cuando fue invitado a integrar la Academia de Derecho, en el sitial de Vélez Sarsfield, me dijo con una sonrisa irónica: "Es un honor vitalicio y ese sitial solo lo dejaré recién cuando muera".

Sus años de docencia transcurrieron pacíficamente hasta 1973, cuando asumió Héctor Cámpora y la vida universitaria se alteró, con activismo político e interrupciones de clases por grupos ajenos a las casas de estudios. Mi padre no fue ajeno a esos avatares. Ese mismo año pudo defender físicamente a Roberto Alemann, profesor de economía, quien fue abucheado desde el aula hasta la sala de profesores, donde fue empujado por un grupo de exaltados. Mi padre se interpuso y, afortunadamente, varios de ellos lo reconocieron, pues eran sus alumnos y la acción se disolvió, pudiendo Alemann retirarse sin ser golpeado.

El rector de la UBA, Rodolfo Puiggrós, designó como decano de Derecho a Mario Kestelboim. Después de haber sufrido varias interrupciones de sus clases, mi padre fue a verlo para presentarle su renuncia. Kestelboim le rogó que se quedara, para mantener el nivel de excelencia que caracterizaba a la facultad. Mi padre aceptó, pero al poco tiempo las acciones violentas continuaron y Kestelboim le reconoció que no podía controlarlas. Desde 1974 hasta 1976 se alejó de la facultad. Cuando asumió el gobierno militar, el nuevo rector de la UBA, ingeniero Alberto Constantini, lo invitó a reintegrarse a la facultad, junto a otros profesores que también habían renunciado y mi padre aceptó. Constantini propuso que el decano fuera sugerido por el claustro de profesores y éstos, por unanimidad, eligieron a mi padre. Pero duró poco.

Ese mismo año, estalló una bomba atribuida a Montoneros en la puerta de su estudio, haciendo volar la puerta, dañando muebles y ventanas. Por suerte, papá ya había salido. Al día siguiente recibió un llamado anónimo (por la línea fija de casa) amenazándolo con detalles de mis hermanas, entre otras cosas. Mi padre sintió que no podía exponerlas y renunció. Al cumplir 65 años (1978), debió dejar su cátedra regular para convertirse en profesor consulto, lo que no le gustó nada pues sentía energía para seguir enseñando como antes.

Como había tenido una niñez trashumante, sin verdaderos compañeros de escuela, su núcleo de amistades se formó a través de los intereses comunes. Como dijo mi amigo Alejandro Carrió, recordando a Genaro, su padre, quien recibía en su casa a las mejores mentes del derecho

y la filosofía: "cuando era chico, yo creía que toda la gente era así". De la misma manera, también yo creía eso cuando papá y mamá recibían habitualmente a "Pepe" Bidau, a Aquiles Guaglianone (y sus hijas), al también "Pepe" López Olaciregui, a Marco Aurelio Risolía, a Francisco "Pancho" de la Vega, a Pedro "Peter" Perissé, a Federico "Bocha" Videla Escalada, a Alberto Schoo, a Miguelito Sussini y a José Domingo "Pepe" Ray, entre otros.

Después de que él falleció, indagué nuestro pasado e hice una historia familiar. Al hacerlo, descubrí lo siguiente. Mi padre no tuvo referencia paterna y, entonces, tomó como modelo a su abuelo, Miguel Bustamante (1854-1925). Según la tradición oral de la familia, el abuelo Miguel era un patriota, amigo de Bartolomé Mitre y se había destacado en roles públicos en Chivilcoy y luego, en Sauce Corto (Coronel Suárez). Allí había levantado una caballada en previsión de una guerra por límites con Chile (1898) que nunca ocurrió. Cuando enviudó en 1904 y se instaló en Buenos Aires, los días 26 de junio llevaba a sus hijos, con las mejores galas, a saludar al general Mitre a su casa de la calle San Martín, ahora Museo Mitre, en su cumpleaños.

Digresión. Al investigar esa historia, descubrí que también el "abuelito Miguel", como lo llamaba papá, había sido huérfano, pues su padre, Gregorio, murió el mismo año de su nacimiento. También Miguel —como papá— quedó a cargo de su madre y sus hermanas, en la ciudad de Chivilcoy (ejemplo de progreso según Sarmiento) pero sin ningún referente masculino. Ese referente, para él, fue Bartolomé Mitre, la personalidad más destacada de su época, a quien conoció personalmente cuando solo tenía 20 años. Sabiendo que Mitre regresaba a Buenos Aires como prisionero del ejército nacional, luego de ser derrotado en la batalla de La Verde (1874), el joven Miguel Bustamante se acercó al campamento con amigos, a caballo desde Chivilcoy para presentarle sus respetos. Allí fueron recibidos por el general Ignacio Rivas, quien les dio acceso a la tienda de campaña de Mitre. Emocionado, los estrechó en un abrazo. De modo que, por un carácter transitivo que mi padre ignoró, tuvo como modelo de su vida al mismísimo don Bartolo.

Con este párrafo cierro esta semblanza íntima del homenajeado, mi padre. Solo espero que cumpla con mi propósito de dar un contexto humano al profesor emérito y académico que, como todos, tuvo una vida personal que completa la comprensión de su obra.

Responsabilidad colectiva

Por Dora Mariana Gesualdi

I. Introducción

La elección del tema se debe a que el homenajeado —eximio jurista— fue pionero en el tratamiento del análisis de la responsabilidad colectiva en nuestro país.

Sean entonces estas breves líneas un sentido tributo a un gran Maestro del Derecho. Tuve el honor de ser adjunta en su Cátedra de Obligaciones de la Universidad de Buenos Aires y me unía a él un profundo lazo de amistad.

II. Derecho extranjero

Antes de adentrarnos en el tratamiento de la cuestión que nos ocupa, daremos un panorama del derecho comparado.

En el derecho francés, tanto la jurisprudencia como la doctrina mantuvieron durante mucho tiempo el principio de la responsabilidad individual, porque de otro modo podría llegarse a condenar a un inocente. Cabe resaltar que fue Geneviève Viney [1] que se inclina hacia la solidaridad de todos los miembros del grupo del que hubiere formado parte el causante del hecho lesivo, pese a que la autora habla de responsabilidad *in solidum* de los miembros de un grupo cuya acción perjudicial no es individualmente imputada. Acota Viney que, si la responsabilidad civil se contempla desde el lado del autor del daño y como una sanción de sus actos reprobados, la solución jurisprudencial es inatacable. Pero, si en

(1) De Ángel Yagüez, Ricardo, "La Responsabilidad Civil", ed. Universidad de Deusto, Bilbao, pág. 299, donde cita el trabajo de la autora mencionada: "Le dèclin de la responsabilitè individuelle", 1965.

cambio, se apunta a la reparación, en donde se valoran los derechos de la víctima, tal conclusión puede refutarse. Estimamos que ello es así pues la función esencial de la responsabilidad no es el castigo por los actos injustos, sino la justa reparación de los daños injustos [(2)].

La jurisprudencia francesa tuvo oportunidad de decidir numerosos casos de daños causados por un miembro no individualizado de un grupo determinado no personalizado, y fue, de tal suerte, más allá de la responsabilidad individual, donde se exige la demostración de la relación causal entre el sujeto y el perjuicio, para lograr un verdadero resarcimiento que favoreciera a la víctima, admitiendo, por esa conducta, la responsabilidad colectiva.

Así, cabe mencionar la sentencia de la *Cour d´Appel de Aixe, Provence* del 6 de junio de 1950, recaída en un asunto en el que cuatro muchachos causaron un daño a otro, cuando los primeros jugaban lanzándose piedras "en condiciones de imprudencia y de torpeza que son imputables a todos". Ya se había introducido esta tendencia en una sentencia del Tribunal de Burdeos del 13 de octubre de 1936, en que les era común". Esta sentencia fue revocada por el Tribunal de Casación la que con referencia a un accidente de caza los jueces declararon que los cazadores habían cometido "una culpa colectiva al crear por su formación, una zona peligrosa que les era común". Esta sentencia fue revocada por el Tribunal de Casación [(3)].

Esa culpa común a la que aluden los tribunales franceses a veces reside en el hecho de haberse agrupado o en las circunstancias en que el hecho se ejecutó (art. 1382) o bien dicha culpa se basa en la guarda común de la cosa que originó el daño (art. 1384).

Bustamante Alsina relata que un fallo de la Corte de Riom, confirmado por la 2da. Cámara Civil de la Corte de Casación, resolvió un caso en el cual hizo aplicación de la responsabilidad colectiva al condenar a todos los miembros de un grupo ante la imposibilidad de individualizar al autor del daño. Se trata de la agresión en un campo de *scout*s por una banda de jóvenes. Un *scout* había sido herido por una piedra, y en la incertidumbre sobre la identidad del autor, se condenó a los distintos participantes en proporciones variables [(4)].

---

(2) Bustamante Alsina, Jorge, "Teoría general de la responsabilidad civil", ed. Abeledo-Perrot, 1997, número 1718, pág. 614.

(3) De Ángel Yagüez, Ricardo, ob. cit., pág. 300 y su nota 48.

(4) Bustamante Alsina, Jorge, ob. cit., número 1736, c), pág. 619.

Estimamos correcta la crítica efectuada a la fundamentación de la sentencia por López Cabana y Lloveras, cuando dicen que la cuestión se observa desde el ángulo de la víctima y se aplica la "equidad" y el "buen sentido" para atribuir responsabilidad a cada uno de los participantes [5].

También en el derecho español encontramos aplicación de este tipo de responsabilidad por parte de los tribunales. Allí la mayoría de la doctrina tiende a aceptar una responsabilidad solidaria de cada uno de los participantes del grupo, salvo que uno pruebe que no causó el perjuicio [6].

Entre los casos sentenciados podemos citar las sentencias de la Audiencia Territorial de Burgos del 4 de diciembre de 1980 y de Palma de Mallorca del 24 de enero de 1981. Analizaremos cada una de ellas, y veremos que no siempre la jurisprudencia aceptó la responsabilidad colectiva.

En el primero se trataba de dos niños que se hallaban disparando ambas escopetas de aire comprimido. Un proyectil dio en el ojo izquierdo de un tercer niño, ocasionándole casi la total pérdida de la visión. El padre de la víctima accionó contra los padres de los restantes niños. El Juzgado de Primera Instancia de Laredo, el 30 de septiembre de 1978, desestimó la demanda por no haberse probado qué niño había efectuado el disparo que provocó el accidente. La Audiencia Territorial de Burgos, a través de una sentencia del 4 de diciembre 1980 confirmó el fallo anterior.

En el segundo caso enjuiciado por la Audiencia Territorial de Palma de Mallorca dos niños tiraban piedras antes de entrar a la escuela a un tercero sin que lograran causarle daño alguno, pero sin que se pudiera determinar cuál arrojó la piedra que le causó daño a otro que tuvo que ser objeto de enucleación quirúrgica. El Juzgado de Primera Instancia de Inca, desestimó la demanda por no haberse probado cuántos niños participaron en el hecho y cuál había sido el autor del hecho. Por el contrario, la Audiencia Territorial estimó que, de todos los niños participantes, sólo se acreditó que los hijos de los demandados fueron los que lanzaron piedras, aunque dejó sentado que no se había probado de cuál de ellos había surgido la piedra causante del daño. Asimismo, consideró que no tenía fundamento en la teoría del riesgo creado, sino en razón de la finalidad que perseguía dañar al que no alcanzaron, concluyendo que la responsabilidad devenía solidaria, con arreglo a las normas que rigen la

---

(5) López Cabana, Roberto M. y Lloveras, Néstor, L., "La responsabilidad colectiva" ED, t. 48, pág. 800.

(6) De Ángel Yagüez, Ricardo, ob. cit., ed. Civitas, Madrid 1993, pág. 876.

responsabilidad de los padres por los actos dañosos de sus hijos menores (art. 1903, párr. 2do. del Cód. Civil). (7)

En el Derecho alemán la cuestión está regida por el parágrafo 830 del BGB. Por un lado, alude al aspecto penal del problema. Es el caso de complicidad o coautoría en el que promedia el dolo penal —y aún el dolo que no importa la configuración típica del delito penal— (para la complicidad basta con el apoyo psíquico del cómplice al autor material). En supuesto análogo no tiene trascendencia la relación causal individual con relación al autor, instigador, cómplice o coautor, pues son todos responsables por la voluntad de coparticipación: el que quiera una acción ilícita debe responder sin más de las consecuencias. Pero cuando no hay dolo sino culpa o riesgo la solución del artículo 830 es menos estricta, pues en dicho supuesto se imputa a cada participante del grupo el daño total, excepto que se pueda acreditar quién causó el daño —daño anónimo— (8).

El Código japonés se encuadra entre aquellos que tienen una norma general como ya lo expusiera con anterioridad (9).

Establece, en lo atinente a los daños causados por varias personas conjuntamente, que, si dos o más personas causaron daños a un tercero mediante la comisión de un acto ilícito realizado en común, quedarán obligados solidariamente a la indemnización de daños y perjuicios. Asimismo, se procederá cuando no se pueda saber cuál de los coautores causó el daño con su comportamiento. Los inductores y cómplices se tendrán por coautores. (10)

En punto al Código de las Obligaciones de Polonia, cabe acotar que se incurre en la contradicción que supone el decir que el daño ha sido

---

(7) De Ángel Yagüez, Ricardo, "Indeterminación del causante de un daño extracontractual" (Sentencias de la Audiencia Territorial de Burgos del 4 de diciembre de 1980 y de Palma de Mallorca del 24 de enero de 1981, En Revista General de Legislación y Jurisprudencia, t. LXXXVI de la Segunda Época, número 1, enero 1983, pág. 23 y siguientes.

(8) Bueres, Alberto J., "La responsabilidad colectiva (arts. 1760,1761 y 176 del Código Civil y Comercial de 2014)" en "Revista de Derecho de Daños", "Acciones colectivas de Daños", ed. Rubinzal-Culzoni, Santa Fe, 2015-3, págs. 72 y 73.

(9) Gesualdi, Dora M., en "Responsabilidad por daños", Libro en Homenaje a Jorge Bustamante Alsina, ed. Abeledo Perrot, Buenos Aires, 1990, t. 2, pág. 142.

(10) Bueres, Alberto J., ob. cit., pág. 73

causado por varias personas, pero admitiendo que sólo algunas de ellas han contribuido a producir dicho perjuicio [11].

Respecto al Código holandés podemos destacar diversas interpretaciones. En efecto, el texto establece que "si un miembro de un grupo de personas causa injustamente un daño, y si el riesgo de causar ese daño debería haber prevenido a dicho grupo de personas sobre su conducta colectiva, ellas son solidariamente responsables, si la conducta les puede ser imputada" (art. 166, Libro 6, cap. 3), considera que hay una sola persona causante del daño, pero la probabilidad de causarlo debió haber disuadido de actuar a todos los integrantes. Deben responder todos, más que por razones de causalidad, por razones de organización de la actividad peligrosa. De su lado, De Ángel Yagüez se vale de una traducción realizada en inglés, que no alude a la posibilidad de disuadir a los partícipes ante la inminencia del daño, sino que el texto exige como condición que es "seguro" que el susodicho daño es consecuencia de uno de los partícipes, pese a que éste sea incierto [12].

III. Tratamiento del tema en los Códigos del Mercosur

Creo que el tema merece una consideración, ya que antes del nuevo Código Civil y Comercial de la Nación, la cuestión había sido tratada por numerosos códigos.

Bajo esa luz podemos mencionar que las *actiones vel deiectis effusis* han sido recogidas por los Códigos Civiles del Mercosur (Argentina, art. 1119; Brasil, art. 1529; Paraguay, art. 1581; Uruguay, art. 1330; Chile, art. 2328). cuando una cosa cae, o es arrojada, desde un edificio, son responsables todos sus habitantes.

Pero la regulación tiene sus matices: a) los Códigos argentino, uruguayo y chileno establecen expresamente que la indemnización se divide entre ellos; b) los Códigos uruguayo y chileno sólo hacen responsables a quienes habitan "la misma parte del edificio" de la cual cayó o fue arrojada la cosa (fue el criterio adoptado en la Argentina por los Proyectos de Código Único de 1987 —art. 1118—, de la Cámara de Diputados de 1993 —art. 1118— y del Poder Ejecutivo de 1993 —art. 1593—), c) los Códigos argentino, uruguayo y chileno le asignan responsabilidad

(11) Gesualdi, Dora M., ob. cit., pág. cit.

(12) Bueres, Alberto J., ob. cit., pág. 74 y sus citas 19 y 20.

exclusiva a quien resulta ser el autor del hecho dañoso , en tanto los Códigos brasileño y paraguayo no hacen salvedad alguna.

Asimismo Alterini destaca que en los proyectos de reforma fue adoptada alternativamente la idea de *daño anónimo*, que asigna carácter de eximente de responsabilidad a la mera "identificación del causante del daño" (Proyecto de la Cámara de Diputados de 1993), que —fundada en la atribución de responsabilidad por creación del riesgo— no da relevancia a esa individualización, y sólo permite la liberación de quien "demuestre que no participó en la causación del daño"(Proyecto de Código Único de 1987 —art. 1119—, Proyecto del Poder Ejecutivo nacional de 1993 —art. 1594—).

Alterini, al parecer, cree que hay un daño anónimo y, por otro, un daño del grupo que no permite la identificación. Contrariamente, Bustamante Alsina, Mosset Iturrraspe y Bueres piensan que la responsabilidad colectiva propiamente dicha permite que el imputado se libere identificando al causante del daño, ya que en tal causal el fundamento de la responsabilidad *es que el riesgo de que el daño no quede en el anonimato* [13].

Por el contrario, como veremos más adelante, cuando el fundamento radica en la calidad riesgosa del grupo *per se* (por ejemplo, en el caso de las patotas), supuesto en que la identificación es irrelevante, la responsabilidad de todos puede correlacionarse con la coautoría, la complicidad, la instigación, etcétera [14].

---

(13) Gesualdi, Dora M., "La responsabilidad de los miembros de un grupo que desarrolla una actividad riesgosa para terceros" en Revista de Derecho de Daños, "Acciones colectivas de daño", ed. Rubinzal Culzoni, Santa Fe, 2015-3, págs. 217 y 218. Ver también al tratar los Código del Mercosur: ALTERINI, ATILIO A., "La responsabilidad extracontractual en los Códigos Civiles del Mercosur" en DJ del 21.-5-97, año XIII, n° 19, separata, págs. 141 y 142; REYNA, CARLOS A., "Daños causados por una pluralidad de personas" en "Revisa de Derecho de Daños", ed. Rubinzal Culzoni, Santa Fe, N° 2015-2, págs. 277 a 279.

(14) Bueres, Alberto J., "Responsabilidad civil de los médicos" 2da. Ed. Hammurabi, Buenos Aires, 1994, t. 2, págs. 92 a 94, El autor señala que si el riesgo del grupo razonablemente consiste en que el autor del daño permanezca en el anonimato (caso de los médicos que integran o no integran un equipo, pero que conforman una unidad o que concretan una pluralidad de procederes cohesionados) es claro que no puede negarse al agente la facultad de demostrar quién fue , verdaderamente el causante del daño. Sin embargo, cuando el riesgo está referido al grupo en sí y no al anonimato del daño, será conveniente que el propio Código Civil, o en su caso las leyes especiales, establezcan que los integrantes tengan una responsabilidad solidaria, aunque se identifique al causante del daño (por caso, los perjuicios ocasionados por las "barras bravas" dentro y fuera de las canchas de fútbol).

Esta es la posición que siempre hemos compartido [15].

IV. Fundamento de esta responsabilidad

Como paso previo al acápite que nos ocupa creo que debemos verificar cómo se responde por el resultado dañoso en la distintas hipótesis que puede adoptar la intervención plural, en donde no se da, necesariamente, una responsabilidad colectiva, ya que, aunque intervengan varios sujetos en forma conjunta, la responsabilidad puede ser individual por estar perfectamente identificados los causantes del hecho ilícito [16].

Así, pues, podemos señalar la intervención conjunta o común, en la cual son varias las personas que cooperan para la producción del nocimiento. Ello puede llevarse a cabo a través de la coautoría o de una mera participación. En la intervención acumulativa o concurrente, varios sujetos intervienen ejecutando actos independientes entre sí, pero llegan a producir el mismo resultado que se habría alcanzado en forma aislada. Bustamante Alsina [17] suministra unos ejemplos: el supuesto que dos fabricantes arrojan al río aguas servidas de sus fábricas y ellas son venenosas aisladamente consideradas; y el caso de dos personas que administran separadamente veneno a otra. Cuando se puede atribuir el hecho a una u otra persona en forma excluyente se da la intervención disyuntiva o alternativa. En tal supuesto, existe imposibilidad de probar la relación causal individual, como en los supuestos en que el daño se origina en el actuar de un sujeto no identificado dentro de un grupo determinado.

Tanto en los casos de intervención conjunta o común, como en los de intervención acumulativa o concurrente la responsabilidad es individual. Distinta es la solución en la intervención disyuntiva o alternativa en donde uno otro sujeto ha causado el perjuicio, pero como expusiéra-

---

(15) Gesualdi, Dora M, "Comentario al art. 1119", en Bueres, Alberto J. (dir.) y Highton, Elena (coord.) *Código Civil y normas complementarias. Análisis doctrinario y jurisprudencial*, ed. Hammurabi, Buenos Aires, 2000, t. 3B, págs. 141 y ss.

(16) Bustamante Alsina, Jorge, ob. cit. número 1692 y siguientes págs. 606 y siguientes; Alterini, Atilio A., "Responsabilidad Civil. Límites de la reparación", ed. Abeledo Perrot, Buenos Aires, 1972, número 210 y siguientes, págs. 164 y siguientes; Gesualdi, Dora M., "Responsabilidad civil. Factores objetivos de atribución", 2da. Edición, Hammurabi, Buenos Aires, 2000, págs. 98 y 99.

(17) Bustamante Alsina, Jorge, ob. cit., pág. 608.

mos antes, no se puede probar el nexo entre el hecho de un individuo y el daño [18].

En la última hipótesis, surge, entonces, la duda sobre si ante la imposibilidad de poder individualizar a un responsable singular, resulta posible llegar a condenar e indemnizar los perjuicios causados a todos cuantos hayan tenido vinculación acreditada con el hecho. Para ello es indispensable probar que el daño proviene del grupo —o de sus integrantes, pese a no puntualizar cuál de ellos fue el agente— [19].

Desgraciadamente, los medios masivos de información dan cuenta de la frecuencia de hechos ocasionados en el deporte donde jugadores o árbitros son heridos por proyectiles lanzados desde las tribunas por personas no identificadas, aunque ellas integran grupos determinados. También el fenómeno se observa en los casos de agresiones callejeras por conjuntos de individuos que forman parte de una "patota"; en los casos de participación de sujetos en una "picada" automovilística; en los actos de manifestaciones, fueren o no de protesta; y, asimismo, en los de contramanifestaciones. Frente a sucesos semejantes, muchas veces se verifica la muerte o lesión de una persona (o varias), sin que pueda desentrañarse quién resultó el autor del perjuicio. La doctrina, también nos ofrece aplicaciones de la responsabilidad colectiva cuando intervienen médicos, separada, aunque simultáneamente formando o sin formar equipo, que atienden a un mismo paciente, y no fuere posible determinar quién fue el autor del daño (situación también extensiva a las clínicas o sanatorios con los que hubiere contratado el paciente) [20].

La entidad del problema nos lleva a admitir en nuestro derecho la posibilidad de encontrar un fundamento adecuado para sustentar la

---

(18) Bustamante Alsina, Jorge, ob. cit. números 1699 a 1701; Alterini, Atilio A., ob. cit., número 214 y siguientes, págs. 166 y 167; López Cabana, Roberto M., "*Responsabilidad colectiva. Régimen legal en Argentina y Latinoamérica*", LL, 1986-B, págs. 932 y 933.

(19) López Cabana, Roberto M., y Lloveras, Néstor L., ob. cit. pág. 800.

(20) Mosset Iturraspe, Jorge, "Daños causados por un miembro no identificado de un grupo determinado", JA, Doctrina, 1973, pág. 1; López Cabana, Roberto M. "Responsabilidad colectiva. Régimen legal en la Argentina y Latinoamérica", cit., pág. 934; Bueres, Alberto J., "Responsabilidad civil de los médicos", 3° edición, Hammurabi, 2006, pág. 79, y "Responsabilidad de las clínicas y establecimientos médicos", ed. Abaco, Buenos Aires, 1981, pág. 256.

responsabilidad colectiva, mal llamada por algunos responsabilidad "anónima" [21].

Existen también otros supuestos en los que, si bien no se verifica de modo necesario, la intervención de varias personas en la realización del hecho ilícito, la responsabilidad puede llegar a atribuirse a un patrimonio ajeno a esas personas —patrimonio que está compuesto por contribuciones de sujetos extraños al hecho—. Tal es el caso de las personas jurídicas y el de las garantías colectivas (por ej., los seguros optativos, obligatorios, los fondos de garantía y seguridad social). En el primer supuesto, lo normal es que la sociedad pueda resultar responsable por el actuar de sus dependientes o subordinados (responsabilidad del principal), circunstancia en la que observamos una responsabilidad indirecta; y, en casos de excepción, puede atribuirse la responsabilidad por los mandatarios, supuesto en que —como lógica consecuencia— responderá dentro de los límites de su mandato. En el segundo caso, si estamos en un seguro de daños, la garantía surge del solo hecho del perjuicio causado por otro. De donde cabe concluir que la responsabilidad civil es extraña al régimen de la garantía que aquél representa para el asegurado. Y, en el seguro de responsabilidad civil, la garantía surge recién cuando existe la responsabilidad individual del asegurado. [22]

V. Teorías que se han dado al respecto

Respecto a este tema se han esbozado las más diversas teorías.

a) Una primera tesis presenta la responsabilidad colectiva como una prolongación de la teoría de la responsabilidad moral. El grupo se encuentra obligado como una "persona de hecho". Tal es la posición de Aberkane [23]. Falta aquí el requisito *sine qua non* para que exista la responsabilidad colectiva: la imposibilidad de identificar al autor, porque ella no se basa para determinar el régimen jurídico aplicable, en la calidad del grupo.

b) Otra teoría afirma que son los hechos simultáneos de varios sujetos los que originan este tipo de responsabilidad y se exige a cada cual

---

(21) Llambías, Jorge J., "Responsabilidad colectiva o anónima", ED, t. 83, pág. 783, nota 1. Compartimos la crítica hecha por Bustamante Alsina en cuanto a que la autoría es anónima pero no la responsabilidad que incumbe a todos los integrantes del grupo una vez individualizados.

(22) Bustamante Alsina, Jorge, ob. cit. nros. 1702 y siguientes, pág. 609 y siguientes.

(23) Bustamante Alsina, Jorge, ob. cit., nros. 1739 y 1740 y nota 920, págs. 6230 y 621.

que haga frente al resarcimiento del daño, porque pese a no ser, quizás, causante del daño, es sí causante de la complicación que ha impedido identificar al autor. Se inclina por este criterio Postacioclu [24].

c) Ripert propone para los supuestos de accidentes de caza determinados por la acción de una sola bala, que se imponga a todos los cazadores la prueba de que la intervención de sus respectivos fusiles ha sido pasiva. Si no producen tal prueba son responsables en forma solidaria [25].

d) Para Esmein, el fundamento de este tipo de responsabilidad radica en una dispensa acordada a la víctima de probar la imputabilidad de un hecho generador de responsabilidad, entre todos los individuos que son autores posibles [26].

e) Llambías sostiene que se basa en la prudente apreciación de los hechos probados, presidida por el buen sentido. El fundamento, según el autor, es eminentemente técnico y se relaciona con la teoría de la prueba. Si el damnificado agotó la posibilidad de la identificación del responsable, basta con ubicar a éste dentro de un círculo reducido de personas. No es razonable exigirle más de lo que está dentro de sus posibilidades. Por eso, afirma Llambías que no es factible caracterizar la responsabilidad colectiva como subjetiva u objetiva, lo cual dependerá del tipo de responsabilidad que cuadre al presunto responsable [27].

f) Para Mosset Iturraspe, el factor de atribución del hecho unitario es, indistintamente, la culpa o el riesgo. Los miembros del grupo participan de la culpa del conjunto o bien de la "comunidad del peligro" o mejor de riesgo. Y la prueba del accionar culposo o riesgoso es a cargo de quien invoca la responsabilidad del grupo. Aunque en otra parte de su trabajo sostiene que el comportamiento antijurídico se desprende de la participación activa del grupo y, muy en especial, en el quehacer *riesgoso del grupo* [28].

g) López Cabana y Lloveras aducen que la responsabilidad colectiva resultaría atribuida a cualquier miembro indeterminado del grupo que origina el daño, por una *presunción de causalidad* fundada en el riesgo.

---

(24) Idem nota anterior, n° 1741, p. 621 y nota 921. Ver también Postacioclu, I. E., "Faites simultanés et de problème de la responsabilité collective", en Revue Trimestrelle de Droit Civil, 1954-438.

(25) Idem nota anterior, n° 1742, pág. 621.

(26) Idem nota anterior, n° 1743, págs., 621 y 622.

(27) Llambías, Jorge J., ob. cit. págs. 787 a 789.

(28) Mosset Iturraspe, Jorge, ob. cit. págs. 3 y 4.

Antes de ahora hemos sostenido que no puede hablarse de presunciones de causalidad. En efecto, algunos autores decían que tales supuestos pueden encontrarse en las arras (art. 1202 del Cód. Civil), en la cláusula penal, en los intereses moratorios adicionados a las obligaciones dinerarias (art. 622 del Cód. Civil), en la indemnización que asiste a los herederos forzosos en los términos del art. 1084 del citado ordenamiento legal, y, por último, en el resarcimiento originado en el hecho dañoso causado por las cosas riesgosas en el antiguo art. 1113, párr. 2°, supuesto segundo. No compartimos este parecer. El pretensor habrá de demostrar siempre la conexión entre el hecho y un cierto resultado, por lo que no puede hablarse de una presunción de causalidad. Lo único que puede admitirse es una simplificación en ciertos aspectos de la prueba de la causalidad, lo cual no implica, de ninguna manera, que dicho presupuesto no tenga que ser probado, siquiera parcialmente por el demandante. Ello así, puesto que, en los tres primeros ejemplos reseñados, el actor debe probar el incumplimiento que es en sí mismo dañoso; se lo exime de probar la cuantía del perjuicio. En el caso del citado art. 1084 del Código Civil, la ley le confería al juez la facultad de graduar el monto de un daño, que depende de ciertas circunstancias de hecho que tienen que ser probadas: la autoría, el parentesco y la muerte. En el caso de la responsabilidad objetiva, siempre deberá acreditarse que existió un contacto material entre la cosa o la actividad y la consecuencia [29].

Con este alcance, participamos de esta teoría, que es también la sostenida por Bustamante Alsina, Bueres, Cazeaux y Trigo Represas, Borda y Zavala de González [30].

---

(29) Gesualdi, Dora M., "Responsabilidad civil. Factores de atribución. Relación de causalidad de causalidad", cit., págs. 93 y 94; Bueres, Alberto J., "Responsabilidad de las cínicas y establecimientos médicos", ob. cit., pág. 221.

(30) Cazeaux, Pedro N. y Trigo Represas, Félix A., "Derecho de las obligaciones", ed. Platense, La Plata, 1976, t. IV, pág. 797; Borda, Guillermo A., "Tratado de Derecho Civil. Obligaciones", 7ma. Edición actualizada, ed. Perrot, Buenos Aires, 1994, t. II. nros. 1601 y 1602, págs. 447, 448 y 449, nota 2526 bis; Bustamante Alsina, Jorge, ob. cit., nros. 1757 a 1762, págs. 630 a 632; Bueres, Alberto J., "Responsabilidad de las clínicas y establecimientos médicos", cit., pág. 256; Zavala de González, Matilde M., "La responsabilidad colectiva y el artículo 1119 del Proyecto de Código Civil", LL, 1, pág. 862", CNCiv., Sala D, in re "Tramezzani, María Laura c/ Beckerman, Carlos María y otros s/ Daños y perjuicios", L.30899 del 16 de agosto de 1988, con voto del Dr. Bueres.

Se trataba de un supuesto en que dos sujetos dispararon desde su departamento hacia la plaza Vicente López, con un rifle de aire comprimido, ocasionándole daños a una persona. El preopinante dijo: "Asimismo, creo que el factor de atribución implicado es el riesgo y que el fundamento normativo básico que contemplaba la especie estaba dado por el art. 1119 del Cód. Civil. En el caso analizado sostuvo que la existencia de un grupo conformado por los menores Beckerman y Moreno Quintana era indis-

VI. EL ARTÍCULO 1119 DEL CÓDIGO CIVIL

El artículo 1119 del Código Civil otorgaba responsabilidad a "los padres de familia, inquilinos de una casa, en todo o en parte de ella, en cuanto al daño que lleguen a caer; pero no cuando el terreno fuese propio y no se hallase sujeto a servidumbre de tránsito. Cuando dos o más son los que habitan la casa y se ignora la habitación de dónde procede, responderán todos del daño causado. Si se supiere cuál fue el que arrojó la cosa, él solo será responsable".

Dicha norma y la contemplada en el art. 95 del Código Penal —que incrimina al partícipe en una riña o agresión en que tomaren parte más de dos personas, de la que resultaren muerte o lesiones de autor desconocido, si aquél ejerció violencia al sujeto ofendido— están vinculadas. Pero, la responsabilidad colectiva en el marco del derecho civil tiene un concepto diametralmente opuesto al del derecho penal. En este último se persigue el castigo o represión del delito. En cambio, en aquél se tiende a la reparación del daño sufrido por la víctima. De ello se deriva, obviamente, que, si puede propugnarse su recepción para no dejar sin resarcimiento al damnificado, no puede aspirarse a que en el derecho penal se imponga a alguno una pena por el delito que ha cometido otro. Si bien el mentado artículo 95 del Código Penal hace aplicación de la responsabilidad colectiva, contiene una premisa mucho más exigente, al requerir que el sujeto haya ejercido violencia sobre la persona del ofendido.

---

cutible. Efectivamente, a fs. 78 de la causa instruida ante la Justicia Criminal y Correccional por lesiones, Beckerman admitió que tanto él como su compañero utilizaron el rifle para tirar al blanco dentro del departamento. Moreno Quintana disparó balines hacia la calle; y más adelante (fs. 78 vta.) admite que él asumió la responsabilidad causada por esos disparos. A fs. 86 Moreno Quintana adjudica la autoría del hecho a Beckerman, pero niega explícitamente haberle dicho al citado Beckerman que se hiciera cargo del ilícito por cuanto supuestamente era menor de edad penalmente inimputable; tan solo responde "que no recuerda haberlo dicho"-afirmación poco creíble ya que es imposible olvidar una circunstancia de tal naturaleza- Esas contradicciones, a las que se suma la evidente peligrosidad que poseen ambos sujetos implicados, en el convencimiento del Fiscal en lo Criminal y Correccional y de la señora Juez de igual fuero -fs. 89 y 120- (característica que también pone de manifiesto el señor Asesor de Menores e Incapaces de Primera Instancia -fs. 173 vta. y 174-, persuaden al sentenciante acerca de que la unión de los menores no ha sido accidental, sino que tuvo la cohesión suficiente a efectos de posibilitar que se considere que hubo un auténtico grupo en el sentido que reclama la responsabilidad colectiva. Ambos sujetos participaron en la comunidad riesgosa con suficiente entidad como para cargarles el daño, en tanto que uno de ellos no participó en el hecho, o cuál de ellos fue, en realidad, el verdadero causante del daño".

A base de la virtualidad de la cosa juzgada criminal sobre la sentencia civil (art. 1102 del Cód. Civil) se introducía, en el supuesto del artículo 95 del Código Penal referenciado, la responsabilidad colectiva en el derecho común. (31)

VII. El resarcimiento en el régimen del Código Civil derogado

Cabe aquí dilucidar si en el régimen del Código Civil derogado la obligación de reparar era simplemente mancomunada o solidaria.

No podemos soslayar que Vélez Sarsfield no aceptó la solidaridad en el art. 1121, al establecer que no responden solidariamente quienes, de modo colectivo, deben reparar el daño causado, sino en proporción a la parte que tuvieren en él. Dicho precepto no fue derogado por la ley 17.711, aunque no se nos escapa que a través de dicha ley se estableció la solidaridad en los cuasidelitos —también sentada en el plenario de la Cámara Civil de la Capital Federal*, in re* "Brezca de Levy c/ Gas del Estado"— Tampoco lo fue el artículo 1135 que contenía una solución acorde con el artículo 1119. (32)

En las Quintas Jornadas de Derecho Civil, celebradas en Rosario en 1971, Bustamante Alsina presentó una ponencia por la que consideraba que los presupuestos para que se dé la responsabilidad colectiva son: a) que el autor del daño no sea individualizado; b) que los responsables sean integrantes de un grupo; c) que el daño provenga de un grupo que ejecuta una acción riesgosa ya sea lícita o ilícita y d) que el resarcimiento pueda ser integral y la responsabilidad no solidaria según las circunstancias. (33)

El despacho de la comisión determinó que la obligación era *in solidum* por culpa o por riesgo. Estimamos que allí se incurrió en un error pues en dicho tipo de obligaciones los sujetos pasivos responsables están obligados en virtud de distintas fuentes jurídicas, circunstancia que no se da en la especie.

---

(31) López Cabana, Roberto M., "Responsabilidad colectiva. Régimen legal en Argentina y Latinoamérica", cit., pág. 935.

(32) López Cabana, Roberto M., "Responsabilidad colectiva. Régimen legal..." cit., pág. 941.

(33) Bustamante Alsina, Jorge, ob. cit., n° 1745, pág. 622.

Por eso, admitimos en su momento que se trataba de una obligación simplemente mancomunada y respecto de la cual no se había establecido cuál era la proporción a la cual se aludía en el citado artículo 1121, por lo que debía entenderse que había de dividirse en partes iguales (art. 691 del Cód. Civil). (34)

VIII. ANTIJURIDICIDAD

Creemos que previo al análisis de las normas que tratan el tema en el Código Civil, es trascendental abordar el concepto de antijuridicidad, que ha llevado a la doctrina a sostener posiciones antagónicas.

Un sector doctrinario sostiene que, así como se responde por el hecho de dependiente, a pesar de ser lícito encomendar ciertas funciones a otras personas, o por el daño causado por el riesgo de la cosa, no obstante reputarse como valiosa la utilización de ella, del mismo modo, el tema de la antijuridicidad resulta indiferente. Se dice que casi siempre el riesgo originario es lícito, abstracto y genérico. (35)

No compartimos el criterio enunciado. En efecto, el cómputo de la ilicitud de la acción se efectúa en el instante en que la misma deviene dañosa, sea que ésta contradiga la norma específica (art. 1066 y 1074 del Código derogado, hoy 1717 del Código Civil y Comercial), bien la norma genérica (art. 1109 del Código Civil, hoy 1721 y 1724 del Código Civil y Comercial) (36).

En suma: la antijuridicidad inicial supone un juicio de menosprecio hacia el ordenamiento, comprensivo de las leyes, costumbres, los principios jurídicos estrictos que surgen del sistema e, incluso, hasta las reglas del orden natural. Es, sin duda un obrar violatorio del *alterum non laedere*. De ello se deriva que lo antijurídico es la conducta transgresora de la norma, en la medida que se ocasione un daño —y a condición de que esa conducta no esté justificada—. A base de lo expuesto cabe concluir que la culpa, el riesgo, el abuso del derecho, la equidad y la soli-

---

(34) Gesualdi, Dora M., "Responsabilidad por daños ", libro en Homenaje a Jorge Bustamante Alsina, cit. págs. 152 y 153.

(35) Zavala de González, Matilde M., ob. cit., cap. VI, págs. 868 y 869.

(36) Bueres, Alberto J., "Responsabilidad civil de las clínicas y establecimientos médicos", ob. cit., pág. 228, nota 187; "El acto ilícito", ed. Hammurabi, Buenos Aires, 1986, págs. 62 y 63.

daridad social, exigen la antijuridicidad como un juicio de menosprecio previo. (37)

No considero acertada la opinión que afirma que confundimos la razón de existir de estos dos elementos de la responsabilidad civil, como es el factor de atribución, con el nexo causal para justificar la existencia de otro. En efecto, al tratar este tema nos hemos estado refiriendo a la prueba de la relación de causalidad y hemos sostenido que no existe presunción de la misma en los arts. 1202, 622, 1084 y 1113 del Código Civil —como sostienen algunos juristas—. Ello así, pues en algunas de dichas hipótesis el actor debe probar el incumplimiento que es en sí mismo dañoso; se le exime de probar la cuantía del perjuicio. En el artículo 1084 citado —por caso— la ley confiere al juez la facultad de graduar el monto del daño, que depende de ciertas circunstancias que tienen que ser probadas: la autoría y la muerte. En la responsabilidad objetiva siempre deberá acreditarse que existió un contacto material entre la cosa y la consecuencia. (38)

IX. Normativa del Código Civil y Comercial

El artículo 1760 Código Civil y Comercial de la Nación regula un supuesto particular de responsabilidad colectiva. Trata de los daños ocasionados por las cosas caídas o arrojadas de un edificio. El nuevo Código ha introducido una solución novedosa que puede provocar algunas discusiones, ya que hace responsables solidarios a los dueños y ocupantes de la parte del edificio del que ha caído la cosa.

El mentado artículo —como dijimos *ut supra*— habla de dueños y ocupantes. Los ocupantes pueden ser el propio dueño y los poseedores o

---

(37) Bueres, Alberto J., "El daño injusto y la licitud e ilicitud de la conducta", en Libro en homenaje al profesor doctor Jorge Mosset Iturraspe", ed. La Rocca, Buenos Aires, 1989, págs. 149 y 150 y 163 y 164. En igual sentido: Mosset Iturraspe, Jorge, ob. cit., pág. 3 y notas 6 y 7; Zannoni, Eduardo A., "Responsabilidad por productos elaborados", ed. Astrea, Buenos Aires, 1984, págs. 271 y 272; Brebbia, Roberto H., "Responsabilidad civil e ilicitud", ED, t. 88, pág. 903 y siguientes.

(38) Gesualdi, Dora M., "Responsabilidad civil. Factores objetivos de atribución. Relación de causalidad", cit., págs. 92 y ss.; ver la crítica efectuada al respecto en Alferillo, Pascual E., "Responsabilidad de los miembros de un grupo" en Revista de Derecho de Daños, n° 2015-3 cit., págs. 253 y siguientes. "Unificación de la responsabilidad contractual y extracontractual", ed. Rubinzal Culzoni, Santa Fe, pág. 239 y su nota 1.

tenedores que estén en contacto con la cosa —locatarios, comodatarios, depositarios, usufructuarios, detentadores, etcétera— [39].

Por lo demás, esas categorías de dueño y ocupantes son mucho más precisas que las de padres de familia e inquilinos de la casa, que utilizaba el artículo 1119 del Código Civil derogado.

En cuanto al dueño que no habita el inmueble, estimamos también que es responsable con todos los integrantes del grupo. Por lo demás, el dueño no ocupante del bien que forma parte del grupo en el que no se ha identificado al autor, puede liberarse probando que no participó en la producción del daño. El artículo 1760 no habla de guardián para poder relacionar este supuesto con los arts. 1757 y 1758. Por ello si el guardián es ocupante responde, pero si no resulta ocupante es ajeno a la responsabilidad anónima. [40]

El artículo 1761 sienta un principio general, de donde el artículo 1760 resulta una aplicación particular, a partir del cual todos los integrantes de un grupo responden objetiva y solidariamente por el daño ocasionado por uno de ellos, si no se ha probado cuál fue. Se trata de casos en que el daño causado por un miembro no identificado de un grupo que está determinado. En dicho supuesto, la ley presume que todos los miembros del grupo han sido coautores del detrimento, y les imputa responsabilidad objetiva. Cualquiera de los miembros del grupo puede eximirse, probando que no ha contribuido a la causación del daño.

El Código Civil no tenía ninguna norma que regulara la responsabilidad de los grupos peligrosos. El Proyecto de 1987 si establecía la solidaridad para los miembros de un grupo peligroso, y el Proyecto de la Comisión Federal de 1993 mencionaba el riesgo de los grupos. [41]

---

(39) Bueres, Alberto J., "La responsabilidad colectiva (arts. 1760, 1761 y 1761 del Código Civil y Comercial de 2014)" cit. págs. 81 y 82. Ver también tratamiento de tema en PARELLADA, CARLOS A, "Responsabilidad colectiva y daño anónimo en el Proyecto de Código Civil y Comercial de la Nación de la Comisión decreto 191/2011"; Frugoli, Martín A., "Responsabilidad colectiva", en Responsabilidad civil, José Fernando Márquez (director), ed. Zavalía, pág. 139 y siguientes; Picasso, Sebastián y Sáenz, Luis R. en Lorenzetti, Ricardo L. Código Civil y Comercial de la Nación Comentado, ed. Rubinzal Culzoni, tomo VIII, arts. 1760 a 1762, págs. 603 y siguientes.

(40) Idem nota anterior.

(41) López Herrera, Edgardo, "Responsabilidad por el hecho de terceros", en Rivera, Julio C.; Medina, Graciela (dirs.) y Esper, Mariano (coord.), Código Civil y Comercial de la Nación, ed. La Ley, Buenos Aires, 2014, t. IV, pág. 1135; Picasso, Sebastián y Sáenz, Luis R., en ob. y cit., comentario al art. 1762, págs. 610 y siguientes.

Al efectuar el análisis del artículo 1119 del Código derogado [42] aludimos a los grupos peligrosos *per se* (caso de las patotas, hinchas de fútbol, grupo de estudiantes de festejo, entre otros) y sostuvimos que la eximente debía ser más restrictiva, destacando la posición de prestigiosos juristas [43].

a) En primer lugar debe tener como titular aparente y principal al grupo. La identidad de actividades individuales, aunque se acumulen en un mismo marco ocasional, no genera la ligazón que supone la actividad grupal. Ese concepto de actividad del grupo debe ser entendido de manera amplia y flexible [44].

En la responsabilidad por riesgo grupal, el anonimato del miembro del grupo que, efectivamente sea el autor material del hecho, es totalmente irrelevante, su identificación no libera a los demás miembros del grupo, dado que el daño es siempre causado por la actividad riesgosa, más allá de que alguno de sus miembros sea ejecutor directo [45].

b) En esta hipótesis *la actividad riesgosa del grupo* es la causante del daño y es compleja, Además está emplazada en derredor del riesgo creado del grupo [46].

Esta clase de acción grupal pudo ser eventual, porque se configura sin una previa planificación o programación. En ambos casos, la dificul-

---

(42) Ver Bueres, Alberto J. (dir.) y Highton, Elena (coord.) Código Civil y normas complementarias. Análisis doctrinario y jurisprudencial, cit.

(43) Pizarro, Ramon D., "Responsabilidad civil por riesgo creado y de empresa", ed. La Ley, Buenos Aires, 2006, ob. cit., pág. 579, quien dice que será aconsejable que en una futura reforma del Derecho Privado argentino también se contemple legislativamente, de modo más explícito, la responsabilidad de los miembros de grupos cuyo accionar es riesgoso, aunque se identifique al autor directo del daño, como con buen criterio lo propuso el Proyecto del Código Civil de 1998; Bueres, Alberto J., "Responsabilidad civil de los médicos", cit. y lo expuesto en la nota 8. En ese sentido presentamos junto con el Dr. Bueres una ponencia ante las II Jornadas de Derecho Civil y Comercial realizadas en la Provincia de La Pampa en 1991.

Código Civil y Comercial, concordado con el régimen derogado y referenciado con legislación vigente, revisado, ordenado y concordado por Zannoni, Eduardo A., Mariani de Vidal, Marina, Zunnino, Fernando E., Ramos, Gloria S., ed. Astrea, Buenos Aires, 2015, pág. 478.

(44) Zavala de González, Matilde M., "La responsabilidad colectiva y el artículo 1119 del Proyecto de Código Civil", cit., pág. 861 y siguientes.

(45) Pizarro, Ramon D., ob. cit., pág. 576.

(46) Pizarro, Ramon D., ob. cit. pág. 577. Véase también REYNA, CARLOS A., ob. cit., pág. 297 y siguientes.

tad está en descubrir al autor material del perjuicio para imputarlo individualmente, motivo por el cual la responsabilidad de los integrantes del grupo es solidaria y colectiva. Debe excluirse a las personas jurídicas pues si bien están conformadas por una pluralidad de personas, constituyen en sí una individualidad que responde por los daños de sus dependientes (art. 1753) y de quienes administre (art. 1763) [47].

No compartimos la tesis de Zavala de González, en cuanto sostiene que casi siempre el riesgo originario es lícito, abstracto y genérico. Por el contrario, estamos de acuerdo con Mosset Iturraspe [48] en cuanto afirma que el comportamiento de quien crea un riesgo sea individual o colectivo, no se justifica, y de allí que, en la medida en que se traduce en un daño, esa conducta merece ser calificada de antijurídica. Acorde con esta postura Bueres [49] ha sostenido en una ponencia presentada ante las VI Jornadas de Derecho, Comercial y Procesal, celebradas en Junín, Provincia de Buenos Aires ante la Comisión "Responsabilidad por riesgo", que "El obrar dañoso contemplado por el art. 113 del Código Civil en función del riesgo creado configura un acto objetivamente ilícito". La decisión fue adoptada por amplia mayoría y basada en dicha ponencia.

c) La única causa de liberación es demostrar que no se formaba parte del grupo lo cual está de acuerdo con lo que expusimos más arriba, en punto a que la liberación debía ser restrictiva (ello implica en los hechos que no se dan las condiciones necesarias para la aplicación de la norma). Por ejemplo, si se trata de un grupo de automovilistas que desarrollan carreras ilegales en la vía pública (en otros términos "picadas"), es irrelevante patentizar cuál fue el vehículo que atropelló a la víctima, pues responden todos los que participaron del grupo que desarrolló la actividad [50].

d) Resta establecer si el caso fortuito o fuerza mayor opera como eximente. Consideramos que, si él es algo propio de la actividad riesgosa,

---

(47) Alferillo, Pascual E., "Comentario al art. 1762", en Alterini, Jorge H. (dir.) y Alterini, Ignacio E. (coord.), Código Civil y Comercial. Tratado exegético, La Ley, Buenos Aires, 2015, págs. 361 y 362.

(48) Mosset Iturraspe, Jorge, "Daños causados por un miembro no identificado de un grupo determinado", cit.

(49) Bueres, Alberto J., "Comentario al art. 1066", en Bueres, Alberto J. (dir.) y Highton, Elena (coord.). Código Civil y normas complementarias. Análisis doctrinario y jurisprudencial, cit., 1999, t. 3A, págs. 9 y 10. Véase también Gesualdi, Dora M., "La antijuridicidad: comparación entre el régimen vigente y el Proyecto de Reformas de 2012", en Revista de Responsabilidad Civil y Seguros, LL, año XV, n° 7, julio de 2013.

(50) Picasso, Sebastián y Sáenz, Luis R., ob. cit., pág. 613.

no puede operar como eximente. En cambio, sí opera cuando el *casus* es ajeno a dicha actividad riesgosa, sin perjuicio de que deban tenerse en cuenta las posibles limitaciones que impidan invocarlo (por caso que exista una ley al respecto). En cuanto al hecho del tercero, puede ser causa de eximente cuando reviste el carácter de caso fortuito, de acuerdo con lo prescripto por el artículo 1731, y siempre que el riesgo de la actividad no lo excluya [51].

Debe destacarse que son legitimados pasivos todos los integrantes de grupo, los cuales deben responder —como dijéramos— solidariamente frente a la víctima.

Bajo otra luz, cabe preguntarse si hay diferencia conceptual entre las nociones de "riesgo" y de "peligro" y, en el supuesto de que exista, si ella tiene algún reflejo con relación a la responsabilidad colectiva que nos ocupa., dado que el artículo 1762 sólo se refiere en forma expresa al peligro. Reyna [52] . Estima, a su vez, que estos grupos son informales, carecen de estructura interna —aunque en muchos casos existen jerarquías de tipo mafioso— y suelen ser efímeros, citando a Lorenzetti [53].

X. Fundamento

Estimo que en los supuestos de los artículos 1760 y 1761 no me asisten dudas que dado lo que llevamos dicho hasta ahora el fundamento del deber de reparar en forma solidaria de todos los miembros del grupo está dado por el riesgo del que el autor quede en el anonimato.

A su vez, en la hipótesis del artículo 1762 conforme lo hemos expuesto *ut supra* se basa en el riesgo del grupo en sí mismo.

---

(51) Parellada, Carlos A., "Responsabilidad colectiva y daño anónimo en el Proyecto de Código Civil y Comercial de la Comisión 191/2011", en Revista de Responsabilidad Civil y Seguros 2012-X-5 cit., pág. 18.

(52) Reyna, Carlos A. afirma que entre ambas existe un estrecho vínculo cuyo punto de contacto es su reacción con la producción del daño, pero no las considera sinónimas. Ello así porque la idea de riesgo se asocia a la existencia de un daño potencial, en tanto que la de peligro a la inminencia del acaecimiento del detrimento; una relación de posibilidad o probabilidad, de potencialidad abstracta a inminencia real y concreta, ob. cit.

(53) Lorenzetti, Ricardo L., "Responsabilidad colectiva, grupos y bienes colectivos", en LL, 1996-D-1058. AR/DOC/995/2001.

De tal modo dejamos de lado las fórmulas que se esbozaron en el apartado V, que a nuestro modo de ver no eran lo suficientemente claras o muy generales.

XI. PROFESIONES LIBERALES EN EL MARCO DEL CÓDIGO CIVIL Y COMERCIAL DE LA NACIÓN

En punto a las profesiones liberales se ha sostenido que por lo dispuesto por el art. 1768, por el que se determina que dichos profesionales no realizan actividades riesgosas, el artículo 1762 no es aplicable a este supuesto, salvo el caso de vicio de la cosa o cosas utilizadas [(54)].

Ya hemos mencionado con anterioridad que se ha considerado sin discusiones que la labor del médico no puede considerarse riesgosa. Hemos citado al respecto la ponencia presentada por el Dr. Bueres en las II Jornadas de Derecho Civil y Comercial de La Pampa, Santa Rosa, 1991, donde sostuvo que la responsabilidad del médico no era una actividad riesgosa [(55)].

En cambio, podría aplicarse los principios de la responsabilidad colectiva establecida en el artículo 1761, en la hipótesis de un grupo formado por un equipo médico o de un grupo (cohesionado) de profesionales que no forman equipo, en cuanto no sea posible probar el origen del daño. Es que en dicho caso no hay actividad riesgosa de los médicos como grupo, pero existe el riesgo que el perjuicio causado por cualquiera de ellos quede en el anonimato [(56)].

A raíz de la inclusión de todos los profesionales liberales en el artículo 1768, fue objeto de críticas, por ejemplo, que no pareciera recomendable cuando se trata de un ingeniero o de un grupo de ingenieros, que trabajan con explosivos, por lo que la generalización pareciera exagerada [(57)].

---

(54) Frugoli, Martín A., ob. cit. pág. 160.

(55) Bueres, Alberto J., "Responsabilidad de los médicos ", cit. págs. 29 y 30.

(56) Idem nota anterior, págs. 68 y siguientes; 419 y 420 y 460 a 466.

(57) Frugoli, Martin A., ob. cit. pág. cit.

XII. Conclusión

En atención a todo lo expuesto con anterioridad [58], como colofón podemos apuntar que con la admisión de la responsabilidad colectiva se demuestra que la idea de la solidaridad social arraiga cada vez más en las conciencias, pues se punta a la persona en su plenitud, que es algo muy distinto del individuo esquematizado en la voluntad. Es que, frente a la realidad de un daño, el fin social perseguido, es que la víctima no quede sin resarcir. El punto de referencia es el dañado y no el dañante [59].

(58) Gesualdi, Dora M., "Comentario al art. 1119", ob. cit. en nota 15.

(59) Hernández Gil, A., "Derecho de las obligaciones", ed. Centro de Estudios Universitarios Ramón Arces, Madrid, 1983, pág. 234; Pizarro, Ramón D., "Responsabilidad por el riesgo o vicio de la cosa", ed. Universidad, Buenos Aires, 1983, pág. 246; Cazeaux, Pedro N. y Trigo Represas, Félix A., ob. cit., t., I págs. 67 y 68; Messina de Estrella Gutiérrez, Graciela, "Función actual de la responsabilidad civil" en Derecho de Daños, libro en Homenaje al Profesor doctor Jorge Mosset Iturraspe, ed. La Rocca, Buenos Aires, 1989, págs. 43 y 48; Vázquez Ferreyra, Roberto A., "La obligación de seguridad en la responsabilidad civil y en la Ley de Contrato de Trabajo", ed. Vélez Sarsfield, Rosario, 1988, pág. 39; Santos Briz, Jaime, "La responsabilidad civil. Derecho sustantivo y Derecho Procesal", ed. Montecorvo, Madrid, 1998, pág. 12; Yzquierdo Tolsada, Mariano, "La responsabilidad civil del profesional liberal", ed. Reus, Madrid, 1989, pág. 4; Zavala de González, Matilde, ob. cit. en nota 44, pág. 862; Bueres, Alberto J., "El acto ilícito", cit., págs. 72 y 73; Bustamante Alsina, Jorge, "Nuevas fronteras de la responsabilidad civil", en LL, 1975 D-476 y siguientes, sec. doct.; Gesualdi, Dora M., "La responsabilidad colectiva", cit., vol. II, págs. 155 y 156.

La escuela del derecho francés en el siglo XX. Su influencia en la doctrina nacional

Por Marcelo Urbano Salerno

In memoriam

En el *Libro de Homenaje al académico Jorge H. Bustamante Alsina*, resulta oportuno tratar un tema que mereció su particular atención: la doctrina moderna de la escuela del derecho francés, como lo hicieron también destacados juristas de su generación [(1)]. A fin de desarrollar este tema, se impone considerar los orígenes de dicha escuela y su evolución en el tiempo. Valga el testimonio hacia quien hizo honor a una vocación jurídica intensa, brindando durante décadas excelentes lecciones en las aulas universitarias, las que basó en densas lecturas, en las investigaciones de alta calidad que publicó, y en su activa práctica de la abogacía. Una trayectoria académica digna de ejemplo para destacar, elevada desde la atalaya del saber. Era un custodio de la deontología. A la distancia, luego de su partida, dejó el recuerdo de una vida consagrada a la verdad, ideal superior del espíritu.

I. Orígenes de la escuela del derecho francés

Si se las examina con una perspectiva histórica, las ideas que inspiraron a la Revolución Francesa de 1789, años más tarde, llevarían a promulgar el 21 de marzo de 1804 al Código Civil conocido como "Code Napoleón". El punto de partida fue la "Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano", sancionada por la Asamblea Nacional el 26 de agosto de 1789, auténtico documento que sintetizó el pensamiento de la época, inspirado en una noción individualista de los derechos subjetivos

(1) BOSSERT Gustavo, "Bicentenaire du Code Civil: l´Argentine", Livre du Bicentenaire. "Le Code Civil, 1804-2004", Dalloz-Lexis Nexis, París, 2004, pág. 547.

sostenida por Jean Domat. Durante el siglo XVII comenzó a tener relevancia el método sistemático del *mosgallicus*, desplazando al *mositalicus*.

Transcurrió una década hasta que Francia pudo codificar las leyes del ámbito privado, establecidas en el Antiguo Régimen por costumbres y principios ancestrales [2], el *droit coutumier* aplicado en varias regiones [3], y el derecho romano vigente en la zona meridional, el *midi*, parte de la antigua Galia. Una lograda síntesis de los principios que enunciaban ambas fuentes permitió unificarlas armoniosamente. En cambio, quedó relegada la filosofía humanística de la jurisprudencia predicada en el siglo XVIII. Esa labor emprendida para concretar los nuevos ideales comenzó con diversas iniciativas promovidas en el período intermedio, post revolucionario, a fin de abolir el feudalismo establecido por la monarquía absoluta, eliminar los privilegios de la nobleza, y posibilitar el ascenso de la burguesía al poder [4].

La figura de Mirabeau dominó la escena en los dos primeros años de la Revolución, quien trazó las líneas fundamentales del derecho sucesorio basado en el principio de la igualdad entre los herederos forzosos. Tiempo después, Cambaceres intentó preparar un "corpus" relativo a la legislación del pueblo soberano, sin lograr su objetivo. Sería Bonaparte, como Primer Cónsul, quien hizo posible concretar la sanción del Código, designando en agosto de 1800 una Comisión de cuatro miembros para redactarlo. En cinco meses la Comisión terminó su proyecto, el cual fue sometido a la consideración de los magistrados y al Consejo de Estado. Ese proyecto vino precedido por el "Discurso" que escribió Portalis, para explicar el método adoptado en su elaboración. Más tarde, la Asamblea legislativa lo sometió a votación, primero bajo la forma de treinta y seis leyes, para luego darle aprobación definitiva como "corpus" el 21 de marzo de 1804, poco antes que Napoleón fuese ungido Emperador de Francia. Así finalizó el período iniciado por la Revolución de 1789 en el marco de sólidos pilares: la igualdad de las personas, el derecho de propiedad y la libertad contractual.

---

(2) A modo de ejemplo, recuérdese que el "Traité des Obligations" publicado por Pothier en 1761, inspiró el régimen de las obligaciones vigente en el "Code" de 1804.

(3) El Rey Carlos VII dispuso en el año 1453 hacer una redacción oficial de las "Coutumes", para que fuesen escritas.

(4) KOSCHAKER Pablo, "Europa y el derecho romano", traducción de José Santa Cruz Tejeiro, Madrid, 1955, pág. 253.

Un tomo pequeño, bien escrito, de pocos artículos [5] y breves, fue desde entonces el cuerpo de las leyes civiles de toda la nación. Bonaparte ejerció su autoridad a fin de realizarlas gestiones políticas para hacerlo sancionar. Cuando los jueces comenzaron a aplicarlo, nació el culto dogmático para interpretar los artículos en su sentido literal. Un criterio exegético de los textos, de corte positivista, quedó impreso en los numerosos tratados —de varios tomos— que se publicaron para servir a la jurisprudencia y a la enseñanza, tarea de sabios jurisconsultos creadores de la nueva doctrina. Ese criterio, que abarcó hasta fines del siglo XIX [6], comprendió tres períodos, hasta lograr armonizar los diversos artículos dentro del contexto, incluso formular críticas a la metodología que había empleado el legislador. Los períodos son: 1804-1830 formativo, 1830 a 1880 apogeo, y después de 1880 comenzó la lenta decadencia.

A fin de hacer respetar a la ley y uniformar el derecho en el país, fue creada en el año 1804 la Corte de Casación, destinada a ser la última intérprete de las normas legales. Tenía también la función de efectuar un control de legalidad sobre las decisiones judiciales. Esta Corte inviste la máxima autoridad, de superior jerarquía, a la que se hallan sometidos los tribunales inferiores. Sienta precedentes para que los magistrados interpreten las leyes. De ahí que el "Code" en su artículo 4° disponga: "Le juge qui refusera de juger, sous pretexte de silence, de l´obscurité de la loi, pourra être poursuivi comme coupable de déni de justice" [7]. Esa regla normativa dispuso, pues, que la jurisprudencia debía establecer la formade aplicar el derecho en los casos particulares.

II. Recepción de la escuela del derecho francés en la Argentina

Pronto llegaron al Río de la Plata ejemplares de ese Código para su lectura junto a los libros escritos por los comentaristas. Algunos autores franceses ya eran conocidos en Buenos Aires, como Merlin, Pothier y Troplong. Vélez Sarsfield, para redactar el Proyecto, debió leer a la mayoría de los autores de ese movimiento, sin desmerecer a otros anterio-

(5) Esos artículos resumieron los grandes principios que fueron la razón de ser de la Revolución de 1789.

(6) BONNECASE Julien, "La escuela de la Exégesis en derecho civil", traducción de José M. Cajica. México 1944.

(7) El Código Civil argentino, ley 340, tradujo ese principio en el artículo 15.

res —clásicos como Cujas, Domat y Pothier [8]— según se desprende de las notas que escribió al pie de numerosos artículos del Código Civil argentino aprobado en el año 1869. Recurrió a los volúmenes que contenía su nutrida biblioteca. [9] En una nota dirigida el 21 de junio de 1865 al entonces Ministro de Justicia, explicó cómo había redactado el Libro I del Proyecto, donde justificó haberse apartado del método francés, aunque reconoció haber utilizado primero el "Code" en orden de importancia, al cual citó en setenta y nueve notas de dicho Libro I. De ese modo el codificador, de formación romanista en la Universidad de Córdoba, marcó una tendencia en el derecho civil de la Argentina en materia de las fuentes a emplear para la hermenéutica de los textos. A ello se debe añadir que la doctrina francesa le sirvió para hacer citas de autoridad a los escritos judiciales que presentó entre los años 1835 y 1849 [10]. En ese entonces las sentencias a dictar por el "Tribunal de Recursos Extraordinarios", que funcionó entre los años 1838 y 1852, debían ser fundadas en derecho. A partir de 1854 "tomó arraigo definitivo entre nosotros esa preciosa protección de los derechos individuales" [11]. En la enseñanza universitaria el manual escrito por José María Álvarez sobre "Instituciones de Derecho Real de España", fue leído para estudiar desde el año 1834 al año 1854, anotado por el codificador con la opinión de varios autores españoles y de los franceses Cujas y Merlin. En una de esas notas, el jurista cordobés se refirió a la causa de los contratos elaborada por la doctrina francesa.

De manera que la cultura jurídica de Francia hizo su aparición en nuestro universo intelectual en las primeras décadas del siglo XIX, hecho que significó un trascendente cambio cultural para nuestro país [12], una "verdadera cesura histórica" al decir del académico Sebastián So-

---

(8) PASQUALINI SALERNO Valeria, "L´influence de Pothier sur le droit civil argentin", en MONÉGER Joel (director), "Robert-Joseph Pothier, d´hier a aujourd´hui", Economica, París, 2001, págs. 131/141.

(9) UNIVERSIDAD NACIONAL DE CÓRDOBA. "Catálogo de la biblioteca del Dr. Dalmacio Vélez Sársfield", Biblioteca Mayor, prólogo de Enrique Martínez Paz, Córdoba. 1980.

(10) VÉLEZ SÁRSFIELD Dalmacio, "Escritos jurídicos", Instituto de Historia del Derecho Ricardo Levene, Buenos Aires, 1971, citó a Chardon, Cujas, Le Clerq, Locré, Merlin, Pothier, Savary, Toullier, Troplong.

(11) MÉNDEZ CALZADA Luis, "La función judicial en las primeras épocas de la Independencia", Losada, Buenos Aires, 1944, pág. 465.

(12) PELOSI Hebe Carmen, "Las relaciones franco-argentinas (1880-1918)", Histórica, buenos Aires, 2008, págs. 203/204. PELOSI Hebe Carmen, "Relaciones académicas franco-argentinas en los archivos argentinos y franceses", Investigaciones y Ensayos 48, Academia Nacional de la Historia, 1998, págs. 372/373.

ler [13]. El entorno que rodeaba al conocimiento del derecho recibió a la codificación napoleónica como un progreso de la ciencia jurídica. En cuanto a la lectura de los principales tratados y ensayos en el idioma original, como se podían presentar problemas de comprensión, en su mayoría fueron traducidos al castellano por las editoriales especializadas.

La circulación mundial del Código Civil de Francia tuvo inmediata recepción, pues sirvió de modelo para la codificación de numerosos países, entre ellos la Argentina [14]. En el ámbito de la población latina fue el triunfo de la tradición romana sobre el *common law*, un regreso al *ius commune*. Alejandro Guzmán Brito escribió al respecto: "Claramente, el siglo XIX fue el siglo del código francés; pero, independientemente de haber servido de modelo concreto tantas veces, fue la idea de codificar la que él contribuyó a difundir por Europa e Iberoamérica a lo largo del siglo XIX" [15].

Dieron cuenta detallada de tan amplia divulgación las Jornadas franco-italianas celebradas en el año 1993 [16], de acuerdo con el informe del relator principal Rodolfo Sacco, profesor de la Universidad de Turín. Europa continental, Iberoamérica, Medio Oriente, África, adaptaron el "Code" a su legislación, y hasta lo aprobaron íntegramente (Bolivia, Haití, República Dominicana). La profesora emérita Camille Jauffret-Spinossi fue la relatora de su divulgación en América Latina, quien reconoció que nuestros juristas siguieron a la escuela francesa como modelo de su legislación. Recuérdese, además, la celebración oficial del Bicentenario presidida por Jacques Chirac en el Gran Anfiteatro de la Sorbona, quien lo calificó de "acto histórico", al que concurrieron juristas de todo el orbe para asistir a la ceremonia. En esa ocasión Jean-Louis Debré pronunció un emotivo discurso en nombre de la Asamblea Nacional a fin de evocar al "Code", perdurable, "el portador de los principios que nuestra civilización sustenta debido a su alto grado de humanidad" [17]. Francia conmemoró al Bicentenario también en la Universidad de Orleans, en un

---

(13) SOLER Sebastián, "La interpretación de la ley", Ariel, Barcelona, 1962, pág. 13.

(14) MARTÍNEZ PAZ Enrique, "Introducción al Derecho Civil Comparado", Instituto de Derecho Compara (UBA), Buenos Aires, 1960, pág. 193, sostiene que el "Code" fue la guía fundamental para el codificador.

(15) GUZMÁN BRITO Alejandro, "El orden y desarrollo de la codificación del derecho", en "El Código Civil de Chile (1855-2005)", Santiago, Lexis Nexis, 2007, pág. 99.

(16) TRAVAUX DE L´ASSOCIATION HENRI CAPITANT, "La circulation du modele juridique francais", tomo XLIV, 1993, Litec, París, 1994, volumen que contiene informes relativos a los países codificadores.

(17) GAZETTE DU PALAIS, número dedicado al Bicentenario del 28 al 30 de marzo de 2004.

acto donde disertaron varios juristas, entre ellos el decano Jacques Leroy y Valeria Pasqualini Salerno [18].

Una importante contribución destinada a celebrar ese Bicentenario fue realizada por la Universidad Católica Argentina, durante el decanato del profesor Eduardo P. Ventura y el activo entusiasmo de Carlos Raúl Sanz. Editó tres volúmenes sobre: "La codificación: raíces y prospectiva", a saber: "El Código Napoleón" (año 2003); "La codificación en América" (2004), y "¿Qué derecho, qué códigos, qué enseñanza?" (2005). En esa obra colaboraron prestigiosos catedráticos extranjeros y nacionales a fin de esclarecer aspectos histórico-jurídicos de interés. En el prólogo al primer volumen el decano Ventura escribió: "el derecho privado se muestra instrumento imprescindible para revalorizar, a partir de la persona humana real, no reconstruida o destruida por la ideología, la sociedad familiar y la sociedad civil".

III. NACIMIENTO DE UNA DOCTRINA MÁS ALLÁ DEL CÓDIGO NAPOLEÓN

El movimiento de la exégesis fue desapareciendo paulatinamente, pero algunos de sus cultores siguieron vigentes. Se atribuye a los juristas Aubry y Rau, ambos nacidos en el año 1803, haber elaborado una clara y coherente exposición del derecho civil francés. Esa labor se basó en la lúcida síntesis en idioma alemán que efectuara Zacharie, profesor en Heidelberg, en un libro de seis tomos (*Hanbuch*) que tradujeron los dos catedráticos de Estrasburgo, publicado en París el año 1856. Recurrieron a la construcción jurídica de las instituciones para desentrañar el espíritu de la ley (*ratio legis*) que las anima, las analogías existentes con otras normas aplicables, y las consecuencias derivadas de su aplicación. Dos fueron sus principales aportes al respecto: la teoría del patrimonio, y la noción de enriquecimiento sin causa para repetir lo pagado, cuando el pago no fuese una liberalidad [19].

Años más tarde, la siguiente generación de juristas realizó una intensa actividad, proponiendo alcanzar otros horizontes que se ciñeran mejor a la realidad social y económica de fines del siglo XIX. Ese período comprendió un lapso de cuarenta años (1880 a 1920) pertene-

---

(18) Ex ayudante de cátedra del profesor Bustamante Alsina, comisión del profesor adjunto Eduardo A. Costa.

(19) BUSTAMANTE ALSINA Jorge, "Repetición del pago de lo que no se debe", Abeledo Perrot, Buenos Aires, 1981, pág. 17.

ciente a la *École Scientifique*, la cual brindó una estructura teórica a la normativa [20]. Marcel Planiol (1853-1931) es considerado el iniciador de la doctrina moderna, quien exaltó el valor de la jurisprudencia de los tribunales, la historia del derecho, la legislación comparada, e incluso algunas nociones fundamentales de economía política. Continuó en esta línea Georges Ripert (1880-1958), autor de un tratado de catorce tomos, y del libro *La regla moral en las obligaciones civiles*, tantas veces citado en nuestro país. Suscitó particular interés el análisis de las sentencias dictadas en instancias superiores que sentaban criterios hermenéuticos respecto de normas concernientes a casos especiales. Raymond Saleilles, conocido comparatista, también tuvo la inquietud de dar valor a las soluciones dadas por los tribunales e instó a los colegas a comentar ciertos fallos del punto de vista doctrinario y, por esa razón, fundó con Adhémar Esmein la *Revue Trimestrielle de Droit Civil* a fin de publicar esos comentarios. Pertenece a Saleilles haber descubierto la categoría contractual de los actos jurídicos donde la voluntad se expresa por adhesión a las cláusulas predispuestas por una sola de las partes; ese hallazgo de los llamados "contratos por adhesión" fue en el año 1901 [21] que percibió ese autor en los pasajes emitidos en el transporte ferroviario.

Diversos factores determinaron la evolución de la doctrina hacia otros horizontes. François Gény planteó a fines del siglo XIX la necesidad de renovar los estudios jurídicos a fin de flexibilizar la letra de los artículos del "Code" y poder dar a la costumbre la categoría de fuente del derecho. A fin de justificar ese planteo teórico escribió el libro que cambió la mentalidad de los juristas: el *Méthode d´interpretation et sources en droit privé positif*, publicado el año 1899 con prólogo de Raymond Saleilles, su mentor intelectual [22]. El intérprete debía superar el criterio de la exégesis para apreciar la naturaleza de las cosas —sus condiciones naturales y biológicas— y la experiencia histórica relativa a la organización social, así como las tradiciones perdurables. La "libre investigación científica" consistía en la actuación del juez ante disposiciones elásticas destinadas a satisfacer algún interés privado, actuación que era limitada, cuando la disposición legal fuese imperativa. Reaccionó ante el criterio benigno del juez Paul Magnaud a partir de 1881, creador de soluciones extra normativas, susceptibles de causar una crisis en el régimen judicial que

(20) JESTAZ Philippe y JAMIN Christophe, "La doctrine", Dalloz, París, 2004, pág. 15.

(21) SALEILLES Raymond, "De la déclaration de volonté", Librairie Générale, París, 1929, pág. 229.

(22) GENY publicó en el año 1914 tres volúmenes sobre "Science et technique en droit privé positif".

consideraba un arma firme para la seguridad [23]. Gény marcó el fin de toda una época, pues como era iusnaturalista, devoto en realizar lo justo y equitativo, rescató ese modo de entender el significado de las normas escritas. Las ideas que fue sembrando en su tránsito por la vida tuvieron buenos frutos en nuestro país [24].

Henri Capitant adquirió celebridad por sus contribuciones a la ciencia jurídica de orden racionalista. En una locución muy conocida decía: "la sociedad está fundada sobre la moral y el derecho". Como era profesor universitario, disfrutó de una amplia libertad desde la cátedra para exponer sus ideas sin necesidad de ceñirse a los textos "positivos". Así lo recordó en el prólogo al libro *Introduction al´étude du droit civil* escrito en 1897, una suerte de enciclopedia de la disciplina. Tenía la convicción que al codificar las normas ello no podía detener el progreso del derecho, ni fijar los límites de su dominio, pues con el correr de los años surgirían nuevas relaciones impulsadas por los cambios sociales y económicos, desconocidos al momento de codificar. Propició realizar la sistematización de los preceptos para amoldarlos según las teorías rectoras del ordenamiento, sistematización que exige profundizar el análisis de la jurisprudencia. En un opúsculo orientador de las tesis a preparar por los doctorandos, sostuvo que a fin de lograr ese objetivo había que coordinar las reglas y los principios con los textos del legislador. Asociado al profesor Ambroise Colin, a comienzos del siglo XX ambos publicaron un Curso de Derecho Civil que tuvo varias ediciones. En el año 1922, Francia repuso el plan tradicional para la licenciatura en abogacía, hecho que produjo un cambio importante para los libros de enseñanza. Al año siguiente, este profesor de la Universidad de París dio a conocer su ensayo sobre la causa de los contratos, apoyado en el pensamiento de Jean Domat, ensayo que innovó la doctrina en un tema trascendente sobre la finalidad en los actos jurídicos, y le dio sobrada fama. Sostenía que el derecho tiene su fundamento en la personalidad humana individual. En el año 1927, junto a Ripert y Colin, integró la comisión binacional que redactó el Proyecto franco-italiano del Código de las Obligaciones. Falleció este ilustre maestro antes del comienzo de la Segunda Guerra Mundial.

---

(23) SALAS Denis, "Magnaud. Le bon juge", en CADIET Loïc, "Dictionnaire de la Justice", Puf, París, 2004, pág. 861.

(24) MARTÍNEZ RUIZ Roberto, "La interpretación judicial de la ley y la seguridad jurídica", Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Buenos Aires, Anales, año XXIX, n° 22, 1984, separata. SOLER Sebastián, op. cit. págs. 54/56. LLAMBÍAS Jorge Joaquín, "Tratado de Derecho Parte General", 14ª ed., actualizada por RAFFO BENEGAS Patricio, Perrot, Buenos Aires, 1991, tomo I, págs. 50/51, 72/73, y 104/105.

Hubo una renovación en la doctrina en virtud de las exigencias de la época, las sentencias de la Corte de Casación y la legislación comparada, en este último caso gracias a las sesiones del Congreso Internacional de Derecho Comparado, reunido en París en el año 1900. Ese mismo año, Alemania hizo entrar en vigor el Código Civil (B.G.B., *Bürgerliches Gesetzbuch*), compuesto de una parte general y cuatro partes principales: obligaciones, bienes, familia y sucesiones. Ese acontecimiento provocó un cambio en las ideas y en las pautas técnicas que estaban depuradas. En adelante la codificación se fue alejando del modelo "Code Napoleón", como sucedería en Suiza con el Código de las Obligaciones (año 1881) y el Código Civil (año 1911), mucho después también en Italia, con el Código Civil aprobado en 1942. A consecuencia de ello, hubo orientaciones jurídicas hacia autores de otros países, aunque la doctrina francesa se fue actualizando, pues nunca padeció de esclerosis [(25)].

A fin de brindar un panorama de la bibliografía francesa surgida luego de la teoría de Geny, es necesario mencionar la obra de algunos juristas que se destacaron posteriormente, sin desmerecer a los omitidos por motivos de espacio. Baudry-Lacantinerie, decano de la Facultad de Derecho de Burdeos, dirigió un tratado teórico práctico en 29 volúmenes sobre todo el derecho civil, con destacados colaboradores, y además publicó un *Précis* en el año 1882 actualizado en sucesivas ediciones. Era partidario de dos principios: la libertad individual y la inviolabilidad de la propiedad. René Demogue cuestionó las ideas de Geny en un libro intitulado *Notions fondamentales du droit privé. Essai critique* que publicó el año 1911. Denunció los conflictos y las contradicciones existentes que las teorías generales no alcanzaban a superar. Era un realista con una visión práctica sobre la aplicación normativa por encima de las abstracciones. Introdujo la distinción entre las obligaciones de medio y las obligaciones de resultado. Escribió un libro sobre la reparación civil de los delitos. Definió al contrato como una suerte de microcosmo, una sociedad pequeña, donde ambas partes persiguen el bien común.

Louis Josserand exploró una materia novedosa: cuestionó el ejercicio abusivo del derecho al ser contrario a la finalidad prevista por el legislador. Promovió un trascendental debate el año 1905 con los autores que disentían. Completó sus argumentos en el libro *De l´esprit des droits et de leur relativité* del año 1927, donde también enfocó la función social que según él cumplirían los derechos subjetivos. Hizo un importante aporte

---

(25) Prueba de lo expuesto son las Jornadas de la "Association Henri Capitant" celebradas en Beirut en el año 1998. "Travaux" tomo XLIX, donde se publicó el informe general del profesor Pierre Catalá sobre el orden público que identificó con la paz social y el bien común, según el ritmo de la evolución histórica del derecho.

respecto de los móviles en los actos jurídicos, su contenido ético, y la necesidad de adentrarse en el pensar individual de cada contratante. Colaboró en la redacción del Código de las Obligaciones y los Contratos de la República del Líbano (año 1932). Además, incursionó en las fuentes del sistema, con especial dedicación al valor de la jurisprudencia. La mención de otro jurista se impone: Paul Roubier, profesor en Lyon y decano honorario de la Facultad local. Es más conocido entre nosotros por su obra maestra: *Le droit transitoire: conflits des lois dans le temps*. Polemizó en torno al llamado "ejercicio abusivo del derecho", por considerar que era un peligro para la seguridad jurídica y un atentado a los derechos individuales [(26)]. Del punto de vista de la responsabilidad civil, el tratado más conocido es el de los profesores Henri y León Mazeaud, quienes con la valiosa colaboración de André Tunc, expusieron en profundidad uno de los grandes temas del siglo pasado, donde además de comentar las normas codificadas, se ocuparon de otras materias incluidas en leyes especiales, como la relativa a los accidentes de tránsito.

Párrafo aparte merece la labor de Jean Carbonnier, quien supo contemplar el *modus vivendi* de los seres humanos en el siglo XX y contribuyó a las modificaciones que entre los años 1964 y 1975 se introdujeron al "Code" en materia de familia. Sostuvo la teoría del *non droit*, regulación superior a las leyes escritas, dado que se nutre de las fuentes más puras: la costumbre, la jurisprudencia y la equidad. Su obra *Droit Civil* demuestra la sabiduría del autor, y la versatilidad de los conocimientos adquiridos en otras disciplinas: la economía y la sociología. Cuando describía una institución en particular dedicaba subcapítulos acerca de la política legislativa en su país, la práctica judicial, los antecedentes históricos y las relaciones que esa institución tenía con la ciencia económica. Este jurista merece ser leído para comprender los hechos sucedidos en el pasado y las transformaciones sociales habidas. Esta cuestión también la abordó René Savatier, con amplio criterio debido al fenómeno de la aceleración de la historia [(27)].

Ante el escepticismo monetario surgido el siglo anterior, Jean Carbonnier (1908-2003) decía que ese enigma era "una de las claves psicológicas" de su tiempo, y advirtió sobre la dinámica de la base económica. A partir del año 1914 Francia comenzó a indexar los créditos en dinero, dando lugar a una copiosa literatura. El Estado ejerce la soberanía monetaria a manera de instrumento regulador de los intercambios de bienes

---

(26) ROUBIER Paul, "Droits subjectifs et situations juridiques", Dalloz, París, 1963, pág. 333.

(27) SAVATIER René, "Les metamorphoses économiques et sociales du droit civil d´aujourd´hui. Premiéré serie. Panorama des mutations", Dalloz, 3ª. ed., París, 1964.

y servicios, interviniendo como un tercero en esas relaciones. Producida la depreciación del valor del dinero por una medida de gobierno, se beneficiaba al deudor en perjuicio del acreedor en virtud del curso legal, hecho que rompía el equilibrio de los contratos y estimulaba a la mala fe. Defendió la moneda fiduciaria. Dos son los conceptos a aplicar en la materia: el dinero como medio de pago con poder cancelatorio, y el curso forzoso relativo a la inconvertibilidad del billete en oro [28]. Postuló neutralizar el deterioro del poder adquisitivo de la unidad monetaria. Temía el descontrol producido por la hiperinflación, tal como ocurrió en la Argentina en la década del 80 [29].

IV. Final del siglo XX

Los días vividos en el siglo XX fueron tiempos difíciles: sucedieron diversos acontecimientos que conmovieron al mundo imposibles de sintetizar en pocas líneas. Y sin embargo... continuaron las esperanzas por rescatar la paz universal. Prueba de ello es la fundación de la Organización de las Naciones Unidas, que aprobó la célebre Declaración Universal de Derechos Humanos en 1948 [30]. La situación que atravesó Francia durante esa centuria se reflejó en la cultura y en la enseñanza universitaria a partir de los hechos ocurridos en mayo de 1968. El trabajo de la doctrina prosiguió entre las dos guerras y luego de la liberación en 1945 [31]. Los juristas adecuaron el pensamiento a las tendencias económico-sociales conforme a la evolución que tuvo el capitalismo en occidente.

El año 1922 se creó en la Argentina el Instituto de la Universidad de París de Buenos Aires, a iniciativa de Adolfo Bioy, quien fuera presidente del Colegio de Abogados de esta ciudad [32], Instituto que realizó activi-

---

(28) STARK Boris, ROLAND Henri y BOYER Laurent, "Obligations. 3 Régime legal", 5a ed., Litec, París, 1997, págs. 74/77.

(29) CARBONNIER Jean, "Droit Civil", puf, París, 1997, tomo III, pág. 42; "Ensayos sobre las leyes", traducción de Luis Diez-Picazo, Civitas, Madrid, 1998, págs. 75 y ss.

(30) Con ese motivo el jurista francés René Cassin recibió el Premio Nobel de la Paz en 1968.

(31) Al recuperar su territorio tras la liberación, el gobierno confió al decano León Julliot de la Morandier preparar un proyecto de reforma al Código Civil.

(32) SILVA DE LA RIESTRA Juan, "Académicos de derecho y hombres de gobierno", prólogo de Jorge Mayer, Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Buenos Aires, Buenos Aires, 1969, pág. 217. El Instituto hizo posible que nos visitaran Gastón Jeze y René Demogue.

dades culturales durante 40 años. La escuela francesa estuvo siempre presente en nuestro país [33]. Un testimonio de la supervivencia de esa doctrina ha sido la realización el año 1991 en Argentina de las Jornadas de la *Association Henri Capitant des amis de la culture francaise* [34] sobre el endeudamiento, con el patrocinio de la Universidad del Museo Social Argentino, y bajo la presidencia del profesor Philippe Malinvaud [35]. En las Jornadas se debatió en torno a los efectos del endeudamiento y el sobre endeudamiento en la sociedad de consumo, una encrucijada entre la producción y el consumo, donde descansa la economía de mercado. Asimismo, se analizó el problema de la deuda externa en los países emergentes, deuda nociva para los pueblos en búsqueda del desarrollo sustentable.

En otro orden, es preciso destacar la participación de los juristas que dieron cursos e hicieron publicaciones en nuestra nación sobre la empresa y el derecho societario. Un merecido reconocimiento le corresponde al profesor Jean Guyénot, secretario de redacción de la *Revue des Sociétés*, prolífero escritor, quien publicó en Argentina su "Curso de Derecho Comercial" (año 1975). Rindió su examen de tesis en la Universitéd´Alger el año 1959, tesis que versó sobre: "La responsabilidad de las personas jurídicas públicas y privadas", salió de la imprenta con prólogo de Jean Carbonnier [36]. Hizo un esbozo de Constitución para la República del Líbano en el año 1986. Los profesores Jean Pailluseaue e Yves Guyon dieron clases en la Universidad del Museo Social Argentino y en la Universidad Católica Argentina, además de publicar ensayos en el país.

Los estudios del derecho privado en la Argentina, durante la década del "treinta", se hallaban influidos por los autores franceses que se men-

---

(33) Nos visitaron numerosos juristas de Francia: Daniel Bardonnet, Xavier Blanc-Jouvan, Remy Cabrillac, Pierre Catalá, Jean Derrupé, León Duguit, Michel Grimaldi, Camille Jauffret-Spinossi, Patrick Julliard, Gabriel Marty, Denis Mazeaud, Jean Pailluseau, Jean Raynaud, Jacques Robert, y Michel Villey.

(34) Fundada en el año 1935.

(35) TRAVAUX DE L´ASSOCIATION HENRI CAPITANT, "L´endettement", tomo XLVI/1995, L.G.D.J., París, 1997. Participaron los profesores argentinos Luis O. Adorno, Javier H. Barbieri, Manuel Horacio Castro Hernández, Miguel Ángel Espeche Gil, Juan Luis Miquel, Gustavo Pinard y Marcelo Urbano Salerno. En otras Jornadas participaron los doctores Enrique V. Del Carril, Michele Goupil, Carlos A. R. Lagomarsino, Roberto López Cabana, Inés E. Molina, Valeria Pasqualini-Salerno, María Delia Pereiro de Grigaravicius, José Domingo Ray, y Carlos Raúl Sanz.

(36) Guyenot comparó a Bustamante Alsina con Josserand y Capitant, según Alberto J. Bueres (nota 30).

cionaron, sin dejar de atender las particularidades circunstanciales de nuestra vida social. Jorge Bustamante Alsina estudió las ideas y los principios que se enseñaban en las aulas universitarias, reflejo de la cultura vigente en esa década. Asistió a las polémicas habidas en el foro con motivo del Proyecto de Reformas del Código Civil de 1936, resistido por los defensores de la sólida obra de Vélez Sarsfield, que era "nuestra estructura de nación y además nos ha incorporado a la civilización occidental", según escribió Enrique Martínez Paz en el año 1944 [37]. La influencia francesa se manifestó de dos maneras: en las fuentes de las notas a los artículos del Código de 1869, y en los comentarios glosados por los autores francos posteriores a ese año respecto de las cuestiones más importantes para la época. En este último sentido, la doctrina en boga era continuidad del pensamiento anterior, con innovaciones diversas, en especial en cuanto al método y la hermenéutica. Valga lo expuesto a fin de apreciar la formación jurídica del profesor Bustamante Alsina que le sirvió de base al ulterior desarrollo de sus investigaciones y aportes científicos. La influencia de la escuela francesas se puso de manifiesto en su magna obra *Teoría general de la Responsabilidad Civil*, donde dedicó el capítulo III a "La cuestión en Francia", con abundante cita de autores clásicos y modernos, más la jurisprudencia innovadora de la Corte de Casación [38]. En esas páginas afirmó el deber de reparar los hechos dañinos realizados por los integrantes de un grupo de personas, si fuese imposible poder identificar la autoría de un determinado sujeto [39].

Sirvan de ejemplo algunos autores nacionales que recibieron la influencia de la escuela francesa. A partir de entrar en vigor el Código Civil el año 1871, en la Universidad de Buenos Aires los profesores dictaron las clases sobre la base de la doctrina y jurisprudencia desarrollada en torno al "Code Napoleón"; esos profesores fueron José María Moreno, Luis V. Varela, David de Tezanos Pinto y Juan Antonio Bibiloni. Héctor Lafaille, catedrático de esa Universidad durante los años 1910 a 1942, ha sido uno

---

(37) MARTÍNEZ PAZ Enrique, en Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Córdoba, "Homenaje a Dalmacio Vélez Sarsfield", Córdoba, 2000, tomo I, pág. 43.

(38) La última edición de esta obra emblemática es la novena, ampliada y actualizada, para que fuese un libro didáctico de los estudiantes y "un eficaz instrumento para el ejercicio profesional del abogado". En oportunidad de rendirle homenaje en la Universidad del Museo Social Argentino, el académico Alberto J. Bueres realizó un exhaustivo análisis de su contenido calificando a Jorge Bustamante Alsina de ser "un jurista excepcional". Véase "Responsabilidad por daños. Homenaje a Jorge Bustamante Alsina", director BUERES Alberto J., Abeledo Perrot, 1990, tomo I, pag. 25.

(39) Ley dictada en Francia el 4 de junio de 1970 que Bustamante Alsina divulgó en nuestro país con motivo de un viaje de estudios que realizó a dicho país.

de los más fieles exponentes de esa corriente. Escribió dos tratados, uno de Obligaciones y el otro de Contratos, en los cuales dedicó una sección en cada tema sobre la legislación comparada y la correlativa doctrina en especial de Francia. Además, en el edificio gótico de la Avenida Las Heras dirigió un seminario sobre la causa de los contratos en el año 1940, basado en la conocida obra de Capitant, asistido por el académico Roberto Martínez Ruiz [(40)]. El profesor Alfredo Colmo era un erudito del derecho vigente en Francia, quien leía a Colin y Capitant, además de Planiol, explicando las obras de los nombrados juristas, "inspiradas en el nuevo plan de estudios por el estilo germánico" incorporado en el año 1895 [(41)], plan que fue redactado por Claude Bufnoir.

En la década del "cuarenta" tres decanos: Abel M. Fleitas, Aquiles Horacio Guaglianone, y Marco Aurelio Risolía, presentaron tesis sobre la base de la doctrina francesa. Guaglianone académico y profesor universitario, cultivó a los autores que crearon dicha doctrina, antiguos [(42)] y modernos. Se graduó de doctor en derecho con una tesis sobre "Historia y legislación de la legítima" (año 1940), donde reveló tener dominio sobre el derecho de ese país latino, que, en su opinión es "una constante creación de normas para garantizar la libertad" [(43)]. Dio a conocer en castellano el *Vocabulario jurídico* de Henri Capitant, en una impecable traducción del idioma original (año 1961). Escribió sobre temas de familia y de sucesiones con nutrida bibliografía de origen francés. Electo decano de la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales de la Universidad de Buenos Aires, en el año 1957, ejerció el cargo con dignidad. Cuando se

---

(40) VIDELA ESCALADA Federico, "La causa final en el derecho civil", Abeledo Perrot, Buenos Aires, 1968, brindó el contenido de sus clases de doctorando, en las que explicó los antecedentes franceses del tema.

(41) COLMO Alfredo, "Técnica legislativa del Código Civil Argentino", 2ª. ed., Abeledo Perrot, Buenos Aires, 1961, pág. 191. La primera edición fue del año 1917 dedicada en honor de François Geny. SALVAT Raymundo J., "Tratado de derecho civil argentino. Parte General", décima edición, reactualizada por ROMERO DEL PRADO Víctor N.", TEA, Buenos Aires, 1954, tomo I.

(42) En su biblioteca guardaba el libro de BEAUMANOIR Philippe, "Les coutumes de Beauvoisis", edit. 1842. Véase "Homenaje al doctor Aquiles Horacio Guaglianone", en Revista del Colegio de Abogados de Buenos Aires, año 1979, tomo XXXIX, n° 1, págs. 83/108.

(43) GUAGLIANONE Aquiles Horacio, "La influencia francesa en la cultura jurídica argentina", Anales de la Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Buenos Aires, año VIII y IX, segunda época, n° 7, año 1964. El autor sostenía que "si la historia del derecho es un capítulo de la investigación del hombre, sólo es dable abordarla universalmente", en "La historia del derecho como afición y como necesidad para el jurista", conferencia editada por el Instituto de Historia del Derecho Ricardo Levene, Buenos Aires, 1971.

desempeñó como director de los cursos de doctorado alentó estudiar la doctrina francesa a fin de hacer un análisis profundo de las instituciones regladas por nuestra legislación civil.

Desde Francia recibimos la metodología a seguir en la ciencia jurídica y la técnica legislativa adecuada para dictar normas, elementos indispensables a fin de consolidar nuestro sistema de manera coherente.

V. El legado de Bustamante Alsina

La actividad intelectual de Jorge Bustamante Alsina se nutrió de la influencia francesa y fue generando un pensamiento propio para contribuir al crecimiento de una doctrina nacional. Definió las fuentes formales del derecho como "las normas imperativas, impersonales, o abstractas creadas por autoridad externa al intérprete, que revelan o manifiestan una regla jurídica cuya esencia es la fuente material o fuerza creadora constituida por factores reales de la vida social" (44).

Era de su interés ocuparse sobre la variedad de temas de actualidad, que requerían la respuesta apropiada de los juristas. Fijó la atención en cuestiones relativas a la libertad de prensa, y a los problemas suscitados en torno al monetarismo. Así fue cómo sentó opinión respecto a la "ley de convertibilidad 23.928" y la libre circulación de la divisa extranjera. En forma inteligente propuso soluciones razonables en momentos críticos cuando era necesario clarificar cuestiones complejas. Ganó el respeto de letrados y profanos mediante el análisis crítico de la jurisprudencia de los más altos estrados en casos singulares.

Como pedagogo siempre le inquietaron los planes de estudio orientadores de los alumnos hacia el conocimiento básico de las disciplinas, en especial el derecho civil. Ha dejado enseñanzas valiosas a lo largo de su trayectoria docente que es bueno recordar. Su personalidad mantiene viva la admiración de quienes leen sus libros y escritos de elegante estilo.

---

(44) BUSTAMANTE ALSINA Jorge, "Responsabilidad civil y otros estudios", Abeledo Perrot, Buenos Aires, 1992, tomo II, donde se publicaron los estudios "Reflexiones en torno a la ley llamada de convertibilidad del austral" (pág. 297) y "La jurisprudencia como fuente formal del derecho" (pág. 349).

Académicos de la Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Córdoba

Breves reflexiones acerca de la indemnización por responsabilidad estatal

Por Julio Isidro Altamira Gigena [*]

I. Responsabilidad del Estado

I.1. Asunto de Derecho Público o de Derecho Privado

El primer problema a dilucidar es si se debe utilizar como plataforma jurídica, el Código Civil y Comercial por ser una cuestión de Derecho Privado o, por el contrario, el asunto debe regirse por normas del Derecho Administrativo.

En el Derecho Comparado [1] Jean Rivero dice que en Francia cuando el daño es cometido por una actividad lícita del Estado, se debe regir por normas del Derecho Administrativo, y será competente el Tribunal en lo Contencioso Administrativo para conocer y decidir sobre ese asunto.

En cambio, si el daño ha sido cometido por el Concesionario de un servicio público, u obras públicas, o Empresas del Estado, se deben aplicar normas de Derecho Privado, y el Juez competente será el de los Tribunales ordinarios.

(*) Académico Presidente (2016-2019). Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Córdoba.

La Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Buenos Aires ha decidido rendirle un justo homenaje a un civilista de renombre, no sólo en el orden Nacional, sino también en el orden Internacional: Dr. Jorge Bustamante Alsina. Acepto complacido la invitación que se me ha formulado, y no dudo que el volumen que se va a imprimir contará con importantes colaboraciones.

(1) Rivero, Jean: "Droit Administratif", 3era Ed. pág. 343 y ss.

Lo mismo sucede cuando el daño ha sido cometido por la actividad realizada por los empleados o funcionarios públicos, con dolo, porque en ese caso, hay falta personal, y serán también competentes los Tribunales Civiles.

En esta línea de pensamiento, Pedro Guillermo Altamira (mi padre) [2] en el año 1941 ya hablaba sobre la inaplicabilidad de las disposiciones del Código Civil para regir las relaciones del Estado con los particulares cuando actúa como persona de Derecho Público, pero reconoce que por falta de una ley que expresamente se refiera a la responsabilidad estatal, los Tribunales han aplicado invariablemente las disposiciones contenidas en el Código Civil, no obstante, que la Constitución Nacional podría ser la plataforma jurídica, en virtud de lo establecido en los arts. 16 y 17.

Se ha suscitado un problema que aún no ha sido resuelto sobre la autonomía de las ramas del derecho [3].

Se ha considerado que autonomía es un concepto relativo [4], 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 [5].

Considero, compartiendo lo sostenido por numerosos autores, que la autonomía de las diversas ramas del derecho no implica que ellas constituyan compartimentos estancos, aislados, y sin conexión, ya que 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.

Rafael Bielsa enseña: "...El principio tradicional de la responsabilidad no es aplicable al Estado, al menos, tan llanamente como se pretende, sin examen del fundamento racional de la responsabilidad.

"La Administración Pública, esto es, el Estado, no puede ser considerado simplemente como el particular, o administrado.

---

(2) Altamira, Pedro Guillermo: "Responsabilidad extracontractual del Estado", pág. 69, Cba. 1942.

(3) Aftalión, Marcelo E.: "Acerca de la pretendida autonomía de las ramas jurídicas", LL, Tomo 122, pág. 1201.

(4) Ray, José D.: "Derecho a la navegación, contextos legales nacionales, e internacionales, y sobre comercio exterior", Tomo: 1, pág. 99, Bs. As., 1992.

(5) Aftalion, Enrique, García Olano, Fernando y Vianova, José: "Introducción al Derecho", 11º ed. actualizada, pág. 489, Bs. As., 1980.

"Los particulares, ejerciendo sus actividades libres, no importa en qué dirección, ni con qué fines, ni con qué propósitos, sin normas regulares, más que la muy lata de no lesionar el derecho de otro, pueden causar un daño, y en tal caso, no tiene porqué soportarlo el damnificado, puesto que ambos están en el mismo plano legal; frente a la actividad de un particular, el otro opone su derecho; en suma: los unos están, respecto de los otros, protegidos por acciones. El principio del art 1109 (culpa aquiliana) dominaba en todas las legislaciones civiles, y citamos este precepto legal, porque la cuestión que se debate era el de la responsabilidad extracontractual.

"A diferencia del Estado, los particulares persiguen intereses distintos u opuestos, sus actividades libres son distintas. Si en esa actividad el uno lesiona el derecho del otro, ningún motivo hay para no hacerlo responsable; lo contrario sería admitir un privilegio antijurídico.

"Pero, en punto al Estado no ocurre eso. La actividad del Estado tiene una única finalidad: el bienestar colectivo, es decir, el de todos los individuos; la que se desenvuelve según reglas legales de competencia y normas técnicas de eficiencia. No hay prácticamente diferencia entre la actividad lícita del individuo y la del Estado. Siendo los intereses del Estado coincidentes con los intereses legítimos del individuo, éstos no tienen por qué estar protegidos en forma preventiva frente al Estado. Si se lesionan esos derechos o intereses, lo que procede es la revisión del acto administrativo.

"Siendo ello así, sería un contrasentido que se establecieran en forma de acciones garantías para los administrados o súbditos contra el Estado. Por eso, cuando la ley no reconoce derecho a indemnización, el Juez no puede condenar a que se indemnice. Tal es el argumento esencial del principio que se opone, al menos, como regla general al de la responsabilidad del Estado..." [6]

Roberto Enrique Luqui [7] dice que "...resultan erróneas algunas afirmaciones hechas sobre las opiniones que tenía Bielsa como contrario al deber del Estado de indemnizar los daños ocasionados a los particulares por el obrar ilícito de sus agentes, así como también por la actividad lícita". Sostiene que siempre se ha pronunciado sobre el deber que tiene el Estado de resarcir los daños, haya actuado en forma lícita o ilícita, pero no por aplicación de las normas del Código Civil, entonces vigente que

---

(6) Bielsa, Rafael: "Derecho Administrativo", 4ta Ed. Tomo II, pág. 347 y 348.

(7) Luqui, Roberto Enrique, en: "Derecho Administrativo de Rafael Bielsa", Tomo IV, 7ma ed. actualizada, pág. 2625.

regulaban la responsabilidad, sino como garantía legal, para lo cual, era necesario que se dictara una ley que así lo dispusiera; pero como nunca se dictó, había que recurrir al Código Civil que establecía expresamente la responsabilidad de los agentes públicos, cuando su desempeño irregular causaba daño a un tercero (art. 1112 CC).

En sus libros afirmaba que la justicia puede hacer lugar al resarcimiento de los daños producidos por la Administración cuando ocasiona un perjuicio diferencial, basándose en los principios constitucionales (art. 17 de la CN).

Fleiner [8] nos dice que cuando el Estado actúa conforme a derecho se equivocan todos los preceptos sobre actos ilícitos, por eso la solución debe buscarse dentro de los principios del Derecho Público, y no del Privado.

En esa línea de pensamiento, Forsthoff [9] sostiene que es el Derecho Público el encargado de buscar los fundamentos para la procedencia de la justa indemnización, pues, ella, desde el ángulo publicista, constituye un correlato necesario del Derecho Estatal, y por ello no hace falta acudir a las distintas teorías sobre la responsabilidad del Derecho Civil, cuando el accionar del Estado es lícito.

Rafael Entrena Cuesta [10] enseña que es importante distinguir "indemnización" y "responsabilidad", porque aquella comprende los casos en que el Estado debe pagar por los daños cometidos por la actividad lícita; en cambio, la "responsabilidad", es aplicable en el supuesto en que el daño se produce como consecuencia de una actividad ilícita. Sostiene que, en ambos casos, la responsabilidad del Estado es directa, y son competentes los Tribunales civiles para conocer y entender en esos asuntos.

Hace ya unos años lo sostuve, [11] y ahora lo reitero, que la noción de responsabilidad implica siempre la idea de culpa, la idea de una regla violada, sea ésta una regla de moral, o de derecho: responsabilidad moral en el primer caso, responsabilidad jurídica, en el segundo.

---

(8) Fleiner, Fritz: "Instituciones del Derecho Administrativo", traducción española, pág. 235, Madrid, 1933.

(9) Forsthoff, Ernest: "Tratado de Derecho Administrativo", pág. 426 y ss., Madrid, 1958.

(10) Entrena Cuesta, Rafael: Ob. cit., pág. 672 y ss.

(11) Altamira Gigena, Julio Isidro: "Responsabilidad del Estado", pág. 45, Bs. As. 1973.

Tanto la idea de "responsabilidad", como la de "culpa", implican la existencia de una persona dotada de una voluntad libre.

Habrá responsabilidad siempre que haya una regla violada por una voluntad libre, es decir que el problema de la responsabilidad está estrechamente vinculado al de imputabilidad [12].

En efecto, la responsabilidad surge como consecuencia de una actividad ilícita, o contraria al derecho.

La indemnización es una reparación debida por la Administración Pública al titular de ciertos derechos que ceden ante el ejercicio legítimo de una potestad administrativa.

El resarcimiento propiamente dicho, es la reparación económica que tiene su origen en la actuación ilegal de la Administración.

Cuando la lesión se produce como consecuencia de la actuación legal del poder, se denomina: indemnización. [13]

Estoy de acuerdo con lo sostenido por Cassagne [14] en cuanto afirma que la regulación sobre la responsabilidad estatal se debe realizar en forma separada, sin perjuicio de la recurrencia a la analogía o incluso a la supletoriedad de los textos civiles cuando así corresponda, ya que "....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 la víctima, debe mirar necesariamente también, a 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. 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...".

---

(12) Diguit, León: "Las trasformaciones del Derecho Público", pág. 306, 2da Ed. Madrid.

(13) Alessi, Renato: "Instituciones del Derecho Administrativo", pág. 512, Barcelona, 1970, tomo II.

(14) Cassagne, Juan Carlos: "El factor de atribución en la responsabilidad estatal por la actividad ilícita o ilegítima", en: "Estudios sobre obligaciones y responsabilidad civil en homenaje al Académico Félix A. Trigo Represas", pág. 504, Bs. As. 2022, Ob. Colec.

Coincido con Perrino [15] también en cuanto afirma que la responsabilidad estatal constituye una típica institución perteneciente al Derecho Público, regida por principios propios, que son, por su naturaleza y fines, diferentes a los que rigen en el Derecho Privado".

Reiriz [16] sostiene la existencia de una teoría propia, unificada, autómata del Derecho Público, que aplica normas del Derecho Privado por analogía, debiendo recurrirse a la extensión interpretativa de sus fuentes solo en casos no previstos.

Además, afirma que hay dos maneras de utilizar en el Derecho Administrativo las normas y principios del Derecho Civil. Una consiste en recurrir a la analogía o a los principios generales del derecho y, la otra, en considerar a determinadas normas del Código Civil como normas generales. No se trata de una integración, sino de una aplicación directa.

Marienhoff [17] enseña que el Estado puede actuar en la esfera del Derecho Privado y en la del Derecho Público. En el primer supuesto la eventual responsabilidad extracontractual se rige por las normas del Derecho Civil aplicables a las personas privadas (físicas o jurídicas).

En cambio, en el segundo supuesto la responsabilidad extracontractual se rige por normas y principios del Derecho Público, y no por las del Derecho Privado, salvo que corresponda recurrir a éstos subsidiariamente por no haber normas específicas del Derecho Administrativo.

Luqui [18], refiriéndose a la Ley 26.444 de Responsabilidad Estatal, en la que se dispone la exclusión del Código Civil y Comercial en esta materia expresa: "...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 a la responsabilidad extracontractual, sería absurdo que no se aplicaran sus disposiciones cuando el Estado celebra un contrato de alquiler, o de compraventa. La responsabilidad contractual se

---

(15) Perrino, Pablo E.: "Critica al enfoque iusprivatista de la responsabilidad del Estado", en "Cuestiones de la responsabilidad del Estado y del funcionario público", pág. 791, Ob. Colec. Bs. As. 2008, Debasch, Charles: "Droit Administratif", pág. 557 y ss., Paris, 2002.

(16) Reiriz, María Graciela: "Responsabilidad del Estado", pág. 25, Bs. As., 1969.

(17) Marienhoff, Miguel S.: "Tratado de Derecho Administrativo", Ob. Cit. Tomo IV, pág. 719, Bs. As. 1973.

(18) Luqui, Roberto Enrique: "Derecho Administrativo" de Rafael Bielsa, actualizado por Luqui, 7ma Ed. Tomo IV, pág. 2633.

rige por las normas del Código Civil y Comercial, si se trata de un Contrato Privado; y si son públicos, como el de suministro, obra pública, concesión de servicio público, por las normas que regulan cada uno de esos contratos administrativos".

Efectivamente, porque las cláusulas de cada contrato son ley para las partes, y el Tribunal que debe entender y resolver, es el Tribunal con competencia en lo Contencioso Administrativo.

A su vez, Bianchi [19] al referirse al nuevo Código Civil y Comercial dice: "...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 ésta 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 al intentar regular esta materia en forma completamente autónoma, y sin conexión alguna con la legislación civil...".

En cambio, Perrino [20] considera que la nueva Ley, es un verdadero avance y mejora nuestro derecho.

A su vez, Andrada estima que la Ley 26.944 tiene un limitado alcance porque sólo regula la responsabilidad del Estado por falta de servicio, y por el obrar lícito fundado en el sacrificio especial, y no otro supuesto de responsabilidad estatal, como es la responsabilidad ambiental, ni tampoco la responsabilidad del Estado como dueño de la cosa viciosa o riesgosa como cosa que causa daño. [21]

En España, nos dicen Eduardo García de Enterría y Tomás Ramón Fernández [22] es un asunto de Derecho Público y está regulado en la Ley de Expropiación Forzosa donde se protege y garantiza el patrimonio de la víctima frente a todo daño no querido, no buscado, no merecido por la persona lesionada que resulte de la acción administrativa.

---

(19) Bianchi, Alberto B.: "La responsabilidad del Estado por su actividad legislativa" en: "Estudios sobre obligaciones y responsabilidad civil en homenaje al Académico Félix A. Trigo Represas, Ob. Colec., pág. 532, Bs. As., 2022.

(20) Perrino, Pablo E.: "La responsabilidad del Estado y los funcionarios públicos. Código Civil y Comercial. La Ley 24.644 comentada", pág. 35, Bs. As., 2015.

(21) Andrada, Alejandro Dalmacio, Ley 26.944. Responsabilidad del Estado y de funcionario, pág. 445 y ss., Bs. As. 2017.

(22) García de Enterría, Eduardo y Tomás Ramón Fernández: "Curso de Derecho Administrativo", Sexta Edición, T. II, pág. 369 y ss.

La responsabilidad estatal es directa y objetiva, siempre que sea consecuencia del funcionamiento normal o anormal de los servicios públicos.

Pizarro [23] sostiene con buen criterio que "...las normas del Código Civil que regulan la responsabilidad aquiliana y por incumplimiento obligacional, no pertenecen exclusivamente al Derecho Civil, sino a todas las ramas del ordenamiento jurídico. De tal modo, su aplicación a la responsabilidad del Estado deviene insoslayable, sea ella realizada de manera supletoria, o por analogía, como lo propician la mayor parte de los administrativistas, o de modo directo e integrativo, como lo postulamos nosotros, aunque el mutuo complemento con las reglas y principios del Derecho Público, en tanto y en cuanto, claro está, ellas existan y se asienten sobre parámetros normativos medianamente objetivos, y no, como tanta veces sucede, en la sola voluntad, o peor aún, capricho personal del interprete con insalvables secuelas de inseguridad jurídica, altamente perversas en la actualidad..".

El distinguido civilista López Olaciregui [24] dice que: "...La responsabilidad, sea del Estado, o de un particular, está claramente establecida en las normas del Derecho Privado, y enseña que el criterio básico de la responsabilidad ha sido 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 licitud del obrar de la persona a quien se le imputa el daño...".

Soto Kloss [25] enseña: "...Todo daño —cualquiera sea su naturaleza— significa un detrimento en la esfera jurídica personal de un sujeto, sea ésta natural o jurídico, público o privado; esto es, un menoscabo de lo que le pertenece, una lesión de lo suyo, y suele ser norma constitucional nacional que "nadie puede, en caso alguno, ser privado de su propiedad, del bien sobre el que recae, o de alguno de los atributos, o facultades esenciales del dominio, sino en virtud de ley especial o general que autorice la expropiación por causa de utilidad pública, o de interés nacional, calificada por el legislador", y mediando la correspondiente indemnización por el daño efectivamente causado, a lo cual el expropiado tiene siempre derecho".

---

(23) Pizarro, Ramón Daniel: "Responsabilidad del Estado y del funcionario público", pág. 161 y ss., Bs. As. 2016.

(24) López Oraciregui, José María: "Esencia y fundamento de la responsabilidad civil" en: RDCO, Tomo 11, pág. 941 y ss.

(25) Soto Kloss, Eduardo: "Derecho Administrativo", Tomo 2, pág. 271, Santiago de Chile, 1996.

La privación de lo suyo puede provenir, ya de la acción u omisión de un particular, natural o jurídica, ya de la acción u omisión de una autoridad pública, sea ésta legislativa, administrativa o judicial, y si ello es así, necesario es concluir que el daño o perjuicio que sufren o ha sufrido un sujeto (natural o jurídico), con motivo o con ocasión de una acción u omisión de una autoridad significa, implica o comporta, un menoscabo, una lesión, un detrimento, a su patrimonio, y puesto que nadie puede ser privado de lo suyo, sin ser indemnizado, tal detrimento, tal lesión, tal menoscabo, debe ser reparado a quien lo ha sufrido por aquel que lo ha provocado...".

I.2. Fundamento de la responsabilidad

Numerosos son los criterios que se han dado, tanto desde el punto de vista del Derecho Civil, como del Administrativo, para establecer el motivo por el cual existe responsabilidad, y por ello, se debe indemnizar el perjuicio causado.

Durante mucho tiempo, la doctrina civilista, como la jurisprudencia, sostuvo que era necesario reparar el daño cuando existiese antijuridicidad, ya sea, porque el actor hubiese actuado con culpa, o con dolo.

También se sostuvo el criterio del daño injusto, o la injusticia del daño, y éste fue un fundamento importante para el Derecho Público, ya que el Estado debía responder no sólo cuando hubiese actuado en forma ilícita, sino también cuando lo hubiese hecho en forma lícita.

Fue en ese momento cuando aparece la teoría del "sacrificio especial", que consiste en el daño que sufre una persona cuando el Estado obró en forma lícita, y se violó el principio de igualdad ante las cargas públicas.

Fue entonces cuando se dejó de lado la teoría de la culpa como presupuesto exclusivo de la antijuridicidad, y apareció la responsabilidad objetiva, y por ello, se imputa la responsabilidad por daños que no es justo que sea asumido por la víctima en virtud del "riesgo creado", y es así que se llegó a la conclusión que la responsabilidad era de naturaleza objetiva y directa.

Hace ya más de un siglo, Teissier [26] sostuvo: "...los ciudadanos no deben sufrir unos más que otros las cargas impuestas en interés de todos, de donde resulta que los daños excepcionales, los accidentes que el poder

(26) Teissier, Jorge: "La responsabilite de la puissance publique", Paris, 1906.

público causa a los particulares, deben ser indemnizados por el presupuesto que está formado por las contribuciones de toda la colectividad".

Además, las necesidades de la vida en común exigen que cada uno soporte sin indemnización los daños resultantes del ejercicio legal y regular del poder público, al menos que el Legislador haya dispuesto lo contrario.

Cuando el Estado ejecuta un acto que perjudica a un habitante, haciéndole sufrir un daño injusto, con respecto a los demás ciudadanos, está obligado a indemnizar ese daño, para no romper ese principio de equidad, de igualdad, que ampara por igual a todos los habitantes...".

Para llegar a esa conclusión, se fundó en dos antecedentes históricos, en el art. 13º de la Declaración de los Derechos formulada por la Revolución Francesa de 1789, que disponía: "...unos ciudadanos no deben sufrir más que otros las cargas impuestas en interés de todos...", y en la fórmula que reza: "las necesidades de la vida en sociedad y la existencia misma del Estado, imponen a todos los ciudadanos, para que gocen de su organización y de sus servicios, la obligación de soportar, sin indemnización, salvo que el Legislador haya decidido otra cosa, todas las consecuencias derivadas del ejercicio legal y regular del poder público, y del funcionamiento normal de una servicio de interés general...".

También hace más de un siglo, el Concejo de Estado Francés, siguió esta teoría de la igualdad o equivalencia de las cargas públicas, tanto por los actos de sus agentes o funcionarios, como por su propia actuación, ya sea con motivo de la ejecución de los servicios públicos, o de las obras públicas.

Es la teoría sustentada por Waline [27] y por Rivero [28].

En cambio, Duguit [29] sostuvo: "...la responsabilidad del Estado no se puede edificar más que sobre la idea de un seguro social, soportado por la caja colectiva, en provecho de aquellos que sufren un perjuicio originado por el funcionamiento de los servicios públicos que se realizan en provecho de todos".

---

(27) Waline, Manuel: "Traite elementaire de Droit Administratif", pág. 429, Paris, 1946.

(28) Rivero, Jean: "Droit Administratif", pág. 261, Paris, 1970.

(29) Duguit, León: "Las transformaciones del Derecho Público", pág. 306 y ss., Madrid, 1926.

Esta concepción se vincula por sí misma, a una idea que ha penetrado profundamente en la conciencia jurídica de los pueblos modernos: "la igualdad de todos ante las cargas públicas.

La actividad del Estado se ejerce en interés de la colectividad entera. Las cargas que ella apareja no deben pesar más fuertemente sobre unos que sobre otros. Si resulta que de la intervención estatal un perjuicio especial para alguno, la colectividad debe repararlo, sea que exista culpa por parte de los agentes públicos o sea que no exista. El Estado es, en cierto modo, asegurador de lo que se llama frecuentemente el riesgo social. Es decir, el riesgo resultante de la actividad social traduciéndose por la intervención del Estado...".

Mayer [30] propuso la teoría de la equidad afirmando que la indemnización existirá siempre que el Estado haya obtenido alguna ventaja en detrimento excepcional de algún administrado.

Mi padre [31] enseñaba: "Los cimientos de la doctrina de la responsabilidad estatal deben buscarse en el principio de la solidaridad humana, que es precisamente el que informa e impone ayuda recíproca a todos los individuos que constituyen la colectividad.

Sus fuentes, no deben buscarse ni en la moral, ni en la caridad, sino en un acto de justicia distributiva, que la sociedad está obligada a realizar para con aquellas personas que por hechos que no le son imputables, se encuentra de pronto, y por un acontecimiento ajeno a su voluntad, en situación de inferioridad para cumplir con su fin individual y social. Es el Estado, el órgano por cual la sociedad realiza esa obra de solidaridad, ya que por su enorme magnitud escapa al poder del individuo; es quien debe afrontar este problema y resarcirlo.

Sarria [32] nos dice: "...Todos los ciudadanos son iguales ante las cargas públicas, por tanto, cuando la colectividad goza de un beneficio general, correspondiente a un daño individual causado a uno de sus miembros, aquella debe indemnizar.

"El fundamento, no es propiamente del derecho, sino de la equidad. Si tuviéramos que servirnos de aquel, nada podríamos exigir, pues si suponemos que se trata de un daño causado sin falta, es decir, en ejercicio

---

(30) Otto Mayer: "Derecho Administrativo Alemán", Tomo II, pág. 222.

(31) Altamira, Pedro Guillermo, Ob. cit., pág. 110.

(32) Sarria, Félix: "Derecho Administrativo", Tomo I, pág. 278, Cba. 1950.

de un derecho, habría que aplicar la máxima: *qui jure suo utitur, neminem leadit*, en cuya virtud quedaría muerta toda reclamación.

"Pero la equidad realiza una función más amplia, y más noble. Ella es de más efecto, y de mayor alcance que el derecho". He dicho en 1973 [33], y ahora repito, que encontramos el fundamento de la responsabilidad estatal en el bien común.

"Uno de los fines del Estado es propender al bien común, y el Preámbulo de nuestra Constitución establece enfáticamente que los gobernantes deben promover el bienestar general.

"Esto significa que la prosperidad debe reinar no solo en la comunidad en general, sino también en cada uno de sus integrantes.

"A los gobernantes les toca defender la sociedad que gobiernan y a todos sus miembros, pero al proteger los derechos de la sociedad, deben tener principalmente en cuenta a aquellas personas que se han visto perjudicadas por un acto de la Administración, por su actuación lícita, o la actuación de un funcionario público en el ejercicio de la función...".

Al sostener que el fundamento es el bien común, estoy pensando en el bien de toda la comunidad, y ella no puede encontrarse plenamente satisfecha, si un miembro, o un grupo de sus miembros, ha sufrido un daño producido por la actividad del Estado, ya sea actuando ilegítimamente, o lícitamente, y por ello, el damnificado tiene derecho a exigir la correspondiente indemnización en virtud del principio que viene del Derecho Romano*: alterum non laedere* y *suum cuique tribuere.*

I.3. Alcance de la reparación

El extinto Profesor y amigo Julio R. Comadira [34] nos dice que el alcance dela reparación debida por el Estado a los particulares agraviados por el ejercicio lícito de la función administrativa constituye un tema objeto de reiterada atención por parte del profesor Marienhoff, quien sostuvo en una de sus obras, el carácter expansivo de la noción de expropiación por razones de interés público y los principios de la expropiación son de aplicación, a falta de norma que expresamente prevea el caso, a todos los supuestos en los que el Estado, en ejercicio regular de la Función Administrativa lesione el de-

---

(33) Altamira Gigena, Julio Isidro: "Responsabilidad del Estado", pág. 87, y ss., Bs. As., 1973.

(34) Comadira, Julio R.: "Derecho Administrativo, pág. 415 y SS, Buenos Aires, 1996.

recho de los administrados, causando —de esa manera— perjuicios que éstos no tienen la obligación de soportar.

El distinguido civilista López Olaciregui [35] enseña que el criterio básico de la responsabilidad era no sólo 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.

Pizarro [36] es partidario que la indemnización debe comprender el daño emergente y el lucro cesante, y a tal fin enseña: "el daño patrimonial puede presentarse como daño emergente, y luego, cesante (arts. 519 y 1069, 1era parte del Código Civil derogado; y art. 1738 Código Civil y Comercial).

El daño emergente consiste en la pérdida o disminución de valores económicos, ya existentes en el patrimonio, a raíz del hecho ilícito aquiliano, o del incumplimiento obligacional (art. 1738) CCC. La prestación debida representa para el acreedor un valor económico que, ante tal incumplimiento, aquel queda privado de éste, generándose un empobrecimiento patrimonial a raíz de dicha pérdida.

El lucro cesante se traduce en el valor de las ganancias frustradas, dejadas de percibir por el damnificado, a raíz del ilícito o del incumplimiento obligacional (art. 1738 CCC).

Tanto el daño emergente, como el lucro cesante, pueden ser actual o futuro.

Algunos administrativistas, como Miguel S. Marienhoff [37], Hutchinson [38], Comadira y Escola [39], entre otros, sostienen la improcedencia del lucro cesante en virtud de la llamada: "fuerza expansiva de

---

(35) López Olaciregui, José María: "Esencia y Fundamento de la responsabilidad Civil" en: RDCO, tomo 11, pág. 941 y ss.

(36) Pizarro, Ramon Daniel, Ob. cit. Tomo I, pág., 245 y ss.

(37) Marienhoff, Miguel S.: "El lucro cesante a cargo del Estado", ED, Tomo 114, pág. 953.

(38) Hutchinson, Tomás: "La responsabilidad del Estado por la revocación del Contrato Administrativo por razones de interés público", en "Contratos Administrativos", pág. 641 y ss., ob. colec. Bs. As., 2010.

(39) Comadira, Julio R. y Escola, Héctor J.: "Cursos de Derecho Administrativo", Bs. As. 2012, Tomo II, pág. 1527.

la expropiación", y esta teoría ha sido seguida por la Corte Suprema de Justicia de la Nación en numerosos casos. (40)

Otros autores afirman que es procedente el lucro cesante, entre ellos: Cassagne (41), Barra (42), Tawil (43).

Hay numerosos fallos dictados por la CSJN que han seguido ese criterio (44).

Soy de opinión que, para proteger el derecho de propiedad, la indemnización debe comprender no solo del daño emergente, sino también el lucro cesante (art. 17 CN).

He sostenido (45) que todo daño es una lesión, un detrimento al patrimonio del perjudicado, que debe ser reparado por quien lo ha provocado.

Probada la existencia del daño y quien lo ha producido, así como la relación causal que debe existir entre la acción u omisión estatal y el perjuicio sufrido corresponde al juez establecer el quantum de la indemnización con que ha de ser reparada la víctima, de acuerdo con el perjuicio que ha sufrido, ya sea en su patrimonio u honor, pues a él le corresponde en el caso concreto, qué es lo justo, cuál es el monto por el cual se debe indemnizar.

La responsabilidad del Estado es directa y objetiva, por lo tanto, no es indispensable analizar si el funcionario público actuó con culpa o negligencia en el cumplimiento de sus funciones tendientes al bien común, es necesario reparar el daño que la víctima no debió sufrir como máximo cuando ella no vulneró las normas jurídicas establecidas.

---

(40) Fallos: "Tomo 195, pag. 66 (1943: "Laplacet c/ Pcia de Bs. As"; Fallos: Tomo 301, pag. 403 (1979): "Cantón c/ Gob. Nac."; Fallos 305, Tomo 1045 (1983): "Winkerl c/ Nac. Arg. ", entre otros.

(41) Cassagne, Juan Carlos: "Curso de Derecho Administrativo", pág. 479, Bs. As. 2018.

(42) Barra, Rodolfo C.: "Responsabilidad del Estado por revocación unilateral de sus actos y contratos", ED, Tomo 122, pág. 861.

(43) Tawil, Guido S.: "El alcance de la indemnización en los supuestos de la responsabilidad del Estado por su actividad licita", en: "Responsabilidad del Estado" (Jornada en homenaje a la Profesora María Graciela Reiriz), Ob. colec. Bs. As. 2008, pág. 239 y ss.

(44) CS: Fallos: Tomo 306, pág. 1409 (1984): "Sánchez Granel, Eduardo c/ Dir. Nac. de Vialidad"; Tomo 311, pág. 233 (1988): "Crotto Posse de Daireaux c/ Pcia. de Bs. As."; Fallo 316, pág. 1428 (1993): "Estancias Marre c/ Pcia de Cba".

(45) Altamira Gigena, Julio Isidro: "Lecciones de Derecho Administrativo", tercera edición, pág. 404 y SS, Cba. 2017.

El fin del Estado es el bien común, por lo tanto, es distinto al fin que persigue las personas jurídicas regidas por el Derecho Privado y ello nos lleva a buscar la solución del problema de la responsabilidad estatal a través de un efecto diferente de los estudiosos del Derecho Civil.

Corresponde también hacer lugar al daño moral, y el extinto Profesor Llambías [46] nos dice que el daño moral es todo sufrimiento o dolor que se padece independientemente de cualquier repercusión de orden patrimonial, que consiste en el desmedro o desconsideración que la ofensa pueda causar a la persona agraviada, o los padecimientos físicos o las penas moral, o inquietudes o molestias que sean consecuencia del hecho perjudicial.

La teoría privatista identifica al daño moral, con el daño extrapatrimonial, ya que se puede hablar del daño patrimonial y otros daños que son inherentes a la personalidad, a los derechos de la familia, a los derechos políticos, etc.

Marienhoff [47] reconoce que corresponde hacer lugar al daño moral en la esfera del Derecho Público, ya que el perjuicio puede ser material, o extrapatrimonial.

Testoni [48] sostiene que existe una unidad de derechos de daños, que se regirá por el Derecho Privado o el Público, en atención a la naturaleza de la cuestión.

No hay duda alguna de que la responsabilidad del Estado, sea contractual o extracontractual, por el obrar lícito o ilícito, el juez deberá hacer lugar al daño moral para que la indemnización sea plena.

De esa forma, el juez deberá procurar que la situación vuelva, en lo posible, a la que existía antes del hecho dañoso.

Cuando el Estado ha obrado de forma ilegítima el daño debe ser reparado en forma integral: Daño emergente más lucro cesante.

Estimo que la indemnización debe ser parcial, no en cuanto a los rubros, pero si en lo relativo al monto cuando la actuación estatal es legítima, pero me aparto del criterio sostenido por distinguidos admi-

---

(46) Llambías, Jorge Joaquín: "Tratado de Derecho Civil. Obligaciones", Bs. As. 1978, Tomo I, pág. 296 y ss.

(47) Marienhoff, Miguel S, Ob. cit., Tomo IV, pág. 711.

(48) Testoni, Silvia: "Daño moral en: Cuestiones de responsabilidad del Estado y del Funcionario Público", pág. 209 y ss., ob. colec., Bs. As., 2008.

nistrativistas, cuando consideran que no corresponde el lucro cesante, pues soy de opinión que el juez debe establecer qué porcentaje de lucro cesante procederá en cada caso, en base a la prueba arrimada a la causa.

No la totalidad, porque en ese supuesto estaríamos en la misma situación de un daño causado por un proceder ilegitimo de la Administración.

Con la teoría que propongo se cumple con el mandato constitucional establecido en el Preámbulo: afianzar la justicia, con los artículos 16 y 17 de la Constitución Nacional, y con las enseñanzas de Justiniano: *suum cuique tribuere* y *alterum non laedere*.

La responsabilidad patrimonial del funcionario público en el Código Civil y Comercial y en la ley 26.944

Por Ramón Daniel Pizarro

I. Introducción

Decía Orgaz que cuando lo que uno dice no concuerda con lo que hace prevalece siempre esto último [(1)]. Su irrefutable reflexión es plenamente proyectable a la temática que abordamos en este merecidísimo homenaje al maestro Jorge Bustamante Alsina [(2)].

La responsabilidad patrimonial del funcionario público entre nosotros sólo ha merecido consagración efectiva, real y perceptible en el plano de las declamaciones, de los inagotables debates doctrinales que se han gestado en derredor suyo y del marco normativo aplicable [(3)]. No así en el terreno de sus aplicaciones concretas, ámbito en el cual se pone al desnudo nuestra cruda realidad, caracterizada por todo lo contrario a lo que se proclama. La responsabilidad patrimonial del funcionario público es, en los hechos, una quimera, fácilmente comprobable por la

---

(1) ORGAZ, Alfredo, *El daño resarcible*, Lerner, Córdoba, 1980, nº 78 y ss., 201 y siguientes.

(2) Nos ocupamos de esta cuestión con mayor profundidad en nuestra obra *Responsabilidad del Estado y del funcionario Público,* 2ª ed., Astrea, Bs. As., 2016, t. 2, Cap. XV, n. 158 y ss., p. 343 y ss.

(3) Circunscribimos nuestro enfoque únicamente a la responsabilidad *patrimonial* del funcionario público. Dejamos de lado, por razones de límite, la responsabilidad administrativa, penal, constitucional y política que puede pesar sobre el mismo. Sobre estas cuestiones: GHERSI, Carlos A., *Responsabilidad de los funcionarios públicos,* Hammurabi, Bs. As., 1987.

escasez de resoluciones judiciales al respecto [4]. Hay algo aún más perverso: los pocos casos de responsabilidad de los funcionarios públicos que alcanzan efectiva concreción no involucran, por lo general, a los más encumbrados, muchas veces "aves de paso" en la Administración pública, que suelen sentirse inmunes (o, peor aún, *impunes*) de las consecuencias dañosas de su accionar. Es un eslabón más dentro de un sistema ferozmente tergiversado, en el cual el ciudadano, el hombre común, es víctima cotidiana. Víctima de quienes, en lugar de servirlo, se aprovechan de él. Víctima de quienes, estando en la función pública, no muestran el menor interés en controlar lo que otros funcionarios hacen mal, pudiendo y *debiendo* hacerlo. Una víctima que sufre la condena de resignarse a soportar esta realidad como un mal endémico que nos afecta como sociedad. El mensaje es claro: no se debe luchar contra los molinos de viento. Y a quien pretenda hacerlo, le dirán: "en todo caso, vaya a la justicia", recorra el purgatorio de años de litigio para llegar —la mayoría de las veces— al mismo punto de partida, más cercano del infierno que del cielo.

Estamos convencidos de que ninguna responsabilidad estatal podrá ser seriamente modulada si, de manera simultánea, no se desarrolla un sistema que consagre enérgica y eficazmente la responsabilidad patrimonial del funcionario público, tanto frente a los administrados afectados por su accionar como ante el propio Estado, particularmente cuando éste deba responder frente a los damnificados por los hechos u omisiones de aquél [5]. El interés social, la moral pública y elementales razones de decoro imponen un proceder en tal sentido.

Sólo un sistema que consagre un régimen adecuado y estricto de responsabilidad del funcionario público es compatible y coherente con el objetivo de garantizar la mayor calidad del servicio [6].

---

(4) CALDERÓN, Maximiliano-MÁRQUEZ, José Fernando, "Responsabilidad civil del funcionario público", *Revista de Derecho de Daños*, 2010, nº 3, p. 327.

(5) Gordillo, Agustín, *Tratado de derecho administrativo y obras selectas*, 1ª ed., Fundación de Derecho Administrativo, Bs. As., 2003/2006, t. 2, XIX-1 y 2, p. 675 y ss.; Andrada, Alejandro, *Ley 26.944. La responsabilidad del Estado y funcionarios. La situación en las provincias*, La Ley, Bs. As., 2017, p. 227 y ss., n. 2.

(6) Sobre la responsabilidad del funcionario público en el derecho comparado, es recomendable la lectura de la excelente tesis doctoral de Leonardo Marcellino "Prevención del daño y responsabilidad patrimonial del Agente Público en el Código Civil y Comercial de la Nación y en el Derecho Público" (inédita), Universidad Nacional de Córdoba, 2021.

Los niveles de prevención de daños se satisfacen de manera mucho más adecuada y eficientemente con un régimen que aliente al funcionario público a cumplir con sus deberes y obligaciones y que no difumine sus responsabilidades personales bajo la coraza protectora de una responsabilidad directa y objetiva del Estado frente a la víctima, que termine diluyendo la suya propia.

La falta de servicio no siempre es impersonal o anónima. Por lo general, tiene nombre y apellido, el del agente público que con su inconducta ha contribuido a su producción. Todo ello nos lleva a la convicción de que un correcto y completo despliegue de la función preventiva del derecho de daños (y también de la resarcitoria) exige que la responsabilidad patrimonial alcance no solamente al Estado, como organización, sino también a las personas físicas que lo integran y actúan a su servicio. Esto nos persuade de la necesidad de la obligatoriedad de la acción de regreso contra el agente administrativo que con su culpa o dolo causa el daño, que permita superar la situación actual de práctica irresponsabilidad de los agentes y funcionarios. Tal criterio favorecería, además, el mejor funcionamiento de los servicios públicos y permitiría el adecuado control sobre el grado de rendimiento social de los mismos por parte de los administrados.

La responsabilidad del funcionario público aparece, de tal modo, también como un instrumento eficaz de control del poder y del buen funcionamiento de los servicios públicos, con lo cual se satisface el principio constitucional de eficacia [7].

II. La responsabilidad del funcionario público en el Anteproyecto de Código Civil y Comercial de 2012

El Anteproyecto de Código Civil de 2012, elaborado por la comisión integrada por los doctores Aída Kemelmajer de Carlucci, Elena Highton y Ricardo Lorenzetti, reguló la responsabilidad del funcionario y del empleado público en términos muy similares al art. 1112 Cód. Civil derogado. Disponía el art. 1765: "El funcionario y el empleado público son

(7) Conf.: MIR PUIGPELAT, Oriol, *La responsabilidad patrimonial de la Administración. Hacia un nuevo sistema,* 2ª ed., Edisofer, Madrid, 2012, p. 119. MARTIN REBOLLO, Luis, "Ayer y hoy de la responsabilidad patrimonial de la Administración: un balance y tres reflexiones", en *Revista de Administración Pública*, n. 150, septiembre – diciembre, 1999, p. 360 y ss., quien invoca el principio constitucional de eficiencia. El marco normativo que se cita en texto corresponde a la Constitución Española y tiene su símil en el derecho constitucional y supranacional argentino vigente.

responsables por los daños causados a los particulares por acciones u omisiones que implican el ejercicio irregular de su cargo. Las responsabilidades del empleado o funcionario y del Estado son concurrentes".

Se mantenía, con excelente criterio, en una normativa de derecho común, una de las mejores disposiciones del código civil, como lo era su artículo 1112, que tanta utilidad reportó a doctrina y jurisprudencia. Tal disposición, complementada con las que regulaban, también en normas de derecho público común la responsabilidad por falta de servicio y por actos lícitos, brindaba un marco normativo excelente, tanto a la responsabilidad del Estado como a la del funcionario público.

III. LA RESPONSABILIDAD DEL FUNCIONARIO PÚBLICO EN EL CÓDIGO CIVIL Y COMERCIAL

El Poder Ejecutivo Nacional descartó drásticamente el texto del art. 1765 del Anteproyecto y lo sustituyó por otro que alcanzaría poco después sanción legal: "Responsabilidad del funcionario y del empleado público. Los hechos y las omisiones de los funcionarios públicos en el ejercicio de sus funciones por no cumplir sino de una manera irregular las obligaciones legales que les están impuestas se rigen por las normas y principios del derecho administrativo nacional o local, según corresponda".

¿Cuál es el sentido que cabe asignar a esta disposición? ¿Significa que cuando un funcionario público, en ejercicio de sus funciones, obra irregularmente y daña a un particular no se aplican las normas del Código Civil y Comercial?

Una calificada doctrina parece entenderlo de ese modo [8], distinguiendo entre faltas personales de los agentes públicos "desconectadas con el servicio" y "faltas de servicio". Las primeras, lógicamente, estarían atrapadas por el Código Civil y Comercial. Las segundas, "cometidas en ejercicio irregular de sus funciones y, por tanto, sujetas al derecho público", quedarían regidas por normas locales de ese calibre y supletoriamente por el Código Civil.

Nos permitimos discrepar respetuosamente. Pensamos que una interpretación semejante viola la garantía de igualdad ante la ley que consagra la Constitución nacional en su art. 16, en consonancia con la gran

(8) CASSAGNE, Juan Carlos, "Responsabilidad del Estado y de los funcionarios y empleados públicos en el Código Civil y Comercial proyectado", LL, 2012- E-1202.

mayoría de las convenciones, pactos y tratados que integran el bloque supranacional de constitucionalidad (art. 75, inc. 22, Const. nacional) y torna a la norma proyectada inconstitucional. Aparte de ello, facilita y favorece la irresponsabilidad de los funcionarios y empleados públicos, lo cual es —desde todo punto de vista— pernicioso.

Buena parte del fenómeno de la responsabilidad del Estado hunde sus raíces en algo que Gordillo denominó, muy lúcidamente, "la vieja utopía de la responsabilidad del funcionario" [(9)]. Éste suele ser el principal artífice de las conductas estatales que generan daños, razón por la cual el panorama que nos ocupa difícilmente habrá de modificarse si ellos no son también demandados y alcanzados por los efectos de una oportuna sentencia de condena en su propio patrimonio.

La solución propiciada por Código Civil y Comercial (y, veremos luego, por la ley 26,944) apunta exactamente a lo contrario.

Pensamos que los daños causados por funcionarios y empleados públicos a cualquier damnificado, distinto del Estado, conectados o desconectados de su función comprometen su responsabilidad personal —independiente de la que pueda gravitar sobre la Administración Pública—, por aplicación de las normas del Código Civil y Comercial.

Ningún funcionario o empleado público puede escudarse "en sus fueros" para evadir las normas del derecho común y ampararse en laxos principios de derecho público, o en normas de esta naturaleza, en búsqueda de estándares de responsabilidad inferiores a los que establece el derecho común. Las faltas de los funcionarios, conectadas o desconectadas con el servicio, deben generarle responsabilidad personal como a cualquier otro ciudadano. Rechazamos de plano esta categoría de dañadores privilegiados.

En nuestra opinión, la interpretación correcta es la siguiente:

a) Daños causados por el funcionario público a cualquier damnificado distinto del Estado para el cual presta servicio.

Estos perjuicios son regidos por el código civil y comercial y atrapados por su normativa. No hay razón alguna que permita que un agente de la administración pública, por ser tal, quede sustraído de un régimen ordinario de responsabilidad, de derecho común, que se aplica a cualquier persona. Poco importa, a tal fin, insistimos en ello, que el daño haya sido

---

(9) GORDILLO, *Tratado de derecho administrativo*, t. 2, XX-2, 1.2, y "La responsabilidad civil de los funcionarios públicos", en *Estudios de derecho administrativo*, p. 61.

causado en el ejercicio, con ocasión o con motivo de sus funciones, o con mayor razón al margen de ellas. Su responsabilidad personal frente al damnificado no varía por tal circunstancia. Una solución contraria sería inconstitucional por crear un privilegio intolerable a favor de los agentes de la administración pública, que estaría en pugna con la garantía de igualdad ante la ley (art. 16 CN).

Remarcamos que la inaplicabilidad de las disposiciones del Capítulo 1 del título 5, del libro 3 del Código Civil, dispuesta en el art. 1764, *sólo rige para la responsabilidad del Estado y no para la de los funcionarios y empleados públicos*. Va de suyo, entonces, que son atrapados por dicho plexo normativo, de derecho común, cuando causen un daño resarcible a otro y se configuren los restantes presupuestos de la obligación de resarcir [(10)].

b) Daños causados por el funcionario y empleado público al propio Estado.

Los daños que éstos causen a la Administración Pública para la cual prestan servicio, por sus hechos y omisiones en el ejercicio de sus funciones se rigen, conforme lo determina el art. 1766 del Código Civil y Comercial de la Nación por normas y principios de derecho administrativo nacional y local. Y supletoriamente, por las disposiciones del código civil.

---

(10) En contra: ANDRADA, *Ley 26.944. Responsabilidad del Estado y funcionarios. La situación en las provincias*, p. 225 y ss., n. 1., quien considera que se ha regulado la responsabilidad del funcionario público frente a particulares, a otros funcionarios y al propio estado; HUTCHINSON, Enrique T. en ROSATTI, Horacio *(Dir.)*, *Ley 26.944 de responsabilidad del Estado*, p. 294 y ss., en esp. p. 310, quien afirma que la norma protege a los particulares, a los funcionarios y al Estado. En nuestra opinión el argumento de la "protección" de los particulares debe ser tomado con reservas, pues en este esquema normativo en el cual se deja a las provincias la posibilidad de modular la responsabilidad de sus funcionarios, bien podría suceder que se consagre la responsabilidad menguada de éstos, o sujeta a condiciones de procedencia que la tornen ineficaces. Los funcionarios públicos no gozan de situación de privilegio alguno frente a los particulares damnificados y debe responder como cualquier sujeto que causa un daño, debiendo aplicarse a ellos las normas del código civil y comercial. Una solución contraria, conforme lo señalamos en texto, sería claramente inconstitucional, no sólo por quebrantar la garantía de igualdad ante la ley y el derecho a la reparación sino también por otra razón elemental: la competencia para legislar sobre responsabilidad del funcionario público corresponde al Congreso de la Nación, a través de ley de fondo, y no a las legislaturas provinciales, ni a una ley federal. En este sentido: GUASTAVINO, Elías, *Responsabilidad de los funcionarios y de la Administración pública*, ED-116-398; MARIENHOFF, Miguel, *Tratado de derecho administrativo*, 4ª ed., t. III-B, p. 389; PARELLADA, Carlos A., "Algunas inquietudes que suscita la ley 26.944 de Responsabilidad del Estado", en ROSATTI (Dir.), *Ley 26.944 de Responsabilidad del Estado*, p. 66.

La solución es lógica pues existe una relación de empleo público entre el agente y el Estado, cuyo incumplimiento por parte del agente puede dar lugar a un supuesto de responsabilidad contractual, alcanzado por normas y principios de derecho público nacional o local, según corresponda.

IV. La responsabilidad del funcionario público en la ley 26.944

La ley federal de responsabilidad del Estado nacional 26.944 (11) también contiene un dispositivo que regula la responsabilidad de los funcionarios y agentes públicos frente a la Administración Pública (12).

Dispone en tal sentido el art. 9:

"La actividad o inactividad de los funcionarios y agentes públicos en ejercicio de sus funciones, por no cumplir sino de una manera irregular, incurriendo en culpa o dolo, las obligaciones legales que les están impuestas, los hace responsables de los daños que causen.

"La pretensión resarcitoria contra funcionarios y agentes públicos prescribe a los tres años.

"La acción de repetición del Estado contra los funcionarios o agentes públicos causantes del daño prescribe a los tres años de la sentencia firme que estableció la indemnización".

En nuestra opinión, *la norma regula únicamente la responsabilidad del funcionario y agente público frente al Estado y no con relación a otros damnificados*. Es una interpretación que guarda armonía con la naturaleza de ley federal que tiene la ley 26.944 y con la relación de empleo público que une al Estado con sus agentes.

La ley exige que haya incumplimiento del funcionario o agente público de sus obligaciones legales y que actúe con dolo o culpa. Descarta, de tal modo, su responsabilidad personal cuando ella se sustente en pa-

---

(11) La ley 26.944 es, en verdad, una ley de *irresponsabilidad* del Estado Nacional y de sus funcionarios, fuertemente regresiva e inconstitucional en muchos de los aspectos que regula.

(12) Ver, sobre el tema, GHERSI, Carlos A., "Ley de responsabilidad del Estado: los funcionarios públicos", RCyS, 2014-XI, 5.

rámetros objetivos de atribución, como el riesgo creado por las cosas de las cuales aquél es dueño o guardián.

Establece, también, un plazo de prescripción de tres años para los dos supuestos contemplados en la norma, a saber:

a) Acción resarcitoria ejercida por el Estado para obtener la reparación del daño sufrido a raíz de la inconducta del agente (v.gr., perjuicio causado por un chofer municipal que, conduciendo en estado de ebriedad, en horas de servicio, destruye un automóvil del Estado al estrellarlo contra una casa).

b) Acción de repetición por parte del Estado contra el agente, en caso de haber tenido que indemnizar al tercero damnificado por el obrar indebido de aquél (en el mismo ejemplo anterior, el Estado ha debido indemnizar al propietario de la casa por los daños experimentados en su vivienda y ejercita acción de repetición contra el agente causante del mismo). El plazo de prescripción se cuenta desde el momento en que ha quedado firme la sentencia que estableció la indemnización [13].

En nuestra opinión la normativa antes señalada, solamente en lo que atañe a los plazos de prescripción que establece y al momento de cómputo de este para la acción de regreso por el Estado, es una disposición de derecho común inserta dentro de una ley federal.

V. SUJETOS COMPRENDIDOS EN LA NORMATIVA. EL CONCEPTO DE FUNCIONARIO PÚBLICO

A los efectos de la responsabilidad que nos ocupa, funcionario público es toda persona física que en forma remunerada o gratuita, de modo permanente o accidental, de iure o de facto, por elección popular o por nombramiento de autoridad competente, ejerce una función o empleo estatal [14]. Quedan comprendidos, de tal modo, entre otros, el presi-

---

(13) La acción de repetición contra el Estado y contra el funcionario articulada por cualquier otro tercero condenado solidaria o concurrentemente a indemnizar al damnificado junto con aquellos, está al margen de esta normativa y resulta alcanzada por el plazo ordinario de prescripción de cinco años que establece el art. 2560 Cód. Civil y Comercial.

(14) ANDRADA, Alejandro, "Responsabilidad del Estado y de los funcionarios públicos", La Ley, Bs. As., 2008, p 316; CALDERÓN-MÁRQUEZ, "Responsabilidad civil del funcionario público", *Revista de Derecho de Daños*, 2010, nº 3, p. 333, quienes remarcan que esta caracterización coincidiría con la del art. 77 del Cód. Penal.

dente y vicepresidente de la Nación, el jefe de Gabinete de Ministros, los ministros, secretarios de Estado, directores y empleados de la Administración pública de la Nación, de las provincias y de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires; los intendentes y vice intendentes, los integrantes de comisiones en los sistemas de gobierno por comisiones comunales, los secretarios, directores y empleados de la Administración pública de municipios y comunas; los legisladores, funcionarios y empleados del Poder Legislativo nacional, de los poderes legislativos de las provincias y de los concejos deliberantes municipales; los magistrados, funcionarios y empleados del Poder Judicial, incluyendo también a los auxiliares (peritos oficiales, martilleros públicos); los integrantes de las Fuerzas Armadas y de Seguridad, entre otros.

No cabe formular distinción alguna entre funcionario o empleado público, pues unos y otros, cualquiera que sea su jerarquía, están asimilados a los fines resarcitorios [15].

Cuestión diferente es determinar si dicha distinción mantiene o no relevancia cuando se trata de modular la responsabilidad del Estado por los daños causados por funcionarios públicos y por dependientes de la Administración pública.

En cambio, no son funcionarios públicos, quienes contratan con la Administración no sujetos a un régimen de empleo público y las empresas privadas concesionarias de servicios públicos y sus dependientes [16].

Existen también algunas situaciones dudosas que han lugar a controversias, que subsisten hasta nuestros días y que por razones de extensión no abordaremos en este trabajo (escribanos, profesionales liberales funcionarios públicos).

---

(15) Cfr. LLAMBÍAS, Jorge J., *Tratado de Derecho Civil. Obligaciones*, Perrot, Bs. As., 1980, t. IB-V, p. 115; GORDILLO, Agustín, "La responsabilidad civil de los funcionarios públicos", en *Estudios de derecho administrativo*, Perrot, Bs. As., 1964, p. 61; KEMELMAJER DE CARLUCCI, Aída en BELLUSCIO, A.C. (Dir.)-ZANNONI, E. A. (coord.), *Código Civil y leyes complementarias*, Astrea, Bs. As., 1984, t. 5, comentario al art. 1112, § 4, p. 404 y 405; MARIENHOFF, *Tratado*, t. III-B, p. 14 y ss.; LINARES, Juan F., "En torno a la llamada responsabilidad civil del funcionario público", LL, 153-1513; ANDRADA, *Responsabilidad del Estado*, p. 316 y 317.

(16) CALDERÓN-MÁRQUEZ, "Responsabilidad civil del funcionario público", *Revista de Derecho de Daños*, 2010, nº 3, p. 334 y doctrina allí citada.

VI. FUNDAMENTO DE LA RESPONSABILIDAD DEL FUNCIONARIO PÚBLICO

El tema fue objeto de un importante debate en torno al art. 1112 del código civil derogado, que bien puede proyectarse al régimen normativo vigente.

1) Para una orientación —sustentada, entre otros, por Bielsa—, el fundamento es una consecuencia lógica "del principio representativo fundado en la soberanía del pueblo, del cual los gobernantes por él elegidos o designados... son sus mandatarios, agentes o gestores" [17].

Se le ha objetado que conduce a aplicar a la relación Estado-funcionario público las normas del contrato de mandato o de la representación, que lucen definitivamente superadas a la luz de concepciones más modernas, basadas en la teoría de la realidad de la persona jurídica. No explica, además, por qué el Estado debe responder frente a terceros damnificados por los hechos ilícitos del funcionario, lo cual no sucede en las relaciones entre mandante y mandatario.

2) Según otros, la responsabilidad que nos ocupa se asienta en los principios generales del derecho administrativo, afirmación que, por ser excesivamente genérica, no resuelve de manera apropiada la cuestión [18].

3) La doctrina dominante —que nosotros compartimos— emplaza el fundamento mediato en los principios del Estado de derecho, que emergen de nuestra Constitución nacional, en "los que tiene cabida todo aquello que permita afianzar la seguridad y las libertades públicas" [19]. Ellos conducen a que se responsabilice al Estado por los daños que causa, no pudiendo ser distinta la solución cuando se trate del funcionario público. Era y sigue siendo, también, la orientación que prevalece largamente en la jurisprudencia [20].

---

(17) BIELSA, Rafael, *Derecho administrativo*, Depalma, Bs.As., 1964, t. II, p. 251.

(18) RUIZ Y GÓMEZ, Julián M., *Principios generales del derecho administrativo*, La Habana, 1935, p. 410.

(19) MARIENHOFF, *Tratado*, t. III-B, p. 375.

(20) Ver, por ejemplo, TS Córdoba ad hoc, 28/4/99, LLC, 1999-1014.

VII. Naturaleza jurídica de la responsabilidad patrimonial del funcionario público

La responsabilidad del funcionario público por los daños causados a terceros es de naturaleza extracontractual.

La cuestión resulta distinta cuando el damnificado por dicho obrar ilegítimo es el propio Estado. En tal caso, la responsabilidad asume carácter indudablemente contractual.

VIII. Requisitos

Para que se configurase la responsabilidad del funcionario público es menester la presencia de ciertos requisitos:

a) Antijuridicidad. El cumplimiento irregular de los deberes y obligaciones legales.

El requisito de antijuridicidad está presente en el supuesto que nos ocupa y se plasma, de manera específica, en el cumplimiento irregular, por parte del funcionario, de deberes y obligaciones legalmente impuestas por normas materiales o formales, atinentes a la función, cargo o empleo público y de las que dimanaban de los estándares de diligencia que las circunstancias del caso requerían. Ello supone, lógicamente, que el funcionario público sea individualizado, pues nos hallamos dentro del ámbito de una responsabilidad personal, por hecho propio [21].

Puede incurrir en esa clase de inconducta por actos de comisión o por omisión [22]. No es menester que la transgresión del deber jurídico sea abierta, absoluta, total; basta para ello con una mera actuación irregular, con un incumplimiento relativo, defectuoso, parcial o demorado [23]. De tal modo, actuación irregular significa una conducta apartada de los parámetros que la normativa vigente impone. Va de suyo que, si el funcio-

---

(21) En cambio, como lo hemos visto anteriormente, puede haber responsabilidad del Estado aunque sea desconocida la persona del funcionario que causó el perjuicio en el ámbito de sus funciones. Cfr. MOSSET ITURRASPE, Jorge, "Responsabilidad del Estado por el hecho de sus dependientes", *Revista de Derecho de Daños*, 2007, nº 3, p. 15.

(22) Sobre la responsabilidad por omisión ver la excelente obra de Ramos Martínez, Florencia, *Responsabilidad del Estado por omisión*, Astrea, Bs.As. 2019

(23) CALDERÓN-MÁRQUEZ, "Responsabilidad civil del funcionario público", *Revista de Derecho de Daños*, 2010, nº 3, p. 338.

nario causa el daño adecuando su proceder a lo que esta última regularmente ordenaba, no incurre en responsabilidad personal.

¿Qué se entiende por "obligaciones legales"?

Creemos —con Andrada— que son aquellas que emanan expresa o implícitamente de la Constitución nacional y provincial respectiva, "pasando luego por las establecidas en la ley formal, hasta llegar a las que surjan de reglamentos, ordenanzas, prescripciones administrativas, instrucciones del superior jerárquico conforme a la ley, e incluso las establecidas en las normas emergentes de contratos especiales que el agente público pueda tener con el sujeto público" [(24)].

El art. 1112 del Cód. Civil anterior, con cierta impropiedad, hacía referencia al cumplimiento irregular por el funcionario de las "obligaciones legales que les están impuestas". En verdad, en la mayoría de los casos, más que tratarse técnicamente de obligaciones, lo que se incumplían eran deberes jurídicos legalmente determinados por el legislador [(25)].

Si el agente de la Administración es, a su vez, un profesional liberal (v.gr., médico, abogado, ingeniero), también debe ajustar su conducta a los parámetros normativos que rigen dicha actividad.

Una doctrina bastante difundida sostiene que solamente las funciones reglamentadas podían dar lugar a la responsabilidad personal del funcionario público, cuando éste las cumplía de modo irregular, o sea, al margen de la reglamentación [(26)]. Tal lo que sucede, por ejemplo, cuando se allana un domicilio sin la pertinente orden emanada de juez competente. La denominada actividad discrecional de la Administración pública estaría, de tal modo, al margen de las previsiones normativas que nos ocupan, desde el mismo momento en que la actividad desplegada por el funcionario no podría ser comparada con cartabón alguno. Es una posición no convincente, que luce estructurada en derredor de la distinción entre actividad reglada y discrecional de la Administración

---

(24) ANDRADA, *Responsabilidad del Estado*, p. 324. Cfr. CALDERÓN-MÁRQUEZ, "Responsabilidad civil del funcionario público", *Revista de Derecho de Daños*, 2010, nº 3, p. 337.

(25) Sobre la diferencia entre deber jurídico y obligación, ver PIZARRO, Ramón Daniel - VALLESPINOS, Carlos Gustavo, *Tratado de* obligaciones, Rubinzal-Culzoni, Santa Fe 2017, Tomo 1, parág. 7, n. 11, p. 26.

(26) AGUIAR, Henoch, *Hechos y actos jurídicos en la doctrina y en la ley*, Tea, Bs.As., 1950, t. II-1, p. 453 y ss.; BUSTAMANTE ALSINA, Jorge, *Teoría general de la responsabilidad civil*, Abeledo-Perrot, Bs. As., 1997, p. 491.

pública, que actualmente se encuentra en abierta crisis [27]. La realidad pone en evidencia que muy rara vez las atribuciones del órgano de la Administración son totalmente regladas o discrecionales, pues siempre algo está normado por el orden jurídico o hay algo que ha quedado al arbitrio razonable del funcionario que actúa, ámbito en el cual la Administración dispone de un margen de apreciación. Discrecionalidad no significa ausencia de límites, ni menos aún, arbitrariedad; ello por cuanto la actividad discrecional también debe desarrollarse conforme a derecho, aunque sus límites se tornan aquí más laxos y hacen epicentro en los principios fundamentales del ordenamiento jurídico (v.gr., razonabilidad, finalidad, buena fe, igualdad ante la ley).Por tal motivo, nos inclinamos por una posición más flexible en la convicción de que también las denominadas funciones no reglamentadas pueden dar lugar a responsabilidad civil del funcionario, cuando éste ejercite abusivamente la función, persiguiendo una finalidad contraria a la que se tuvo en miras al establecerla, o excediendo los límites que imponían la buena fe, la moral y la buenas costumbres [28].

Se trata, en definitiva, de una cuestión de hecho que debe ser valorada caso por caso.

b) El funcionario público debe actuar en ejercicio de sus funciones. Quid de los daños causados con motivo o en ocasión de éstas.

Es menester que los hechos y las omisiones del funcionario que importaban cumplimiento irregular de sus obligaciones legales sean realizadas en el ejercicio o en ocasión de sus funciones. O, lo que es igual, que exista razonable relación causal adecuada entre la función y el daño [29].

En el régimen anterior se produjo un debate interpretativo que es proyectable al presente.

---

(27) DROMI, José R., *Manual de derecho administrativo*, Astrea, Bs.As., 1987, t. 1, p. 411 y 412.

(28) KEMELMAJER DE CARLUCCI, en BELLUSCIO (Dir.)-ZANNONI (coord.), *Código Civil*, t. 5, comentario al art. 1112, § 10, p. 415; MARIENHOFF, *Tratado*, t. III-B, p. 387; LLAMBÍAS, *Tratado. Obligaciones*, t. IV-B, p. 122; ANDRADA, *Responsabilidad del Estado*, p. 326 y 327; CALDERÓN-MÁRQUEZ, "Responsabilidad civil del funcionario público", *Revista de Derecho de Daños*, 2010, nº 3, p. 338.

(29) CCivCom y Minería San Juan, Sala III, 17/11/09, LLGC, 2010-300 (se trataba de daños sufridos por un motociclista que recibió varios disparos de arma de fuego propinados por un agente policial, excediendo el ámbito de sus funciones).

La mayoría de nuestra doctrina ha interpretado que la locución cumplimiento irregular de las funciones se configura únicamente cuando el funcionario actúa como órgano estatal o, lo que es igual, en ejercicio de sus funciones. Si causa un daño excediéndolas, su responsabilidad igualmente se configura, pero debía ser emplazada en la que corresponde a cualquier persona que causa un daño a otro, y no bajo los moldes peculiares del art. 1112 (en el régimen anterior) o del estatuido específicamente para los funcionarios públicos en el código civil y comercial y en la ley 26.944 [30]. Quienes participan de estas ideas no encuentran razón alguna para que el funcionario debiera responder por los daños causados con motivo de la función, ni menos aún en ocasión de ella [31].

Esta orientación guarda lógica simetría con los criterios restrictivos que buena parte de la doctrina administrativista y civilista proclama con relación, no sólo a la responsabilidad personal del funcionario público, sino también a la que gravitaba de modo directo y concurrente sobre el Estado por los hechos y omisiones de aquél.

Una posición más amplia fue sustentada en el régimen anterior por Llambías, para quien había responsabilidad del agente, como tal, cuando el daño era causado en ejercicio de la función o con motivo de ésta, pero no en ocasión de ella, supuesto en el cual el acto le era imputable como sujeto humano, pero no como funcionario público [32].

Nosotros consideramos que la responsabilidad del funcionario público está inescindiblemente ligada, en lo que atañe a la vinculación causal entre la función y el daño, a los parámetros interpretativos que se sustentaban en torno a la lectura de los arts. 1763, 1753 y concordantes del código civil y comercial. El funcionario público responde como tal, a título personal, cuando el daño es causado en ejercicio, con motivo o en ocasión de sus funciones [33]. Bastaba, de tal modo, con la existencia de razonable relación causal adecuada entre la función y el daño para

---

(30) KEMELMAJER DE CARLUCCI, en BELLUSCIO (Dir.)-ZANNONI (coord.), *Código Civil*, t. 5, comentario al art. 1112, p. 416 y 417; BOFFI BOGGERO, Luis M., *Tratado de las Obligaciones*, Astrea, Bs.As., 1985, t. 6, p. 279; BUSTAMANTE ALSINA, *Teoría general de la responsabilidad civil*, p. 477; ANDRADA, *Responsabilidad del Estado*, p. 322.

(31) "Ello —dice ANDRADA— independientemente de que los actos de los funcionarios ejecutados con ocasión o motivo del servicio puedan encuadrar en la responsabilidad disciplinada por otros artículos del Código" (*Responsabilidad del Estado*, p. 322 y 323).

(32) LLAMBÍAS, *Tratado. Obligaciones*, t. IV-B, p. 121.

(33) Ver MOSSET ITURRASPE, "Responsabilidad del Estado por el hecho de sus dependientes", *Revista de Derecho de Daños*, 2007, nº 3, p. 19.

que se configure la responsabilidad personal del funcionario público y también la responsabilidad directa del Estado por el hecho de quienes lo dirigen o administran y de sus dependientes.

Lógicamente, si no hay relación causal adecuada razonable entre la función y el daño, no se configura el supuesto que nos ocupa, sin perjuicio de que la responsabilidad puede quedar encuadrada en el régimen general de responsabilidad del código civil y comercial.

c) Factor de atribución.

Es ordinariamente subjetivo (culpa o dolo) [34], pero nada obsta a que, en ciertos casos, pueda ser objetivo, con basamento en el riesgo creado, tal lo que sucede cuando el daño es causado por el funcionario con una cosa riesgosa de la que es dueño o guardián (arg. arts. 1757 y 1758 Cód. Civ. y Com.).

Se ha controvertido quién debe probar la culpa del funcionario público. Conforme a un criterio, rige el principio general según el cual incumbe al actor la acreditación de dicho presupuesto [35]. Otros, en cambio, en posición que compartimos, proclaman que probada la actuación irregular del funcionario público cabe presumir de manera iuris tantum su culpabilidad, debiendo éste acreditar las eximentes idóneas para desvirtuarla [36].

d) Daño y relación causal.

Es menester, finalmente, que haya daño resarcible y relación causal adecuada entre la conducta del funcionario y este último. Resultaban aplicables los principios generales que rigen ambos presupuestos de la responsabilidad por daños.

---

(34) La doctrina dominante considera que, verificada la actuación irregular del funcionario, cabe presumir su culpabilidad hasta que el demandado no pruebe lo contrario. En este sentido, ANDRADA, *Responsabilidad del Estado*, p. 327.

(35) BUSTAMANTE ALSINA, *Teoría general*, p. 478; DÍAZ DE GUIJARRO, Enrique, "La irresponsabilidad personal del funcionario público que obra por error", JA, 61-529.

(36) ANDRADA, *Responsabilidad del Estado*, p. 327; KEMELMAJER DE CARLUCCI, en BELLUSCIO (Dir.) - ZANNONI (coord.), *Código Civil*, t. 5, comentario al art. 1112, p. 416 y ss.; CALDERÓN-MÁRQUEZ, "Responsabilidad civil del funcionario público", *Revista de Derecho de Daños*, 2010, nº 3, p. 340.

IX. LEGITIMACIÓN ACTIVA

¿Sobre quién reposa la legitimación activa en la responsabilidad del funcionario público?

Existen posiciones encontradas.

a) El administrado.

La inmensa mayoría de nuestra doctrina admite, sin discusiones, que el administrado está activamente legitimado para demandar al funcionario público la reparación de los daños causados por el cumplimiento irregular de sus deberes y obligaciones legales.

Es un criterio lógico, pues se trata de un tercero damnificado por el hecho propio del agente público, a quien se le aplican las reglas generales de la responsabilidad extracontractual o por hechos ilícitos [37].

En posición minoritaria, se ha sostenido que sólo el Estado responde de modo directo frente a los particulares damnificados por el obrar comisivo u omisivo del funcionario público, sin perjuicio de que a posteriori ejerciera acción de regreso contra este último, luego de que dicha responsabilidad personal se hubiere dilucidado en un juicio administrativo de responsabilidad (arts. 90, 116, 119 y concs., decr. ley 23.354/56) [38].

b) Otros agentes de la administración pública.

Nada se opone a que un funcionario público también pueda demandar la reparación del daño que le ha sido causado por el cumplimiento irregular de las obligaciones legales por otro agente de la Administración. Se trata, en definitiva, de un tercero que no puede quedar al margen de las previsiones normativas contenidas en materia de responsabilidad extracontractual. Una solución contraria sería inconstitucional, por cuanto el damnificado terminaría siendo discriminado arbitrariamente por el solo hecho de ser funcionario público y tratado de manera distinta que cualquier otro tercero afectado por la conducta impropia del agente [39].

---

(37) LLAMBÍAS, *Tratado. Obligaciones*, t. IV-B, p. 120; DÍAZ DE GUIJARRO, "Inaplicabilidad del art. 1112 del Código Civil a las relaciones, entre sí, de los funcionarios públicos", JA, 61-531; ANDRADA, *Responsabilidad del Estado*, p. 320 y siguientes.

(38) LINARES, Juan F., "En torno a la llamada responsabilidad civil del funcionario público", LL, 153-604.

(39) LLAMBÍAS, *Tratado. Obligaciones*, t. IV-B, p. 119 a 129; CALDERÓN-MÁRQUEZ, "Responsabilidad civil del funcionario público", *Revista de Derecho de Daños*,

c) El Estado.

También la Administración Pública puede resultar damnificado por daños causados por los hechos u omisiones de sus funcionarios públicos que importaren cumplimiento irregular de las obligaciones legales, ya de manera directa, ora cuando éste debía afrontar indemnizaciones por daños causados por el funcionario en ejercicio, con motivo o en ocasión de las funciones y ejercer luego una acción de regreso.

Cabe señalar que tanto en el orden nacional como provincial hay normas de derecho público que expresamente regulan esta responsabilidad del funcionario frente al propio Estado. Así, por ejemplo, la ley 24.156, de administración financiera y de los sistemas de control del sector público nacional, en su art. 130 expresamente determina que "toda persona física que se desempeñe en las jurisdicciones o entidades sujetas a la competencia de la Auditoría General de la Nación responderá de los daños económicos que por su dolo, culpa o negligencia en el ejercicio de sus funciones sufran los entes mencionados siempre que no se encontrare comprendida en regímenes especiales de responsabilidad patrimonial". Dicha acción prescribe a los diez años (art. 131, ley 24.156; art. 4023, Cód. Civil). De igual modo, a nivel provincial existen importantes dispositivos que se orientan a la misma finalidad (p.ej., ley 7630 de la provincia de Córdoba). Esa normativa resulta aplicable a la relación entre el Estado y el funcionario público, y reglamenta y modula dicha responsabilidad, aplicándose supletoriamente las reglas del Código Civil.

X. Eximentes

Rigen en esta materia las eximentes generales de responsabilidad por daños.

a) En el plano de la antijuridicidad, puede asumir importancia la obediencia debida, como causa de justificación. Cabe tener en cuenta, sin embargo, que la mera circunstancia de que el agente público haya obrado ejecutando órdenes de sus superiores no excusa su responsabili-

---

2010, nº 3, p. 343. En contra, DÍAZ DE GUIJARRO, "Inaplicabilidad del art. 1112 del Código Civil a las relaciones, entre sí, de los funcionarios públicos", JA, 61-531, para quien el funcionario damnificado no revestiría la calidad de tercero, resolviéndose las vinculaciones entre ellos por normas de derecho administrativo. Es una posición poco convincente, que pierde de vista que entre ambos funcionarios (el dañador y el dañado) no existe relación jurídica previa de ninguna índole que los ligue entre sí, puesto que la de empleo público se da entre cada uno de ellos con el Estado.

dad cuando éstas hayan sido dadas en violación manifiesta u ostensible de la ley. En cambio, si la ilegalidad no asumiere ese carácter, y fuese cuestión dudosa u opinable, el agente debe cumplir la orden y puede ampararse en la causa de justificación que nos ocupa [40]. La misma conclusión vale para los casos de orden inválida cuya legalidad el agente carece de derecho a examinar, o de una orden negligente, pero legítima en su origen, o que proviene de un mandato contenido en una ley inconstitucional que el agente no puede desobedecer, al menos hasta que opere su declaración en tal sentido por tribunal competente.

En ciertos casos, la propia ley veda la invocación de esta eximente; tal lo que sucede en la Constitución de la provincia de Buenos Aires, que expresamente establece que los ministros "serán responsables de todas las órdenes y resoluciones que autoricen, sin que puedan pretender eximirse de responsabilidad por haber procedido en virtud de orden del gobernador" (art. 150).

De más está señalar que el funcionario jerárquico superior que imparte la orden a un inferior, cuya actuación genera daño a terceros, responde frente a éstos en los términos de los artículos 1717, 1724 y concordantes Cód. Civ. y Com.

Pueden también configurarse como eximentes la legítima defensa y el estado de necesidad (art. 1718 Cód. Civ. y Com.), siendo aplicables los principios generales que rigen dicha temática.

b) Eximentes vinculadas a la ausencia de culpabilidad. Cuando la responsabilidad del funcionario es subjetiva, como ocurre en la mayoría de los casos, le alcanzará para liberarse con la prueba de la ausencia de culpabilidad, particularmente en los casos en que ella sea presumida. Por ende, se liberará en supuestos como los siguientes:

1) Si acredita la ausencia de imputabilidad de primer grado que es presupuesto de una conducta culpable (p.ej., que estaba en estado de demencia o privado de discernimiento, intención o libertad). Por lógica consecuencia, el error excusable enerva la presencia de culpabilidad [41].

2) Si demuestra que no hubo culpa de su parte.

Una aplicación posible de esta eximente puede darse en los casos en los cuales el funcionario alegue y pruebe que su pretendida inconducta

---

(40) ANDRADA, *Responsabilidad del Estado*, p 328.

(41) KEMELMAJER DE CARLUCCI, en BELLUSCIO (Dir.) - ZANNONI (coord.), *Código Civil*, t. 5, comentario al art. 1112, § 5, e, p. 406; LLAMBÍAS, Tratado. Obligaciones, t. IV-B, p. 123.

ha obedecido a defectos de la estructura, la organización o el modo de prestarse el servicio estatal y que tal circunstancia es imputable al propio Estado. Dicho de otro modo, si acredita que no hubo negligencia suya y sí del Estado (falta de servicio) (42).

Cierta doctrina exhibe criterios muy benignos a la hora de calibrar la eximente que nos ocupa. En tal sentido señala Guastavino que "se debería admitir que el error, aun grueso, le exima de responsabilidad, argumentándose con el deber de que se encuentra de cumplir todas las obligaciones inherentes al cargo; variedad y cantidad de tareas encomendadas; imposibilidad de abstenerse, como el hombre común, de los quehaceres que pueden inducirlo a error, el hecho de que no sólo ejerce un derecho sino también cumple un deber propio de oficio, etcétera" (43). Posiciones similarmente benévolas para el funcionario público, con distintos matices y variantes, proponen también otros autores (44).

No compartimos tales ideas, que revelan un desenfoque de los relevantes deberes que en una sociedad republicana y democrática pesan sobre sus funcionarios públicos. No hay razón alguna que permita modular sus estándares de diligencia con base en criterios indulgentes, que llevan en los hechos a un efecto pernicioso, cual es terminar legitimando, en la mayoría de los casos, la impunidad en la conducta del funcionario. Por cierto que, tratándose de una responsabilidad subjetiva, los parámetros a tenor de los cuales aquella diligencia debida se configurarán podrán variar en función de las circunstancias de persona, tiempo y lugar. No es igual la situación en la que se encuentra un encumbrado funcionario, ministro, director o subdirector que un simple agente público que desempeña tareas menores (p.ej., un barrendero municipal). La regla del art. 902 cód. civil anterior, que reproduce en lo sustancial el art. 1725 Cód. Civ. y Com., mantiene toda su lozanía en esta materia.

De todos modos, el error de derecho es siempre inexcusable. Como lo es también el deber de cumplir el cargo con inteligencia y honradez,

---

(42) MOSSET ITURRASPE, "Responsabilidad del Estado por el hecho de sus dependientes", *Revista de Derecho de Daños*, 2007, nº 3, p. 15; GUASTAVINO, Elías, "Responsabilidad de los funcionarios y de la Administración pública", ED, 116-404.

(43) GUASTAVINO, "Responsabilidad de los funcionarios y de la Administración pública", ED, 116-404.

(44) Ver, por ejemplo, DÍAZ DE GUIJARRO, "Inaplicabilidad del art. 1112 del Código Civil a las relaciones, entre sí, de los funcionarios públicos", JA, 61-528; COLOMBO, *Culpa aquiliana*, t. I, p. 253.

condiciones ambas que presuponen "preparación y capacidad para el correcto e inteligente desempeño" (45).

3) Con mayor razón, si acredita la ruptura del nexo causal (hecho o culpa de la víctima, de un tercero o extraño o el caso fortuito). En tal caso, se desvanece el nexo causal y con él la pretendida atribución de responsabilidad al funcionario.

c) Eximentes vinculadas al factor objetivo de atribución y la relación causal. Rigen aquí los principios ordinarios por lo que el demandado se exime acreditando las eximentes indicadas precedentemente.

Con relación al caso fortuito o fuerza mayor, se ha controvertido si él puede o no configurarse con relación al funcionario público. Una calificada doctrina se inclina por la negativa, por considerar que se trataría de "hechos internos", que acontecen dentro de la propia estructura estatal, y que por esa razón son previsibles y evitables.

XI. COORDINACIÓN DE LA RESPONSABILIDAD DEL FUNCIONARIO PÚBLICO CON LA DEL ESTADO

a) Distintas situaciones que pueden presentarse.

Cuando el funcionario público comete un daño en ejercicio, con motivo o en ocasión de sus funciones, pueden surgir distintas responsabilidades según los casos.

1) Si el daño es causado por el funcionario actuando de modo regular, o sea, sin incumplir con sus obligaciones legales, sólo el Estado es responsable (46).

2) Si el menoscabo es causado por el obrar irregular del funcionario, en análogas circunstancias, ambos responden concurrentemente frente a la víctima, sin perjuicio de las acciones de regreso que puedan corresponder (47).

---

(45) AGUIAR, *Hechos y actos jurídicos*, t. II-1, p. 454.

(46) ANDRADA, *Responsabilidad del Estado*, p. 330 y 331.

(47) La ley 7234 de la provincia de Santa Fe, con muy bien criterio, establece el deber de citar a juicio al agente implicado, en las causas de responsabilidad por daños que se sigan contra la provincia, sus entes autárquicos, institucionales, municipalidades o comunas.

3) Si el daño es causado por el funcionario, actuando fuera del ejercicio de la función encomendada o, lo que es igual, cuando el menoscabo no es producido en ejercicio, con motivo o en ocasión de las funciones, sólo aquél responde a título personal.

b) En torno a la pretendida imposibilidad de que el particular damnificado pueda demandar al agente público.

Se ha sostenido, por un sector minoritario de la doctrina:

1) Que la responsabilidad del agente es frente al Estado y no ante terceros.

2) Que el particular sólo puede demandar al Estado y no al agente.

3) Que el agente sólo responde ante el Estado, cuando este articule la acción de regreso en los términos de los arts. 130 y 131 de la ley 24.156 y normativa concordante.

Concebida de tal modo, la responsabilidad no tendría carácter bifronte. Frente a la víctima, únicamente estaría el Estado y frente al Estado, el agente responsable si se dan los requisitos configurativos de su responsabilidad [(48)].

Rechazamos de plano esta construcción regresiva y carente de sustento normativo [(49)].

Damos razones:

1) El principio según el cual toda persona debe resarcir el daño que dolosa o culposamente causa a otro, no reconoce excepciones en el sistema argentino. Ser o no ser funcionario público, nada agrega o quita a esa conclusión.

2) La teoría del órgano no puede ser invocada como argumento que permita evadir la responsabilidad personal del agente. Si esto fuese así, la solución debería ser la misma tratándose de personas jurídicas privadas, donde también rige la teoría del órgano, con lo que se llegaría al absurdo de que quienes la dirijan o administren se escuden detrás de aquellas para evadir sus responsabilidades personales. Responsabilida-

---

(48) En este sentido, BALBÍN, Carlos F., *Tratado de derecho administrativo*, La Ley, Bs. As., 2011, t. IV, p. 215/217; LINARES, "En torno a la llamada responsabilidad civil del funcionario público", LL, 153-601.

(49) Conf.: GORDILLO, *Tratado*, t. 2, p. XX-2.

des personales que no dejan de ser tales por haber actuado, al tiempo de causar el daño, además, como integrantes del órgano.

3) La doctrina que rechazamos conduce lisa y llanamente a la irresponsabilidad del agente. El costo de su inconducta terminaría pesando, en definitiva, sobre el bolsillo del contribuyente. Se podrá contestar, es cierto, que ello no debería ser así, pues en última instancia el Estado tiene acción de regreso contra el agente público. A ello cabe replicar que si hay algo que no se nos permite a los operadores jurídicos es ser ingenuos. Porque entre ser ingenuos y perversos, en estos niveles, hay un paso muy pequeño. La mejor manera de comprobar lo que decimos está en la realidad. Invitamos al lector a buscar en los repertorios de jurisprudencia, en consultas que hoy son de fácil acceso, gracias a los beneficios que brinda la informática, cuántos casos encuentra de acciones de regreso articuladas por el Estado contra sus agentes públicos. Le anticipamos la respuesta: pocos, muy pocos, demasiado pocos.

Con lo cual, siempre termina pagando el Estado, o sea todos nosotros.

4) El tiempo juega un papel preponderante en todo este esquema perverso de pretendida irresponsabilidad del agente público. ¿Cuánto insume la tramitación de un juicio de daños y perjuicios en nuestros días? Tomemos como ejemplo, uno por mala praxis médica en un hospital público. ¿5 años? ¿10 años? Quienes litigamos sabemos que esto es posible.

Después de un largo litigio, el Estado termina pagando. Y recién entonces, si es que alguien toma la decisión, deberá ir contra el agente público (el médico que incurrió en mala praxis) por vía de acción de regreso. ¿Dónde estará ese agente? ¿Seguirá en la administración? ¿Alguien tendrá interés en tomarse el trabajo de hacer un nuevo juicio (otros cinco o diez años de tiempo) para ver si la Administración recupera algo de lo que pagó?

El lector sacara rápidamente sus conclusiones.

5) ¿Por qué tratar de manera distinta, en casos como el que señalamos, al médico de un hospital público que al médico de un hospital privado que incurren en la misma mala praxis? ¿En virtud de qué razón seria se le quita al damnificado un legitimado pasivo, que puede ser solvente (muchos funcionarios, particularmente los más encumbrados, lo son) y se lo obliga a litigar sólo contra el Estado, con todo lo que ello significa, en tiempo de emergencias económicas utilizadas como instrumentos de gobierno?

6) No deja de sorprender, que quienes defienden las ideas que rechazamos, sostengan, al mismo tiempo "que el esquema de la responsabilidad estatal es un modo de controlar y exigir al Estado el cumplimiento de sus obligaciones y deberes con mayor estrictez según el orden jurídico y las demandas sociales" (50). Qué expectativas serias de control y exigencia pueden proclamarse dentro de un sistema que conduce en la mayoría de los casos a la irresponsabilidad patrimonial del agente público?

7) La doctrina que criticamos diluye la función preventiva del derecho de daños, que también rige en el derecho público. La amenaza —seria, real, concreta y efectiva— de tener que soportar el daño influye, en la mayoría de los casos, en la conducta de los agentes públicos, induciéndoles a actuar de manera cuidadosa.

El correcto y completo despliegue de la función preventiva (y también de la resarcitoria, claro está) exige que la responsabilidad por daños alcance paritariamente, frente a la víctima, no sólo a la Administración Pública, sino también a las concretas personas físicas que la integran y actúan a su servicio (51).

Nuestra posición es diametralmente opuesta a la sustentada por la doctrina que criticamos. El funcionario público debe responder también frente a la víctima. Y sería altamente aconsejable que el propio Estado obligatoriamente lo traiga a juicio como tercero responsable y adopte, en la causa judicial, las medidas pertinentes para asegurarse el reembolso de todo importe que pueda tener que pagar al damnificado. Del mismo modo que lo haría cualquier particular demandado por el hecho de un tercero por quien debe responder.

Mientras no se asuma esta realidad sin hipocresía, no habrá solución alguna al problema de la responsabilidad del Estado, que en la inmensa mayoría de los casos empieza y termina en la responsabilidad del funcionario público.

---

(50) BALBÍN, *Tratado*, t. I, p. 212, la letra en cursiva le pertenece.

(51) MIR PUIGPELAT, *La responsabilidad patrimonial de la Administración*, p. 116.

Unificación de la responsabilidad contractual y extracontractual. El pensamiento de Bustamante Alsina

Por José Fernando Márquez

I. La regulación de la responsabilidad civil en el Código Civil argentino de 1871

I.1. Dos ámbitos de reglas para dos clases de responsabilidades

El Código Civil argentino de 1871, siguiendo las reglas del Código francés, reguló a la responsabilidad civil en dos ámbitos diferenciados por el origen en que se produjo el daño: contractual y extracontractual.

Si la obligación de resarcir derivaba del incumplimiento de obligaciones individualizadas, previamente pactadas por las partes o determinadas por ley, la responsabilidad era contractual; si el daño derivaba del deber genérico de no dañar a otro, sin que existiere icho deber obligacional previo, la responsabilidad sería extracontractual [(1)].

La responsabilidad civil contractual se reglamentaba en la Parte Primera, de la Sección Primera, del Libro Segundo (*De los derechos personales en las relaciones civiles*), que trataba las normas generales sobre obligaciones. El Título 3 de esta Parte Primera incluía las normas de la responsabilidad civil cuando derivaba del incumplimiento de obligaciones que no tienen por objeto dar sumas de dinero (artículos 519 a 522), reglándose los daños resarcibles y su extensión. El Título 7 (*Obligaciones de dar*), en su Capítulo 4, regulaba la responsabilidad cuando se trataba del incumplimiento de obligaciones de dar sumas de dinero (artículos

(1) Para el estudio del origen de la distinción entre responsabilidad contractual y extracontractual y su evolución, PICASSO, Sebastián, *La singularidad de la responsabilidad contractual*, Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 2011.

616 a 623); contenía normas que regulaban el cumplimiento y las consecuencias del incumplimiento (intereses).

La responsabilidad civil extracontractual estaba regulada en los Títulos 8 (*De los actos ilícitos*) y 9 (*De los actos ilícitos que no son delitos*), de la Sección Segunda (*De los hechos y actos jurídicos que producen la adquisición, modificación, transferencia o extinción de los derechos y obligaciones*"), del mismo Libro Segundo, ubicando a la cuestión como una parte de las normas sobre los hechos y actos jurídicos.

I.2. La norma de cierre del doble sistema de responsabilidad está prevista en el artículo 1107 del Código Civil. La opción

Vélez optó por una completa distinción entre ambos ámbitos de responsabilidad, y determinó la necesidad de encuadrar cada supuesto de responsabilidad civil en alguna de las categorías legales.

El artículo 1107 constituía la piedra de toque del sistema al expresar que "Los hechos o las omisiones en el cumplimiento de las obligaciones convencionales, no están comprendidas en los artículos de este Título, si no degeneran en delitos de derecho criminal".

Entonces: si el daño derivaba de una situación en la cual no existía un vínculo obligacional previo, convencional o legal, la responsabilidad era extracontractual y se regía por las normas de la Sección Segunda, del Libro Segundo. Si, en cambio, existía tal vinculación previa al daño, la responsabilidad era contractual y se regía por las normas obligacionales de la Sección Primera del Libro Segundo; pero si el incumplimiento obligacional podía ser tipificado como delito del derecho criminal, a la responsabilidad obligacional podía aplicársele las normas de la responsabilidad extracontractual.

Vélez optó por un sistema de opción restringido, pues se podían aplicar normas de la responsabilidad extracontractual a los daños contractuales sólo si el incumplimiento constituía delito criminal.

En el caso en que era posible "optar", se planteaba quién la realizaba. Se discutió si era la parte contractual perjudicada por el incumplimiento o, por el contrario, si el juez podía aplicar las normas, aún en defecto de la posición manifestada por el damnificado.

Ambas posiciones tuvieron sus defensores, aunque finalmente se impuso la que propugnaba que, dadas las condiciones fijadas por el artículo 1107, el juez podía fundar su resolución en las normas que consi-

dere aplicables (*iura novit curiae*), aunque el actor hubiere fundado su demanda en otras.

I.3. Los problemas de calificación de ciertas relaciones

La existencia del doble ámbito de ámbito de normas generó la necesidad de calificar el vínculo existente entre damnificado y sindicado como responsable.

Si existía una relación obligatoria previa, entonces, el daño por su incumplimiento generaba responsabilidad contractual, si no se presentaba dicha relación, entonces la responsabilidad por el daño es extracontractual. Ello conllevó la necesidad de calificar el vínculo, para determinar las reglas aplicables.

Muchas veces la tarea fue sencilla; otras, no lo fue. Por ello se marcaron supuestos dudosos, que fueron calificados de diferentes maneras, trasuntando una notoria inseguridad para quien debía reclamar los perjuicios sufridos [(2)].

I.4. Las diferencias de reglas entre los diferentes ámbitos de responsabilidad

La existencia de dos ámbitos de regulaciones no hubiese generado problemas si las reglas hubiesen sido similares; pero no era así. Se distinguían varios aspectos, muchos de los cuales dejaron de ser diferencias por la tarea de equiparación de la doctrina, a saber:

a) Prueba la culpa.

En la doctrina clásica se dijo que en la responsabilidad contractual la culpa se presumía ante el incumplimiento obligacional, en tanto en la extracontractual, el damnificado siempre debía probar la culpa del responsable. La distinción se basaba en un sistema en el que la responsabilidad objetiva era prácticamente desconocida.

Aún bajo el prisma de la culpa, la evolución doctrinaria hizo que esta distinción cayera en desuso. El reconocimiento de las categorías de obligaciones de medios —en las que es el acreedor damnificado quien debe probar la culpa— y obligaciones de resultado —en las que la culpa se pre-

---

(2) V. por todos, TRIGO REPRESAS, Félix A. y LÓPEZ MESA, Marcelo J., *Tratado de la responsabilidad civil*, 2ª. Ed. Act. y ampl, T. IV, La Ley, Buenos Aires, 2011, pág. 447.

sume— [3], provocó que esta diferencia no se mantuviera. También en la responsabilidad extracontractual, en supuestos en que se respondía por culpa, muchas veces la culpa se presumía, por lo cual debía el deudor dañador probar la eximente de responsabilidad.

La prueba de la culpa dejó de ser una diferencia entre ambos ámbitos.

b) Constitución en mora.

En el régimen de mora del Código Civil argentino de 1871 se distinguía entre la mora obligacional, que generaba responsabilidad sólo mediando interpelación —artículo 509 (salvo las excepciones previstas en el mismo artículo)—, de la mora extracontractual, en la que el deudor quedaba constituido en mora del pago de la indemnización desde el mismo momento de la producción del daño [4].

La modificación del artículo 509 por la Ley 17.711, incorporando el principio de la mora automática para la mayoría de las obligaciones contractuales eliminó esta diferencia.

c) Atenuación de la responsabilidad.

El segundo párrafo del artículo 1069 del anterior Código Civil argentino (agregado por Ley 17.711) otorgaba a los jueces la posibilidad de atenuar la indemnización considerando la situación patrimonial del deudor, si lo consideraba equitativo. No existía una norma similar entre las reglas de la responsabilidad contractual; sin embargo, la doctrina era conteste en que la ausencia de norma no obstaba a su aplicación, por vía analógica.

d) Factores de atribución.

El Código Civil de Vélez tenía como fundamento central de la responsabilidad a la culpa, siguiendo la postura vigente a la época de su sanción. Fue a principios del siglo veinte cuando comenzaron a incorporarse criterios de protección a las víctimas y, entre ellos, el reconocimiento de ámbitos en los cuales la responsabilidad se fundaba en factores objetivos de atribución. En ese camino, en el año 1968 se incorporó el

---

(3) En realidad, en las obligaciones de resultado la culpa no es un elemento necesario para configurar la responsabilidad, de acuerdo con el estado actual de la doctrina. Pero, a los fines de este trabajo, basta trabajar sobre esa base.

(4) Esta regla se construyó doctrinariamente, pero no existía una norma expresa en el Código que la determinara.

riesgo como factor de atribución, en el artículo 1113, constituyendo una verdadera bisagra en el régimen de la responsabilidad.

Se dijo, entonces, que la responsabilidad contractual era siempre subjetiva (basada en la culpa), en tanto la extracontractual podía ser subjetiva u objetiva. Recordamos ya que la responsabilidad objetiva en el ámbito contractual fue reconocida doctrinariamente a través de la recepción de la distinción entre obligaciones de medios (subjetiva), de las obligaciones de resultado (objetiva), por lo cual la distinción ya no tuvo asidero.

e) Atribución por la intervención de cosas y de dependientes.

El artículo 1113 del Código Civil de 1871 receptaba dos supuestos de responsabilidad civil: la responsabilidad del principal por el hecho del dependiente y la responsabilidad causadas por cosas, de las que se era dueño o guardián; los artículos 1119 y 1132 a 1136 completaban la regulación de daños causados por cosas inanimadas. La Ley 17.711 modificó el sistema a través de la incorporación del artículo 1113 de la responsabilidad por riesgo o vicio de la cosa.

En el ámbito obligacional no existían normas similares, lo que llevó a marcar esta diferencia. Sin embargo, la tarea doctrinaria, justificó la responsabilidad del deudor por el hecho de terceros y por la utilización de cosas para el cumplimiento de la obligación, con soluciones similares a las resultantes de la aplicación de las normas existentes en la responsabilidad extracontractual.

f) Resarcimiento del daño moral.

El Código Civil admitió el resarcimiento del daño moral sólo cuando el hecho dañoso era un delito criminal. La reforma del año 1968 amplió las posibilidades de reclamos a todo acto dañoso, proveniente del incumplimiento obligacional o de un hecho ilícito estricto (con las limitaciones de legitimación que contiene) —artículos 522 y 1078—.

Sin embargo, la redacción del artículo 522, en el que se expresaba que ante el incumplimiento obligacional el juez "podrá condenar al responsable a la reparación del agravio moral", llevó a alguna doctrina a decir que en este ámbito el juez tenía amplia discrecionalidad para otorgar o no otorgar la indemnización y, de allí se marcaba la diferencia de régimen. Finalmente, la interpretación reconoció que no existían diferencias en ambos supuestos y, en consecuencia, dadas las condiciones necesarias para que proceda la reparación, el juez está obligado a ordenar la reparación del daño moral.

g) Capacidad.

El Código de Vélez determinó que se adquiría capacidad para los actos lícitos a los 14 años, y para los actos ilícitos a los 10 años (artículo 921), existiendo en esta materia diferencias entre ambos regímenes de responsabilidad.

h) Prescripción liberatoria.

En materia de prescripción liberatoria también existían marcadas diferencias, pues el plazo de prescripción de la responsabilidad contractual era de diez años, salvo disposiciones especiales (art. 4023), en tanto en la responsabilidad extracontractual el plazo de prescripción era de dos años (art. 4037).

i) Extensión del resarcimiento.

También en materia de extensión del resarcimiento existían diferencias. En la responsabilidad contractual el deudor incumplidor era responsable sólo por las consecuencias inmediatas y necesarias, salvo que el incumplimiento fuera doloso, supuesto en el cual respondía también por las consecuencias mediatas (arts. 520 y 521); en la responsabilidad extracontractual, en cambio, la responsabilidad comprendía siempre las consecuencias inmediatas y mediatas previsibles, y se extendía a la casuales cuando el autor los tuvo en mira al ejecutar el hecho (artículos 903 a 906).

j) Solidaridad entre los participantes.

El régimen de la solidaridad también era diferente. En materia contractual, sólo existía solidaridad entre los codeudores cuando existía convención o ley expresas que la determinaran (artículo 701); en materia extracontractual, en cambio, tanto en los delitos y en los cuasidelitos la responsabilidad era solidaria de los autores y partícipes del hecho dañoso (artículos 1109 y 1081).

II. La discusión sobre la necesidad de unificar las normas de la responsabilidad civil. Congresos, Jornadas, doctrina y proyectos de reformas. El pensamiento de Bustamante Alsina

II.1. Congresos, jornadas, doctrina y proyectos de reformas

La discusión sobre la necesidad de unificar las normas de la responsabilidad civil estuvo presente en la Argentina desde hace mucho

tiempo. Repasar todas las posturas excedería largamente el fin de este trabajo (y la paciencia del lector).

Nos parece oportuno recordar sólo algunas.

Por ejemplo, en el Tercero Congreso Nacional de Derecho Civil, celebrado en octubre de 1961, se incluyó como tema 7 la unificación del resarcimiento en materia de responsabilidad civil contractual y extracontractual, un aspecto central de las diferencias.

La Comisión Organizadora designó una Comisión para el estudio preliminar del tema integrada por los Dres. Guillermo A. Borda, Roberto H. Brebbia, Edgard A. Ferreyra, Rolando Moroni Petit y Enrique C. Banchio. (5) La comisión emitió varios despachos, pues Borda se pronunció en contra de la unificación. Con posterioridad se sumaron a dicha comisión preliminar José J. Conte, Acdeel E. Salas, Jorge Joaquín Llambías, Hernán Racciatti y Arturo Barcia López (6), la que emitió el despacho aprobado por el plenario (7), que lleva el N.º 16, y es el siguiente: "El Tercer Congreso Nacional de Derecho Civil RECOMIENDA: I) La reparación ha de sancionarse según fórmula integral y unificada aplicable tanto a la responsabilidad contractual, cualquiera sea la naturaleza de la prestación, como a la extracontractual, sea que los hechos configuren o no delitos del derecho criminal. II.- La reparación consistirá en la reposición de las cosas a su estado anterior, salvo cuando ello fuese imposible, o cuando el damnificado optase por la indemnización en dinero, o cuando por las circunstancias del caso el juez considerase que se agrava innecesariamente la situación del deudor. III.- La medida del resarcimiento se extiende a todo daño que guarde conexión causal adecuada con el hecho generador de la responsabilidad civil". (8)

En la XII Jornadas Nacionales de Derecho Civil, organizadas por la Universidad Nacional del Comahue, en San Carlos de Bariloche en 1989, la Comisión N.º 2, dedicada al estudio de la "Unificación de los regímenes de responsabilidad civil", emitió el siguiente dictamen: *"De lege lata:* 1. Existe unidad sistemática en materia de responsa-

---

(5) Ver "Actas Tercer Congreso Nacional de Derecho Civil", T. I, Universidad Nacional de Córdoba, Instituto de Derecho Civil "Henoch D. Aguiar", Córdoba, 1962, pág. 15.

(6) "Actas Tercer Congreso...", T. I, pág. 41, Comisión N.º 5, que debía ocuparse de formular despacho sobre el Tema 7, que nos ocupa, y también sobre el tema 8: "Daño moral".

(7) "Actas Tercer Congreso...", T. II, pág. 642.

(8) La Recomendación fue aprobada el día 14 de octubre de mil novecientos sesenta y uno y hemos tomado su texto de "Actas Tercer Congreso...", T. II, págs. 778 y 779.

bilidad civil, a partir del dato de concebir al daño como el centro de gravedad del sistema. 2. No obstante, en el Derecho vigente hay dos ámbitos de responsabilidad: el contractual y el extracontractual. 3. Los presupuestos del deber de reparar son comunes a las dos órbitas de responsabilidad. 4. De las diferencias que marca la doctrina entre las órbitas contractual y extracontractual, algunas son reales, pero contingentes, y otras no son verdaderas. Sin embargo, ninguna debe conceptuarse como sustancial. Ente las diferencias reales, pero contingentes, las más importantes, entre otras, son la extensión de la reparación y la concerniente al plazo de prescripción de las acciones. 5. La atenuación equitativa de la reparación emanada del artículo 1069 del Código Civil es aplicable por analogía a los supuestos de daños derivados del incumplimiento contractual. 6. Funciona la opción aquiliana del artículo 1107 del Código Civil cuando el deudor hubiere incurrido en dolo, no obstante la literalidad del referido texto legal. *De lege ferenda: 1. Corresponde eliminar cualquier diferencia que medie entre las órbitas contractual y extracontractual, suprimiendo cualquier obstáculo que dificulte la efectiva reparación de todo daño que se halle en relación de causalidad adecuada, y resulte injustamente sufrido por la víctima. La unidad conceptual de la responsabilidad civil, cualquiera sea la naturaleza jurídica del deber violado que la origina, reclama un régimen unificado de reparación de daños, aplicable tanto a la órbita contractual como a la extracontractual* [(9)]. Sin embargo, debe establecerse legislativamente la solidaridad de los responsables en las dos órbitas, salvo que la ley o la convención establezcan lo contrario, al modo que ello ocurre en los artículos 1137 y 2055 del Código Italiano de 1942. Cabe señalar que la comprensión moderna entiende que en los contratos de consumo los legitimados pasivos en la acción de daños responden concurrentemente. 2. El Proyecto de Código Único de 1987 resulta satisfactorio, en este aspecto, en la medida en que adecua la legislación a los postulados enunciados en el punto anterior" [(10)]. La postura se impuso también, entre otros, en las V Jornadas Nacionales de Derecho Civil, Rosario, 1971; II Jornadas Bonaerenses de Derecho Civil, Junín, 1986; Jornadas Australes de Derecho, Comodoro Rivadavia, 1980; III Jornadas de Derecho Civil y Comercial de la Provincia de La Pampa, 1991; III Jornadas Sanjuaninas

(9) El resaltado es nuestro.

(10) La postura se impuso también en las V Jornadas Nacionales de Derecho Civil, Rosario, 1971; II Jornadas Bonaerenses de Derecho Civil, Junín, 1986; Jornadas Australes de Derecho, Comodoro Rivadavia, 1980; III Jornadas de Derecho Civil y Comercial de la Provincia de La Pampa, 1991.

de Derecho Civil, San Juan, 1986; XI Jornadas Nacionales de Derecho Civil, Buenos Aires, 1987.

Orgaz [11] reconocía la existencia de diferencias legales insoslayables, más enseñaba que "como la situación fundamental es sustancialmente la misma, hay también una intercomunicación de principios o reglas de la una a la otra, en lo no previsto expresamente por cada una, en virtud de la analogía (art. 16 C.C.)..", y alertaba que el doble régimen "a veces determina... complicaciones graves en la interpretación", aspectos que "permiten y aún aconsejan una legislación común y uniforme a ambos órdenes de responsabilidad". La doctrina fue ampliamente favorable a la unificación de regímenes [12].

Estas posturas se reflejaron en los Proyectos de reformas que precedieron al nuevo Código Civil y Comercial. El Anteproyecto redactado por Juan Antonio Bibiloni [13], si bien propuso normas diferentes para los daños derivados de obligaciones (Capítulo IV, del Título III, Sección

---

(11) ORGAZ, Alfredo, *El daño resarcible (Actos ilícitos),* 2ª. Ed., Rev. y Act., Omeba, Buenos Aires, pág. 30.

(12) BUERES, Alberto J., *El acto ilícito*, Hammurabi, Buenos Aires, 1986, pág. 66; CAZEAUX, Pedro N. y TRIGO REPRESAS, Félix A., *Derecho de las obligaciones*, T. III, Platense, La Plata, 1970, pág. 3; ZAVALA DE GONZÁLEZ, Matilde, *Resarcimiento de daños*. T. 4, Hammurabi, Buenos Aires, 1999, pág. 92; CASIELLO, Juan J. "Sobre la unificación de los regímenes de responsabilidad civil", LL 1989-B, 911.

(13) El Anteproyecto de Código Civil elaborado por Juan Antonio Bibiloni tuvo su origen en el Decreto N° 12.542, de 2 de julio de 1926, del Departamento de Justicia, a cargo de Sagarna, por el cual el Presidente de la Nación, Alvear, resolvió designar una comisión compuesta por siete jurisconsultos para estudiar el Código Civil y aconsejar las reformas y coordinación con otras leyes que juzgaren pertinentes (art. 1°). Luego de la ampliación dispuesta por Decreto N° 13.156, la Comisión estaría formada por un Ministro de la Suprema Corte de Justicia de la Nación (Roberto Repetto), un Vocal de la cada una de las Cámaras de Apelaciones en lo Civil de la Capital (Julián V. Pera, Vocal de la Cámara Primera de Apelaciones en lo Civil de la Capital Federal, a quien sucedió Gastón Federico Tobal, y Raymundo M. Salvat, Vocal de la Cámara Segunda de Apelaciones en lo Civil de la Capital Federal, a quien sucedió César Tezanos Pinto); un Profesor de Derecho Civil de la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales de la Universidad de Buenos Aires (Héctor Lafaille); un profesor de Derecho Civil de la Universidad de la Plata (Juan Carlos Rébora); un profesor de Derecho Civil de la Facultad de Derecho de la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales de la Universidad de Córdoba (Enrique Martínez Paz); un profesor de Derecho Civil de la Facultad de Ciencias Jurídicas de la Universidad del Litoral (José A. Gervasoni); un miembro de la Academia Nacional de Ciencias Jurídicas de Buenos Aires (Juan Antonio Bibiloni) y un Delegado del Colegio de Abogados de la Capital Federal (Rodolfo Rivarola). La Comisión encargó la redacción de un Anteproyecto a Juan Antonio Bibiloni, quien lo entregó en menos de seis años.

Primera del Libro Segundo), de los causados por actos ilícitos (Título III de la Sección Segunda, del mismo Libro), en materia de extensión del resarcimiento, al regularlo para los actos ilícitos remite a los artículos correspondientes a la responsabilidad obligacional. En materia de prescripción mantenía el principio general de diez años, salvo disposición en contrario, y fijaba un plazo de un año para la responsabilidad derivada de los actos ilícitos. El Proyecto de 1936 (14), aunque mantenía la distinción entre responsabilidad obligacional y por acto ilícito, también suprimía la distinción en materia de extensión del resarcimiento; el Anteproyecto de Código Civil de 1954 (15), por el contrario, mantuvo las diferencias.

Entre los más cercanos el Proyecto de Código Civil de 1987 (16) propuso la unificación de ambos regímenes. El Proyecto del Poder Ejecutivo

(14) El denominado Proyecto de Reformas de 1936 fue presentado al Poder Ejecutivo el 1° de octubre de 1936, y fue redactado por encargo del Ejecutivo según Decreto N° 12.542, de 2 de julio de 1926, citado en la nota anterior. Suscribieron el Proyecto Roberto Repetto, Rodolfo Rivarola, Héctor Lafaille, Enrique Martínez Paz, Gastón Federico Tobal, actuando como secretario Ricardo E. Rey.

(15) El Anteproyecto fue elaborado entre los años 1950 y 1954 por el Instituto de Derecho Civil del Ministerio de Justicia de la Nación. Su redacción fue realizada por Jorge Joaquín Llambías, quien desempeñaba la dirección del Instituto, con la colaboración de Roberto Ponssa, Jorge A. Mazzinghi, Jorge E. Bargalló Cirio y Ricardo Julio Alberdi. Texto publicado por Universidad Nacional de Tucumán, Facultad de Derecho y Ciencias Sociales, Instituto de Derecho Civil y Comparado, 1968.

(16) La Cámara de Diputados de la Nación resolvió, durante el período ordinario de 1986, constituir una Comisión llamada de "Unificación Legislativa Civil y Comercial" para proponer un proyecto que condujera al propósito indicado. La Comisión fue integrada por los diputados Baglini, Fappiano, Furque, González Cabañas, Natale, Spina y Camisar, quien la presidió. Por Resolución RP No. 988/86 de la Honorable Cámara de Diputados de la Nación, se designó a los juristas Dres. Héctor ALEGRIA, Atilio ALTERINI, Jorge ALTERINI, Miguel ARAYA, Francisco DE LA VEGA, Horacio FARGOSI, Sergio LE PERA y Ana PIAGGI, quienes elaboraron un proyecto de reforma parcial al Código. El Proyecto tuvo media sanción, por Diputados, el 15 de Julio de 1987, recibiendo sanción definitiva, por el Senado, el 27 de noviembre de 1991, Ley 24.032. Por Decreto 2719, del 23 de diciembre de 1991, el Poder Ejecutivo Nacional vetó totalmente la Ley.

de 1993 [17], el Proyecto de la Comisión Federal de 1993 [18] y el Proyecto de 1998 siguieron igual tesitura [19].

---

(17) Producido el veto de la Ley 24.032 que aprobó el Proyecto de Código Civil de 1987, el propio Poder Ejecutivo, en los considerandos del Decreto de veto, manifestó su intención de continuar con proceso de reformas al derecho privado, expresando su decisión de designar una comisión de destacados juristas que lleven a cabo un análisis profundo y pormenorizado de las normas e instituciones civiles y comerciales que estimen prudente modificar, proponiendo las reformas que se consideren necesarias introducir al ordenamiento vigente...(Decreto 2719/91, publicado en el Boletín Oficial de la Nación del jueves 2 de enero de 1992, 1ra. Sección, pág. 3). Fue así que por Decreto Presidencial 468/92, el P.E. designó a los doctores Augusto César BELLUSCIO, Salvador María BERGEL, Aída Rosa KEMELMAJER DE CARLUCCI, Sergio LE PERA, Julio César RIVERA, Federico VIDELA ESCALADA y Eduardo Antonio ZANNONI a efectos de elaborar un proyecto de reformas al Código (conocido como Proyecto del Poder Ejecutivo). El 26 de marzo de 1993 la comisión elevó al Ministro de Justicia la tarea realizada, la que tuvo entrada en la Cámara de Senadores de la Nación en el mismo año. El Proyecto apareció en el diario de Asuntos Entrados en el Senado el 13 de agosto de 1993. Para la elaboración de este trabajo se utiliza el texto editado en la primera quincena de agosto de 1993 por Editorial Astrea, Bs. As.

(18) La Comisión de Legislación General de la Honorable Cámara de Diputados de la Nación, creó, en su seno, una subcomisión de "juristas de reconocida capacidad y prestigio en la disciplina del derecho privado, encargada de proyectar las reformas necesarias a tal derecho, entre ellas la unificación de la legislación civil y comercial", según da cuenta el Informe de elevación del Proyecto de la Comisión de Legislación General a la H. C. de Diputados. La constitución de la Comisión tuvo su origen en una resolución de la Cámara del 5 de Septiembre de 1992 (orden del Día No. 503/92), fue denominada "Comisión Federal" y quedó conformada por los doctores Héctor ALEGRIA, Jorge Horacio ALTERINI, Miguel ARAYA, María ARTIEDA DE DURE, Alberto Mario AZPEITIA, Enrique Carlos BANCHIO, Alberto BUERES, Osvaldo CAMISAR, Marcos CÓRDOBA, Rafael MANOVIL, Luis MOISSET DE ESPANES, Jorge MOSSET ITURRASPE, Juan Carlos PALMERO, Ana Isabel PIAGGI, Efraín Hugo RICHARD, Néstor SOLARI, Félix TRIGO REPRESAS y Ernesto WAYAR. El 26 de abril de 1993 la Comisión de Legislación General recibió el "Código Único Civil y Comercial", propuesto por la Comisión Federal, figurando en el Orden del Día No. 1322 de la Cámara de Diputados de la Nación (impreso el día 28 de julio de 1993), habiendo recibido media sanción, a libro cerrado, en los últimos días de octubre de ese año. El Proyecto no fue tratado en el Senado. Se utiliza *Unificación de la legislación civil y comercial proyecto de 1993*, Zavalía, Buenos Aires, 1994.

(19) Por Decreto del Poder Ejecutivo nacional 685/95 se designó una Comisión Honoraria a los fines de estudiar las reformas necesarias al derecho privado. El Proyecto de Código Civil unificado por el Código de Comercio, elaborado por dicha comisión fue presentado al Ministro de Justicia de la Nación el 18 de diciembre de 1998 y tuvo tratamiento legislativo. Suscribieron el proyecto Héctor Alegría, Atilio Aníbal Alterini, Jorge Horacio Alterini, María Josefa Méndez Costa, Julio César Rivera y Horacio Roitman. A los fines de este trabajo utilizamos el texto publicado por Abeledo-Perrot, Bs.As., 1999.

II.2. El pensamiento de Bustamante Alsina

El hoy homenajeado, Jorge Bustamante Alsina, se ocupó de la cuestión en su célebre Teoría General [20].

Fino conocedor de la mejor doctrina extranjera, comienza su estudio recordando el origen de la cuestión a fines del siglo XIX.

La tesis de la dualidad, cuyo origen reconoce en la obra de Charles Sainctelete ("De la responsabilité et de la garantie", quien distinguió entre la responsabilidad (propia del ámbito extracontractual) y la garantía (del contractual). La primera tiene por objeto asegurar el respeto de las leyes, en tanto la garantía asegurar el respeto de los contratos. La responsabilidad es de orden público y debe ser resuelta de acuerdo con las leyes, la garantía de interés exclusivo de los particulares, quienes pueden pactar las consecuencias del incumplimiento.

Su mayor sustento se encontraba en la reglamentación del tema en los Códigos, que asignaban normas diferentes para cada ámbito.

Por su lado, la tesis de la unidad, recuerda Bustamante Alsina, por A. F. Lefevbre ("De la responsabilité délictuelle et contractuelle") y Jean Grandmoulin ("De l´unité de la responsabilité ou nature délictuelle de la responsabilité pour violation des obligations contractualles"), quienes refutaron la tesis dualista, quienes sostuvieron que la ley y el contrato, y por ello las obligaciones que surgen de ellos no tienen esencia diferente, pues la obligación original del deudor se transforma ante el incumplimiento y nace una nueva obligación legal de resarcir, fundada en la culpa del deudor.

En ese mismo sentido, recuerda Bustamente, se pronunció Planiol (*Traité elementaire*), quien agregó como fundamento que, en ambos casos se trata de una obligación preexistente violada.

Ante estas dos posiciones, se situaron las llamadas tesis intermedias, aparecidas hacia 1930, y que prevalecieron en la doctrina europea y los países de tradición jurídica romana, al momento de que Bustamante repasa la cuestión. Recuerda las enseñanzas de Mazeaud-Tunc (*Tratado teórico y práctico de la responsabilidad civil delictual y contractual*), de López Olaciregui ("Notas sobre el sistema de responsabilidad del Código Civil"), Llambías (*Tratado de Derecho Civil. Obligaciones*), quienes reconocieron un origen común (la culpa), pero regímenes diferentes.

---

(20) BUSTAMANTE ALSINA, Jorge, *Teoría general de la responsabilidad civil*, Octava edición, ampl. y act., Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1993 págs. 89 y ss.

Bustamante considera "exagerado deslindar ambas responsabilidades en sectores totalmente opuestos" [21]. No comparte el fundamento propuesto por la tesis monista, pues desconoce la existencia de normas diferenciadas, que atribuyen consecuencias distintas en ambos supuestos.

Y se explaya sobre su adhesión a la unicidad. Expresa que la cuestión pasa por pasar de estructurar la responsabilidad civil sobre la base la culpa, para centrarla en el daño, el que conduce "a la concepción unitaria de la responsabilidad civil" [22].

Luego de recordar las posturas de De Cupis (*Il Danno*), Santos Briz (*Derecho de Daños*) y Mosset Iturraspe (*Responsabilidad por daños*), explaya su postura.

"Por nuestra parte desde un principio hemos expuesto la teoría general de la responsabilidad civil con un criterio unitario, teniendo en cuenta que los elementos o presupuestos del deber de indemnizar el daño que se le ocasiona al acreedor por el incumplimiento de la obligación impuesta al deudor en un contrato son los mismos del deber resarcitorio que incumbe al autor de un acto ilícito por el daño causado a la víctima; de allí también que las reglas legales son fundamentalmente iguales. Lo relevante de ambas situaciones jurídicas en la necesidad de reparar el daño que sufre el damnificado. Esta exigencia de justicia es el punto de partida de la responsabilidad civil y ello explica que las bases sobre las que se erige el sistema sean las mismas cualquier sea el ámbito en que se origina".

Las ideas de Bustamante Alsina tuvieron honda repercusión en la doctrina y en la legislación proyectada (que recordamos), y se concretaron en el Código Civil y Comercial de 2015.

III. Unificación de la responsabilidad civil en el Código Civil y Comercial

III.1. La unificación

El Código Civil y Comercial plasmó la unificación solicitada por la doctrina, fijando reglas uniformes para la responsabilidad civil contrac-

(21) BUSTAMANTE ALSINA, Jorge, Op. cit., pág. 89.

(22) Op. cit., pág. 94.

tual y extracontractual. El artículo 1716 expresa: "Deber de reparar. La violación del deber de no dañar a otro, o el incumplimiento de una obligación, da lugar a la reparación del daño causado, conforme las disposiciones de este Código". Las normas del Capítulo I del Título V del Libro Tercero del Código Civil y Comercial se aplican, entonces, de manera indiferenciada a la responsabilidad contractual y extracontractual.

Los aspectos más relevantes que se unifican, que tenían diferencias de regulación en el Código de Vélez, son:

a) Plazo de prescripción.

Se unifica el plazo de prescripción de las acciones de responsabilidad civil, cualquiera sea el origen del daño, en tres años (artículo 2561). Existen plazos especiales: diez años para la acción de responsabilidad civil por daños derivados de agresiones sexuales a personas incapaces (artículo 2561), dos años para la acción de derecho común derivada de accidentes o enfermedades del trabajo (artículo 2562, inc. b) y para el reclamo de daños derivados del contrato de transporte (artículo 2562, inc. d).

b) Extensión del resarcimiento.

El artículo 1726 determina que son indemnizables las consecuencias inmediatas y las mediatas previsibles, regla aplicable cualquiera sea el origen del daño, con lo que se supera la distinción del Código de Vélez.

c) Curso de los intereses.

El artículo 1748 dispone que "El curso de los intereses comienza desde que se produce cada perjuicio", "con lo que se da por tierra con la interpretación que sostenía que la constitución en mora en la obligación de reparar se producía de manera diversa en la responsabilidad contractual y en la aquiliana" [23].

d) Régimen aplicable a los casos con pluralidad de responsables.

---

(23) PICASSO, Sebastián, "La unificación de la responsabilidad contractual y extracontractual en el Código Civil y Comercial de la Nación", en *Suplemento Especial Código Civil y Comercial*, Dir. Ricardo Luis Lorenzetti, La Ley, noviembre 2014, pág. 156. Manifestamos nuestra disidencia con la postura que propugnaba distintos momentos del comienzo de devengamiento de intereses, en MÁRQUEZ, José Fernando y Viramonte, Carlos Ignacio, "El inicio del cómputo de los intereses en la responsabilidad contractual", en RCyS 2014-X, 71.

Acota Picasso [24] que, en materia de responsabilidad civil, contractual o extracontractual, en las que se involucren varias personas, las reglas serán las propias de la responsabilidad. Luego de recordar que el Código Civil y Comercial mantiene la regla de la simple mancomunación para el cumplimiento obligacional, salvo disposición legal o convencional expresa que determine la solidaridad (artículo 828), expresa: "Sin embargo, en materia de responsabilidad civil se dispone expresamente que si varias personas participan en la producción de un daño que tiene una causa única se aplican las normas de las obligaciones solidarias, mientras que si la pluralidad deriva de causas distintas se aplican las de las obligaciones concurrentes (art. 1751). Es evidente que esta última norma se aplica también a los casos de responsabilidad contractual, en virtud de la previsión del artículo 1716".

III.2. Las diferencias que subsistirían

Picasso, en el excelente trabajo citado, entiende que, pese a la unificación, subsisten varias diferencias entre la responsabilidad contractual y extracontractual, derivadas de la diferente estructura entre ambas fuentes del deber de reparar. Repasaremos estas enseñanzas, de manera sucinta, dando nuestro parecer sobre cada aspecto.

a) Distinción entre el valor de la prestación y los mayores daños.

El Código Civil y Comercial determina que el acreedor insatisfecho de una obligación contractual puede demandar la prestación adeudada, con más los daños y perjuicios por el incumplimiento (artículo 730). Cuando la prestación adeudada ya no es posible, entonces debe el valor de la prestación, que viene a reemplazarla (*aestimatio rei*). La doctrina difiere en cuanto a la naturaleza del valor de la prestación; para algunos se trata de la misma prestación, con un cambio de objeto, en cambio, para otros, participa de la calidad de los daños y perjuicios.

El Código Civil y Comercial adoptó la postura de que se trata de conceptos diferentes (artículos 781, 1114, 1420, 1653, 1747), por lo que "...existe, entonces, un régimen diferenciado para el reclamo del valor de la prestación, o aestimatio rei (que se rige por las normas del cumplimiento forzado) y el de los mayores daños sufridos al margen de aquel (id quod interest). Por consiguiente, la acción para reclamar el valor de la prestación prescribe...en el plazo genérico de cinco años del art. 2560, mientras que la dirigida a la indemnización de los mayores daños se rige

(24) PICASSO, Sebastián, "La unificación...", pág. 157.

por el art. 2561 y prescribe, por ende, a los tres años. Por otra parte, no es necesario probar haber sufrido un perjuicio para pedir el valor de la prestación, pero sí cuando el reclamo recae sobre daños adicionales…" [25].

El análisis que realiza Picasso es impecable, y tiene implicancias prácticas muy importantes. Sin embargo, no coincidimos en que este punto constituya una diferencia entre los regímenes contractual y extracontractual, pues, como bien lo expone, el reclamo de la prestación o del valor que lo sustituye no constituye un capítulo de la responsabilidad civil, sino del incumplimiento contractual y sus consecuencias no indemnizatorias.

b) Configuración de la antijuridicidad.

De acuerdo con Picasso [26], la antijuridicidad en la responsabilidad extracontractual es atípica, en cambio en la contractual se configura cuando se viola una obligación específica.

Creemos que la diferencia se desdibuja al reconocerse que el deudor contractual no sólo está obligado a las obligaciones específicas pactadas, sino a todas aquellas derivadas de la buena fe. Mas es indudable que en la responsabilidad contractual, a la hora de determinar la conducta antijurídica, el intérprete deberá incursionar en la intención de las partes y el contexto de la contratación más que en normas generales de conducta, a diferencia de la responsabilidad extracontractual, en la cual el análisis se centra en los deberes generales de previsión y evitabilidad.

c) Configuración del factor de atribución.

Picasso, siguiendo a Castronovo, entiende que en la responsabilidad extracontractual es necesario siempre un factor de atribución, el que se determinará según sea la manera en que se produjo el daño; en cambio, "el campo obligacional aquél (se refiere al factor de atribución) depende del alcance del deber de conducta asumido por el obligado (sólo conducta diligente, o un resultado concreto), y no de la forma en que, de hecho, se incumple…". Esta distinción estaría receptada por el Código Civil y Comercial al consagrar el distingo entre las obligaciones de medios y de resultado, y, por ello, concluye: "…cuando lo debido sea un resultado se aplica el art. 1723, razón por la cual el incumplimiento —y la consiguiente responsabilidad del deudor— se configura por su sola falta de obtención. Cuando, en cambio, el plan prestacional consista en una

(25) PICASSO, Sebastián, "La unificación…", cit., pág. 159.

(26) Ibidem, op. cit., loc. cit.

conducta diligente jugará el art. 1724 y la configuración del incumplimiento —y de la responsabilidad del obligado— requerirá de la presencia de culpa del solvens. La configuración del factor de atribución en la responsabilidad extracontractual requiere, en, cambio, examinar de qué forma se dañó...” [27].

La distinción que marca Picasso parte del presupuesto de considerar que el análisis de la conducta debida (resultado o diligencias) en la responsabilidad contractual es un elemento de la antijuricidad. Si, por el contrario, se postulara que el incumplimiento se produce siempre por la falta de obtención del resultado (antijuridicidad objetiva), en tanto la presencia o ausencia de diligencia (en las obligaciones de medios) se debe realizar en un paso posterior (al analizar porqué se responde —factor de atribución—), entonces la distinción entre ambos ámbitos no existe.

d) Configuración del caso fortuito.

Según el autor analizado [28], el caso fortuito actuaría de manera diferente en materia extracontractual y extracontractual. En la responsabilidad extracontractual actúa como un elemento que rompe el nexo causal (desplazando la autoría), en tanto en materia obligacional, se trata de analizar de qué manera el casus incide en el incumplimiento del contrato.

Creemos que la cuestión del caso fortuito siempre se trata del análisis de cómo inciden hechos externos (humanos o de la naturaleza) en la producción del incumplimiento, es decir una cuestión de autoría, cualquiera sea el ámbito de responsabilidad, por lo que no visualizamos aquí una diferencia de regulación.

e) Previsibilidad del daño contractual.

Los daños de los que se responde son aquellos previsibles al momento del hecho, tomando como criterio lo que normal y habitualmente sucede (causalidad adecuada) —artículos 1726 y 1727—. Para determinar qué es lo que era normalmente previsible se recurre a lo que un hombre medio pudo prever, salvo que se trate de una persona con conocimientos especiales, o que especiales relaciones de confianza entre las partes genere una expectativa distinta —artículo 1725—. Se realizaría, entonces, un análisis “objetivo” de las consecuencias previsibles.

---

(27) Ibidem, op. cit., pág. 160.

(28) Ibidem, op. cit., pág. 161.

En la responsabilidad contractual —no mediando relación de consumo—, en cambio, regiría otro modo de análisis, "subjetivo": "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..." [29]. El análisis de qué consecuencias eran previsibles vuelve al criterio de consideración al momento del hecho, cuando el agente actuó con dolo (artículo citado).

Entendemos que sí existen diferencias cuando las partes han previsto expresamente las consecuencias indemnizables en las cláusulas contractuales. Aquí el intérprete debe indagar el alcance de estas cláusulas.

Desde nuestro punto de vista, si no existen previsiones contractuales expresas, los criterios de análisis para determinar las consecuencias previsibles ante el incumplimiento contractual no difieren de los que se utilizan para la responsabilidad extracontractual. Para determinar qué daños eran previsibles si el contrato no se cumplía, el juez comparará qué pudieron prever al momento de contratar (en esto sí concordamos) contratantes similares a los que celebraron el contrato; esto es deberá buscar modelos de comparación según "contratantes medios", de acuerdo con las circunstancias de personas, tiempo y lugar en que se celebró el contrato. Y este criterio no difiere del modelo de conducta que buscará para determinar cómo debió actuar el agente dañoso en la responsabilidad extracontractual.

f) Edad a la que se adquiere el discernimiento.

Se mantiene la distinción del Código de 1871. Para los actos lícitos, el discernimiento se adquiere a los trece años, en tanto para los actos ilícitos a los diez años (artículo 261).

IV. Conclusión

El Código Civil y Comercial pone fin a un antiguo anhelo doctrinario, la unificación de los regímenes legales de las responsabilidades contractual y extracontractual.

Bustamante Alsina fue un firme propulsor de la reforma.

---

(29) Ibidem, op. cit., pág. 161.

Las principales diferencias, que perturbaban el funcionamiento del sistema, fueron eliminadas: el plazo de la prescripción y el régimen de las consecuencias indemnizables.

Subsisten sólo aquellas que devienen del distinto modo de nacimiento de la obligación resarcitoria, como el modo de analizar la previsibilidad del perjuicio causado.

El cambio fue positivo y ha solucionado buena parte de los problemas que el Código de Vélez y su sistema dual presentaba.

Académicos de la Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Buenos Aires

La antijuridicidad, ¿sigue siendo un presupuesto para el resarcimiento del daño?

Por Alejandro Borda (*)

I. Introducción

El Instituto de Derecho Civil de la Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales ha tenido la feliz idea de rendir homenaje al Doctor Jorge Bustamante Alsina.

Son bien conocidos sus antecedentes: miembro de número de esta Academia, decano de la Facultad de Derecho de la Universidad de Buenos Aires, profesor titular de Obligaciones de la mencionada Facultad, publicista brillante (inolvidable su "Teoría general de la responsabilidad civil"), presidente del Tribunal de ética forense, premio Konex 1996, abogado destacado en el ejercicio de la profesión.

Todo ello es, sin duda, de enorme valor y justifica sobradamente este tributo. Sin embargo, me quiero detener en otro aspecto de su personalidad: su cordialidad y el afecto con el que siempre me trató.

Lo conocí cuando cursé Obligaciones en el año 1978. En aquel tiempo, las clases comenzaban en marzo y, en algunas materias como ésta, terminaban en octubre. Teníamos tres clases por semana, dos de las cuales las daba Bustamante Alsina (la restante estaba a cargo del Dr. Marcelo U. Salerno).

(*) Doctor de la Universidad de Buenos Aires; Académico de Número de la Academia Nacional de Derecho de Buenos Aires, Profesor titular de Elementos de Derecho Civil (UBA) y de Contratos Civiles y Comerciales (UCA y UBA); Director del diario de Doctrina y Jurisprudencia El Derecho; Árbitro del Tribunal de Arbitraje General de la Bolsa de Comercio de Buenos Aires.

Sus clases eran extraordinarias, desbordantes, sumamente claras y didácticas. Ponía una energía y un entusiasmo en lo que enseñaba que cautivaba. Tenía una preocupación constante y evidente en que sus alumnos comprendieran y aprendieran. No olvido que no había límites de tiempo para él, cuando se trataba de sus estudiantes. Terminábamos las clases y con muchos de mis compañeros nos quedábamos hablando con él durante un largo rato. Y desde aquel tiempo fue que nació una relación que para mí fue sumamente enriquecedora.

Cuando me recibí de abogado lo fui a ver para pedirle que me entregara el diploma y Bustamante Alsina no dudó un instante. En seguida dijo que era un honor para él y allí estuvo en la Facultad una cálida mañana de noviembre de 1982.

Lo seguí visitando con cierta frecuencia en su estudio de la Av. Córdoba, donde siempre me recibía con palabras generosas. Cuando publiqué mi primer trabajo en una revista jurídica, recibí una carta llena de afecto de Bustamante Alsina, en la que, incluso, sumaba argumentos a lo que yo había escrito. Y cuando apareció mi opera prima (La teoría de los actos propios) fui a verlo para entregársela y él volvió a sorprenderme doblemente; primero con otra carta (que aún conservo, al igual que la anterior) llamativamente cálida, con recuerdos de mi paso por sus clases, y en la que me transmitía su satisfacción con lo venía escribiendo; segundo, con una nota bibliográfica publicada en La Ley [(1)], exageradamente elogiosa que solo trasuntaba un gran afecto, lo que me llenó de orgullo.

Ese fue Jorge Bustamante Alsina para mí. Una persona extraordinaria. ¡Gracias, mil gracias, querido Maestro, por lo mucho que aportó en mi vida!

Ahora sí, corresponde abordar el tema de este trabajo.

II. LOS PRESUPUESTOS DE LA RESPONSABILIDAD CIVIL

En el derecho argentino se sostenía de manera pacífica que para que se dé un supuesto de responsabilidad civil, es decir, para que nazca la acción resarcitoria por el daño sufrido, debían verificarse cuatro requisitos, condiciones o presupuestos [(2)].

---

(1) LA LEY t. 1987-D, p. 1225, Cita: TR LALEY AR/DOC/20/2001

(2) Véase por todos, BUSTAMANTE ALSINA, Jorge, *Teoría General de la Responsabilidad Civil*, nº 170, Abeledo Perrot, 9ª edición.

Ellos son: (i) la antijuridicidad, (ii) el daño, (iii) la relación causal entre el hecho y el daño, y (iv) el factor de atribución de responsabilidad o de imputabilidad.

En este trabajo, he de referirme a la antijuridicidad; empero, resulta necesario precisar, aunque sea someramente, los restantes presupuestos.

El daño puede ser entendido en sentido amplio o restringido. Enseña Alterini que hay daño, en sentido amplio, toda vez que se lesiona un derecho subjetivo. En cambio, hay daño en sentido restringido cuando la lesión recae sobre ciertos derechos subjetivos, patrimoniales o extrapatrimoniales, cuyo menoscabo genera, en determinadas circunstancias, una sanción patrimonial [3].

La relación causal apunta a la conexión que debe existir entre la acción u omisión antijurídica y el daño causado. El derecho argentino, desde antes de la sanción del Código Civil y Comercial, ha aceptado la llamada teoría de la causalidad adecuada (ahora recogida en el art. 1726 [4], CCyC). Esta teoría pregona que lo que debe determinarse es si la acción o la omisión a la que se le atribuye el daño es normalmente capaz de producirlo. Por lo tanto, el problema debe plantearse en abstracto, teniendo en consideración lo que ordinariamente sucede [5].

Por último, el factor de atribución —bien apuntan Trigo Represas y López Mesa— es la razón que justifica que el daño que ha sufrido una persona sea reparado por alguien, es decir, se traslade económicamente a otro [6]. La ley argentina reconoce factores subjetivos y objetivos de atribución de la responsabilidad. Los factores subjetivos son la culpa y el dolo (art. 1724 [7], CCyC). En cambio, el factor de atribución es objetivo

---

(3) ALTERINI, Atilio A., *Responsabilidad Civil*, p. 123, Abeledo Perrot, 1987.

(4) ARTÍCULO 1726.- Relación causal. Son reparables las consecuencias dañosas que tienen nexo adecuado de causalidad con el hecho productor del daño. Excepto disposición legal en contrario, se indemnizan las consecuencias inmediatas y las mediatas previsibles.

(5) Conf. BORDA, Guillermo A., *Tratado de Derecho Civil. Obligaciones*, t. II, nº 1317, La Ley, 10ª edición actualizada por Alejandro Borda.

(6) TRIGO REPRESAS, Félix A. y LÓPEZ MESA, Marcelo J., *Tratado de la Responsabilidad Civil*, t. I, p. 637, La Ley, 2005.

(7) ARTÍCULO 1724.- Factores subjetivos. Son factores subjetivos de atribución la culpa y el dolo. La culpa consiste en la omisión de la diligencia debida según la naturaleza de la obligación y las circunstancias de las personas, el tiempo y el lugar. Comprende la imprudencia, la negligencia y la impericia en el arte o profesión. El dolo se configura por la producción de un daño de manera intencional o con manifiesta indiferencia por los intereses ajenos.

cuando la culpa del agente es irrelevante a los efectos de atribuir responsabilidad [art. 1722 [8], CCyC]. Son los casos de los daños causados por el riesgo o vicio de las cosas o producidos por actividades que sean riesgosas o peligrosas por su naturaleza, por los medios empleados o por las circunstancias de su realización [art. 1757 [9], CCyCC].

Ahora sí, pasemos al presupuesto de la antijuridicidad.

III. ANTIJURIDICIDAD

Este presupuesto de la responsabilidad civil está previsto en el art. 1717 del Código Civil y Comercial, que establece: "Antijuridicidad. Cualquier acción u omisión que cause un daño a otro es antijurídica si no está justificada".

Ahora bien, ¿qué es concretamente la antijuridicidad? Tradicionalmente se ha hablado de antijuridicidad formal y antijuridicidad material. La primera, hace referencia al acto u omisión que contraría una prohibición jurídica de hacer u omitir formalmente impuesta por la ley o por un contrato. En cambio, la antijuridicidad material tiene un sentido más amplio, comprensivo de las prohibiciones que se desprenden de los principios fundamentales que hacen al orden público [10]. Es claro, entonces, que no son conceptos opuestos, sino que —como enseña Compagnucci de Caso— la mayor amplitud conceptual de la antijuridicidad material abarca y comprende a la más acotada antijuridicidad formal [11].

El Código Civil y Comercial consagra la antijuridicidad material en el art. 1716, cuando dispone que "(l)a violación del deber de no dañar

---

(8) ARTÍCULO 1722.- Factor objetivo. El factor de atribución es objetivo cuando la culpa del agente es irrelevante a los efectos de atribuir responsabilidad. En tales casos, el responsable se libera demostrando la causa ajena, excepto disposición legal en contrario.

(9) ARTÍCULO 1757.- Hecho de las cosas y actividades riesgosas. Toda persona responde por el daño causado por el riesgo o vicio de las cosas, o de las actividades que sean riesgosas o peligrosas por su naturaleza, por los medios empleados o por las circunstancias de su realización.- La responsabilidad es objetiva. No son eximentes la autorización administrativa para el uso de la cosa o la realización de la actividad, ni el cumplimiento de las técnicas de prevención.

(10) Conf. PIZARRO, Ramón Daniel y VALLESPINOS, Carlos Gustavo, *Instituciones de Derecho Civil. Obligaciones*, t. 2, p. 482, Hammurabi, 1999.

(11) COMPAGNUCCI DE CASO, Rubén H., *Derecho de las Obligaciones*, n° 480, La Ley, 2018.

a otro, o el incumplimiento de una obligación, da lugar a la reparación del daño causado, conforme con las disposiciones de este Código". Se recepta así el principio alterum non laedere previsto en la Constitución Nacional [art. 19 (12)] (13).

Para dar más claridad al concepto, Galdós explica que antijuridicidad e ilicitud son términos sinónimos, y que es antijurídico o ilícito todo hecho u omisión contrario al ordenamiento jurídico en su totalidad (14).

En esta misma línea de pensamiento, nuestro homenajeado entendía que antijuridicidad es sinónimo de ilicitud; y, adelantándose a lo que dispone el mencionado art. 1716, añadía que podía ser entendida con una mayor comprensión, abarcando no solo los casos de violación directa de la ley, sino las hipótesis de infracción del deber impuesto por la voluntad de las partes en el contrato (15). Agregaba que existe un deber tácito de obrar de tal manera que no se cause daño a los demás, lo que obliga a ser previsores, prudentes, diligentes y hábiles, pues de otro modo responderíamos de nuestros actos (16).

Por lo tanto, la antijuridicidad prevista en nuestro Código [la antijuridicidad material (17)] importa la contradicción o disconformidad entre la conducta y el derecho objetivo, debiendo entenderse a éste en su plenitud o totalidad, concepto que —vuelvo a señalarlo— resulta más amplio que el incumplimiento de normas legales u obligaciones contractuales, propio de la antijuridicidad formal (aunque —como hemos dicho— la comprende), en tanto abarca también los hechos u omisiones contrarios a los principios generales del derecho —tales como el de la buena fe y el

---

(12) Art. 19, CN: "Las acciones privadas de los hombres que de ningún modo ofendan al orden y a la moral pública, ni perjudiquen a un tercero, están sólo 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".

(13) Conf. COMPAGNUCCI DE CASO, *Derecho de las Obligaciones*, n° 480.

(14) GALDÓS, Jorge M., *Comentarios al Proyecto de Código Civil y Comercial de la Nación 2012* (Dir.: Julio César RIVERA), p. 895, AbeledoPerrot, 2012.

(15) BUSTAMANTE ALSINA, *Teoría general de la responsabilidad civil*, nº 171.

(16) BUSTAMANTE ALSINA, *Teoría general de la responsabilidad civil*, nº 177.

(17) Conf. KEMELMAJER DE CARLUCCI, Aída, "La antijuridicidad, un presupuesto de la responsabilidad civil en el Código Civil y Comercial de la Nación", p. 227, Anales de la Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Buenos Aires, 2ª época, año LXII, n° 55, 2017.

ejercicio regular de los derechos—, a las reglas y a los usos y costumbres sociales [18] y a cualquier atentado contra el orden público [19].

En esta antijuridicidad material se encierra un principio de alto valor moral y social, que Bustamante Alsina encontraba en el primer párrafo del art. 1109 [20] del Código Civil de Vélez. Es que, como él afirma, el individuo debe orientar sus actos de modo de respetar a sus semejantes, no siendo necesario que la ley guíe todos sus pasos diciéndole lo que en cada caso debe hacer o no hacer, pues si ha cometido un error de conducta, será juzgado y sancionado por no haber obrado —como debió haberlo hecho— como un hombre prudente, honesto y respetuoso de sus semejantes [21].

IV. LA ANTIJURIDICIDAD, ¿SIGUE SIENDO UN PRESUPUESTO PARA EL RESARCIMIENTO DEL DAÑO?

Después de la sanción del Código Civil y Comercial se ha cuestionado que la antijuridicidad sea un presupuesto del deber de reparar el daño, sosteniéndose que ese deber nace con la existencia de los otros tres requisitos ya enunciados (daño, relación causal entre el hecho y el daño, y el factor de atribución de responsabilidad).

Ubiría afirma que el Código Civil y Comercial adopta una posición vacilante frente a la antijuridicidad, reveladora de la crisis que afecta a la figura. Si bien reconoce que el art. 1717 dispone que cualquier acción u omisión que causa un daño a otro es antijurídica si no está justificada, añade que la antijuridicidad sólo se mantiene en la letra de la ley (respetando la tradición decimonónica) pero, a la vez, queda consagrada vacía de contenido, pues —sostiene— no existe una antijuridicidad per se, en tanto recurre al ingrediente daño, al que se ata o subsume. Y concluye: "la antijuridicidad se desvanece o diluye (pues) si se acepta que lo que

---

(18) Conf. GALDÓS, *Comentarios al Proyecto de Código Civil y Comercial de la Nación 2012* (Dir.: RIVERA), p. 895.

(19) Conf. COMPAGNUCCI DE CASO, *Derecho de las Obligaciones*, n° 480. En la misma línea, VÁZQUEZ FERREYRA, Roberto A., "La antijuridicidad en el Código Civil y Comercial", RCyS t. 2015-IV, p. 38, Cita: TR LALEY AR/DOC/554/2015.

(20) "Todo el que ejecuta un hecho, que por su culpa o negligencia ocasiona un daño otro, está obligado a la reparación del perjuicio. Esta obligación es regida por las mismas disposiciones relativas a los delitos de derecho civil".

(21) BUSTAMANTE ALSINA, *Teoría general de la responsabilidad civil*, nº 183.

debe repararse es el daño sufrido injustamente, no es menester que se trate de un daño inferido ilícitamente" [22].

En una posición cercana, pero no tan extrema, Krieger y Jalil hacen hincapié en el daño injusto, el cual no presupone un deber legal preestablecido que ha sido violado, sino que resulta de cotejar el ordenamiento jurídico en su totalidad, abarcando la Constitución Nacional y los Tratados internacionales que tienen jerarquía constitucional (art. 75, inc. 22, CN), para determinar si existe un interés —que puede ser simple— el cual puede verse afectado en el caso concreto y que debe ser indemnizado en la medida que merezca tutela jurídica por su razonabilidad [23].

Por mi parte, y de acuerdo con un criterio que parece ser mayoritario en el derecho argentino [24], entiendo que la antijuridicidad sigue siendo un presupuesto necesario de la reparación del daño.

Es que la antijuridicidad no puede quedar subsumida en el daño pues, como bien explica Kemelmajer de Carlucci, ella no califica al daño sino a la acción u omisión. La ilustre profesora mendocina añade textualmente que: "Ambos conceptos no se confunden: (i) La antijuridicidad supone una relación preexistente; el daño es un hecho-consecuencia. Bien se ha señalado (citando un fallo de primera instancia de Córdoba) que 'el daño resarcible no es la lesión en sí misma, sino sus consecuencias, en el sentido de que se trata de las proyecciones disvaliosas en lo que la persona es (daño moral) o en lo que la persona tiene (daño patrimonial)'. (ii) Puede haber antijuridicidad sin daño causado. De allí la frase tantas veces repetida en la jurisprudencia: 'La acción antijurídica no determina per se un daño resarcible'" [25].

La antijuridicidad es un requisito ontológico del derecho de daños, sin el cual el daño debe ser soportado; mas, claro está, la infracción al deber de no dañar (alterum non laedere) es suficiente para que el ordenamiento jurídico presuma que la conducta es antijurídica [26]; empero solo

---

(22) UBIRÍA, Fernando Alfredo, *Derecho de Daños en el Código Civil y Comercial de la Nación*, p. 231, La Ley, 2015.

(23) KRIEGER, Walter Fernando y JALIL, Julián Emil, *Responsabilidad civil contractual y extracontractual*, nº 9, Astrea, 2021.

(24) Conf. FIORENZA, Alejandro Alberto, *La función de la responsabilidad civil*, p. 75, El Derecho, 2019.

(25) KEMELMAJER DE CARLUCCI, "La antijuridicidad, un presupuesto de la responsabilidad civil en el Código Civil y Comercial de la Nación", ps. 244 y 245.

(26) Conf. FUMAROLA, Luis Alejandro, *Código Civil y Comercial de la Nación y normas complementarias* (Dir. Alberto J. BUERES), t. 3F, p. 144 y 145, Hammurabi, 2018.

es una presunción pues no todos los daños que acaecen son indemnizables [27]. Adviértase la sustancial diferencia que hay entre lo que acabo de afirmar (la existencia de una presunción) y sostener que todo daño es resarcible a menos que se pruebe que exista una causal de justificación (ejercicio de un derecho, estado de necesidad, legítima defensa, etc.).

Con otras palabras, resulta necesario identificar el deber jurídico infringido o las normas de las que surjan las pautas ordenadoras de conducta, para determinar si se produjo un daño que deba ser reparado o no. No es posible obviar que "ningún habitante de la Nación será obligado a hacer lo que no manda la ley, ni privado de lo que ella no prohíbe" (art. 19, Const. Nacional), lo cual implica que existe un amplio campo de libertad que, como bien señala Kemelmajer de Carlucci, no puede ser coartado con la indemnizabilidad de cualquier daño, que claramente limitaría la autonomía personal resguardada por la norma constitucional [28].

Veamos algunos casos que clarifican la idea:

1) La violación de guardar secreto, sin duda puede causar un daño. Sin embargo, ese daño no siempre debe ser reparado. En efecto, si estamos ante un profesional que revela un secreto que conoce por su actividad (es el caso del psicólogo o el abogado que revela temas o hechos que conoce a través de su paciente o de su cliente), es claro que el comportamiento del profesional es antijurídico pues viola normas de ética establecidas en el ordenamiento legal. Y si existe entre esa conducta y el daño una adecuada relación de causalidad, debe reparar el daño causado.

Pero en otros casos, nada se debe reparar porque no existe tal comportamiento antijurídico, aunque sea reprochable desde un punto de vista moral. Es el caso de la persona que revela un secreto transmitido por su amigo. No hay norma jurídica que califique de antijurídico ese comportamiento ni existe un deber de no revelar el secreto que pueda extraerse del ordenamiento jurídico visto en su totalidad. En definitiva, mantener la palabra empeñada de no revelar un secreto es solo un deber moral, pero no jurídico [29].

---

(27) Conf. KEMELMAJER DE CARLUCCI, "La antijuridicidad, un presupuesto de la responsabilidad civil en el Código Civil y Comercial de la Nación", p. 246.

(28) Conf. KEMELMAJER DE CARLUCCI, "La antijuridicidad, un presupuesto de la responsabilidad civil en el Código Civil y Comercial de la Nación", p. 248.

(29) Conf. KEMELMAJER DE CARLUCCI, "La antijuridicidad, un presupuesto de la responsabilidad civil en el Código Civil y Comercial de la Nación", p. 236.

2) Las obligaciones que asumen algunos miembros de ciertas asociaciones de acompañar o "aconsejar" a otros asociados inexpertos en determinadas actividades son deberes morales que, si son incumplidos, no generan una obligación de reparar, aunque causen algún perjuicio. Nuevamente debe señalarse que tal incumplimiento no encuentra sanción dentro de las reglas del ordenamiento legal. En una asociación civil que en algún tiempo integré, se pedía a los profesionales con experiencia que acompañaran, ad honorem, con sus consejos (a través de reuniones pautadas) a profesionales noveles. Es claro que, si el profesional experto no podía continuar con su asesoramiento, aunque ello perjudicara al profesional joven, no había espacio para un resarcimiento, pues no se advierte una violación del ordenamiento legal considerado en su conjunto.

3) Existe una posición predominante, si bien discutible, en considerar que la violación del deber moral de fidelidad matrimonial [art. 431 (30), CCyC], no constituye un acto antijurídico desde que se pregona que no tiene en sí mismo capacidad suficiente para generar una obligación de reparar. Es interesante lo que se dijo en las XXV Jornadas Nacionales de Derecho Civil (Bahía Blanca, 2015): "Son resarcibles los daños causados entre cónyuges por todo hecho o acto que lesione su dignidad en tanto persona humana, con independencia de su calidad de cónyuge. No corresponde reparar los daños derivados del incumplimiento de los deberes típicamente conyugales. En virtud del principio de reserva [art. 19 (31), CN], las directivas de interpretación establecidas en el art. 2 (32) del Código Civil y Comercial y el carácter moral del deber de fidelidad (art. 431 (33), Código citado), anudados a los fundamentos del Código Civil y Comercial, la infracción de tal deber no es antijurídica [art. 1717 (34)]. Por tal motivo, no existe en este caso un daño resarcible [art. 1737 (35)]".

---

(30) ARTÍCULO 431.- Asistencia. Los esposos se comprometen a desarrollar un proyecto de vida en común basado en la cooperación, la convivencia y el deber moral de fidelidad. Deben prestarse asistencia mutua.

(31) Disposición ya transcripta en nota 12.

(32) ARTÍCULO 2°.- Interpretación. 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.

(33) Disposición ya transcripta en nota 30.

(34) ARTÍCULO 1717.- Antijuridicidad. Cualquier acción u omisión que causa un daño a otro es antijurídica si no está justificada.

(35) ARTÍCULO 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.

Por lo tanto, según este criterio, la infidelidad en sí misma es insuficiente para reparar el daño que sufre el cónyuge engañado, pues esa conducta no sería antijurídica. Para que proceda la reparación, será necesario que el acto (diría la publicidad que del acto se haga) lesione la dignidad de la persona humana del cónyuge, sea porque se afecte su intimidad, su honor, su libertad o su integridad, pues tal comportamiento lesivo sí es antijurídico, en tanto se trata de derechos protegidos por nuestro ordenamiento jurídico.

Desde una posición minoritaria, que suscribo, Medina sostiene que la violación del deber moral de fidelidad matrimonial, aunque no sea un deber jurídico, genera un daño indemnizable, pues éste no se limita al daño a un derecho subjetivo, sino que se amplía a cualquier interés legítimo (y el deber moral de fidelidad lo es), de conformidad con lo que dispone el art. 1737 [36], CCyC. Y añade que el matrimonio no puede ser un lugar donde se injurie y se lesione gratuitamente, sino que, por el contrario, es un ámbito donde las personas se deben mayor respeto y es el lugar donde los cónyuges van a desarrollar su proyecto de vida en común. Por ello, concluye, el cónyuge que falta al deber moral de fidelidad, o al de asistencia, lesiona un interés no reprobado por el ordenamiento jurídico que constituye un daño resarcible que debe ser plenamente reparado [37].

En sentido concordante, Córdoba afirma que el vínculo familiar, ya sea matrimonial u otro, no constituye una vacuna contra la responsabilidad. Por ello considera que cualquier acción u omisión que causa daño a otro es antijurídica, si no está justificada [art. 1717 [38], CCyC]. En consecuencia, producida la violación del deber de no dañar a otro, la ley habilita [art. 1716 [39], CCyC] la reparación del daño causado, organizando la función resarcitoria con atención a los factores de atribución de responsabilidad [40].

---

(36) Disposición ya transcripta en la nota anterior.

(37) MEDINA, Graciela, "Daños derivados del incumplimiento del deber de fidelidad", nº III, L.L. t. 2017-B, p. 262, cita digital TR LALEY AR/DOC/854/2017.

(38) Disposición ya transcripta en nota 34.

(39) ARTÍCULO 1716.- Deber de reparar. La violación del deber de no dañar a otro, o el incumplimiento de una obligación, da lugar a la reparación del daño causado, conforme con las disposiciones de este Código.

(40) Córdoba, Marcos M., "Reparación de daños por incumplimiento de deberes matrimoniales", L.L. t. 2017-B, p. 253, cita digital TR LALEY AR/DOC/860/2017.

4) Un caso singular resolvió el Superior Tribunal de la Provincia de Corrientes [41]. Los hijos de una persona dispusieron la cremación del cadáver del padre de ellos. Tiempo más tarde, se determinó la paternidad de la persona muerta respecto de otro hijo. Y éste reclamó a sus hermanos que le reparen el daño sufrido por la cremación del padre por cuanto no pudo disponer de sus restos mortales. Claramente, más allá del daño que pudo sufrir el hijo tardíamente constituido en tal estado, nada puede reclamar a sus hermanos porque la conducta de estos no fue antijurídica, en tanto no existe una violación del ordenamiento legal considerado en su conjunto.

5) La ruptura de los esponsales sin duda puede causar un daño al novio abandonado. Pero ese daño no puede ser reparado pues el Código Civil y Comercial niega la posibilidad de accionar para exigir el cumplimiento de la promesa de matrimonio y para reclamar los daños causados por la ruptura [art. 401 [42]]. La ausencia de antijuridicidad es patente.

6) Quien ocupa un puesto laboral relegando a otros postulantes, de alguna manera daña a estos últimos que no obtienen el trabajo. Pero ese daño no es resarcible pues la acción de quien consiguió el empleo no es antijurídica.

7) Los daños causados en el deporte no son, como regla, reparables, pues la acción del dañador no es antijurídica en tanto se la considera una contingencia previsible del juego o deporte que el Estado no ha prohibido. Pero es importante destacar que se trata de una regla que no es aplicable cuando la acción del dañador es violatoria del reglamento que regula ese deporte o se trata de un daño excesivo o extraordinario [43]; en tal caso, la acción es antijurídica y, por tanto, debe reparar el daño causado.

8) La información falsa, dañosa para el honor de una persona, podría no generar responsabilidad cuando —de acuerdo con la doctrina

---

(41) STJ Corrientes, 2/3/16, "Demetrio, María Victoria c. Demetrio, María Eugenia s/ daños y perjuicios", ED t. 267, p. 223, cita digital TR LALEY AR/JUR/5546/2016.

(42) ARTÍCULO 401.- Esponsales. Este Código no reconoce esponsales de futuro. No hay acción para exigir el cumplimiento de la promesa de matrimonio ni para reclamar los daños y perjuicios causados por la ruptura, sin perjuicio de la aplicación de las reglas del enriquecimiento sin causa, o de la restitución de las donaciones, si así correspondiera.

(43) Conf. PICASSO, Sebastián A., "La antijuridicidad en el Proyecto de Código", L.L. t. 2013-E, p. 666.

del fallo "Campillay" [44] de la Corte Suprema de Justicia de la Nación— quien propale la información la atribuya directamente a la fuente pertinente, utilice un tiempo de verbo potencial o deje en reserva la identidad del implicado. Incluso, en ciertos casos, nuestro más Alto Tribunal ha exigido el estándar de la "real malicia" (receptada del derecho norteamericano), liberando de responsabilidad a quien emite la información falsa, si no ha conocido su falsedad, ni se ha comportado con una notoria despreocupación respecto de su veracidad o falsedad. Y ello es así pues —como dijo el Tribunal en "Martínez de Sucre" [45]— lo determinante no es si dichas expresiones causan daño, sino si ellas resultan antijurídicas, esto es, si exceden o no el marco constitucional que, a los efectos de promocionar un debate público robusto, protege la expresión de opiniones en materias de interés público.

9) Los daños causados por los motores de búsqueda no son, por regla, reparables porque se entiende que —como señala la Corte Suprema de Justicia en el voto conjunto de Lorenzetti y Maqueda en autos "Rodríguez" [46]— la acción del motor de búsqueda no es antijurídica.

V. La necesaria distinción de la antijuridicidad entre el campo contractual y extracontractual

Confirmado, entonces, que la antijuridicidad sigue siendo un presupuesto de la responsabilidad civil, es necesario señalar que ella no obra de igual manera en el campo contractual que en el extracontractual, más allá de la unificación que el Código vigente procura establecer.

No desconozco que en los Fundamentos del Anteproyecto del Código Civil y Comercial que hoy nos rige, expresamente se dice que "el texto proyectado confiere unicidad al régimen de la responsabilidad contractual y extracontractual". Sin embargo, y si bien se afirma que la tesis que se adopta es la de la unidad del fenómeno de la ilicitud, se aclara que ello no implica homogeneidad pues hay diferencias que subsisten. Con otras palabras, la unificación de la responsabilidad no se sustenta en la homogeneidad de los ámbitos contractual y extracontractual, pues

---

(44) CSJN, 15/5/1986, "Campillay, Julio César c/ La Razón y otros", Fallos 308:779.

(45) CSJN, 26/10/2019, "Martínez de Sucre, Virgilio Juan c/ Martínez, José Carlos s/ daños y perjuicios", Fallos 342:1777.

(46) CSJN, 28/10/2014, "Rodríguez, María Belén c/ Google Inc. s/ daños y perjuicios". Fallos 337:1174.

ellos son distintos y sus diferencias no pueden ser ignoradas en el régimen jurídico [47].

Por ello, la pretendida unificación de la responsabilidad no implica diluir las diversas fuentes de la que procede, pues la naturaleza y estructura del incumplimiento contractual es distinta de la del hecho ilícito [48].

Lo dicho hasta acá se pone de relieve al analizar el recaudo de la antijuridicidad. Es que, en materia contractual, la antijuridicidad deriva del daño causado por el incumplimiento de una obligación convenida específica o de las obligaciones que emergen del ordenamiento jurídico en general en cuanto le da fuerza vinculante al acuerdo de las partes [49]; en tanto que, en materia extracontractual, la antijuridicidad deriva del daño causado por el incumplimiento de la obligación genérica de no dañar a otro.

Trigo Represas coincide con lo expresado y sostiene que el art. 1716 [50] se refiere al incumplimiento de una obligación, y de esa manera alude a la responsabilidad por incumplimiento contractual, supuesto este en que el daño resulta necesariamente del no cumplimiento de un preexistente proceder que el deudor se encontraba forzado a ejecutar. Añade, que lo dicho se ratifica en el mismo Código, en el art. 1749, cuando dispone que "es responsable directo quien incumple una obligación u ocasiona un daño injustificado por acción u omisión" [51].

Por su parte, Picasso señala que, si bien es antijurídica cualquier acción u omisión que causa daño, con lo que para que se configure este presupuesto basta con que se viole el deber general de no dañar a otro [art. 1717 [52], CCyC], cabe hacer excepción a este principio en el caso de la responsabilidad contractual, dado que allí el daño resultará necesariamente del incumplimiento de una obligación preexistente, que precisa la conducta que el deudor estaba obligado a ejecutar. Y esta diferencia está expresamente reconocida en el Proyecto (ahora Código), pues

---

(47) Conf. COMPAGNUCCI DE CASO, *Derecho de las Obligaciones*, n° 472.

(48) Conf. COMPAGNUCCI DE CASO, *Derecho de las Obligaciones*, n° 473.

(49) Conf. COMPAGNUCCI DE CASO, *Derecho de las Obligaciones*, n° 482.

(50) Disposición ya transcripta en nota 39.

(51) TRIGO REPRESAS, Félix A., "La antijuridicidad en el Código Civil velezano y en el Código Civil y Comercial de la Nación", RCyS t. 2016-IV, p. 15, cita digital: TR LALEY AR/DOC/3413/2015.

(52) Disposición ya transcripta en nota 34.

los arts. 1716 [53] y 1749 [54] distinguen la violación del deber general de no dañar a otro y el incumplimiento de una obligación (que causa un daño, se entiende) como las dos grandes fuentes del deber de reparar [55].

En esta línea de pensamiento y bajo el régimen del Código Civil de Vélez, Bustamante Alsina afirmaba que "(l)a necesidad de que exista un contrato señala la presencia de un elemento más estricto en esta responsabilidad (se refiere a la contractual) que en la responsabilidad extracontractual. Ello es así porque la culpa tiene que ser referida, en cada caso, a la naturaleza de la obligación impuesta convencionalmente, y no ya al genérico e indeterminado deber legal de actuar de tal manera de no causar daño a otro" [56].

VI. LA ANTIJURIDICIDAD EN EL MARCO DE LA RESPONSABILIDAD PREVENTIVA

La cuestión expuesta en el parágrafo anterior tiene particular relevancia cuando se aborda el tema de la responsabilidad preventiva, lo que ha provocado opiniones opuestas al interpretar el concepto de antijuridicidad que requiere el artículo 1711 [57], CCyC, cuando se encuentra involucrado un contrato.

En las XXVI Jornadas Nacionales de Derecho Civil (La Plata, 2017) se enfrentaron, básicamente, dos posturas [58].

El sector mayoritario, que suscribo, sostuvo que, en el ámbito contractual, la antijuridicidad requerida como recaudo de la responsabilidad preventiva, es la formal; en cambio, en el campo aquiliano se exige una antijuridicidad material.

---

(53) Disposición ya transcripta en nota 39.

(54) ARTÍCULO 1749.- Sujetos responsables. Es responsable directo quien incumple una obligación u ocasiona un daño injustificado por acción u omisión.

(55) PICASSO, Sebastián, "La responsabilidad en el Proyecto de Código", L.L. t. 2013-E, p. 666, cita digital TR LALEY AR/DOC/3184/2013

(56) BUSTAMANTE ALSINA, *Teoría General de la Responsabilidad Civil*, nº 185.

(57) ARTÍCULO 1711.- Acción preventiva. La acción preventiva procede cuando una acción u omisión antijurídica hace previsible la producción de un daño, su continuación o agravamiento. No es exigible la concurrencia de ningún factor de atribución.

(58) Véase un desarrollo completo de lo ocurrido en Borda, Alejandro y Fossaceca (h.), Carlos A., "Reflexiones sobre la unificación de la responsabilidad y la prevención contractual", L.L. t. 2017-F, p. 858, cita digital TR LALEY AR/DOC/2921/2017.

Es que recurrir al deber difuso de no dañar que se emplea en la esfera aquiliana [59] resulta excesivo en un campo que se caracteriza por una obligación preexistente.

Mientras en el ámbito extracontractual, la antijuridicidad se configura por el incumplimiento del deber genérico de no dañar, y, por lo tanto, basta la amenaza de sufrir un daño para activar la acción preventiva que el propio Código prevé [art. 1711 [60]]; en el ámbito contractual, debe darse un incumplimiento específico, imputable a una de las partes. Con otras palabras, no basta la amenaza de sufrir un daño, sino que es necesario el incumplimiento específico de un mandato legal.

Este orden de ideas justifica que sea factible erigir como presupuesto de la prevención contractual a la antijuridicidad formal, entendida como aquella conducta que contraría las obligaciones nacidas a partir y en ocasión de la celebración de un contrato.

Por el contrario, si se invocara como presupuesto de la prevención contractual a la antijuridicidad material, es decir, al comportamiento que quebranta el ordenamiento jurídico, el campo de la responsabilidad se extendería excesivamente. Por ello, el artículo 1728 [61] que consagra el principio de previsibilidad contractual, necesariamente se halla vinculado a los márgenes causales que origina el contrato. En definitiva, el ámbito natural de la antijuridicidad material se encuentra en la esfera aquiliana.

Un sector minoritario [62] sostuvo que debía entenderse la aplicación de un concepto material de la antijuridicidad tanto en el incumplimiento

---

(59) Bien decía Trigo Represas: "un deber de conducirse en la vida en sociedad con la debida prudencia y diligencia, de forma tal que el comportamiento de cada uno no ocasione perjuicios a los otros individuos, sea en su persona o en los bienes y cosas de su pertenencia", Trigo Represas, "La antijuridicidad en el Código Civil velezano y en el Código Civil y Comercial de la Nación", RCyS t. 2016-IV, p. 15, cita digital: AR/DOC/3413/2015, Punto II.

(60) Disposición ya transcripta en nota 57.

(61) ARTÍCULO 1728.- 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.

(62) Moreno, Farina, Lammana Guiñazú, Ubiría, Torello, Morón, Tagliani, Centeno, Gatto, Pizarro, Rojas y Gorosito. Es pertinente señalar que Ubiría y Lamanna Guiñazú estimaron, además, que el mentado requisito de la responsabilidad se ha tornado tan amplío que ha perdido categoría de presupuesto y que su lugar ha sido reempla-

obligacional como en el aquiliano. Es una concepción que, por las razones dadas más arriba, no comparto.

No está de más señalar que la noción de antijuridicidad formal en el campo contractual, no se encuentra vinculada a los factores de imputabilidad subjetivos. En efecto, la antijuridicidad es independiente del factor de atribución: tan ilícito es el hecho dañoso ejecutado con culpa o dolo [arts. 1724 (63) y 1749 (64)] como el perjuicio causado por una cosa riesgosa o viciosa, o por la actividad riesgosa [art. 1757 (65)], o el incumplimiento dañoso de una obligación de resultado [arts. 774 (66), 1723 (67) y 1768 (68)] (69).

VII. LA ANTIJURIDICIDAD Y LA FALTA DE DAÑO

Aunque la acción o la omisión sean antijurídicas, si no hay daño nada debe repararse. Es que no hay responsabilidad civil si no hay daño

---

zado por el daño injustamente causado. Más arriba he hecho mención de la postura de Ubiría.

(63) Disposición ya transcripta en nota 7.

(64) Disposición ya transcripta en nota 54.

(65) Disposición ya transcripta en nota 9.

(66) ARTÍCULO 774.- Prestación de un servicio. La prestación de un servicio puede consistir: 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. Si el resultado de la actividad del deudor consiste en una cosa, para su entrega se aplican las reglas de las obligaciones de dar cosas ciertas para constituir derechos reales.

(67) ARTÍCULO 1723.- Responsabilidad objetiva. Cuando de las circunstancias de la obligación, o de lo convenido por las partes, surge que el deudor debe obtener un resultado determinado, su responsabilidad es objetiva.

(68) ARTÍCULO 1768.- Profesionales liberales. 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 Sección 7a, 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.

(69) Conf. PICASSO, "La antijuridicidad en el Proyecto de Código", L.L. t. 2013-E, p. 666, cita digital TR LALEY AR/DOC/3184/2013, Punto IV.

causado, es decir que no se puede imponer la sanción resarcitoria donde no hay daño que reparar [70]. Así lo disponía el art. 1067 del Código Civil de Vélez [71].

De todos modos, la cuestión es relevante pues pueden disponerse medidas preventivas del daño que podría ocasionarse, de conformidad con lo que disponen los arts. 1710 [72] y siguientes del Código Civil y Comercial.

VIII. La antijuridicidad y las causales de justificación

Si nos encontramos ante una acción u omisión antijurídica que causa un daño, no siempre ese daño debe ser indemnizado. En efecto, como ha dicho Kemelmajer de Carlucci, la existencia de una causal de justificación borra la antijuridicidad [73] y obsta, bien apunta Vázquez Ferreyra, al nacimiento de la obligación de indemnizar el daño ocasionado [74]. En tal caso, el acto que aparecía como antijurídico resulta ajustado a derecho si está justificado.

El Código Civil y Comercial establece cinco supuestos de justificación del acto antijurídico: el ejercicio regular de un derecho [por lo que el

---

(70) Conf. BUSTAMANTE ALSINA, *Teoría general de la responsabilidad civil*, nº 284; BORDA, *Tratado de Derecho Civil. Obligaciones*, t. II, nº 1311, entre muchos otros.

(71) "No habrá acto ilícito punible para los efectos de este Código, si no hubiese daño causado, u otro acto exterior que lo pueda causar, y sin que a sus agentes se les pueda imputar dolo, culpa o negligencia".

(72) ARTÍCULO 1710.- 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 éste le reembolse el valor de los gastos en que incurrió, conforme a las reglas del enriquecimiento sin causa; c) no agravar el daño, si ya se produjo. ARTÍCULO 1711.- Acción preventiva. La acción preventiva procede cuando una acción u omisión antijurídica hace previsible la producción de un daño, su continuación o agravamiento. No es exigible la concurrencia de ningún factor de atribución.

(73) Conf. KEMELMAJER DE CARLUCCI, "La antijuridicidad, un presupuesto de la responsabilidad civil en el Código Civil y Comercial de la Nación", p. 234. La autora añade que el incumplimiento de un deber moral no juridizado no constituye un acto antijurídico (véase p. 235).

(74) Conf. VÁZQUEZ FERREYRA, "La antijuridicidad en el Código Civil y Comercial", RCyS t. 2015-IV, p. 38, Cita: TR LALEY AR/DOC/554/2015.

ejercicio abusivo del derecho importa antijuridicidad [(75)], la legítima defensa, el estado de necesidad, la asunción de riesgos y el consentimiento del damnificado [arts. 1718 [(76)], 1719 [(77)] y 1720 [(78)]]. Los cuatro últimos supuestos presentan particularidades que pueden obstar a su invocación como causal justificatoria del daño causado.

De lo que he expuesto, se puede concluir que todo daño sufrido injustamente debe ser reparado, siempre que ese daño haya sido causado por una acción u omisión antijurídica y no exista una causal de justificación.

Ahora bien, hemos visto que un sector de la doctrina sostiene que la antijuridicidad no es un elemento que deba considerarse a los efectos de reparar el daño. Para este sector, solo queda como posibilidad de eximición de la responsabilidad la existencia de una causal de justificación del daño causado. Y es acá donde se advierte nuevamente que este criterio es insuficiente pues, en verdad, hay más casos que los aprehendidos por las causas de justificación previstas de manera expresa en el Código Civil y Comercial, en los que el daño no debe ser resarcido, como lo hemos visto antes (en especial, pto. IV).

---

(75) Conf. COMPAGNUCCI DE CASO, *Derecho de las Obligaciones*, n° 484.c).

(76) ARTÍCULO 1718.- "Legítima defensa, estado de necesidad y ejercicio regular de un derecho. Está justificado el hecho que causa un daño: a) en ejercicio regular de un derecho; b) en legítima defensa propia o de terceros, por un medio racionalmente proporcionado, frente a una agresión actual o inminente, ilícita y no provocada; el tercero que no fue agresor ilegítimo y sufre daños como consecuencia de un hecho realizado en legítima defensa tiene derecho a obtener una reparación plena; c) para evitar un mal, actual o inminente, de otro modo inevitable, que amenaza al agente o a un tercero, si el peligro no se origina en un hecho suyo; el hecho se halla justificado únicamente si el mal que se evita es mayor que el que se causa. En este caso, el damnificado tiene derecho a ser indemnizado en la medida en que el juez lo considere equitativo."

(77) ARTÍCULO 1719.- "Asunción de riesgos. 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.- Quien voluntariamente se expone a una situación de peligro para salvar la persona o los bienes de otro tiene derecho, en caso de resultar dañado, a ser indemnizado por quien creó la situación de peligro, o por el beneficiado por el acto de abnegación. En este último caso, la reparación procede únicamente en la medida del enriquecimiento por él obtenido."

(78) ARTÍCULO 1720.- "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."

Por ello es que quienes adscriben a la criticada posición hacen referencia a causales de justificación atípicas, argumentándose que es imposible que el orden jurídico explicite y agote la nómina de prerrogativas que autorizan un obrar dañoso [79]. A mi juicio, hablar de causales de justificación atípicas genera una enorme inseguridad jurídica pues cada intérprete podría descubrir una y todo el sistema de reparación del daño caería en una gran incertidumbre. Esta es, me parece, una buena razón para revalorizar el presupuesto de la antijuridicidad.

IX. La responsabilidad por actos lícitos

Por último, puede ocurrir que existan acciones u omisiones que no sean antijurídicas pero que el daño causado deba ser reparado. Es lo que se ha dado en llamar la responsabilidad por los actos lícitos, cuya aplicación ha predominado en la esfera estatal.

Así, la responsabilidad del Estado por la acción policial que causa un daño a un tercero ajeno a la situación en la que se desarrolló esa acción. Es el caso de las heridas causadas a un tercero en un tiroteo entre policías y maleantes.

El Código Civil y Comercial [art. 1718 [80]] prevé otros dos casos: a) el tercero que no fue agresor ilegítimo y sufre daños como consecuencia de un hecho realizado en legítima defensa tiene derecho a obtener una reparación plena; b) mediando estado de necesidad, el damnificado tiene derecho a ser indemnizado en la medida que el juez lo juzgue equitativo.

Y hay más casos; citaré otros dos: (i) la búsqueda de un tesoro propio escondido en propiedad ajena obliga a resarcir los daños que se puedan

---

(79) FIORENZA, *La función de la responsabilidad civil*, p. 83.

(80) ARTÍCULO 1718.- Legítima defensa, estado de necesidad y ejercicio regular de un derecho. Está justificado el hecho que causa un daño: a) en ejercicio regular de un derecho; b) en legítima defensa propia o de terceros, por un medio racionalmente proporcionado, frente a una agresión actual o inminente, ilícita y no provocada; el tercero que no fue agresor ilegítimo y sufre daños como consecuencia de un hecho realizado en legítima defensa tiene derecho a obtener una reparación plena; c) para evitar un mal, actual o inminente, de otro modo inevitable, que amenaza al agente o a un tercero, si el peligro no se origina en un hecho suyo; el hecho se halla justificado únicamente si el mal que se evita es mayor que el que se causa. En este caso, el damnificado tiene derecho a ser indemnizado en la medida en que el juez lo considere equitativo.

causar al propietario del predio [art. 1954 [81], CCyC]; (ii) quien pone andamios en un inmueble lindero para una obra debe indemnizar al dueño del inmueble lindero los daños causados [art. 1977 [82], CCyC].

Bien decía Trigo Represas, citando a López Olaciregui, que estos casos responden a otra idea que calificaba como "teoría del acto dañoso y de la repartición de los daños", que pregona la necesidad de distribuir los daños civiles, ilícitos o no, designando quién debe soportar los males (lo que no implica necesariamente un castigo), dado que resulta inevitable que alguien tenga que cargar con ellos [83].

X. CONCLUSIÓN

La antijuridicidad es, con fundamento en lo que he desarrollado, un presupuesto necesario para el resarcimiento del daño. Ello no solo surge claro de la regulación del Código Civil y Comercial argentino, que la prevé expresamente, sino que, además, es una derivación lógica de su diferenciación del daño, que permite visualizar los supuestos en que, a pesar de haber daño, éste no debe ser reparado.

---

(81) ARTICULO 1954.- Búsqueda por el propietario de un tesoro. Cuando alguien pretende que tiene un tesoro que dice haber guardado en predio ajeno y quiere buscarlo, puede hacerlo sin consentimiento del dueño del predio; debe designar el lugar en que se encuentra, y garantizar la indemnización de todo daño al propietario. Si prueba su propiedad, le pertenece. Si no se acredita, el tesoro pertenece íntegramente al dueño del inmueble.

(82) ARTICULO 1977.- Instalaciones provisorias y paso de personas que trabajan en una obra. Si es indispensable poner andamios u otras instalaciones provisorias en el inmueble lindero, o dejar pasar a las personas que trabajan en la obra, el dueño del inmueble no puede impedirlo, pero quien construye la obra debe reparar los daños causados.

(83) TRIGO REPRESAS, "La antijuridicidad en el Código Civil velezano y en el Código Civil y Comercial de la Nación", RCyS t. 2016-IV, p. 15, Cita: TR LALEY AR/DOC/3413/2015.

La falta de servicio como factor de atribución de la responsabilidad del Estado

Por Juan Carlos Cassagne (*)

I. El escenario académico y la personalidad del homenajeado

El recuerdo que conservamos del Académico Jorge Bustamante Alsina acude a nuestra memoria para rendirle este merecido homenaje que, con justicia, le brinda el Instituto de Derecho Civil de nuestra Corporación, íntimamente asociado al escenario académico en el que descolló nuestro ilustre colega y amigo.

Es también una ocasión oportuna para reflejar en esta breve semblanza la extraordinaria personalidad del homenajeado y de dejar constancia la firme y leal amistad espiritual que nos prodigamos en el curso de nuestras vidas. Un género que declina en estos tiempos.

Desde que ingresamos a esta Corporación en 1987 no dejamos de admirar su talento jurídico, la ejemplaridad de su conducta y su proverbial caballerosidad, virtudes éstas que conocíamos a raíz de nuestro paso por las aulas de la Facultad de Derecho de Buenos Aires y que pudimos apreciar más tarde con mayor profundidad.

Dueño de una oratoria envidiable, unida a una elocuencia poco común, sus intervenciones en la Academia suscitaban en todos la admiración consiguiente y un auténtico interés jurídico por los temas que abordaba y por las opiniones siempre fundadas que exponía en aque-

---

(*) Profesor Emérito de la UBA y de la UCA. Miembro Número de la Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Buenos Aires.

lla inolvidables sesiones que compartíamos durante nuestros primeros años con otros Académicos de fuste, como eran Marco Aurelio Risolía, Federico Videla Escalada, José Aja Espil, Horacio García Belsunce, Enrique Ramos Mejía, Alberto Rodríguez Galán, Lino Enrique Palacio, Juan Francisco Linares, José Mario López Olaciregui, Jorge Mayer, Alberto Rodríguez Varela, José Domingo Ray y mi querido e inolvidable maestro Miguel S. Marienhoff, entre otros.

En ese conjunto de grandes señores, que cultivaban el derecho con auténtica pasión y sabiduría, se destacaba la figura del Dr. Bustamante Alsina, contribuyendo a realzar con sus colegas la armonía cultural y amistosa que prevalecía en el seno de la Institución, custodia siempre de la observancia irrestricta de los fines de bien común que debe perseguir en el ámbito jurídico social e incluso institucional.

II. SINGULARIDAD DEL TEMA

El tema que abordamos en este homenaje, lejos de provocarnos reminiscencias nos devuelve la presencia viva del recipiendario que, siendo el principal exponente vernáculo de la teoría de la responsabilidad civil y un maestro indiscutido de su disciplina, supo captar la trascendencia de la teoría administrativa sobre la falta de servicio, producto de los continuos y profundos diálogos que solíamos tener y de la certera visión que tenía sobre la realidad jurídica.

Comencemos por decir que la Crote Suprema había adoptado la tesis de la responsabilidad directa y objetiva del Estado en el caso "Vadell" (1) en 1984 sugiriendo la doctrina que habíamos desarrollado en nuestros trabajos sobre el tema, en consonancia con Juan Francisco Linares, autor de la primera investigación sobre las fuentes del art. 1112 del Código Civil, aunque limitada a la responsabilidad de los funcionarios públicos.

De ahí en más esa doctrina jurisprudencial, pronto se extendió como en reguero de pólvora en la mayor parte del derecho administrativo argentino (2).

---

(1) Fallos 306:2036.

(2) La extensa nómina de autores que compartieron dicha tesis puede verse en nuestro trabajo *La responsabilidad dl Estado (balance y perspectivas),* La Ley, 2009-F, 1226 y ss., texto y nota 88, en la que figuran administrativistas Linares, Bianchi, Perrino, Comadira, Sesin, Gallegos Fedriani, Sarmiento García, Gauna, Barraza, entre otros destacados administrativistas.

La evolución de esa tesis culmina, con la sanción de la ley de responsabilidad del Estado que prescribió la falta de servicio como factor atributivo de responsabilidad, extracontractual del Estado, aunque muchas de sus prescripciones no garantizan plenamente el derecho a una justa indemnización que se deduce de la propia Constitución (art. 17 CN) y del derecho de los tratados internacionales que poseen jerarquía constitucional (art. 75 inc. 22 CN) [3].

La noción de falta de servicio definida por la LRE como la actividad "consistente en una actuación u omisión irregular de parte del Estado", constituye el principal presupuesto habilitante en el que reposa la responsabilidad del Estado que si bien prescinde la culpa [4] y, por tanto, es objetiva, traduce siempre la realización de una conducta [5], cuya imputación se juzga con arreglo a la violación de las reglas y patrones propios de la actividad administrativa. Pero, aparte de objetiva, se trata de una responsabilidad directa distinta de la responsabilidad del funcionario por falta personal.

En definitiva, esa concepción de la falta de servicio, como principal factor de atribución de la responsabilidad estatal por su actividad ilegítima, proveniente de la doctrina y jurisprudencia francesas [6] y de la interpretación que con Juan Francisco Linares hicimos sobre el art. 1112 del ex Código Civil, fue acogida por el maestro Bustamante Alsina y pos-

---

(3) Ley 26.944, art. 3°, inc. d) en adelante LRE.

(4) Art. 1742 CCCN, prescribe que el factor de atribución es objetivo cuando la culpa del agente es irrelevante.

(5) Perrino, Pablo Esteban, *La responsabilidad del Estado y los Funcionarios Públicos. Código Civil y Comercial.* (Ley 26.944 comentada), 1ª ed. La Ley, 2015, Buenos Aires, p. 89.

(6) Entre otros, Moreau, Jacques, *La responsabilité administrative,* 3a ed., PUF; Paris, 1996, p. 61; Chapuis, René, *Droit administratif général,* T I, Montchrestien, Paris, 1996, p. 1178; en la clásica obra de Bonnard se alude al concepto de falta del servicio público para concluir que el funcionamiento defectuoso que origina la responsabilidad, se refiere al aspecto objetivo de la falta (Cfr. Bonnard, Roger, *Précis de Droit Administratif,* Sirey, Paris, 1935, p. 92.

teriormente seguida por Trigo Represas y López Mesa [7], en el derecho civil argentino y por la jurisprudencia de la Corte Suprema [8].

---

(7) Destacados civilistas utilizan la falta de servicio como factor de atribución para determinar la responsabilidad del Estado: entre ellos véase: Bustamante Alsina, Jorge, *Responsabilidad del Estado por error judicial, (*El auto de prisión preventiva y la absolución), La Ley 1996-B, 311, al adaptar y ampliar la interpretación que hiciera sobre el art. 1112 del Código Civil sostiene que aunque este precepto continua rigiendo la responsabilidad de los funcionarios públicos "ello no significa que no se induzca también de allí un principio general de derecho público, que impone la responsabilidad objetiva del Estado por la falta de servicio que implica la irregular prestación de la administración de justicia..." y más adelante afirma rotundamente que la responsabilidad del Estado es directa y objetiva; idem, en Responsabilidad del Estado por la muerte de internos en una cárcel al incendiarse ésta, La Ley, 1996-C, 584, cabe apuntar que en este trabajo Bustamante Alsina se adhiere expresamente a nuestra tesis sobre la responsabilidad estatal (cit., p. 586, nota 1); 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, La Ley, Junio, 2008, p. 2 y ss., especialmente pp. 21-22; ver también del mismo autor, en colaboración con Marcelo J. López Mesa, el *Tratado de la responsabilidad civil,* T° IV, La Ley, Buenos Aires, 2004, Cap. 14 (redactado por López Mesa con la colaboración de Stella Maris Bambino), p. 12 y ss.; señala que "los criterios adoptados por la Corte Suprema siguen, sin citarlos, dos trabajos de Cassagne publicados en la Revista El Derecho durante los años 1982 y 1983, bajo el título de *En torno al fundamento de la responsabilidad del Estado* (en ED, 99-937) y del mismo autor *La responsabilidad extracontractual del Estado en el campo del derecho administrativo* (ED, 100-985), así como -aunque en menor medida- un opúsculo de Juan Francisco Linares, titulado *En torno de la llamada responsabilidad civil del funcionario público* (publicado en La Ley, 153-160). Cabe señalar que, con bastante anterioridad al cambio jurisprudencial de la Corte Suprema, Leonardo A. Colombo, en su obra *Culpa aquiliana (cuasidelitos),* 1ª ed. TEA, Buenos Aires, 1944, p. 459 y ss., había reconocido la posibilidad de responsabilizar al Estado por la aplicación del art. 1112 del Código Civil, con cita del conocido precedente de la Corte de Ferrocarril Oeste contra Provincia de Buenos Aries (La Ley, 12-122), p. 459, nota 641; véase también Mosset Iturraspe, Jorge, *Responsabilidad por daños,* T° X, *Responsabilidad del Estado* Rubinzal-Culzoni, Santa Fe, 2004, p. 162, texto y nota 43. En el derecho procesal, vid: Berizonce, Roberto O., *El contralor de la labor jurisdiccional del Poder Judicial,* en anales de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales de la Universidad Nacional de La Plata, T| 30, 1987, pp. 14 y 18, admite la responsabilidad objetiva y directa del Estado por el funcionamiento anormal del servicio jurisdiccional que implique altas de servicio, con sustento en el art. 1112 del Código Civil.

(8) Véase, entre otros fallos: Vadel (Fallos 306:2030, 1984) Hotelera Rio de La Plata S. A. (Fallos., 307:821, 1985): Etcheberry (Fallos: 307:1507, 1985); Cooperativa de Crédito Ruta del Sol Limitada (fallos 307:1942, 1986); Cadesa S.A. (Fallos 312:343, 1989); Tejedurías Magallanes S.A. (Fallos 312:1656, 1989): López de González, Trina (Fallos 314:871, 19919; Morales (Fallos 315:1902); Agencia Marítima Rioplat S.A. (Fallos 315:28654, 1992; España y Rio de La Plata Cía. Argentina de Seguros S.A. (Fallos 316. 2136, 19939 Viento Norte de herederos de Bruno Corsi SRL (Fallos 320:266, 1997); Meza Araujo (Fallos 326:1663, 2003; Ramos (Fallos 328:2546, 2005; Mosca (Fa-

III. Presupuestos que configuran la responsabilidad del Estado por hechos y actos administrativos ilegítimos

Tal como lo hemos sostenido antes [9], y ahora reiteramos, para que se configure la responsabilidad del Estado por actos y hechos administrativos ilegítimos en el ámbito extracontractual es menester la ocurrencia de determinados presupuestos que condicionan esa responsabilidad, a saber: a) la imputabilidad material del acto o hecho administrativo a un órgano del Estado en ejercicio u ocasión de sus funciones; b) falta de servicio por cumplir de manera irregular los deberes y obligaciones impuestos por la Constitución, la ley o el reglamento o por el funcionamiento defectuoso del servicio (ilegitimidad objetiva) sea el incumplimiento derivado de acción u omisión; c) la existencia de un daño cierto en los derechos del administrado; d) la conexión causal entre el hecho o acto administrativo y el daño ocasionado al particular.

a) El primer presupuesto lo constituye la imputabilidad material del acto o hecho a un órgano del Estado. Se trata de una imputación objetiva que prescinde del requisito de la voluntariedad, al contrario de la solución positiva prescripta en el ámbito del Código Civil donde "los hechos que fueren ejecutados sin discernimiento, intención y libertad no producen por sí obligación alguna" [10]. De ese modo, la Administración será responsable por los hechos ejecutados por un funcionario público demente cuando su actuación genere una falta de servicio y también lo será aun cuando no pudiera individualizarse el responsable, siempre que pueda atribuirse materialmente el acto o el hecho a la actuación de un órgano del Estado en ejercicio u ocasión de las funciones [11].

Como se ha visto, el Estado responderá cuando exista una falta de servicio determinada por no cumplir de una manera regular los deberes u obligaciones impuestos a los órganos del Estado por la Constitución, la ley o el reglamento o, simplemente, por el funcionamiento irregular del servicio. Este concepto —que denominamos ilegitimidad objetiva—

---

llos 330:563, 2007; Serradilla (Fallos 330:2748, 2007); Causa S 366 XXXVII, Securfin S.A. c. Santa Fe, Provincia de s/daños y perjuicios, sentencia del 17 de julio de 2997; Causa R. 2190.XXXVIII Reynot Blanco, Salvador Carlos c. Santiago del Estero, Provincia de s/ daños y perjuicios, sentencia del 12 de agosto de 2008.

(9) *Curso de Derecho Administrativo,* T° I, 14 a ed., La Ley, Buenos Aires, 2024, ps. 455-457.

(10) Ex art. 900, CCiv.

(11) La regla del ex art. 43, CCiv., se aplica por analogía al Derecho Administrativo, pero extendiendo sus alcances a todos los órganos del Estado, ya que en él no cabe la distinción civilista entre representantes legales o administradores y dependientes.

traduce la disconformidad del acto o del hecho con el ordenamiento jurídico administrativo [12], incluyendo en él los principios generales del Derecho Administrativo.

b) El concepto de falta de servicio, que prescinde de la noción de culpa, aparecía estructurado positivamente en el art. 1112, CCiv. de Vélez, pero su fundamento es el principio unitario que rige la responsabilidad estatal que exige "afianzar la justicia" y dar cumplimiento al principio de igualdad ante las cargas públicas (art. 16, CN), a través de la restitución que procede para restablecer la igualdad alterada por el daño ocasionado al particular por un acto o hecho administrativo.

c) La existencia de un daño o perjuicio en el patrimonio del administrado constituye también un presupuesto esencial para determinar la responsabilidad del Estado [13]. Ese daño necesita reunir ciertos caracteres: 1) puede ser actual o futuro, pero tiene que ser cierto, lo cual excluye los daños puramente eventuales [14]; 2) debe hallarse individualizado, no afectando por igual a todos los administrados, lo cual no excluye la responsabilidad por aquellos perjuicios que aun impuestos por normas generales excedan la medida normal de los inconvenientes de vecindad y los causados por las obras públicas [15]; 3) el derecho afectado puede ser tanto un derecho subjetivo como un interés legítimo [16], debe tratarse de un perjuicio apreciable en dinero, que comprende tanto al daño patrimonial estricto como al daño moral [17].

---

(12) Sobre el concepto de ilicitud objetiva en el Derecho Civil, véase: Alterini, Atilio A., *Responsabilidad civil. Límites de la reparación civil*, Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1972, ps. 65 y ss.

(13) Marienhoff, Miguel S., *Tratado de Derecho Administrativo*, t. IV, 6ª ed. act., Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1997, ps. 734 y ss. Véase: Bustamante Alsina, Jorge, *Teoría general de la responsabilidad civil*, 4ª ed., Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1983, ps. 145 y ss.

(14) Vedel, Georges, *Droit Administratif*, Presses Universitaires de France, Paris, 1968, p. 348. Señala este autor cómo este carácter ha sido dejado de lado por la Jurisprudencia del Consejo de Estado, que ha concedido una indemnización a un candidato ilegalmente eliminado de un concurso. La Corte Suprema ha dicho que el daño ha de ser cierto (Fallos, 300:639).

(15) Cfr. Vedel, Georges, *Droit Administratif*, cit., p. 349.

(16) Marienhoff, Miguel S., *Tratado de Derecho Administrativo*, cit., t. IV, ps. 736/738.

(17) Vedel, Georges, *Droit Administratif*, cit., ps. 350/352, quien anota la evolución de la Jurisprudencia del Consejo de Estado hasta culminar con el reconocimiento de la responsabilidad del daño moral, aun cuando no revista carácter excepcional. Véase Ortiz Rodríguez, Celso, *Los daños morales en la responsabilidad patrimonial de la Administración Pública*, *Revista La Ley*, Madrid, 22/11/1985.

d) No menos importante es la relación de causalidad que debe existir entre el hecho o el acto administrativo y el daño causado al particular por la actividad o inactividad de la Administración. Se trata de indagar la causa eficiente que origina el daño, lo que responde al principio lógico de razón suficiente, conforme al cual todo lo que es, tiene su causa en alguna razón. No se trata aquí de la imputabilidad material del hecho o acto administrativo al órgano del Estado sino de determinar la causalidad adecuada, es decir si las consecuencias dañosas de ese hecho o acto derivan necesariamente de éstos u obedecen a otra causa. En consecuencia, puede haber relación causal entre un hecho y el daño ocasionado aun cuando no se hubiera podido individualizar al autor del perjuicio, ya que la imputabilidad subjetiva no es presupuesto de la causalidad, que se basa en una relación objetiva, tendiendo a la realización de lo justo, sin atender al reproche moral o culpa del agente.

Estos requisitos, que sistematizamos en nuestros primeros trabajos sobre la materia, han sido prácticamente recogidos en la LRE 26.944 [(18)], excepto lo relativo a la configuración de la falta de servicio por omisión, cuya regulación prescribe la responsabilidad estatal sólo "cuando se verifica la inobservancia de un deber normativo de actuación expreso y determinado". Este precepto, sin razón valedera, excluye de la responsabilidad del Estado el incumplimiento de deberes genéricos como los que resultan de los principios generales del derecho administrativo, el cual por ser contrario al principio de la justa indemnización [(19)], debe reputarse inconstitucional.

IV. Algunas conclusiones

La responsabilidad objetiva, tanto en el derecho civil como en el derecho administrativo, ha dado lugar a intensos debates en la doctrina española y en menor medida, en la Argentina [(20)].

Ello se debe, probablemente, al papel de equilibrio que juega la concepción de la falta de servicio en la responsabilidad del Estado, ya que lejos de convertir al sistema indemnizatorio en una suerte de caja asegu-

---

(18) Art. 3, Ley 26.944.

(19) Arts. 21 ap. 2 y 63 ap. 1 de la CADH (Pacto de San José de Costa Rica), normas que poseen jerarquía constitucional conforme al art. 75 inc. 22, CN.

(20) Véase nuestro artículo: *Acerca de algunas cuestiones que debaten civilistas y administrativistas en torno a la responsabilidad patrimonial del Estado,* en RAP No. 214, Madrid, 2021, ps. 11-42.

radora con criterios extremos de justicia basados en la responsabilidad objetiva, contine elementos que apuntan a la conducta irregular de los agentes públicos e impiden que el daño se convierta en factor exclusivo y excluyente de la responsabilidad estatal.

De este modo, nuestro sistema se inclina porque la reparación plena de los daños se ciñe al daño injusto y no a cualquier perjuicio que sufran los particulares por el ejercicio de las funciones públicas del Estado.

En suma, se aplica el principio de la justa indemnización, que hunde sus raíces en el art 17 de la CN y que tiene recepción expresa en la Convención Americana sobre Derechos Humanos (CADH) [21].

(21) Arts. 21 ap. 2 y 63 ap. 1 de la CADH.

El ideario de la mora en la concepción de Bustamante Alsina

Por Mariano Gagliardo

1. El Instituto de Derecho Civil de la Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Buenos Aires decidió por unanimidad de sus miembros rendir homenaje a quien fuere nuestro colega en la citada Corporación, doctor Jorge Horacio Bustamante Alsina. Asumimos el alto honor de recordar algunas etapas de su vasta y fecunda trayectoria, ante una figura cuya estatura jurídica, condiciones morales, personales y nutrido "curriculum" requieren de una detenida reflexión. Ello así, pues recordar a excelsas personalidades es afianzar nuestra mejor tradición y en esa tarea, que no es sencilla, ilustramos a nuestro porvenir, en tiempos en que la certeza es algo muy apreciada.

Es que nadie comprende el presente y mucho menos vislumbra el porvenir, sino conoce el pasado que es parte de uno y otro período.

En el contenido de las presentes líneas y en atención a mis particulares circunstancias de vida, dividiré mi exposición en dos partes: en la primera aludiré, brevemente a ciertos aspectos acaecidos a raíz de mi conocimiento personal con nuestro homenajeado; y, en la segunda me referiré a ciertos trabajos jurídicos de su extensa labor docente, académica e investigaciones afines.

En orden a lo primero, diré que, en mi juventud, siendo un novel abogado y en razón de mi vinculación con algún miembro de la familia Bustamante, sabiendo que éste era un eminente jurista, mi trato respetuoso no fue reparo para mantener una relación cordial. La misma, se acentuó a raíz de largas conversaciones sobre Derecho, allá en tiempos en que existía un balneario en las afueras de Mar del Plata, conocido como "Mar y Pesca", donde al atardecer, casi diariamente, conversábamos de cuestiones jurídicas, de sumo interés para quien esto escribe.

Ya en otras épocas, manteníamos igual vinculación en la Universidad del Museo Social (UMSA), donde ambos ejercíamos la docencia y

en agradables tertulias semanales en el Colegio de Abogados de la calle Montevideo.

2. Como todo hombre fino de profunda formación humanística y elevado espíritu, tenía una gran calidad humana. Y con la elegancia y distinción de su estampa, configuró el arquetipo del gran señor argentino, título por el que no se recibe ningún diploma que así lo acredite, pero que se exhibe y se ejerce en cada acto de la vida cotidiana y se sublimiza en la sensibilidad del espíritu de muchos hombres y mujeres que hoy siguen creyendo en estos valores y tuvieron a bien conocerlo como alumnos o en la vida.

Fue un eximio docente que desempeño la titularidad de Derechos Reales y Obligaciones, siendo designado Profesor Titular Consulto. Desempeño numerosas funciones de carácter universitario y profesional que demuestran su preocupación con todo aquello que se vincule a la vigencia y progreso del orden jurídico.

En el año 1990 a instancias de un grupo de profesores universitarios se celebraron en la Universidad del Museo Social Argentino, unas recordadas Jornadas bajo el título "Homenaje a Bustamante Alsina", las que dieron lugar a la redacción de dos (2) libros con distintos trabajos editados por Abeledo Perrot, bajo el título "Responsabilidad por Daños"; donde también tuve el agrado de participar.

3. Escribió muchos artículos y colaboraciones jurídicas, todas valiosas que denotan la trascedente labor científica de nuestro homenajeado.

Sus sabias reflexiones comentando sentencias judiciales o elaboraciones doctrinarias, todas apropiadas marcando un cauce en algún tema novedoso o asignando la adecuada solución a cuestiones controvertidas o bien confusas, han sido receptadas y clarificadas en tres (3) valiosos volúmenes publicados que se denominan "Responsabilidad civil y otros Estudios" (Buenos Aires 1984, 1992 y 1995).

4. Mención especial por la significación científica del libro, resulta su gran obra "Teoría General de la Responsabilidad Civil", destacado trabajo editado en nueve (9) ediciones, todas ampliadas, con sendos prólogos de los que, por su valor y jerarquía, comentaremos algunos pasajes. Al inicio, se encuentra "Propósito y plan de la obra", explicitando como su nombre lo indica, la idea del autor señalando que "una teoría general, como formulación científica en el campo del derecho, comprende el análisis de los elementos esenciales de la materia cuya unidad estructural se pretende ensayar a través de una exposición sistemática", con esta meta —señala—, "hemos abordado el estudio de la responsabilidad civil

convencidos de que para un tratamiento verdaderamente científico de la cuestión debe partirse de la unidad del fenómeno resarcitorio, contemplándose todas las situaciones en que el ordenamiento jurídico atribuye un daño e impone el deber de resarcir". En el Prólogo a la tercera edición, se lee "Han transcurrido más de ocho (8) años desde que trabajáramos en esta obra sobre responsabilidad civil cuya primera edición apareció a principios del año 1972. En ese lapso se han producido acontecimientos que han significado una importante evolución en la materia objeto de nuestra tarea, a punto tal que resulta hoy indispensable una actualización de la obra para mantenerla vigente". Agrega, "Ha merecido nuestra especial atención el importante desenvolvimiento de la materia relacionada con la depreciación monetaria y la indexación de las deudas de dinero, particularmente en relación con las cláusulas de garantía, la teoría de la imprevisión, la responsabilidad del deudor moroso de sumas de dinero y la cláusula penal. En materia de responsabilidad objetiva nos hemos ocupado de analizar el riesgo en los accidentes de automotores con un análisis particular de la jurisprudencia. Así también nos referimos a la extensión del resarcimiento en esta especie de responsabilidad sin culpa".

En el prólogo a la cuarta edición —agosto de 1982—, dice el autor, entre otros conceptos... "Adviértase que la tercera edición, después de ocho años de haber aparecido la segunda, fue notablemente aumentada y actualizada por lo cual creemos que nuestro libro en esta nueva edición está en condiciones de satisfacer las expectativas de quienes aborden su lectura"; dice más adelante: "Hemos incorporado en esta edición, además de una actualización de la jurisprudencia, las referencias bibliográficas correspondientes a la más reciente producción de la doctrina sobre la materia, enriqueciendo así el contenido de nuestra obra...".

En el prólogo a la quinta edición —agosto de 1986— destaca la gravitación de ciertas leyes a nuestro ordenamiento jurídico (leyes 23054; 23184; 23264; 23184 y, finalmente, 23264 acotando "una breve actualización de jurisprudencia...".

En el prólogo a la sexta edición destaca brevemente un panorama del texto que emprende y, señala: "Estamos convencidos de la necesidad de modernizar una obra cada vez que se hace una nueva edición, de modo de ponerla al día en relación a los temas que ella abarca". Luego de comentar brevemente el presente, dice "No hemos querido alterar el orden correlativo de los párrafos del libro manteniendo la numeración adoptada desde la primera edición, lo cual facilita el hallar las citas aunque ellas se refieran a diferentes ediciones".

El prólogo a la séptima edición, tras breves consideraciones, dice que "modernizar una obra cada vez que se hace una nueva edición, es ampliarla incorporando nuevos temas que constituyen el progreso de la ciencia que en ella se trata, y, significa también actualizarla con los más recientes desarrollos de las cuestiones que aquélla contiene hasta la última edición anterior". Concluye esta exposición, señalando que "la actualización comprende puntualmente, las referencias de la doctrina y jurisprudencia más modernas sobre todos los temas que se tratan en la obra".

En el prólogo a la octava edición, el autor tiene muy en cuenta "los más recientes fenómenos que regula el derecho de daños, y, en relación a aspectos puntuales de la actualización, incorpora las teorías explicativas de la relación de causalidad, la más moderna expuesta en la doctrina francesa sobre el seguimiento continuo del efecto dañoso".

Llegamos al prólogo de la novena edición (reimpresión), la última, que contiene una amplia explicación del iter de las obras que le precedieron y entre otros conceptos, se lee "como siempre, esta nueva edición se halla actualizada al ritmo de la amplia problemática que se presenta al sistema de responsabilidad civil en el marco del dinámico desarrollo de la actividad del hombre con relación a los avances de la ciencia y de las modernas técnicas que conllevan el desafío de los riesgos de dañosidad en las nuevas experiencias sobre lo recientemente conocido"; señala... "nos hemos preocupado por poner al día todos los temas tratados antes en nuestra obra, presentándolos con la modernización que les ha impuesto la más reciente doctrina nacional y extranjera que citamos abundantemente, así como la jurisprudencia de nuestro tribunales por medio de fallos y pronunciamientos plenarios". Concluye, "advertimos que no hemos expurgado del libro los textos que ya no tienen vigencia por haberse modificado las circunstancias socioeconómicas o por haber cambiado la jurisprudencia o la legislación.

Queremos —acota— que nuestro libro tenga un contenido histórico que ilustre sobre la evolución de la responsabilidad civil (a la que hoy se pretende llamar "derecho de daños") a lo largo de los veinticinco años de su existencia, y nos proponemos igualmente que su actualización hasta el límite de lo más reciente sea a la vez un eficaz instrumento para el ejercicio profesional del abogado". El cierre de las líneas del autor data de enero de 1997.

5. Esta reseña que da cuenta de la extensa tarea que desarrollara nuestro homenajeado en las nueve ediciones de su espléndida obra y de-

nota su sabiduría sólida y notables conocimientos en una disciplina y el derecho en general.

El profesor Bustamante Alsina poseía el don de la claridad y del método. Es en estas calidades donde residía principalmente —además de su erudición y sentido jurídico— esa extraordinaria capacidad de transmisión que constituye su más eficiente virtud de expositor.

Su construcción doctrinaria descansa siempre en su ordenamiento tan riguroso, la argumentación se desenvuelve y encadena tan lógica y progresivamente, que el lector o estudioso es conducido como por el hilo de Ariadna, manejado por la mano experta del maestro, a través del laberinto de las cuestiones más abstrusas. Por ello el autor de este libro puede ser calificado sin hipérbole como "el maestro de la claridad".

De ese modo, impulsado por su gran vocación y su inquebrantable voluntad, le fue dado llenar, con eficacia pocas veces igualada, la misión de enseñar. Desde la cátedra y el libro, enseñó siempre.

6. El 8 de agosto de 1985 se incorporó a la Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Buenos Aires y su disertación fue "El pensamiento de Vélez Sarsfield a 114 años de vigencia del Código Civil". Citamos algunas de las expresiones, entrecomilladas, en su fecunda exposición. Dijo entre otros conceptos: que "nuestro Código Civil es una regulación armónica y flexible del ejercicio de las libertades individuales en el ámbito del derecho privado".

Alude a la armonía "pues el Código no tiene norma alguna ni principio general que lo ponga en conflicto con las declaraciones, derechos y garantías que forman la parte dogmática de la ley fundamental"; "Las libertades individuales allí consagradas se despliegan en el Código, a través de un ordenamiento coherente integrado y sistemático que realiza y consolida aquellos derechos fundamentales"; "... la regulación es flexible porque ha podido perdurar a través del tiempo, permitiendo incorporar sin violentar su espíritu, ni quebrantar su estructura normativa, todas las reformas necesarias para adecuarlo a las transformaciones sociales, culturales, políticas y económicas operadas después de su sanción".

Sostiene que "la filosofía política del Código Civil no puede ser otra que la filosofía política del Estatuto Fundamental, pues aquel no es sino el instrumento para poner en ejercicio los derechos individuales que en él se reconocen y garantiza dentro de las relaciones jurídicas del derecho privado. De tal suerte que aquél ordenamiento de leyes está vaciado en el molde de la Constitución Nacional y tiene con ésta un vínculo de filiación que lleva la impronta de su origen y la identidad de la una misma

naturaleza". Ha dicho, asimismo, que "el individualismo que nosotros ponderamos como la esencia y medida de nuestro sistema constitucional, y, por lo tanto, de nuestro Código Civil, es aquél que pone al individuo dentro del Estado y de la sociedad, garantizando el libre ejercicio de sus derechos fundamentales frente a los gobiernos y frente a sus semejantes. Es ese individualismo amplio y generoso que pone el acento no en la voluntad omnímoda de cada uno, sino en los atributos naturales del hombre que se despliegan en el ejercicio de sus libertades dentro de los límites qué le impone la convivencia social y el orden político legítimo y justo en un Estado de Derecho".

Continúa en su exposición: "Pervive a través de 114 años de existencia de nuestro Código Civil el espíritu que nos impulsó a Vélez Sarsfield a dictar un conjunto orgánico de normas apropiadas a las exigencias de la vida política, social, cultural y económica de la Nación que pocos años antes echaba a andar con una Constitución sabia y progresista. Ese espíritu perdura porque la estructura que dio a su obra el ilustre codificador erige el Derecho Privado sobre los mismos principios de libertad y de bien común que forman el basamento de nuestra organización político-social. Es que la libertad que impregna el orden constitucional pertenece a la esencia misma del hombre y es sobre esa realidad que se asienta el derecho".

Para conclusión con las transcripciones citaré lo que dice el autor acerca de los "derechos subjetivos en general, en la perspectiva de nuestro Código: no son incompatibles con el respecto de los derechos de los demás, se afirma en una visión depurada a través de la preeminencia del interés común, expresado en el orden público y las buenas costumbres, de las que no es posible apartarse poniendo como objeto de los actos jurídicos hechos que sean contrarios a la regla moral so pena de que quedar fulminados de nulidad absoluta".

Agregamos, por nuestra parte, que evocar a Vélez en esta breve semblanza es rememorar las vibrantes alternativas de la organización institucional del país. Su agudo perfil lo llevó a gravitar en distintas funciones públicas, donde su talento y erudición lo destacaron entre sus pares.

La información de Vélez en el derecho comparado, en la doctrina y en la jurisprudencia universal resulta prodigiosa. Maneja con soltura maestros no sólo a Vinnio, a Heinnenio, a Cujus, a Doumioulin, a Domat, a D'Aguessan, a Pothier; no sólo a los comentaristas del derecho español como Gregorio López, y Antonio Gómez; no sólo a los virtuosos del estudio y la actualización del derecho romano como Vöet, Maynz, Ortolan o Savigny, sino también a la pléyade brillante de los autores franceses que

remozaban la doctrina en el comentario del Código de Napoleón: Merlin, Proudhon, Toullier, Delvincourt, Duvergier, Troplong, Zachariae, Aubry y Rau, Massé y Vergé, Demolombe, Duranton, Demante, Marcadé, Mourlon, Pont, Chabot, etc. No faltan, aunque en menor número, los autores alemanes, ingleses y hasta americanos del Norte, como Kent y Story, ni se omite la compulsa de los repertorios y de las más serias publicaciones periódicas. No hay código accesible que escape a su curiosidad, como lo acredita la referencia al italiano de 1865, cuya consulta se asienta casi coetáneamente con la redacción del Libro II°, a partir de la nota puesta al artículo 1138. Ello, claro está, sin perjuicio de la gravitación de algunas maravillas latinoamericanas, como el Código de Chile de 1855, redactado por Andrés Bello, el uruguayo de 1867, redactado por nuestro compatriota Tristán Narvaja, o el anteproyecto para el Brasil —el célebre "Esbozo"—, redactado por ese genio superior, insuperable en las generalizaciones y sistematizaciones jurídicas, que se llamó Augusto Teixeira de Freitas.

Vélez Sarsfield nos legó la estructura fundamental del orden jurídico, cuya filosofía no podrá cambiarse sin vulnerar las raíces históricas de nuestra cultura y civilización. Fue, a no dudar, una personalidad de excepción. Sobrevive su espíritu y la memoria de su contribución científica a engrandecer la Nación. Su exquisito intelecto dejó los frutos que todos aprovechamos.

7. Hemos delineado algunas notas que hacen a la personalidad del homenajeado donde brilló con numerosas exposiciones y comunicaciones privadas. El académico responde a una amplia versación jurídica, calidad moral y valor de su obra personal, caudal de experiencia y profundidad de conocimientos que lo habilitan para brindar su aporte en la tarea que debe abordar la Corporación, para poder así cumplir esta sus objetivos, que hacen a la intensificación del estudio del Derecho y llegar por la difusión del fruto de su trabajo a prestigiar la cultura nacional.

8. Ubicados en el núcleo del tema central, Bustamante Alsina, en una antigua monografía, "La mora del deudor y la concepción dinámica del patrimonio" (La Ley 1977-D-841) analiza aspectos del instituto de la mora y la correlación con la faz dinámica del patrimonio Para llegar a ciertas conclusiones, valorando el panorama de la figura en cuestión.

Por nuestra parte, hemos dedicado al régimen de la mora en distintas épocas tres (3) ediciones (Gagliardo Mariano, la Mora en el Código Civil y Comercial, Buenos Aires, 2022, 3 edición, Zavalía) destacando se trata de una figura que es una contingencia en la vida de la obligación que tiene variedad de secuelas y luego de distintas evoluciones conceptuales,

el artículo 886 CCyCN dice "La Mora del deudor se produce por el sólo transcurso del tiempo fijado para el cumplimiento de la obligación".

Hoy, la esencia existencial de la mora es lo que es: "La producción por el sólo transcurso del tiempo", sin aditamentos u otros calificativos.

En la noción de mora, el género próximo está representado por las circunstancias de qué la obligación no fue ejecutada en el momento en que debió serlo, de conformidad con lo acordado. Y, en cuanto a la diferencia específica de concepto aludido, abarca lo definido. Retardo Ilícito o injustificado, demora calificada son de las tantas definiciones que se suelen formular. Desde un punto de vista general y común, el sustantivo "mora" significa demora o tardanza. Demora simple, sin embargo, estos conceptos resultan insuficientes para explicar la noción jurídica de mora, pues para ello es necesaria la concurrencia de otros elementos que, aunados, configuran la responsabilidad del deudor. No nos explayaremos más sobre el particular y, en su caso, al lector interesado sobre un mayor desarrollo del tema, lo remitimos nuestra obra citada página 65/7, ap. 56 y s.s.

Retomamos un párrafo de Bustamante Alsina en su trabajo referido para luego referirme a otro aspecto de su trabajo.

En tan sentido, dice que "La Mora es el retardo calificado jurídicamente como frente de la responsabilidad del deudor por el daño que experimenta el acreedor". De allí que se requiere: el incumplimiento en tiempo propio que perfila la conducta antijurídica: el daño que sufre el acreedor en su patrimonio; la relación de causalidad entre el daño y la inejecución, y la impuntualidad del deudor, o sea la culpa o el dolo de éste que produce la infracción contractual.

Sin embargo, así reunidos estos elementos o presupuestos generales de la responsabilidad civil el retardo no es aún mora, pues el régimen jurídico de esta responsabilidad requiere que el deudor se halle encuadrado dentro de lo que la ley califica estado de mora".

La noción clásica del patrimonio, aquélla sobre la que se desenvuelven casi todos los estudios jurídicos dice "Que todos los derechos que merecen el calificativo de bienes y que atañen a una persona, configuran su patrimonio, o si se quiere cómo universalidad jurídica. De nuestra ley concibe el patrimonio como una institución jurídica vinculada necesariamente a la idea del sujeto de derecho. El conjunto de bienes de una persona constituye su patrimonio y también cabe incluir las obligaciones de la persona. Así, el patrimonio es una universalidad jurídica y no una universalidad de hecho y abarca todos los bienes, es decir, todos

los objetos materiales e inmateriales susceptibles de valor que tienen su soporte en la persona. Pero ese patrimonio resulta ser una pura abstracción: es por ello que se considera una universalidad de Derecho, un todo jurídico, y los objetos exteriores forman parte del patrimonio, en sí mismo, sino sólo en su calidad de bienes y bajo la apreciación de su valor pecuniario. (Spota A. G. Tratado de derecho civil, t. I, Parte General, vol. 3.5, p. 663).

Bustamante Alsina, en su estudio (la Mora, cit., p. 842) entiende que la concepción del patrimonio antes citada, subjetiva, teórica y estática ha experimentado una notable transformación, corolario de las nuevas presiones económicas y sociales acaecidas luego de la Segunda Guerra Mundial.

Adopta pues la concepción de Pierre Catalá ("La transformation du patrimoine", *Revue Trimestrelle de Droit Civil*, 1966, núm. 2, p. 165) dice que si se parte de la simple observación de las fortunas privadas se advierte que los activos han experimentado y experimentan fluctuaciones, lo que obedece a un cambio de la psicología individual a propósito del dinero y el tiempo, es decir sobre la manera de gastar y atesorar. A la idea clásica del patrimonio, se sucede una concepción subjetiva, pragmática y dinámica de los derechos subjetivos patrimoniales. Se toma en consideración, no al sujeto como titular del patrimonio, sino al patrimonio por el contenido, objetivamente considerado dentro del proceso económico de creación y circulación de riqueza.

9. Ponemos fin a los grandes lineamientos de la vasta obra jurídica de Bustamante Alsina donde se advierte su originalidad creativa que enseñó con su verbo y con su pluma, ejemplo de una vida austera y silenciosa, dedicada a la meditación intelectual. Maestro que no buscaba la fama ni la vana gloria, pero que muy firme en sus convicciones y actitudes. Nos deja un legado inapreciable, digno de su mejor atención.

El vicio de error en las relaciones de consumo (*)

Por Julio César Rivera

La razón del tema: el Dr. Jorge Horacio Bustamante Alsina es generalmente reconocido por sus aportes a la materia de la responsabilidad civil consolidados en su obra *Teoría General de la Responsabilidad Civil*, que mereciera múltiples ediciones.

Pero lo cierto es que este verdadero maestro incursionó en todas las áreas del derecho privado; y yendo en particular a la teoría general del acto jurídico es de consulta obligatoria el trabajo titulado "La esencialidad del error como presupuesto de nulidad" publicado originalmente en La Ley tomo 95, páginas 751 y sigs., reproducido en "Páginas del ayer" en el año 2003 (Cita: TR LALEY AR/DOC/11734/2003).

El capítulo del error como vicio del acto jurídico ha sido reformulado en el Código Civil y Comercial vigente desde hace 10 años; seguramente con la intención de simplificar el régimen particularmente complejo y oscuro que contenía el Código de Vélez. Uno de los aspectos en los cuales el Código vigente innova es en los recaudos que el error debe reunir para causar la anulación del acto, exigiendo que ese error sea reconocible por la otra parte; la fuente de esta modificación es el Código Civil italiano de 1942.

Pero, he aquí lo interesante, el profesor Bustamante Alsina aludía a la recognoscibilidad como un presupuesto de la anulación del acto por error aun durante la vigencia del Código de Vélez. En efecto, tratando el error en la declaración dice Bustamante Alsina: "...en los casos de error en la declaración hay siempre un extremo de relación objetivamente co-

---

(*) Agradezco la colaboración del sector Biblioteca de Marval O'Farrell y Mairal que dirige Alejandro Panighetti, así como las sugerencias del Abogado Alejo Martín Gascón, muchas de las cuales han sido incorporadas al texto.

nocido (el acto o el objeto declarado) y el otro extremo con el cual discrepa aquél (la representación subjetiva o lo realmente querido) puede ser o no conocido (aunque consideramos que para que el error invalide el acto este extremo debe ser reconocible para la contraparte)".

Esto no es sino una demostración más del talento del maestro, que justifica largamente este merecidísimo homenaje.

I. EL VICIO DE ERROR EN EL CÓDIGO CIVIL

I.1. Su formulación

El Código de Vélez Sarsfield reguló el error en el Capítulo I del Título I de la Sección Segunda del Libro II, bajo la denominación *De los hechos producidos por ignorancia o error*, que se extendía entre los arts. 923 a 930.

Concretamente concebía como casos de error a los siguientes:

- el error sobre la naturaleza del acto jurídico (art. 924);

- el relativo a la persona, con la cual se forma la relación de derecho (art. 925);

- el error sobre la causa principal del acto (art. 926);

- el error sobre la cualidad de la cosa que se ha tenido en mira (art. 926);

- el error respecto al objeto sobre el que versare, habiéndose contratado una cosa individualmente diversa de aquélla sobre la cual se quería contratar, o sobre una cosa de diversa especie, o sobre una diversa cantidad, extensión o suma, o sobre un diverso hecho (art. 927).

Excluía el error de derecho (art. 923) y el que versare sobre alguna calidad accidental de la cosa, o sobre algún accesorio de ella, aunque hubiera sido el motivo determinante para hacerlo, a no ser que la calidad, erróneamente atribuida a la cosa, hubiese sido expresamente garantizada por la otra parte, o que el error proviniese de dolo de la parte o de un tercero, siempre que por las circunstancias del caso se demostrare que sin el error, el acto no se habría celebrado, o cuando la calidad de la cosa, lo accesorio de ella, o cualquiera otra circunstancia tuviesen el carácter expreso de una condición (art. 928).

I.2. Las observaciones de Guillermo Borda y las respuestas a ellas

En *Instituciones de Derecho Civil – Parte General* hemos recordado que nuestro maestro Guillermo Borda sostuvo una postura crítica respecto de la admisión del error como vicio de los actos voluntarios, lo que era un corolario de su cuestionamiento de la doctrina de la voluntad, concluyendo en que ninguno de los supuestos legales encerraba un caso de nulidad por error, y que la jurisprudencia nunca anula un acto jurídico exclusivamente por la presencia de un error [(1)].

Por nuestro lado puntualizamos que la doctrina de Borda lleva a una confusión entre lo que es error, dolo y simulación, y los defectos de la causa. Ello llevó a Alsina Atienza a afirmar que de este modo se retrocede a la nebulosa primitiva de donde las figuras del dolo, el error y la simulación han ido surgiendo por paulatina condensación y por el refinado análisis de los juristas [(2)].

En esta orientación Bustamante Alsina, en el trabajo ya citado, demuestra como el error en sus distintas manifestaciones, es efectivamente un vicio que causa la nulidad de los actos jurídicos.

Y tampoco es exacto que la jurisprudencia nacional y la francesa no hubieran anulado negocios jurídicos por vicio de error [(3)].

De modo que la doctrina nacional no ha atendido a la doctrina de Borda, que pese a la brillantez con que ha sido expuesta quedó virtualmente aislada.

II. La reformulación del vicio de error en el CCyC

Admitido entonces que el error constituye un vicio de los actos jurídicos, así como que la regulación que de él hacía el Código de Vélez era a veces confusa, el CCyC afrontó la reformulación de algunos aspectos del tema, y lo cierto es que lo hizo muy atinadamente.

---

(1) Rivera, Julio César, *Instituciones de Derecho Civil – Parte General*, 7ª. Edición, Abeledo Perrot, Bs. As., 2020, t. II, Capítulo XL, núm. 4 y sigs., pág. 548.

(2) Alsina Atienza, Dalmiro, "Las críticas al papel esencial de la voluntad en los hechos jurídicos voluntarios", JA 1955-IV-69.

(3) Para la jurisprudencia francesa v. Mestre, Jacques en *RTDC* 1989-739, donde comenta numerosos fallos que han anulado negocios sobre la idea del error acerca de la cualidad sustancial de la cosa. También v. Trigeaud, Jean Marc, "L'erreur de l'acheteur. L'authenticité du bien d'art (étude critique)", *RTDC* 1982-55.

En particular nos referimos a los requisitos generales de admisión de la invocación del vicio de error, pues no se alude ya a la excusabilidad [4] y en cambio se exige la *recognoscibilidad* del error (arts. 265 y 266 CCyC) [5], con lo cual se traslada el núcleo de la cuestión "del que yerra hacia el destinatario de la declaración" [6]. En definitiva, lo que realmente causa la invalidez del acto no es que el error sea excusable o no, sino que el destinatario de la declaración haya podido reconocer el error que contiene esa declaración. Como afirma Tobías, "la eliminación de la excusabilidad resulta a contrario de la exigencia de la recognoscibilidad" [7].

El antecedente de esta novedad legislativa realmente relevante es el Código Civil Italiano (art. 1431).

II.1. La recognoscibilidad en la doctrina nacional

El art. 266 CCyC dispone que "El error es reconocible cuando el destinatario de la declaración lo pudo conocer según la naturaleza del acto, las circunstancias de persona, tiempo y lugar".

Esta exigencia aplica siempre que el error se invoque en actos bilaterales y unilaterales recepticios; dentro de estos últimos pueden mencionarse la renuncia (art. 944) o el reconocimiento de obligaciones (art. 733).

---

(4) En algunos supuestos subsiste la pauta de la excusabilidad. Así, el art. 427 referido a la celebración del matrimonio, dispone que "la buena fe consiste en la ignorancia o error de hecho excusables y contemporáneos a la celebración del matrimonio sobre el impedimento o la circunstancia que causa la nulidad, o en haberlo contraído bajo la violencia del otro contrayente o de un tercero". Del mismo modo al tratar de la posesión, establece que la buena fe consiste en la persuasión de la legitimidad de la relación real causada por error de hecho esencial y excusable (art. 1918). En cuanto al testamento cabe tener en cuenta lo dispuesto por el art. 2467, conforme al cual es nulo el otorgado con error, dolo o violencia, afirmándose que siendo lo relevante el establecer la auténtica voluntad del testador, ella es prioritaria respecto de la recognoscibilidad por parte del destinatario

(5) Artículo 265.- *Error de hecho.* El error de hecho esencial vicia la voluntad y causa la nulidad del acto. Si el acto es bilateral o unilateral recepticio, el error debe, además, ser reconocible por el destinatario para causar la nulidad.

Artículo 266.- *Error reconocible.* El error es reconocible cuando el destinatario de la declaración lo pudo conocer según la naturaleza del acto, las circunstancias de persona, tiempo y lugar.

(6) Fundamentos del Anteproyecto de CCyC, pág. 48.

(7) Tobías, José W., *Tratado de Derecho Civil – Parte General*, La Ley, Bs.As., 2018, t. III, pág. 283. También Prieto Molinero señala que el nuevo CCyC contiene un cambio trascendente al pasar del "error excusable" al "error reconocible": en "El error reconocible y el Proyecto de Código de 2012", Cit: TR LALEY AR/DOC/2278/2013.

Bueres sostiene que este recaudo implica que la anulación del acto pasa a depender de la mala fe del receptor de la declaración [8], de modo que, si el receptor actuó con diligencia y aun así no pudo reconocer la existencia del error, el acto conserva su plena eficacia pues se privilegia la confianza [9]. Pero cabe advertir que no basta con que el destinatario de la declaración de voluntad no haya advertido el error, sino que de su parte debe existir una debida diligencia. De modo que si el destinatario de la declaración de voluntad errada pudo reconocer el error pueden darse dos situaciones: de hecho, no lo advirtió y entonces el ordenamiento jurídico no lo protege por negligente, o sí lo reconoció, pero nada dijo y pretendió aprovecharse del error del declarante supuesto en el que no merece protección por estar actuando de mala fe [10]. En definitiva, la anulación del acto pasa a depender de la mala fe o de la negligencia del destinatario de la declaración.

II.2. La prueba de la recognoscibilidad del error

Es obvio que la prueba del error recae sobre quien lo invoca [11]. Y la prueba de la recognoscibilidad también corre a cargo de quien pretende la anulación del acto. O sea que quien pretende anular una compraventa en la que ha errado en la publicidad del precio —que es el supuesto que vamos a analizar más adelante— tiene que probar que si bien publicó un precio de $10, el precio real es $100. Y, además, debe probar que ese error es recognoscible por los destinatarios de la oferta.

Pero no ha de demostrarse el conocimiento efectivo del error, sino que basta con la prueba de que empleando la normal diligencia el destinatario de la declaración *pudo advertir*la presencia del error invalidante; es que, como señala Bueres, se trata de probar la recognoscibilidad en abstracto, no siendo necesario acreditar que el receptor de la declaración conoció el vicio de manera efectiva. Sobre el punto, los tribunales italianos han resuelto que el error se considera reconocible cuando en relación con el contenido, a las circunstancias del contrato y a las cualidades de los contratantes, una persona de normal diligencia hubiera

---

(8) En este sentido Cassazione Civile, 1/2/1991, citado en *Il Codice Civile*, a cura di Francesco Bartolini, La Tribuna, Piacenza, 1993, nota al art. 1431.

(9) Bueres, Alberto J., "El vicio de error y los requisitos de excusabilidad y recognoscibilidad", LL 2005-E-1345.

(10) Prieto Molinero, ob. cit.

(11) CNCom., sala E, 9/8/2007, "Tierras Nuevas SA c/ Teyma Abengoa SAS y otro", Cita TR/LALEY 35022242.

podido advertirlo [12]. Es en definitiva lo que dispone el art. 266 CCyC al establecer pautas concretas: naturaleza del acto y circunstancias de persona, tiempo y lugar y en base a ellas se ha de valorar si el destinatario de la declaración pudo reconocer el error poniendo la diligencia y atención que el acto requiere o, en caso contrario, si actuó con negligencia pues omitió tomar los recaudos que cualquier persona hubiese tomado en tal situación; la omisión de diligencia es reprochable como conducta culposa y es ella la causa de la anulación del acto [13].

Un criterio que puede emplearse para determinar si el error es recognoscible, especialmente cuando se refiere al error en una oferta publicitaria, es el de la *frecuencia* [14]. Un ejemplo de su aplicación en el ámbito publicitario sería el siguiente: si una empresa publica una oferta con un precio irrisorio debido a un error tipográfico y solo un número muy reducido de consumidores intenta aprovechar la promoción, esto sugiere que la mayoría del público objetivo reconoció que se trataba de un error evidente y no de una oferta real. En este caso, la baja frecuencia de intención de compra refuerza la idea de que un consumidor medio habría identificado el error, lo que permite establecer un umbral objetivo para determinar cuándo una alegación de error es legítima y cuándo, por el contrario, revela un obrar abusivo y contrario a la buena fe.

Obviamente el efectivo conocimiento releva de la evaluación de la recognoscibilidad, aun cuando el error no se hubiera podido reconocer actuando con la diligencia debida [15]. Es que, como dijo un tribunal aun cuando el error sea inexcusable, basta el hecho de su conocimiento para anular el acto, pues el juez debe interpretar el contrato como lo exige la buena fe (el callar o el omitir puede, en ciertos casos, constituir el dolo) [16]. Sea que se conozca o sea conocible el error del declarante no puede ya hablarse de responsabilidad de este. Si el destinatario de la oferta está enterado de la divergencia entre la voluntad y la declaración

---

(12) Cassazione Civile, 27/11/1972, citado en *Il Codice Civile*, a cura di Francesco Bartolini, La Tribuna, Piacenza, 1993, nota al art. 1431.

(13) Cerutti, María del Carmen, "Error como vicio de la voluntad en el CCyC de la Nación".

(14) Acciarri, Hugo y Tolosa, Pamela, "La Ley de Defensa del Consumidor y el Análisis Económico del Derecho", en Picasso, Sebastián y Vázquez Ferreyra, Roberto A. (directores), *Ley de Defensa del Consumidor comentada y anotada*, 1° ed., La Ley, Buenos Aires, 2009, t. 2, p. 19).

(15) Tobías, ob. cit., pág. 289.

(16) En la doctrina se afirma que "…si el destinatario pudo conocer o advierte el error del declarante y no obstante nada dice y celebra el acto, es una situación similar a 'omisión dolosa' contemplada en el art. 271": Cerutti, ob. cit.

¿cómo puede justificar su conducta que significaría explotar conscientemente el error de la parte contraria [17]?

II.3. El supuesto particular del error en la cantidad o suma

A los efectos del tema sobre el que queremos centrar este aporte, es conveniente hacer algunas precisiones sobre el error en la cantidad o suma.

El art. 267 enuncia los casos de error esencial. En lo que interesa ahora dispone: "*Supuestos de error esencial*. El error de hecho es esencial cuando recae sobre:

"b) un bien o un hecho diverso o de distinta especie que el que se pretendió designar, o una calidad, extensión o suma diversa a la querida;

"c) la cualidad sustancial del bien que haya sido determinante de la voluntad jurídica según la apreciación común o las circunstancias del caso".

En este precepto el CCyC contiene una expresión que causa cierta perplejidad. El Código Civil de 1869 aludía a la *cantidad*, extensión o suma. Como es evidente, se ha cambiado la palabra cantidad por calidad *(inc. b)*. Pero he aquí que el inc. c) del mismo artículo alude a la *cualidad sustancial*. Debería entonces entenderse que *calidad* y *cualidad sustancial* son dos ideas distintas; pero conforme al Diccionario de la Real Academia "calidad" es: "Propiedad o conjunto de propiedades inherentes a algo, que permiten juzgar su valor" (primera acepción), y "cualidad" es: "Calidad, condición o naturaleza de algo o de alguien" (tercera acepción), con lo cual es muy difícil establecer una diferencia entre ambos conceptos.

Respecto del error sobre la extensión o suma del objeto de que se trate, el yerro consiste en la medida o quantum del bien (quiero vender a 1000 pero digo 100). Vale decir que no se trata de error de cálculo en la operación aritmética de sumar o de multiplicar, supuesto previsto expresamente en el art. 268, sino de yerro en expresar la cantidad.

Mucho antes de que siquiera se previera la existencia de un derecho del consumo, los tribunales tuvieron oportunidad de pronunciarse sobre la existencia de error en la cantidad o suma en casos en los que la

---

(17) CNCiv., sala D, 12/8/1952, "Santiago, Carmelo vs. Szeinfain, Matus", JA 1953/I/108.

diferencia en el precio era decimal (100 por 10; 81.000 en vez de 8.100) [18], admitiendo la invalidez del contrato de compraventa con el argumento de que el error sobre el precio es un error que recae sobre la causa principal del acto; ello así siempre que el error sea excusable [19].

Por su lado Daniel Crovi confirma que "...puede anularse un contrato en el cual una de las partes entiende que el precio de la mercadería lo es por 100 unidades, cuando en realidad lo es por 10. Es que allí el error no es numérico, sino que recae sobre un elemento esencial cual es el precio de la cosa. Y este error no puede suplirse por la rectificación; hay indudablemente aquí un error esencial que causa la invalidez del acto" [20].

A este tipo de error se lo califica por algunos como error obstativo [21]; argumentándose que cabe distinguir entre el error vicio (o error propio) y el error obstativo (o error obstáculo o impropio).

El primero comporta una falla de conocimiento, una discordancia entre un dato determinado de la realidad y la representación mental que de ese dato tenía el sujeto al realizar un acto que el derecho valora. El error vicio (o error propio), se da cuando la voluntad ha sido viciosamente formada sobre la base de un inexacto conocimiento de la realidad o sobre una equivocada creencia

El segundo, en cambio, da cuenta de una desarmonía entre la declaración de voluntad y la voluntad misma.

En el error obstativo o impropio, la voluntad se ha formado correctamente sobre un exacto conocimiento de la realidad, pero la equivocación se produce al declarar o al transmitir la voluntad. Al mediar esta

---

(18) Respectivamente: CCom. Capital Federal, 31/8/1936, "Korinek, Francisco c/ Defossez, Désiré", JA 55-606; CNCiv., sala A, 28/9/1958, "Orlando, José c/ Orlando, Nicolás", LL 93-543.

(19) CCom. Cap., 31/8/1936, citado. En el caso se había ofertado vender aceite de nabo a razón de $8,50 los 100 kg cuando en realidad ese precio correspondía a 10 kg. El tribunal de Alzada encontró excusable el error porque fue el producto natural del tráfico comercial que corresponde a la organización mercantil... lo que es bastante discutible porque se trató de una oferta redactada por un empleado del oferente. Con el CCyC de 2015 la cuestión sería aún más clara, porque el destinatario de la oferta habría debido *reconocer* el error que lucía la oferta.

(20) Crovi, Daniel en Rivera – Medina (Dir), *Código Civil y Comercial comentado*, citado, comentario al art. 268, t. I, pág. 798.

(21) CNCom., sala D, 30/5/2023, "Agosti, Francisco Gabriel c/ Compumundo SA", Cita TR LALEY AR/JUR/67556/2023, con nota de Camila García en RCCyC 2024 (febrero) 319.

clase de error se produce, en efecto, una divergencia entre la voluntad interna y la voluntad manifestada, bien por equivocación propia o por error en la transmisión [22].

En cambio, no es causal de nulidad el error sobre el valor de la cosa objeto del negocio jurídico puesto que tal yerro tiene por asiento una circunstancia ajena a la cosa misma [23]. Ello podría dar lugar a la invocación del vicio de lesión [24].

Estas nociones son de importancia para entrar a estudiar el tema del error en el que se incurre al anunciar en publicaciones dirigidas a consumidores no profesionales el precio de un bien o servicio que es la cuestión que constituye el núcleo de este aporte.

III. Alcance de la regulación del CCyC en materia de vicios de actos jurídicos

Subraya Tobías algo que parece obvio, pero que es preciso recordar a efectos de lo que es el objetivo de este trabajo: las normas que el CCyC contiene sobre hechos y actos jurídicos *aplican a todos* los negocios jurídicos, patrimoniales o extrapatrimoniales [25], a no ser que exista una excepción legal particular. De modo que el error reconocible causa la

---

(22) Así en: CNCom., sala D, 30/5/2023, citado En la muy ilustrada sentencia se invoca la autoridad de Cariota Ferrara, L., *El negocio jurídico*, Madrid, 1956, p. 411 y ss., n° 114; Messineo, F., *Doctrina general del contrato*, Buenos Aires, 1952, t. I, ps. 129/133, n° 16; Barbero, F., *Sistema del Diritto Privato italiano*, Torino, 1965, t. I, ps. 400/401, n° 245; Josserand, L., *Derecho Civil*, Buenos Aires, 1950, t. II, vol. I, ps. 49/50, n° 61; De los Mozos, J., *El principio de la buena fe*, Barcelona, 1965, ps. 225/227, n° 40; Albaladejo, M., *Derecho Civil*, Barcelona, 1970, t. I, p. 480, n° 59; Piug Peña, F., *Introducción al derecho civil español, común y foral*, Barcelona, 1942, p. 487; Puig Brutau, J., ob. cit., ps. 78 y ss.; Diez Picazo, L., ob. cit., p. 179; Spota, A., *Tratado de Derecho Civil – Parte General*, Buenos Aires, 1957, t. I, vol. 3-8, ps. 377/380, n° 1868; De Gásperi, L. y Morello, M., *Tratado de Derecho Civil*, Buenos Aires, 1964, t. I, ps. 399/400, n° 284; Belluscio, A. y Zannoni, E., ob. cit., t. 4, ps. 155/156; López de Zavalía, F., ob. cit., ps. 156/157; Mosset Iturraspe, J., ob. cit., ps. 177/178; Videla Escalada, F., ob. cit., t. II, ps. 265/266). Y se concluye diciendo: "Muchos son los casos de errores obstativos que la doctrina refiere (véase, entre otros, los enumerados por Spota, A., ob. loc. cit., p. 380), pero significativamente uno de ellos es el que se presenta cuando, queriéndose vender por 100, se declara vender por 10 (el ejemplo es de Albaladejo, M., ob. cit., p. 480, n° 59)".

(23) CCiv. 1ª Cap., 20/4/1932, JA 37-1345.

(24) Como lo propuso Borda en una lúcida disidencia en CNCiv., sala A, 24/9/1958, LL 93/543, citado.

(25) Tobías, ob. cit., pág. 285.

nulidad de actos jurídicos cuando es esencial y queda comprendido en alguno de los supuestos que enumera el art. 267, lo que se extiende a los contratos con consumidores, bien que con matices propios de la particular tutela que el ordenamiento jurídico dispensa al consumidor.

IV. LA IRRUPCIÓN DEL DERECHO DEL CONSUMIDOR

No cabe duda de que el derecho del consumidor ha tenido y tiene un formidable desarrollo en nuestro país, tanto en el plano de la legislación —a partir de la ley 24240 y sus sucesivas reformas, el art. 42 de la CN, y el Código Civil y Comercial— cuanto de la doctrina —cada vez más abundante— y de la jurisprudencia. La creación del fuero de las relaciones de consumo en la ciudad de Buenos Aires y la sanción del Código Procesal de la Justicia en las Relaciones de Consumo en el mismo ámbito de la Ciudad Autónoma son manifestaciones concretas de este desarrollo.

Pero el derecho del consumidor no es una rama absolutamente autónoma, sino que como toda otra rama del derecho debe integrarse armónicamente con reglas y principios que provienen de la tutela constitucional y legal de otros derechos individuales y colectivos [(26)].

Por ello para analizar cómo opera el vicio de error en los contratos de consumo partimos de esta necesaria integración armónica entre las normas particulares del derecho del consumidor y las reglas generales que el CCyC contiene en materia de contratos al consumidor y de vicios de los actos jurídicos que, como hemos señalado, aplican a *todos* los actos jurídicos; ello sin perjuicio de necesarias adecuaciones cuando se trate de relaciones de consumo, como lo veremos seguidamente.

V. LOS CONTRATOS DE CONSUMO EN EL CCyC [(27)]

La trama legislativa de la tutela del consumidor en nuestro país es vasta, porque a la sanción de la ley 24240 en 1993 siguió la reforma

---

(26) Pizarro, Daniel, "El derecho del consumidor y la búsqueda de algunos necesarios equilibrios", LL 2024/E/416, Cita TR LALEY AR/DOC/2654/2024.

(27) Un muy interesante desarrollo de la génesis y evolución del derecho del consumidor, v. Castelli, Leandro, Gascón, Alejo y Kissner, Adriana, en Rivera – Medina (dir), *Código Civil y Comercial Comentado*, La Ley, Bs.As., 2023, t. IV, comentario al art. 1092.

constitucional de 1994 de la que resultó el art 42 de la ley suprema que enumera los derechos programáticos de los consumidores, tales como la protección de la salud, la seguridad y los intereses económicos, a recibir información adecuada y veraz, a tener libertad de elección y recibir condiciones de trato digno y equitativo; amén de que se atribuyen ciertas obligaciones a las autoridades [28]. A ello siguieron varias reformas de la ley de defensa del consumidor [29], siendo la más importante la introducida por la ley 26361 en 2008; y en 2015 entra a regir el Código Civil y Comercial que contiene un Título destinado a los contratos de consumo [30].

V.1. Los contratos con consumidores "a distancia"

Como es más que evidente, hoy en día miles y miles de transacciones se celebran a distancia, sin que las partes se vean nunca la cara, por medios tecnológicos cada día más sofisticados, y generalmente a partir de plataformas de comercio electrónico. Y la mayor parte de las veces se concretan de manera muy simple, aceptando el consumidor la oferta en la misma página de la plataforma en la que encontró el bien que pretende adquirir y efectuando el pago del precio también por algún medio electrónico de pago como una tarjeta de crédito o de débito u otros habilitados [31].

Los contratos celebrados de esta manera están regulados por la LDC y el CCyC. En particular resultan aplicables los arts. 1107 a 1109 del CCyC que tratan de la información sobre los medios electrónicos, la oferta por medios electrónicos y el lugar de cumplimiento. El art. 1110 concede al consumidor el derecho de revocar la aceptación durante el plazo de diez días corridos a partir de la fecha en que se entregue el bien o se celebre el contrato, sin responsabilidad alguna, con lo cual reproduce lo dispuesto en el art. 34 de la LDC.

---

(28) Los convencionales constituyentes partieron de la premisa de que el consumidor estaba en inferioridad de condiciones respecto del proveedor, en lo que llamaron la *relación de consumo* y se sostuvo que esa premisa justificaba la regulación para lograr una igualdad sustancial entre consumidores y proveedores.

(29) Leyes 24568 (1995), 24787 (1997), 24999 (1998), 26361 (2008), 26993 (2014), 26994 (2014), 27250 (2016), 27265 (2016) y 27266 (2016).

(30) Que el CCyC contenga esa regulación de los contratos de consumo pretende ser justificado en los Fundamentos que acompañaron al Anteproyecto, pero en general ha merecido objeciones pues implica una duplicación de la regulación que puede acarrear más conflictos interpretativos que soluciones.

(31) Sobre el punto v. Gasparini, J. A., "Venta a través de plataformas electrónicas y deber de información del proveedor en la utilización de medios digitales", Cita TR/LALEY/AR/DOC 612/2021.

Por lo demás, es preciso puntualizar que cuanto resulte pertinente "...la oferta dirigida a consumidores potencialmente indeterminados, obliga a quien la emite, durante el tiempo en que se realice..." (art. 7 ley 24240). Sobre el punto se ha precisado en algún fallo que "la ley 24.240 modificó sustancialmente el régimen que resultaba de los arts. 1148 del Código Civil de 1869 y 454 del Código de Comercio de 1862, pues de acuerdo con el art. 1148 las ofertas de contrato debían ir dirigidas a personas determinadas y, consiguientemente, una oferta al público en general solamente podía tenerse —según la doctrina y jurisprudencia mayoritarias nacionales— como simples invitaciones a contratar y de su lado, el citado art. 454 del código mercantil establecía enfáticamente que '...Las ofertas indeterminadas, contenidas en un prospecto o en una circular no obligan al que las ha hecho...', lo cual significaba, según la doctrina clásica, la inexistencia misma de una oferta —o promesa— desde que no se la concebía como tal cuando no se dirigía a persona o personas determinadas [32]".

V.2. La información y publicidad dirigida a los consumidores

La ley 26.522 de Servicios de Comunicación Audiovisual en su art. 4 define a la publicidad como "[t]oda forma de mensaje que se emite en un servicio de comunicación audiovisual a cambio de una remuneración o contraprestación similar, o bien con fines de autopromoción, por parte de una empresa pública o privada o de una persona física en relación con una actividad comercial industrial, artesanal o profesional con objeto de promocionar, a cambio de una remuneración, el suministro de bienes o prestación de servicios, incluidos bienes, inmuebles, derechos y obligaciones. En el ámbito judicial se la ha definido la publicidad como todo medio de información destinado a permitir a un cliente potencial formarse una opinión sobre los resultados que pueden ser esperados del bien o del servicio que le es propuesto, así como sobre las características de los bienes o servicios ofertados [33].

---

(32) CNCom., sala D, 30/5/2023, citado.

(33) CNCom., sala A, 13/3/2020, "Kochan, Hernán Alberto c/ Lepic SA", con cita de Stiglitz Rubén S., *Contratos Civiles y Comerciales - Parte General*, T° I, p. 336. También se la ha definido diciendo que publicidad es una estrategia de marketing empleada para promocionar productos. Su propósito es difundir marcas y bienes a gran escala, resaltando sus características distintivas para que los consumidores puedan reconocerlos y diferenciarlos de otras opciones similares. Es una práctica típica en mercados competitivos y se considera un factor clave de diferenciación de los bienes. Como la publicidad es un medio por el cual se transmite cierto mensaje o *claim*, se encuentra íntimamente relacionada con el deber de informar.

La importancia que ha adquirido la publicidad en los tiempos que corren no necesita demostración. En un inigualable aporte Aída Kemelmajer de Carlucci destaca que en nuestros días la publicidad es, al mismo tiempo, la principal arma de lucha entre competidores y el gran puente de unión entre los empresarios y sus potenciales clientes a quienes informan sobre los bienes y servicios que ofrecen. Así como que la publicidad persigue no solo informar sino también persuadir, habiéndose comprobado que la eficacia persuasiva de la publicidad es, como regla, directamente proporcional a la escasez de información; el consumidor se encuentra en una situación de incerteza que le impide seleccionar racionalmente el producto o servicio, restringe la espontaneidad de su elección, relativiza su poder de decisión y disminuye la libertad de contratar [34].

Es por lo que denunciaba Aída Kemelmajer, así como Morello y Stiglitz padre e hijo, que tanto la legislación como la jurisprudencia han tomado cartas en el asunto [35].

Para ingresar al tema de la publicidad ha de partirse de que ella debe satisfacer necesariamente el requisito de la *veracidad*.

---

(34) Kemelmajer de Carlucci, Aída, "Publicidad y consumidores", RDPyC núm. 5, pág. 63 y sigs. En lo transcripto con cita de Morello, A.M. – Stiglitz, R. – Stiglitz, G., "Información al consumidor y contenido del contrato", *Revista de Derecho del Consumidor*, Juris, Rosario, 1991, núm. 1, pág. 34.

(35) Es prudente señalar que hay quienes dudan que el efecto de la publicidad sea lo suficientemente significativo como para modificar la percepción de un consumidor sobre el bien que se le ofrece. Si bien la publicidad produce algún efecto, ya que de lo contrario no tendría sentido que exista, la magnitud de los efectos que se le otorgan no se condice con los estudios científicos que analizan ese fenómeno. Algunas encuestas indican que alrededor del 70 % de los consumidores piensan que la publicidad suele ser falsa o bien que trata de persuadirlos para comprar cosas que ellos no quieren (Calfee, John E. y Ringold, Debra Jones, "The 70% Majority: Enduring Consumer Beliefs About Advertising", *Journal of Public Policy & Marketing*, 1994, 13 (2), ps. 228-238, esp. p. 228, Bhargava, Vikram R., Bedi, Suneal, "Brand as Promise", *Journal of Business Ethics,* 2021, ps. 1-18. *https://doi.org/10.1007/s10551-021-04834-z* (25/4/2022)). Respecto a la percepción de la publicidad se debe tener en cuenta el concepto de *selección*. Por un lado, existe lo que se conoce como la distorsión selectiva que "es la manera en que las personas interpretan los mensajes que reciben y los refieren a sus propias actitudes, creencias y experiencias". Por el otro, "la retención selectiva, significa que los individuos no recuerdan toda la información que reciben, aun cuando le hayan prestado atención y la hayan comprendido" (Belch, George E. y Belch, Michael A., *Introduction to Advertising and Promotional Management*, Irwie, 1990, p. 105.).

Sobre el punto se ha dicho que el art. 8 de la LDC que refiere al efecto integrador de la publicidad [36] comprende la exigencia inexcusable de veracidad, pues la publicidad podrá ser lícitamente parcial, persuasiva y hasta manipuladora, pero siempre ha de ser veraz [37]. En este sentido el Convenio de París, ratificado por la ley 17011, prevé la protección contra actos contrarios a los usos honrados en materia comercial y la prohibición de alegaciones falsas en el ejercicio del comercio que tiendan a desacreditar los bienes o la actividad comercial de un competidor.

Por lo demás, el contenido de los anuncios forma parte de la trama obligacional, aunque no haya sido reproducido en el contrato singular por lo que los bienes o servicios deben ser conforme fueron ofrecidos, publicitados o convenidos (art. 19 de la LDC) [38] pues el acto publicitario despliega una virtualidad significativa en el momento contractual, haciendo nacer en su receptor el derecho a obtener lo prometido, si por su parte entra en el supuesto de hecho jurídicamente relevante. De modo que la publicidad integra el contenido del contrato (arts. 7 y 8 de la LDC) [39].

A los efectos del tema del error en los contratos de consumo debemos empezar por consignar que amén del art. 8 de la LDC, el CCyC contiene normas reguladoras de la información y publicidad dirigida a los consumidores (arts. 1100 a 1103). En concreto y en lo que concierne a nuestro tema entendemos que son relevantes el art. 1101 inc. a) que prohíbe toda publicidad que contenga indicaciones falsas o de tal naturaleza que induzcan o puedan inducir a error al consumidor, cuando recaigan sobre elementos esenciales del producto o servicio; y el art. 1103 que alude a los efectos de la publicidad disponiendo que "Las precisiones formuladas en la publicidad o en anuncios, prospectos, circulares u otros medios de di-

---

(36) Ley 24240, art. 8: Efectos de la publicidad. Las precisiones formuladas en la publicidad o en anuncios, prospectos, circulares u otros medios de difusión obligan al oferente y se tienen por incluidas en el contrato con el consumidor.

(37) CNCom., sala A, 13/3/2020, "Kochan, Hernán Alberto c/ Lepic SA s/ sumarísimo", con cita de CCiv.yCom. San Martín, sala II, 3/5/2005, "Iveraldi Juan María c/ Carrefour SA s/ daños y perjuicios".

(38) Art. 19: Modalidades de Prestación de Servicios. Quienes presten servicios de cualquier naturaleza están obligados a respetar los términos, plazos, condiciones, modalidades, reservas y demás circunstancias conforme a las cuales hayan sido ofrecidos, publicitados o convenidos.

(39) CNCom., sala B, 30/6/2003, "Bosso, Claudia Silvia y otro c/ Viajes Ati SA", con cita de Alterini, Atilio A., *Contratos. Civiles - comerciales - de consumo. Teoría general*, Ed. Abeledo Perrot, Buenos Aires, 1998, pág. 139.

fusión se tienen por incluidas en el contrato con el consumidor y obligan al oferente".

V.3. Una distinción necesaria: la publicidad engañosa de la publicidad que contiene un error

Desde otro punto de vista la jurisprudencia ha identificado tres tipos de publicidad ilícita: la engañosa, la comparativa y la abusiva.

Hay múltiples tentativas de definir la publicidad engañosa. En nuestro derecho adquiere relevancia el art. 1101 del CCyC en tanto prohíbe toda publicidad que induzca o pueda inducir a error al consumidor. También la ley de Lealtad Comercial 22802 disponía en su art. 9: "Publicidad engañosa. Queda prohibida la realización de cualquier clase de presentación, de publicidad o propaganda que mediante inexactitudes u ocultamientos pueda inducir a error, engaño o confusión respecto de las características o propiedades, naturaleza, origen, calidad, pureza, mezcla, cantidad, uso, precio, condiciones de comercialización o técnicas de producción de bienes muebles, inmuebles o servicios". El mismo texto aparece hoy como art. 11 del Dec. 274/2019 que derogara la ley 22.802.

La caracterización de la publicidad como engañosa tiene especial relevancia en la decisión de procesos en los cuales se ventilan posibles errores en la publicidad de ciertas ofertas.

VI. El caso a tratar

Establecidos algunos presupuestos, debemos precisar el caso que queremos tratar, que en definitiva es muy simple. Toda oferta que se hace por medios electrónicos debe contener información precisa sobre el bien o servicio ofrecido. El precio puede ser informado en la misma oferta o resultar de enlaces a los cuales remite la publicación inicial.

La cuestión que nos ocupa es cuál es la suerte del contrato cuando la oferta contiene un error en el precio: en una plataforma de comercio electrónico se publica una oferta de venta de un bien que luce un precio, pero la información sobre el precio es errada: se ofrece a 10 lo que en realidad se quiere vender a 50 o 100. ¿Cómo se resuelve el caso en que el consumidor ha aceptado la oferta por 10?

VI.1. Sanciones al "oferente equivocado"

En algún caso la autoridad administrativa impuso sanción de multa a una concesionaria automotriz y a un diario que publicó un aviso ofre-

ciendo en $13.000 un auto que costaba $48.000. El tribunal judicial confirmó la multa impuesta a la primera pese a que ni siquiera llegó a formarse el *iter* contractual pues ante el requerimiento del pretenso comprador se le dijo que era un error de publicación y ahí concluyó su actuación [40].

VI.2. Las soluciones judiciales

Aun cuando se debe suponer cierta profesionalidad en los que publican ofertas en las plataformas de comercio electrónico o incluso por otros medios más sofisticados, lo cierto es que el error en el precio aparece reiteradamente y ello ha dado lugar a numerosas y no necesariamente coincidentes soluciones judiciales.

VI.2.a. Casos en que se tuvo por configurado un error reconocible

Se resolvió que existe error reconocible en la compra de una consola de juegos en $2399 (precio anunciado) cuyo precio real era de $23.399 al tiempo de la publicación y de $150.000 a $200.000 al tiempo de la sentencia. Dijo el tribunal que bajo el prisma de la referida diligencia exigible a "un hombre medio o de una persona razonable" (no profesional) que es la propia de un consumidor, no es forzado concluir que los actores pudieron sin dificultad reconocer el error contenido en la oferta pública publicitaria concretada por la demandada, toda vez que la manifiesta exigüidad del precio transmitido con relación al que tenían otros productos similares en la misma época y publicidad, no podía pasar desapercibida ni entenderse como correcta. El yerro en la oferta pudo y debió ser reconocido. De modo que la sentencia concluyó admitiendo la presencia de un error obstativo [41].

En el mismo sentido se declaró que no había compraventa por la existencia de error obstativo si la oferta contenía un error en el precio de un scooter y un karting en la suma de $1499 cuando debió ser anunciado en $11.499. En este caso además se ponderó el escaso tiempo en que estuvo publicado el aviso (2 horas y 2 minutos). El voto del Dr. Cho-

(40) CCC Posadas, sala II, 30/7/2009, Dirección de Comercio Interior, Cita TR LALEY AR/JUR/44594/2009.

(41) CNCom, sala D, 30/5/2023, "Agosti, Facundo Gavriel c/ Compumundo SA", RCyC 2024 (febrero), 319, Cita TR/LALEY/ AR/JUR/67556/2023, con nota de García, Camila, "¿El error notorio en la publicación del precio es un límite a la obligatoriedad de la oferta? ¿Obra de mala fe el consumidor que exige el cumplimiento de un contrato que tiene como objeto un error notorio y manifiesto?".

mer concluye en la existencia de un error obstativo recognoscible por el demandante, no sólo por lo irrisorio del precio, sino que tuvo en cuenta un hecho notorio, cual es que al haberse hecho la compra por medio de una plataforma electrónica deben haber aparecido otras publicaciones en las que se oferta un producto idéntico o similar, por lo que en definitiva el actor pudo haber comprobado fácilmente la diferencia notoria de precio lo que evidenciaba el error [42].

En un caso la demandante argumentó que durante el *hot sale* que encontró una oferta de un automóvil 0 km por 80.000 pesos y que aceptó la oferta por carta documento. La demandada invocó error, ya que el precio era de 420.000 pesos. La sentencia asumió como cierto que la publicación del aviso era por lo menos confusa, porque no indicaba el precio final del vehículo, razón por la cual incurrió en un defectuoso cumplimiento de la obligación de brindar acabada información al público interesado en su producto, todo lo cual pudo ocasionar incertidumbre inicial en la actora respecto de las reales condiciones de la operatoria, al acceder a ella por el medio empleado. Pero a la vez la sentencia incursionó muy adecuadamente en la valoración de la conducta de la pretensa compradora. En este sentido ponderó que la actora hizo caso omiso a todas las indicaciones de la misma publicación que hacían referencia a una posible "financiación" del rodado o que el producto se encontraba enmarcado en un "plan Óvalo". Máxime, cuando la misma accionante referenció en su escrito de demanda que había aplicado algunos filtros para delimitar la búsqueda y evaluar distintas ofertas para la admisión del vehículo del *sub lite* y que con esos elementos debió advertir que el precio final del rodado de pesos ochenta mil ($ 80.000) resultaba irrisorio con relación al valor real bien. Y si bien la compra se quiso hacer en el *hot sale,* de la prueba rendida resulta que los descuentos efectuados durante ese período solo rondaban entre el 3% y el 5% del valor de los productos ofertados. De modo que más allá de lo engañosa de la publicidad, la actora no pudo, sana y verosímilmente no advertir que ese no podía ser el precio final. Así concluyó el tribunal que ambas partes eran culpables en su accionar, al tiempo de la manifestación del consentimiento para la celebración del contrato del sub examine, por lo que el juez no puede tener por formalizado el contrato y debió, como lo hizo, rechazar los reclamos recíprocos) [43].

---

(42) CNCom., sala A, 5.9.2022, Cita TR/LALEY AR/JUR/119186/2022.

(43) CNCom., sala A, 17/11/2021, "Fedell, Analía Vanesa c/ Brenson", cita online: TR/LALEY AR/JUR/181436/2021.

Especial interés reviste un pronunciamiento de la sala A de la CNCom [44]. En ese caso el actor pretendía haber aceptado la oferta de venta de un automóvil Renault Sandero durante el período *hot sale*, por $137.000, por lo que pretendía el cumplimiento del contrato. La demandada afirmó que el valor del auto era de $407.700 y que el indicado en la publicación no era el precio final sino el monto a anticipar para la entrega, y que cubría solo el 17% del valor. La sentencia de 1ª instancia rechazó la demanda porque después de hecha la reserva el demandado le advirtió que ese no era el precio final y la negociación terminó sin acuerdo; agregó que comprar el vehículo por un precio que representa 1/3 del valor real es enriquecimiento sin causa y abuso del derecho. La sentencia de la Cámara coincide en que la posición del demandante aparece reñida con el principio establecido en el art. 10 CCyC en cuanto no ampara el ejercicio abusivo de los derechos. En efecto, la intención que parece desprenderse del actor de obtener la ventaja de adquirir un bien por un precio alejado de los valores de mercado, sirviéndose de la omisión antes referida, no puede ser pasible de amparo jurisdiccional.

Pero —y he aquí lo novedoso de la solución— la confusión creada por la publicidad —omitió consignar en el anuncio, con claridad, el precio del producto— aparece susceptible de ocasionar culposamente una expectativa que pudo conllevar una afectación del espíritu que debe ser resarcida. Por lo que en definitiva rechaza la pretensión principal, pero atribuye al demandado la obligación de pagar una indemnización del daño moral. En cambio, rechaza el daño punitivo pues esta indemnización solo procede si hay dolo o culpa grave.

Estas soluciones aparecen como razonables en el contexto de cada caso, pues las circunstancias fácticas permiten advertir que los consumidores "están aprovechando" un descuido ajeno, por lo que aun la doctrina consumerista admite que entran en acción el principio de buena fe y el abuso del derecho [45].

Efectivamente, como hemos dicho al tratar del error reconocible: o el destinatario de la manifestación de voluntad notoriamente errada ha podido reconocer el error y por ello al aprovecharse de ella actúa de mala fe; o no lo ha advertido a pesar de su notoriedad y evidencia, supuesto en el cual es su negligencia la que impide que se tenga por concluido un contrato.

---

(44) CNCom, sala A, 13/3/2020, "Kochan, Hernán Alberto c/ Lepic SA s/ Sumarísimo".

(45) Chamatropulos, Demetrio Alejandro, *Estatuto del consumidor comentado*, 2da. Ed., La Ley, Bs. As., 2024, t. I, pág. 379.

VI.2.b. Supuestos en que se tuvo por eficaz la aceptación de una oferta errada en el precio

Existen otros precedentes que ordenaron entregar bienes a los precios publicados aun cuando contuvieran errores notorios —y por ello reconocibles— y en caso extremo aun cuando el actor sea un "cazador de ofertas" que —como veremos— bien podría ser calificado de "cazador de errores".

Esta temática se ha desarrollado alrededor de dos ejes: las ofertas de pasajes de avión y los períodos de *hot sale* (o análogos).

Uno de esos casos es el resuelto por la sala B de la CNCom. en la demanda promovida por María Lucía Balbi contra Almundo.com SRL [(46)]. La sentencia describe los hechos siguientes: la demandada publicó un aviso en la web que decía "¡Volá Almundo con Cyber Monday ¡SÓLO POR HOY! El pasaje que querías para Londres está por sólo $ 17.686". El anuncio no especificaba fechas, horarios, aerolíneas, stock ni otras condiciones, como la clase del pasaje, por lo que la actora entendió que podía elegir "el pasaje que quiera" a Londres por $ 17.686. La actora hizo clic en la publicidad y fue redirigida al sitio web www.almundo.com.ar donde al seleccionar los pasajes para dos personas, el precio ascendía a la suma de $ 595.387, es decir, $ 297.693,5 por persona. Lo curioso es que pocos días después hizo lo propio; en efecto, el 1 de diciembre de 2017, nuevamente mientras navegaba en su cuenta personal de Facebook, encontró una publicidad con la leyenda: "¡SÓLO POR HOY! El pasaje que querías para Miami está por sólo $ 2.318. Atrapá esta oferta y aprovechá la mejor financiación para tus vacaciones en serio. ¡Animate!", sin especificar fechas, horarios, aerolíneas, stock ni otras condiciones. Con la intención de comprar dos pasajes, la actora hizo clic en la publicidad, y fue redirigida al sitio web www.almundo.com.ar, y allí se sorprendió al enterarse que la partida del vuelo era desde la ciudad de Nueva York, lo cual no tenía sentido para una persona que vive en Buenos Aires. Y al día siguiente, esto es el 2 de diciembre de 2017, en idéntica situación a los casos anteriores, la actora recibió un anuncio publicitario de la misma agencia, que ofrecía un viaje a Barcelona por la suma de $3.873,38, con la leyenda: "¡SÓLO POR HOY! El pasaje que querías para Barcelona está solo $3.873,38. Atrapá esta oferta y aprovechá la mejor financiación para tus vacaciones en serio ¡Animate!", sin referir fechas, horarios, aerolíneas, stock ni clases. Con la intención de comprar dos pasajes, ingresó, haciendo clic en la publicidad, al sitio web de la demandada, y allí se sorprendió al enterarse

(46) CNCom., sala B, 5/11/2021, "Balbi, María Lucía c/ Almundo.com SRL", Cita TR/LALEY AR/JUR/174575/2021.

que la partida del vuelo era desde la ciudad de Roma, lo cual consideró "ridículo" para alguien que vive en Buenos Aires.

En el primer voto, de la Dra. Vásquez, se afirma que la publicidad del vuelo a Londres aun cuando no contenía las condiciones concretas del pasaje y el precio ofrecido era "desde $17.686", generó en la señora Balbi la expectativa razonable de que la demandada ofrecía algún pasaje a esa ciudad a ese precio. Las precisiones contenidas en la publicidad —arguyó la sentencia— son vinculantes para la demandada en los términos de los citados artículos 7, 8 y 1103, y en este sentido el precio de $17.686 configura una precisión y, además, es un elemento objetivo de la publicidad, que el oferente podía elegir informarlo o no, pero si lo hizo, debe hacerlo en forma adecuada y veraz (art. 42, CN, art. 4, LDC y art. 1100, CCCN).

En cuanto a la publicidad de los vuelos a Miami y Barcelona resultaba engañosa en la medida que omitió incluir información esencial: el aeropuerto de partida. Pero también generó la expectativa razonable en la consumidora de que ofrecían a un precio muy conveniente un pasaje desde nuestro país hasta Miami y Barcelona, respectivamente. De modo que también quedó comprometida la responsabilidad de la demandada.

Hasta aquí puede coincidirse con la sentencia en cuanto califica a la publicidad como no veraz y engañosa. Pero lo que resulta inverosímil es la condena, porque se obligó a entregar productos equivalentes para el viaje Bs. As.-Londres, previo pago del precio publicitado. Y con respecto a las publicaciones del 1 y 2 de diciembre (vuelos a Barcelona y Miami desde el extranjero) la juez Vásquez dice que "la forma de reparar el daño causado a las expectativas razonables generadas por los anuncios engañosos es, en este caso concreto, condenar a la demandada a entregar productos equivalentes a los publicitados, por lo que corresponde ordenar a la demandada a entregar, previo pago de los precios anunciados, dos pasajes para el tramo Buenos Aires–Miami, en clase económica, en cualquier momento del año y dos pasajes para el tramo Buenos Aires–Barcelona, en clase económica, en cualquier momento del año, con no más de dos escalas y menos de 6 horas por escala".

Si bien se mira, la sentencia no ha condenado a reparar el daño causado por la publicidad falsa o engañosa, sino que lisa y llanamente ha ordenado cumplir contratos que nunca se celebraron, porque la misma demandante dice que no le interesaron las ofertas de vuelos a Miami y Barcelona porque salían desde el extranjero. Y, además, como si esto fuera poco, la sentencia ordena entregar productos equivalentes como

si volar desde Buenos Aires fuera lo mismo que volar desde Nueva York o Barcelona.

Por otro lado, veamos la desmesura de la condena. La sentencia dispone que la actora debe pagar los precios a los cuales los pasajes estaban "aparentemente" ofrecidos, esto es $ 17.686 el pasaje a Londres, $2.318 el pasaje a Miami y $ 3.873,38 el pasaje a Barcelona. Claro que esos eran precios de la fecha en que se publicaron los avisos engañosos (año 2017), pero la sentencia se dicta en diciembre 2021. Es de suponer que todos conocen que en Argentina suele haber inflación y algunos cambios en la cotización de las divisas extranjeras, pero ello fue ajeno al "razonamiento" de la sentencia. De modo que en 2021 la actora debió pagar —tomando en cuenta la cotización del dólar MEP— 88,43 dólares por el pasaje Bs. As.–Londres; USD 11.36 para el pasaje Bs. As.–Miami; y 19,36 MEP por el pasaje a Barcelona... O sea que por 238,30 dólares MEP (o 467,68 oficiales) la señora Balbi recibió dos pasajes a Londres, dos a Miami y dos a Barcelona...

Claro es que la sentencia incurre en otro despropósito que es negar el daño moral, pero conceder una indemnización de daño punitivo de $ 250.000, que eran USD 2457 al tipo de cambio oficial o USD 1250 al tipo de cambio MEP, con lo cual señora Balbi viajó gratis a los tres destinos y le sobraron 1011 dólares MEP para hacer algunas compritas...

Otros casos se relacionaron con una oferta de United Airlines. En uno de ellos el actor invocó haber comprado en marzo de 2018, durante un *travel sale*, un pasaje Santiago de Chile–Sídney por $4371,40 (lo que representaba 200 dólares aproximadamente). Pagó el precio con tarjeta de crédito y al día siguiente United le comunicó que era un error, le devolvió la plata y canceló los pasajes. La sentencia de Cámara hace lugar a la demanda y orden entregar los pasajes, pero niega el daño moral y el punitivo [47]. La sentencia reconoce la existencia del error, pero cuestiona que haya sido reconocible. Afirma que la recognoscibilidad no se presume y corre a cargo de quien invoca el error la prueba de ese extremo y quela "cualidad" del destinatario cuenta con evidente incidencia en la determinación de la "conocibilidad" del error, como sucede en los contratos de consumo, sea por informaciones o publicidad comercial (art. 1101). Argumenta que en los contratos de consumo (art. 1093) se debe interpretar a favor del consumidor tanto en lo que se refiere a las normas (art. 1094) como al contrato (art. 1095) y existen numerosas disposiciones en que la carga de autoinformación se

(47) CNCom., sala B, 20/10/2021, "Sivak, Federico Ariel c/ United Airlines Inc. s/ ordinario".

invierte y el error como vicio se reduce considerablemente y se puede corregir. Lo que importa entonces es determinar si la persona afectada por la declaración del que yerra estuvo o no en condiciones de percibir que el emisor se había equivocado. Y concluye que, para determinar la "reconocibilidad" del error se debe considerar: a) las circunstancias de la persona: en el caso un consumidor frente a una aerolínea que se reputa profesional en su actividad que incluye fijar la tarifa para la venta de pasajes; b) el tiempo: durante ese período se desarrolló un *travel sale*, es decir, una oferta en la venta de pasajes con importantes descuentos [48]; y por último, c) lugar: la compra del pasaje se efectuó en la Argentina y el consumidor no tenía por qué imaginar que la aerolínea al fijar la tarifa podría confundir el tipo de cambio o signo monetario, cuando la publicidad se dirigía al público argentino [49]. Afirma también que, en el marco de una relación de consumo, donde en caso de duda debe estarse por una interpretación favorable hacia el consumidor, a los efectos de tener por justificada la anulación del pasaje, era carga de la demandada acreditar que el error que cometió en cuanto el precio publicado resultó reconocible para el común denominador de los consumidores —y específicamente para la parte actora que lo adquirió—; y esa parte no probó tal extremo.

VI.2.c. Cazadores de ofertas o cazadores de errores. Los casos Disanti

El Sr. Axel Iván Disanti demandó a Fravega porque según sus dichos compró vía Mercado Libre una computadora; aun habiendo pagado el precio la demandada revocó el contrato unilateralmente y sin causa. El voto del Dr. Luchelli discurrió por los canales habituales para concluir haciendo lugar a la demanda. Pero el voto la Dra. Tévez transita por otro camino totalmente distinto; ella se tomó el trabajo de comprobar la existencia de otros pleitos promovidos por el mismo actor con el mismo patrocinio letrado pretendiendo siempre la concreción de compras que hacía a precios irrisorios sacados de las plataformas habituales, lo que lleva a la jueza Tévez a afirmar que los elementos probatorios respecto

(48) También se invoca que la compra se hizo en el marco del *travel sale* en CNCyC Federal, sala III, 4/8/2022, "Osa, Federico c/ United Airlines", Cita TR/LALEY/ AR/JUR/99940/2022. Esta sentencia cita otros pronunciamientos de la misma Cámara que también hicieron lugar a la demanda. En el caso se rechazaron las pretensiones de indemnización de daño moral y daño punitivo, por lo que las costas se distribuyeron 70% a la demandada y 30% al actor.

(49) En otra sentencia causada en la misma oferta de pasajes, se postulan las mismas conclusiones: CNCom, sala B, 18/10/2021, "Cabrerizo, Jimena y otro c / United Airlines", Cita TR LALEY AR/JUR 161488/2021.

de la conducta del actor que valorados integralmente bajo las reglas de la sana crítica y máximas de experiencia, persuaden de la existencia de un obrar manifiestamente abusivo y contrario a la buena fe. Ello así pues pretende aprovecharse de un error esencial y reconocible. Es interesante puntualizar que, para justificar la recognoscibilidad del error, se valora especialmente que el actor es un usuario habitual de los sitios de internet en que se publicitan y ofertan productos para su venta, por lo que tiene una alta capacidad de apreciación subjetiva, de acuerdo con sus hábitos y prácticas de consumo. Por lo que propone el rechazo de la demanda. Increíblemente el voto de Barreiro adhiere al primero y en particular es incomprensible que un juez pueda decir que es dudoso que el error sobre el precio —aunque resultara irrisorio— pueda considerarse esencial; como vimos hay fallos desde hace 90 años que dicen que el error sobre el precio es esencial porque radica en la cualidad sustancial... Además, con la finalidad de "fundar" su voto contiene otro exabrupto al decir que si el oferente queda expuesto a la actuación concertada de quienes pretenden tomar ventaja de las equivocaciones, debe extremar los cuidados. Con lo cual la justicia se convierte en cómplice de los cazadores de errores, que obviamente incurren en una conducta dolosa cuando pretenden aceptar una oferta que ellos ya individualizaron como errónea [50].

VI.3. Juicio crítico

Las sentencias que declararon la nulidad de ventas por error en el precio circularon por caminos conocidos; eran casos en los que el error era tan evidente que resultaba obviamente reconocible para el destinatario de la oferta. Merece destacarse especialmente el aporte de la sentencia de la Sala A de la CNCom que destacó que el consumidor estaba pretendiendo ejercer abusivamente su derecho y por ello no admitió la demanda de cumplimiento de contrato, pero le atribuyó una indemnización por el daño moral.

Entre las sentencias que desestimaron la nulidad por error hay que hacer algunas distinciones. En primer lugar aparece razonable que para juzgar la recognoscibilidad del error se tenga en cuenta la condición particular del consumidor, así como que las ofertas de ciertos pasajes de avión se hayan publicado en un período de grandes rebajas; es razonable concluir —como lo hacen las sentencias que condenaron a United Airlines— que en ese caso el consumidor pudo no reconocer el error, pues al período de rebajas se adicionaba el hecho de que la tarifa publicada no

(50) CNCom., sala A, 24/2/2023, "Disanti Axel Iván c/ Fravega SACIEI".

contenía un mero error decimal sino que resultaba de la aplicación de un tipo de cambio distinto al que debió usarse, lo cual no puede entrar en la ponderación del aceptante de la oferta.

La sentencia del caso Balbi presenta algunos aspectos positivos y otros que pueden merecer la crítica. Por un lado, estimamos que es correcto que la sentencia haya calificado a los distintos avisos de pasajes como publicidad engañosa porque inicialmente aparecían destinos y precios que luego no existían o que suponían lugares de inicio del viaje que estaban a miles de kilómetros de Argentina que es donde se publicaba la "aparente" oferta. Lo que en cambio es objetable es la condena, pues en vez de fijar una indemnización en dinero por el daño moral, como lo hizo la sentencia de la Sala A, impone a la demandada a entregar pasajes como si se hubiera celebrado el contrato de venta, y ello a precio de varios años antes. Parecería que de ese modo la misma sentencia se convierte en la fuente de un abuso de derecho como el que denunciara el voto de la Dra. Uzal en la reiteradamente citada sentencia de la Sala A.

Finalmente, lo que para nosotros es inaceptable es la sentencia del caso Disanti. En ese pronunciamiento lisa y llanamente se premia la mala fe. Y es incomprensible que un juez de Cámara haya llegado a decir que es dudoso que el error sobre el precio sea un error esencial...

VII. CONCLUSIONES

De todo lo que hemos expuesto extraemos las siguientes conclusiones:

- Las disposiciones del CCyC sobre el vicio de error —y los otros vicios que pueden afectar a un acto jurídico— son aplicables a las relaciones de consumo.

- El error esencial y recognoscible causa la nulidad del acto jurídico o de la declaración de voluntad que precede a la conclusión del acto jurídico.

- El error sobre el precio constituye un error esencial.

- La prueba del error recae sobre quien pretende la invalidez de la manifestación de voluntad (oferta) o del acto jurídico.

- La prueba de la recognoscibilidad recae sobre quien pretende la invalidez de la manifestación de voluntad (oferta) o del acto jurídico.

- Pero no es exigible la demostración del conocimiento efectivo del error.

- Basta con la prueba de que empleando la normal diligencia el destinatario de la declaración *pudo advertir* la presencia del error invalidante; en otras palabras, ha de probarse la recognoscibilidad en abstracto.

- Si, de hecho, el destinatario de la manifestación de voluntad no advirtió el error recognoscible el ordenamiento jurídico no lo protege por negligente; y si lo reconoció, pero nada dijo y pretendió aprovecharse del error del declarante no merece protección por estar actuando de mala fe [(51)].

- El precio irrisorio expuesto en una oferta —por regla general— demuestra la recognoscibilidad del error.

- En la apreciación de la recognoscibilidad del error ha de tenerse en cuenta la condición del consumidor como sujeto particularmente protegido por el ordenamiento jurídico.

- Es razonable que a los efectos de la recognoscibilidad de pondere que la oferta con precio excepcionalmente bajo se publicó en períodos de ofertas con importantes descuentos (*hot sale* o *travel sale*).

- Al amparar a los "cazadores de errores" el tribunal está premiando la más descarada mala fe.

VIII. Colofón

En el avance arrollador del derecho del consumidor a veces se cae en excesos [(52)]. Nadie mejor que Pizarro ha expuesto como se evidencian

---

(51) El comprador no está exento de mala fe si el error en las medidas de un predio no pudo pasar inadvertido y así cerrar un trato sobre Ia base de una oferta palmariamente errónea: CNCom., sala B, 30/6/2003, "Bosso Claudia Silvia y Otro c/ Viajes ATI SA Empresa de Viajes y Turismo s/ Sumario".

(52) Con un fanatismo desmesurado se llega a decir que los derechos de los consumidores son derechos humanos: Tambussi, Carlos E., "Diez notas a contraviento (mercado y consumo)", LL 2024/E/440. Lo que no se advierte es que, si todos los derechos son humanos, lo que pierde entidad es la categoría misma de derechos humanos. Y entre los dislates de la jurisprudencia tiene un lugar destacado una sentencia (de algún modo hay que llamarla) según la cual "Si bien la entidad bancaria realizó una transferencia de dinero por un error patente de su personal no corresponde la devolución de la suma transferida, pues no se demostró de manera indubitable que la asignación patrimonial carecía de todo respaldo jurídico o de una causa lícita que

esos excesos; así el profesor de la UN Córdoba puntualiza que "...no pocos operadores jurídicos conciben al Derecho del Consumidor en términos casi absolutos, como una disciplina emplazada en el cielo de los conceptos jurídicos, con vocación expansiva ilimitada y con idoneidad para justificar construcciones jurídicas que relativicen o, peor aún, soslayen que en nuestra constitución nacional no existen derechos absolutos, que todos los que ella consagra son relativos y están sujetos a distintos tipos de limitaciones en sintonía con la letra y espíritu del art. 28 CN. Todos los derechos. Absolutamente todos. Incluido el derecho a la vida (me pueden enviar a la guerra). De la mano de ese fenómeno algunas instituciones son moduladas de manera encriptada, atendiendo exclusivamente a las reglas, principios y valores del derecho del consumo, con total abstracción (o con prescindencia) de su integración armónica con reglas, valores y principios que provienen de la tutela constitucional de otros derechos, no solo individuales sino también colectivos" (53).

En fin, la buena fe es un principio que aplica siempre y tanto debe actuar de buena fe el comerciante, empresario, proveedor, intermediario, como el consumidor. La ley y el Poder Judicial no deben amparar la mala fe ni de unos ni de otros (54). Esto, que parece ser una verdad de Perogrullo, es lo que a veces parecen olvidar algunos tribunales al admitir pretensiones manifiestamente abusivas bajo el argumento de la particular tutela del consumidor.

---

justificara la transferencia y la consecuente aplicación del instituto de enriquecimiento sin causa" (CCC Dolores, 21/4/2020, Cita TR/LALEY AR/JUR 6303/2020). Creo que cualquiera puede advertir que si está probado el error patente ya está la causal de nulidad de la transferencia, pero además quien debió probar que existía una causa para retener era el demandado que obviamente era el que estaba en mejores condiciones de probar la existencia de causa de la atribución patrimonial.

(53) Pizarro, ob. cit.

(54) Beltrán, Kevin, "¿Existe el consumidor negligente?", Cita TR/LALEY AR/DOC/528/2023.

La denominada subsidiariedad de la obligación de indemnizar nacida del incumplimiento y otros temas conexos. Dialogando con Jorge Bustamante Alsina

Por Aída Kemelmajer

I. Descripción del problema

Jorge Bustamante Alsina enseñó responsabilidad civil a jueces, abogados, académicos, profesores y estudiantes a través de su obra escrita. Fijó nuevos rumbos y abrió numerosos y enormes caminos a través de una interpretación razonable y progresista de las normas. Tuve el privilegio de compartir con él numerosas sesiones privadas de la Academia Nacional de Derecho de Buenos Aires en las que cada palabra por él pronunciada era merecedora de especial atención.

Los temas que abordó a lo largo de los años con increíble poder de síntesis son incontables.

Para participar en este tan merecido homenaje, elegí uno que mantiene actualidad después de la vigencia del Código Civil y Comercial (de ahora en adelante CCyC) y que, independientemente de su valor teórico, genera consecuencias prácticas. Me refiero al llamado carácter subsidiario de la obligación de indemnizar nacida del incumplimiento obligacional, sin perjuicio de abordar otros que le son conexos cuyo tratamiento es necesario para su mejor comprensión.

La cuestión podría describirse de la siguiente manera [1]:

---

(1) Según la llamada Ley de Kidlin, "Si escribes un problema de forma clara y específica, habrás resuelto la mitad" (https://confilegal.com/20250102-las-5-leyes-mas-

La obligación implica un vínculo *jurídico*; por eso, el ordenamiento establece consecuencias para el incumplimiento.

En primer lugar, acuerda al acreedor los instrumentos necesarios para que el deudor le procure aquello a lo que se obligó (por ej., si el comprador no entrega la cosa vendida, el vendedor puede demandar y lograr judicialmente la entrega). Además, puede hacérselo procurar por otro a costa del deudor [(2)]. Por ej., el acreedor puede hacer desinfectar por Pedro el inmueble que debía fumigar José, a costa de este último.

En ambos ejemplos, el acreedor obtiene forzadamente el objeto de la prestación (el inmueble, la desinfección).

Sin embargo, puede ocurrir que el cumplimiento en especie de la prestación no sea posible (por ej., la cosa vendida está en la propiedad de un tercero de buena fe, o el servicio debido se presta de modo monopólico y no hay otra persona que pueda sustituir al deudor).

En estos casos, el acreedor está autorizado a pedir el *equivalente monetario* de esas prestaciones; siendo así, obtiene el cumplimiento de la prestación, pero no *in natura* (el inmueble, el servicio) sino en dinero (una cantidad equivalente a la prestación incumplida) [(3)].

Además de estas alternativas, las normas otorgan al acreedor el derecho a reclamar al deudor la reparación de los daños causados por el incumplimiento.

Dicho en otras palabras, el incumplimiento abre al acreedor diversos tipos de reclamos: (i) cumplimiento en especie, por el deudor o por un

---

famosas-del-mundo-principios-universales-aplicables-a-la-vida-diaria/). Espero haber planteado la cuestión de ese modo en el texto.

(2) El cumplimiento por un tercero está regulado en los arts. 881 y 882 que disponen:

"La prestación también puede ser ejecutada por un tercero, excepto que se hayan tenido en cuenta las condiciones especiales del deudor, o hubiere 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".

"La ejecución de la prestación por un tercero no extingue el crédito. El tercero tiene acción contra el deudor con los mismos alcances que: a) el mandatario que ejecuta la prestación con asentimiento del deudor; b) el gestor de negocios que obra con ignorancia de éste; c) quien interpone la acción de, si actúa contra la voluntad del deudor.

(3) LÓPEZ MESA, Marcelo, *Derecho de las obligaciones*, Bs. As., ed. B de F, 2015, t. I, p. 427.

tercero; (ii) sustituto dinerario de la prestación debida; (iii) otros daños diferentes al valor de esa prestación.

Frente a esta descripción, cabe formular una serie de preguntas, entre otras:

Si reclama el *equivalente dinerario de la prestación debida*:

– ¿es una acción de cumplimiento o una acción de reparación del daño que requiere presupuestos diferentes?;

- ¿la acción canaliza una obligación nueva o es la primera modificada?

Si demanda *otros daños*;

– ¿la pretensión se ubica entre los efectos de la obligación preexistente o ha nacido una nueva con presupuestos diferentes?

En cualquiera de los dos casos,

– ¿el acreedor puede reclamar directamente (el equivalente monetario o los otros daños), o solo puede hacerlo si el cumplimiento en especie no es posible, u objetivamente ya no tiene utilidad para él?;

– ¿el plazo de prescripción es el mismo que rige para la acción de cumplimiento en especie?;

– ¿hasta dónde se extienden las facultades judiciales para calificar la acción deducida?

En síntesis, ante el incumplimiento del deudor, dos puntos relevantes dividen a la doctrina:

(1) Para un sector, si el acreedor solicita el cumplimiento por equivalente monetario nace una nueva obligación que tiene diferentes presupuestos; para otro, esa nueva obligación nace si se piden otros daños diferentes, pero no si la demanda se reduce a reclamar el valor pecuniario de la prestación en cuyo caso la obligación originaria perdura, pero modificada en su objeto.

(2) Conforme una posición, como regla, el cumplimiento en equivalente monetario y los otros daños solo pueden ser reclamados si el cumplimiento en especie es imposible o ya no tiene utilidad para el acreedor; para otro, el incumplimiento imputable permite al acreedor optar discrecionalmente.

La discusión no es puramente especulativa. Aceptar o no la tesis de la obligación nueva y subsidiaria tiene impacto en la posible caducidad

de las garantías, en el plazo de prescripción, en los requisitos para que proceda la ejecución, etc. (4).

II. LAS RESPUESTAS DE BUSTAMANTE ALSINA A VARIAS DE LAS PREGUNTAS FORMULADAS

El maestro enseñó durante la vigencia del Código velezano (5):

"La indemnización como obligación nacida del incumplimiento contractual es *subsidiaria* y accesoria".

"El art. 505 inc. 3 señala cuales son los efectos anormales, accidentales o *subsidiarios* de las obligaciones".

"El acreedor *debe exigir* del deudor el cumplimiento directo o específico, ya sea por el mismo deudor o por un tercero si ello es posible; recién cuando el acreedor no puede obtener la prestación, podrá reclamar la indemnización de los daños y perjuicios. Ocurrirá tal cosa en las obligaciones de dar cuando haya desaparecido el objeto de la obligación, sea que este objeto haya perecido por culpa del deudor o bien que la prestación prometida no tuviera utilidad si no se realiza en determinado tiempo. En consecuencia, el acreedor *no tiene una opción* a su favor para elegir la solución del pago o de los daños e intereses".

"La ejecución indirecta está prescripta en la norma en el último término y ello armoniza perfectamente con el derecho que tiene el deudor de efectuar el pago de lo debido (art. 725) y de compeler al acreedor a recibirlo por la vía de la consignación (art. 757 inc. l). Los jueces no pueden imponer al acreedor que reciba el pago de los daños a cambio de la prestación mientras el cumplimiento específico sea posible. Finalmente, tampoco puede el deudor optar por el pago de la indemnización, pues convertiría a la obligación en facultativa y ello solo puede ocurrir si se hubiese pactado así por oponerse a tal solución los arts. 631, 658 y 740 del CC".

---

(4) CAZEAUX, Pedro y TRIGO REPRESAS, Félix A., *Derecho de las obligaciones*, 4 ° ed., Bs. As., ed. La Ley, 2010, t. 1 p. 171 y 189.

(5) BUSTAMANTE ALSINA, Jorge, *Teoría general de la responsabilidad civil*, 9º ed. Ampliada y actualizada. Bs. As. ed. Abeledo Perrot, 1997, n° 137. Las cursivas han sido incorporadas por mí con el propósito de enfatizar algunos conceptos relevantes; no figuran en el texto originario.

III. Las normas implicadas en el régimen vigente

El código es un sistema; las normas que contiene no deben ser interpretadas aisladamente. No obstante, separo dos artículos ubicados en la parte general de las obligaciones del resto de la normativa implicada porque sobre ellos giran (y giraban antes de 2015) las principales discusiones doctrinales.

III.1. Dos normas relevantes de la parte general de las obligaciones

(a) Efectos de las obligaciones

Art. 730 del CCyC. Efectos con relación al acreedor. La obligación da derecho al acreedor a: a) emplear los medios legales para que el deudor le procure aquello a que se ha obligado; b) hacérselo procurar por otro a costa del deudor; c) obtener del deudor las indemnizaciones correspondientes.

En sentido análogo, el art. 505 del código derogado disponía:

"Los efectos de las obligaciones respecto del acreedor son:

"1° Darle derecho para emplear los medios legales, a fin de que el deudor le procure aquello a que se ha obligado.

"2° Para hacérselo procurar por otro a costa del deudor.

"3° Para obtener del deudor las indemnizaciones correspondientes".

(b) Imposibilidad de cumplimiento

El art. 955 del CCyC dispone:

"La imposibilidad sobrevenida, objetiva, absoluta y definitiva de la prestación, producida por caso fortuito o fuerza mayor, extingue la obligación, sin responsabilidad. Si la imposibilidad sobreviene debido a causas imputables al deudor, la obligación modifica su objeto y se convierte en la de pagar una indemnización de los daños causados".

El art. 889 del código velezano decía:

"Si la prestación se hace imposible por culpa del deudor, o si éste se hubiese hecho responsable de los casos fortuitos o de fuerza mayor, sea en virtud de una cláusula que lo cargue con los peligros que por ellos

vengan, o sea por haberse constituido en mora, la obligación primitiva, sea de dar o de hacer, se convierte en la de pagar daños e intereses".

Ambos textos se refieren a la *conversión*, pero el nuevo aclara que esa conversión *modifica el objeto*, tal como sostenía importante sector de la doctrina anterior a 2015 (6).

III.2. Otros artículos del CCyC referidos al incumplimiento de la obligación y la obligación de reparar

Una interminable serie de artículos del código distinguen entre (i) *incumplimiento* y (ii) *obligación de reparar los daños* o *responsabilidad civil* (7). La afirmación de que son dos fenómenos distintos parece de Perogrullo (8), pero es importante subrayarla por varias razones.

Por un lado, de estos artículos resulta que *el incumplimiento* de una obligación configura una conducta *antijurídica, contraria a derecho*, primer presupuesto (pero no único) de la responsabilidad civil (9). Con entusiasmo se sostiene que "entre las bondades que ha tenido el CCyC, hay una capaz de justificar la derogación del monumento jurídico Ve-

---

(6) MAYO, Jorge y otros, *Comentario al art. 889* en BUERES-HIGHTON, Código Civil y normas complementarias, Bs. As. ed. Hammurabi, 1998, t. 2.B, p. 371.

(7) LÓPEZ MESA, Marcelo, *Derecho de las obligaciones*, Bs. As., ed. B de F, 2015, t. I, p. 427.

(8) El diccionario de la Real Academia española enseña: Perogrullo: Nombre propio compuesto de *Pero*, forma antigua de *Pedro*, y el adjetivo *grullo* (‹cateto, palurdo'). Designa a un personaje inventado caracterizado tradicionalmente como simple por expresar lo evidente o comúnmente sabido: "Para el guisado de liebre hay que tener, primero, la liebre, decía Perogrullo". Se usa a menudo en la locución adjetiva de Perogrullo, que significa 'obvio o notoriamente sabido': "Uno siempre ha leído más de lo que ha escrito, esa es una verdad de Perogrullo" (SchzLeón *Hombre* [Perú 2008]).

(9) Esta noción fue expuesta por Atilio Alterini, hace años, en una de sus obras más difundidas, titulada *El incumplimiento considerado en sí propio (Enfoque objetivo del ilícito civil)*, Bs As., ed. Arkh, 1963. La revista *Responsabilidad Civil y Seguros* dedicó el número de abril de 2009 en homenaje a quien era por entonces su director para analizar, precisamente, esa obra. Ver, entre otros, los trabajos de DE ÁNGEL YÁGÜEZ, Ricardo, *Incumplimiento e ilicitud* (pág. 151) Cita Online: AR/DOC/2253/2008; DONNA, Edgardo A., *Cuestiones actuales en torno a la antijuridicidad* (pág. 162) Cita Online: AR/DOC/116/2009; PICASSO, Sebastián, *Incumplimiento, antijuridicidad y responsabilidad contractual* (pág. 359), Cita Online: AR/DOC/114/2009; TRIGO REPRESAS, Félix A, *El incumplimiento considerado en sí propio como principio fundamental del obrar contrario a derecho* (pág. 399), Cita Online: AR/DOC/120/2009; VERGARA, Leandro, *La antijuridicidad, la ilegalidad, la ilicitud y la idea de disconformidad con el derecho* (pág. 413), Cita Online: AR/DOC/4071/2008.

lezano, a saber: la unicidad del instituto de la reparación mediante el elemento "antijuricidad" [10]. En definitiva, se afirma: "La responsabilidad obligacional comprende los daños derivados del incumplimiento de toda obligación preexistente, cualquiera sea su causa fuente; de allí que el art. 1716 del CCyC. establezca que *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 del citado Código" [11].

No ignoro la doctrina francesa que niega la existencia de una verdadera responsabilidad contractual [12], pero creo que su tratamiento aquí no es necesario; parto de la afirmación de que "la responsabilidad contractual existe como tal" [13].

Ahora bien, puede ocurrir:

(i) que un incumplimiento no cause daños compensatorios jurídicamente indemnizables (por ej., si la cosa que se debía entregar hubiese perecido igualmente en poder del acreedor, argumento art. 1936) [14];

(ii) el incumplimiento puede generar efectos o sanciones diferentes a la reparación del daño (por ej., revocación de la donación por incumplimiento de los cargos) [15].

---

(10) MEDINA, Gastón L., *La responsabilidad civil como causa fuente de la obligación de reparar*, RCCyC 2023 (febrero), 252, Cita: TR LALEY AR/DOC/3108/2022.

(11) Cámara de Apelaciones en lo Civil y Comercial de Córdoba, Sala V, 20-ago-2024, Cita: MJ-JU-M-153212-AR | MJJ153212.

(12) Un desarrollo cuidadoso de esta doctrina se encuentra en PICASSO, Sebastián y SÁENZ, Luis, *Tratado de derecho de daños*, Bs As., ed. La Ley, 2019, t. II, p. 272/287.

(13) Para esta cuestión ver VISINTINI, Giovanna, *Responsabilidad contractual y extracontractual*, trad. por Leysser León, Lima, ed. Ara, 2002, pág. 44 y ss.; SMORTO, Guido, *Il danno da inadempimento*, Padova, Cedam, 2005; MOISSET ITURRASPE, Jorge y PIEDECASAS, Miguel, *Responsabilidad contractual*, Santa Fe, ed. Rubinzal, 2007, pág. 9 y ss.; LARROUMET, Christian, *A propósito de la negación de la responsabilidad contractual en la doctrina francesa reciente*, en Temas de responsabilidad civil, ed. Universidad Diego Portales, 2004, pág. 17; ESPINOSA ESPINOZA, Juan, *Derecho de la responsabilidad civil,* 4° ed., Lima, ed. Gaceta Jurídica, 2006, pág. 35 y ss.

(14) Art. 1936. Responsabilidad por destrucción según la buena o mala fe. El poseedor de buena fe no responde de la destrucción total o parcial de la cosa, sino hasta la concurrencia del provecho subsistente. El de mala fe responde de la destrucción total o parcial de la cosa, excepto que se hubiera producido igualmente de estar la cosa en poder de quien tiene derecho a su restitución.

(15) Art. 1570. Incumplimiento de los cargos. La donación puede ser revocada por incumplimiento de los cargos. La revocación no perjudica a los terceros en cuyo beneficio se establecen los cargos. Los terceros a quienes el donatario transmite bienes gravados con cargos sólo deben restituirlos al donante, al revocarse la donación, si son

En suma: aunque con diversos puntos de contacto, el incumplimiento obligacional y la reparación de daños (o responsabilidad civil) son dos fenómenos jurídicos perfectamente diferenciables. Para que opere la segunda deben jugar, además, un factor de atribución, el daño y la relación de causalidad [16].

Con estas aclaraciones, léanse, entre otros, los siguientes artículos del CCyC:

– Art. 180, al regular la exclusión de un socio, concluye: "El *incumplimiento* de estos requisitos compromete *la responsabilidad* de la comisión directiva".

– Art. 551, un efecto del *incumplimiento* de órdenes judiciales relativas a la prestación alimentaria es la *responsabilidad solidaria* de quien debía depositar y no lo hizo.

– Art. 552, una consecuencia del *incumplimiento* de las obligaciones alimentarias es el devengamiento de la tasa de interés más alta que cobren los bancos.

– Art. 553, el juez puede imponer al responsable de la deuda alimentaria otro tipo de medidas razonables para asegurar la eficacia de la sentencia. Igual solución frente al incumplimiento reiterado de las decisiones relativas al régimen de comunicación (art. 557).

– Art. 758, en las obligaciones de dar, el acreedor de buena fe que resulta frustrado en su derecho conserva su acción contra el deudor para *reclamar los daños sufridos*.

– Art. 777, en las obligaciones de hacer, el incumplimiento imputable de la prestación da derecho al acreedor a: a) exigir el cumplimiento específico; b) hacerlo cumplir por terceros a costa del deudor; c) reclamar los daños sufridos.

– Art. 804, el juez puede imponer *sanciones conminatorias* a quien *incumple* deberes jurídicos impuestos en una resolución judicial.

---

de mala fe; pero pueden impedir los efectos de la revocación ofreciendo ejecutar las obligaciones impuestas al donatario si las prestaciones que constituyen los cargos no deben ser ejecutadas precisa y personalmente por aquél. El donatario que enajena los bienes donados, o imposibilita su devolución por su culpa, debe resarcir al donante el valor de las cosas donadas al tiempo de promoverse la acción de revocación, con sus intereses.

(16) LLAMBÍAS, Jorge J., *Tratado de Derecho civil. Obligaciones*. Bs. As., ed. A Perrot, 1967, t. I n° 94/98 p. 109/112.

– Art. 838, la mora de un deudor solidario genera la obligación de entregar el *equivalente de la prestación debida* y la *indemnización de los daños*.

– Art. 991, el *incumplimiento* del deber de buena fe en las tratativas preliminares genera la *obligación de resarcir el daño*.

– Art. 992, quien *incumple* el deber de confidencialidad está obligado a *reparar el daño* y quien obtuvo una ventaja debe indemnizar en la medida de su propio enriquecimiento – Art. 1078, entre los efectos de la extinción del contrato por declaración de una de las partes enumera: "e) la parte que tiene derecho a extinguir el contrato puede optar por requerir su *cumplimiento* y *la reparación de daños*" y "h) la extinción del contrato deja subsistentes las estipulaciones referidas a las *restituciones*, a la *reparación de daños*, a la *solución de las controversias* y a cualquiera otra que regule los derechos y obligaciones de las partes tras la extinción".

– Art. 1081, si se trata de la extinción de un contrato bilateral: c) para estimar el valor de las restituciones del acreedor se toman en cuenta las ventajas que resulten o puedan resultar de no haber efectuado la propia prestación, su utilidad frustrada y, en su caso, *otros daños*.

– Art. 1082 (también ubicado en el capítulo 13, del título II, libro III, referido a la extinción, modificación y adecuación del contrato), "la reparación del daño, *cuando procede*, queda sujeta a estas disposiciones: a) el daño debe ser reparado en los casos y con los alcances establecidos en este Capítulo, en el Título V de este Libro, y en las disposiciones especiales para cada contrato; b) la reparación incluye el reembolso total o parcial, según corresponda, de los gastos generados por la celebración del contrato y de los tributos que lo hayan gravado; c) de haberse pactado la cláusula penal, se aplica con los alcances establecidos en los artículos 790 y siguientes".

– Art. 1088, la resolución por cláusula resolutoria implícita exige: a) un *incumplimiento* en los términos del artículo 1084.

– Art. 1248, frente al i*ncumplimiento* de la obligación del tomador de pagar el canon en el contrato de leasing de cosa inmueble, producido el desalojo, "el dador puede reclamar el pago de los períodos de canon adeudados hasta el momento del lanzamiento, con más sus intereses y costas, por la vía ejecutiva. El dador puede también reclamar los *daños y perjuicios* que resulten del deterioro anormal de la cosa imputable al tomador por dolo, culpa o negligencia por la vía procesal pertinente".

– Art. 1249, en el leasing de una cosa mueble, ante la mora del tomador, el dador puede: a) obtener el inmediato secuestro del bien; producido el secuestro, queda resuelto el contrato y el dador puede promover *ejecución por el cobro del canon*, *la cláusula penal pactada y sus intereses*, y la *acción de reparación de daños.*

– Art. 1291, *el incumplimiento* o cumplimiento tardío en el contrato de transporte hace *responder por los siniestros* que afectan a la persona del pasajero y por la avería o pérdida de sus cosas.

– Art. 1462, en las agrupaciones de empresas que solo vinculan dos personas, el *incumplimiento d*e una permite a la otra reclamar la resolución del contrato y el *resarcimiento de los daños.*

– Art. 1574, hay contrato de fianza cuando una persona se obliga accesoriamente por otra a satisfacer una prestación para el caso de *incumplimiento*. Si la deuda afianzada es de entregar cosa cierta, de hacer que sólo puede ser cumplida personalmente por el deudor, o de no hacer, el fiador sólo queda obligado a satisfacer los daños que resulten de la inejecución.

– Art. 1716. "La violación del *deber de no dañar a otro*, o el *incumplimiento* de una obligación da lugar a la *reparación del daño* causado".

– Art 1755, 2 párrafo, los padres *no responden* por el *incumplimiento* de obligaciones contractuales válidamente contraídas por sus hijos.

– Art. 2226, el *incumplimiento* del acreedor que usa la cosa prendada da derecho al deudor a: a) dar por extinguida la garantía y que la cosa le sea restituida; b) pedir que la cosa se ponga en depósito a costa del acreedor; c) reclamar daños y perjuicios.

– Art. 2250. El actor puede optar por demandar el restablecimiento del derecho real u obtener *la indemnización sustitutiva del daño*. Si opta por el restablecimiento de su derecho, puede reclamar el resarcimiento *complementario del daño*. Si opta por obtener la indemnización sustitutiva del daño, pierde el derecho a ejercer la acción real.

III.3. Normas relativas al cumplimiento por equivalente (monetario o de otro tipo)

– Art. 765, en las obligaciones de dar moneda que no es de curso legal, el deudor puede liberarse dando el *equivalente en moneda* de curso legal.

– Art. 838, si el cumplimiento se hace imposible por causas imputables a un codeudor solidario, los demás responden por el *equivalente de la prestación* debida *y* la indemnización de daños y perjuicios.

– Art. 1039, en la responsabilidad por saneamiento el acreedor tiene derecho a optar entre: a) reclamar el saneamiento del título o la subsanación de los vicios; b) *reclamar un bien equivalente*, si es fungible.

– Art. 1497, extinguido el contrato de agencia, el agente que mediante su labor ha incrementado significativamente el giro de las operaciones del empresario tiene derecho a una compensación. A falta de acuerdo, la compensación debe ser fijada judicialmente y *no puede exceder del importe equivalente a un año de remuneraciones*.

– Art. 1602, la renta debe pagarse en dinero. Si se prevé esta prestación en otros bienes que no son dinero, *debe pagarse por su equivalente en dinero al momento de cada pago*.

– Art. 1740, la reparación del daño consiste en la *restitución de la situación* del damnificado al estado anterior al hecho dañoso, sea por el *pago en dinero o en especie*. La víctima puede *optar por el reintegro específico*, excepto que sea parcial o totalmente imposible, excesivamente oneroso o abusivo, en cuyo caso *se debe fijar en dinero*.

– Art. 1746, 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 aptitud del damnificado para realizar actividades productivas o económicamente valorables, y que se agote al término del plazo en que razonablemente pudo continuar realizando tales actividades.

– Art. 1747, 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.

IV. Cumplimiento, incumplimiento, efectos de las obligaciones y reparación de otros daños

IV.1. La terminología utilizada

En numerosas ocasiones, las discusiones tienen causa en que los autores utilizan diferentes palabras para los mismos hechos, o dan a las palabras distintos significados [17].

(17) La propia denominación responsabilidad contractual y extracontractual es usada por la dotrina con distinto alcance. Ver las diferentes posiciones, entre otros, en

IV.2. La doctrina argentina anterior al CCyC

Según Llambías [18], las obligaciones generan dos tipos de efectos: (i) *normales o necesarios* y (ii) *anormale*s, *subsidiarios o accidentales*. Los primeros (*normales o necesarios*) consisten en los medios que el ordenamiento jurídico pone a disposición del acreedor para que éste obtenga la satisfacción de sus derechos por el *cumplimiento específico* de la prestación debida, es decir, por la realización de lo mismo que el deudor debía realizar. Ese cumplimiento forzado, ese efecto normal, no es absoluto; reconoce limitaciones; si se trata de una cosa cierta, está supeditado a la concurrencia de tres requisitos: (i) que la cosa exista; (ii) que esté en el patrimonio del deudor [19]; (iii) que éste tenga la posesión de la cosa debida. Los segundos efectos (*anormale*s, *subsidiarios o accidentales*) son las consecuencias que conciernen a la satisfacción del derecho del acreedor por vía *sucedánea*. La inejecución del deudor ha hecho fracasar la expectativa del acreedor y menoscabar su patrimonio, que no solo no se verá beneficiado con el incremento que representa el valor de la prestación incumplida, sino que ha podido experimentar un perjuicio adicional consistente en la frustración de la ganancia que le habría concretado si el deudor hubiese cumplido en tiempo propio. Engloban, pues, el daño emergente y el lucro cesante y cumplen una función de *equivalencia patrimonial* en tanto tienen por fin procurar que el acreedor quede en la misma situación patrimonial que habría tenido si el deudor hubiese cumplido".

Al tratar la cuestión relativa a la imposibilidad de cumplimiento imputable al deudor agrega que la situación debe ser calificada de *novación objetiva de origen legal, con características anómalas, por cuanto se prescinde del animus novandi, propio de la novación ordinaria*; la anomalía consiste en que se modifica el objeto pero permanecen la causa y los sujetos por lo que la obligación originaria no se extingue; "de ninguna ma-

---

RASCHETTI, Franco, *Incumplimiento y resolución contractual. Efecto retroactivo y su excepción,* Cita Online: AR/DOC/1074/2021.

(18) LLAMBÍAS, Jorge J., *Tratado de Derecho civil. Obligaciones*, Bs.As., ed. A. Perrot, 1967, t. I, n º 64 y ss.

(19) Así, se entendió que, si el tractor vendido fue secuestrado por otra persona para ser rematado en una subasta judicial, el cumplimiento se ha tornado imposible. Cámara de Apelaciones en lo Civil y Comercial de Azul, sala II, 10-may-2022, Cita: MJ-JU-M-137095-AR | MJJ137095. En el caso, las partes acordaron de mutuo acuerdo la rescisión, pero la vendedora no restituyó el pagaré que la compradora había entregado en garantía, incumplimiento que motivó el acogimiento de la acción de daños interpuesta por la compradora que tuvo que abonar a un tercero de buena fe el monto del pagaré.

nera hay extinción de la deuda ni liberación del deudor sino persistencia de la obligación, aunque mudada en su objeto *ministerio legis"* [20]. Coherentemente con la posición de la no extinción de la obligación primitiva, adhería a la calificada doctrina que entendía que el plazo de prescripción es el correspondiente a la relación jurídica originaria y no a la establecida para la obligación de reparar daños [21].

Alterini sostenía [22]: el acreedor está dotado de una serie de poderes que son derivaciones o efectos de la relación obligacional, todos los cuales llevan directa o indirectamente, mediata o inmediatamente, a la satisfacción del interés suyo que está involucrado en la obligación. Tales efectos se denominan *principales y* tienden a obtener que el acreedor se satisfaga en *especie* (o sea que obtenga exactamente el objeto debido) o por *equivalente* (es decir que reciba en cambio algo de valor parejo con el objeto debido). Otros efectos tienden a proteger la integridad del patrimonio; aquí se ubican las medidas cautelares, o las de integración como la simulación o el fraude; en tal situación se los denomina *auxiliares* porque coadyuvan a la virtualidad de los efectos principales.

Otros autores describían la situación de la siguiente manera:

El *cumplimiento* es un *efecto* de las obligaciones y la teoría de los efectos comprende: (i) los medios compulsivos que inducen al cumplimiento voluntario, (ii) el incumplimiento con todas sus consecuencias y (iii) la protección o tutela jurídica del acreedor. Dicho en otros términos: "la prestación que debió actuar voluntaria y espontáneamente dejó de operar". "Entra en juego, pues, un factor que permanecía en potencia, inactivo, que pudo permanecer así hasta el término de la relación, casi sin advertirse siquiera. Pero el deudor se ha rebelado. No ha cumplido debidamente. Entonces, entra a operar el deber de responsabilidad. Y ¿qué es la responsabilidad? Es el efecto de la inobservancia de un deber". De allí se deduce que "La reparación de daños es una obligación que

---

(20) LLAMBÍAS, Jorge J., *Tratado de derecho civil. Obligaciones.* Bs As. ed. A. Perrot, 1973, t. III, nº 2002, p 298. Conf. con la calificación de novación objetiva de origen legal y las consecuencias sobre la prescripción, AMEAL, Oscar, *Comentario al art. 889* en BELLUSCIO-ZANNONI, *Código Civil y leyes complementarias*, Bs As, ed. Astrea, 1981 t. 3 p. 781. También recoge la noción de novación legal MEDINA, Gastón L., *La responsabilidad civil como causa fuente de la obligación de reparar*, RCCyC 2023 (febrero), 252, Cita: TR LALEY AR/DOC/3108/2022.

(21) SALVAT-GALLI, *Tratado de Derecho civil argentino. Obligaciones en general*. Bs. As. ed. TEA, 1956, t. III, nº 2036 p. 377.

(22) ALTERINI-AMEAL-LÓPEZ CABANA, *Derecho de obligaciones civiles y comerciales*, 4° ed, Bs As., ed. Abeledo Perrot, 2008, n° 169.

pesa sobre el deudor que ha dejado de cumplir un contrato. *No* se trata de una nueva obligación nueva, extraña a la incumplida. Es la misma, con el solo cambio de objeto, pero conservando sus demás elementos. La prestación originaria se reemplaza, en atención al incumplimiento, por otra que representa el interés del acreedor en la perfecta ejecución". "La consecuencia primera y principal del incumplimiento voluntario o imputable al deudor es la reparación del daño [23]. En el mismo sentido se afirma que la mentada conversión debe ser entendida como modificación de la *misma* obligación, que muta su objeto y *no como una nueva* relación distinta de la originaria [24].

Para otro sector, "la acción de daños deducida como consecuencia de un incumplimiento contractual no es un efecto ni una consecuencia de esa relación, sino un hecho modificatorio que da lugar a *una nueva* obligación". "La obligación de resarcir es extraña al concepto de obligación; es ajena a la relación obligacional originaria; tiene por causa fuente un hecho ilícito cual es el incumplimiento que determina el nacimiento de una nueva obligación. El incumplimiento no es un delito que se sanciona, pero es un acto anormal injusto que causa daño, el cual se repara con la congruente indemnización la responsabilidad. Es una situación jurídica autónoma de carácter instrumental respecto a la relación obligatoria. Se dice, por eso, que la obligación de resarcimiento no es obligación primaria, como originaria, sino que, incluso, se debe considerar obligación *secundaria* [25].

IV.3. Los fundamentos que acompañaron al anteproyecto que sirvió de base al CCyC vigente

"Los miembros de la Comisión y todos los especialistas que fueron consultados coincidieron en la conveniencia de un concepto normativo de obligación. Por ello se comienza diciendo que es "una relación jurídica en virtud de la cual el acreedor tiene el derecho a exigir del deudor una prestación destinada a satisfacer un interés lícito y, ante el incumplimiento, a obtener forzadamente la satisfacción de dicho interés". La definición propuesta pone de manifiesto los rasgos más relevantes de

---

(23) FUEYO LANERI, Fernando, *Cumplimiento e incumplimiento de las obligaciones*, Santiago, ed. Jurídica de Chile, 1992, p. 47, 261, 333 y 335.

(24) PIZARRO, Daniel y VALLESPINOS, Gustavo, Tratado de la responsabilidad civil, 2º ed. Ampliada y actualizada, Bs As. ed. Rubinzal, 2024, t. II Parte General nº 196.

(25) HEREDIA, P. D., *El derecho transitorio en materia contractual*, La Ley on line, AR/DOC/2137/2015). Conf. Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil, Sala E, 25-sep-2024, Cita: MJ-JU-M-153676-AR | MJJ153676.

la figura y remarca, además, la verdadera estructura institucional de la obligación, en la que, armónicamente, aparecen el débito y la responsabilidad como tramos de una misma relación obligatoria".

"En cuanto a la problemática derivada del incumplimiento, queda regulada en el campo obligacional y contractual. Frente al incumplimiento, el acreedor persigue la ejecución forzada para obtener la prestación y, si no es posible o no lo desea, pretende una indemnización sustitutiva. Ello exige diferenciar, dentro del espectro de los daños resarcibles, *el valor de la prestación originariamente pactada*, de los *otros perjuicios* que se sufren. La primera indemnización es el equivalente de la prestación debida, también denominada *aestimatio rei, o id quod interest.* La naturaleza de esta pretensión ha dado lugar a dos posiciones diferentes:

a) La tesis de la *autonomía* considera que el derecho del acreedor a obtener el valor de la prestación es una acción previa e independiente de la indemnización de los ulteriores o adicionales daños y perjuicios. Es simplemente la obligación originaria, que devino de imposible cumplimiento, que se transforma en dinero. La *aestimatio rei* es un subrogado de la prestación que devino imposible y, por tanto, una forma de cumplimiento de la obligación por equivalente. En cambio, los demás daños forman parte de una acción de responsabilidad en sentido estricto, porque surge una nueva obligación a partir del hecho ilícito (incumplimiento), ya que antes no existían esos perjuicios.

b) La tesis de la *unidad* entiende que la ilicitud es un único fenómeno y comprende tanto la acción de cumplimiento por equivalente como la del resarcimiento de los demás daños. Cuando el acreedor se decide por la ejecución forzada, es la misma obligación la que se perpetúa *(perpetuatio obligationis*), pero, cuando se trata de indemnización, hay un cambio de objeto y ello es una mutación esencial. Se trata siempre de una nueva obligación creada a partir de un hecho antijurídico que es el incumplimiento. Este último es una calificación de la conducta del deudor, y no de su patrimonio, por lo tanto, no se trata de una mera modificación del objeto de una situación patrimonial objetiva, sino un nuevo comportamiento del deudor que, en forma personal, genera un ilícito.

La doctrina argentina está dividida entre ambas posiciones. Tratando de superar las discusiones teóricas, el problema tiene solución práctica si establecemos una regla general para la unificación de los ámbitos de responsabilidad y una regulación especial *para el cumplimiento de la prestación comprometida mediante un contrato.* En la propuesta que se hace, se distingue, la problemática del incumplimiento y su ejecu-

ción, regulada en el campo de las obligaciones y contratos, de los demás aspectos, que se incluyen en la responsabilidad por daños".

IV.4. Las expresiones *id quod interest* y *aestimatio rei*. Cumplimiento por equivalente monetario y reparación de otros daños

Las dos expresiones latinas (*id quod interest* y *aestimatio rei*) mencionadas en los fundamentos del anteproyecto no son usadas por los autores con igual significado. Para algunos, esta cuestión terminológica tiene origen en la diversidad de fuentes romanas. No pretendo dar razón a unos u otros, ni decir cuál es el significado correcto.

Simplemente, a los fines de distinguir (i) cumplimiento de la obligación por equivalente monetario y (ii) reparación de daños, parece útil la posición que separa ambos términos, dándole estos alcances:

Aestimatio rei: La persona a quien no se le entregó la cosa cierta debida por culpa del deudor tiene derecho a reclamar su equivalente monetario. La *aestimatio rei* es ese valor. Se trata de un subrogado de la prestación que devino imposible y, por tanto, una forma de cumplimiento de la obligación por equivalente. Se funda en la *perpetuatio obligationis*. La acción para reclamar deriva del contrato y el cumplimiento por equivalente cumple una función análoga al pago porque libera al deudor y extingue la obligación. No ha nacido una obligación nueva, sino que se perpetua la anterior, que ahora se ha extinguido con el pago de una suma dineraria. El acreedor no tiene la carga de probar el daño sufrido ni la relación causal.

Id quod interest: Si ese pago no es suficiente porque el acreedor ha sufrido daños derivados del incumplimiento, puede solicitar ser indemnizado de esos daños (*id quod interest*) [(26)]. Éstos no desempeñan la función de pago ni es análoga al pago, porque no es la obligación originaria, sino una que ha nacido del incumplimiento, propia de la responsabilidad civil y tiene como propósito poner al contratante en la misma situación en que estaría si el contrato se hubiese cumplido. El acreedor debe probar el daño sufrido y los otros presupuestos de la responsabilidad [(27)].

---

(26) LLAMAS POMBO, Eugenio, *Cumplimiento por equivalente y resarcimiento del daño al acreedor. Entre la aestimatio rei y el id quod interest*, Madrid, ed. Trivium, 1999, p. 299/301.

(27) LÓPEZ HERRERA, Edgardo, *Teoría general de la responsabilidad civil*, Bs. As., ed Lexis Nexis, 2006, p. 483.

Otros autores dan a las expresiones otros contenidos. Así, por ej., se las utiliza como sinónimos: "El *id quod interest* no es otra cosa más que el sustitutivo de la prestación específica expresada en dinero, es decir que cuando exista prestación convenida y esta no puede ejecutarse por vía forzosa siempre habrá *id quod interest,* ello al margen del derecho que pueda asistirle al acreedor para reclamar al deudor como adicional de la prestación incumplida la reparación de los mayores daños que ha sufrido con motivo del incumplimiento cuando el deudor no ha ejecutado la prestación asumida y ha frustrado de tal modo el cumplimiento de la obligación. O sea, no debe confundirse el *id quod interest* contravalor dinerario de la prestación debida que algunos autores también denominan *aestimatio rei, con* la indemnización de los daños y perjuicios que puede reclamar el acreedor con independencia del contravalor dinerario de la prestación. Para el *id quod interest* solo es necesario acreditar la existencia del vínculo obligacional y el incumplimiento de la obligación sin requerirse la prueba del daño en sí, porque no se trata más que el sucedáneo y la prestación originaria del valor originario; lo único a probar sería la diferencia entre el valor actual y el originario; el *id quod interest* se configura de tal modo como un daño *in re ipsa* ya que se deriva de la falta de la prestación debida y no requiere de otra prueba más que del incumplimiento de la prestación debida mientras que los mayores daños que sufra el acreedor con motivo de la falta de cumplimiento en la prestación requieren de una prueba efectiva de los perjuicios, de la relación causal y del factor de atribución; ello no obsta a que el deudor pueda probar la inexistencia del *id quod interest* alegando que el acreedor se ha beneficiado con la frustración [28].

Dadas estas discrepancias, es preferible no usar estas expresiones en latín.

IV.5. La distinción cumplimiento por equivalente y otros daños, más allá de la terminología

Independientemente del uso de las expresiones latinas, creo que mucha confusión sobre el tema proviene de no distinguir (i) el cumplimiento por equivalente monetario de (ii) la reparación de daños [29]. Esta

---

(28) CALVO COSTA, *Comentario al art. 955*, en HEREDIA-CALVO COSTA (directores*) Código Civil y Comercial comentado y anotado*, Bs As, ed. La Ley, 2022, t. III p. 791/2; también en Comentario al art. 955 en LORENZETTI, Ricardo L. *Código Civil y Comercial de la nación comentado*, Bs. As., ed. Rubinzal, 2015, t. V p. 522.

(29) Antes de 2015 la distinción también tenía adherentes en la Argentina. Así, por ej., Bueres sostenía que el equivalente pecuniario es precio y no daño BUERES, Alberto, *Culpa y riesgo. Sus ámbitos*. Rev. Derecho de Daños 2006-3-45.

distinción es expuesta con claridad por Eugenio Llamas Pombo en su tesis doctoral *Cumplimiento por equivalente y resarcimiento del daño al acreedor* [30]. El profesor de Salamanca explica:

En el supuesto de imposibilidad sobrevenida de la prestación imputable al deudor, teóricamente, pueden postularse dos soluciones:

(i) conceder al acreedor el derecho a obtener el valor de la prestación *aestimatio rei* o equivalente pecuniario como algo previo de la indemnización de los ulteriores o adicionales daños y perjuicios (teoría de la autonomía del cumplimiento por equivalente) o

(ii) resolver la cuestión con una sola indemnización de daños que comprendería tanto el equivalente pecuniario (valor de la prestación) como el resto de los daños sufridos por el acreedor; la no prestación constituye un daño en sí mismo que es reparado juntamente con los mayores daños mediante el otorgamiento de una suma única cuyo carácter es íntegramente resarcitorio.

La opción por una o por otra corriente dista de ser meramente teórica porque hay varios problemas concretos cuya solución parece depender de la relación que exista entre la obligación originaria y la de pagar daños y perjuicios. La controversia tiene origen en los textos romanos; la *perpetuatio obligaciones,* en el derecho clásico, consistía en una ficción en virtud de la cual se consideraba que la cosa que debía darse y había perecido por culpa del deudor seguía existiendo, lo que permitía condenar al obligado por el importe del valor de la cosa; la confusión se habría suscitado en épocas posteriores, cuando se habría abandonado esta fórmula y se había incluido tanto el precio de la cosa como el valor de los mayores daños derivados del incumplimiento.

IV.6. La doctrina argentina posterior a la vigencia del CCyC

a) Algunos autores recurren a la denominada *estructura institucional de la obligación* compuesta por la *deuda o débito y la responsabilidad* (o *schould y haftung* para los alemanes, *devoir y engagement* para los franceses, *duty y la liability* para los anglosajones), citada en los fundamentos que acompañaron el anteproyecto, antes transcripto.

---

(30) LLAMAS POMBO, Eugenio, *Cumplimiento por equivalente y resarcimiento del daño al acreedor. Entre la aestimatio rei y el id quod interest*, Madrid, ed. Trivium, 1999, p. 20.

Conforme esta teoría, no existen dos relaciones jurídicas distintas en ambos tramos o aspectos de la obligación sino una única relación jurídica; ambas fases (deuda y responsabilidad) son inseparables; podría decirse que la responsabilidad acompaña al débito como la sombra a un cuerpo; allí donde existe una deuda hay un responsable y viceversa. Constituyen tramos inseparables de la obligación, puesto que ambos hacen a la esencia misma del vínculo obligacional; si ellos se escindieran, este último se distorsionaría, puesto que la responsabilidad posibilita que el incumplimiento del deudor no quede impune; la sanción hacia el deudor tendrá como finalidad la satisfacción del crédito del acreedor. Sin responsabilidad, el deber del deudor sería solo moral o social; en cambio, el deudor ha asumido un verdadero deber jurídico; así el derecho subjetivo del acreedor que nace al momento de crearse la obligación no se encuentra limitado únicamente a exigir un comportamiento determinado al deudor sino que también se extiende a la posibilidad de que su titular pueda acudir a los mecanismos legales destinados a agredir el patrimonio del deudor a fin de forzar el cumplimiento de la prestación en caso de que este voluntariamente no lo haga. Tanto la ejecución forzada como el *id quod interest* son etapas o tramos de la misma obligación; se está siempre en presencia del mismo derecho subjetivo del acreedor y del mismo deber del deudor; únicamente en caso de tener que efectuarse la ejecución indirecta y obtener la satisfacción del interés a través de una indemnización en dinero, el derecho del acreedor sufrirá un cambio en su objeto, pero no nace a partir del incumplimiento del deudor nuevas obligaciones derivadas de él. Tampoco constituye una obligación accesoria diferente del originaria [(31)].

b) En una obra sobre responsabilidad contractual se afirma: el derecho de las obligaciones procura preservar el interés de cumplimiento del acreedor, sea por la ejecución voluntaria como mediante la ejecución forzada, siendo la responsabilidad una consecuencia inescindible del incumplimiento; la relación es una sola conformada por dos situaciones (deuda y responsabilidad); de ahí que la necesidad de satisfacer el interés del acreedor mediante el remedio de la responsabilidad contractual, tanto el resarcimiento por equivalente (*la aestimatio rei*) como el de los otros daños *(id quod interest*) debe ser entendida como una parte integrante de la estructura originaria de la obligación; un elemento constitutivo esencial de la relación jurídica obligatoria y no como una nueva

(31) CALVO COSTA, *Comentario al art. 955*, en HEREDIA-CALVO COSTA (directores*) Código Civil y Comercial comentado y anotado*, Bs As, ed. La Ley, 2022, t. III p. 791/2; también en Comentario al art. 955 en LORENZETTI, Ricardo L. *Código Civil y Comercial de la nación comentado*, Bs. As., ed. Rubinzal, 2015, t. V p. 522.

obligación nacida del incumplimiento; las indemnizaciones constituyen la representación del interés que habría implicado para el acreedor la ejecución voluntaria de la obligación; la ejecución forzada no significa sino la sujeción del deudor al poder coactivo del acreedor en caso de incumplimiento [32].

c) Ossola [33] critica el art. 955 del CCyC. A diferencia de lo que predica la norma (conversión del objeto) entiende que tanto el crédito por indemnización del daño moratorio como el que se deriva del daño por incumplimiento definitivo constituyen obligaciones diferentes cuya causa fuente se integra por dos elementos inescindibles: la existencia de una obligación anterior y el incumplimiento imputable al deudor; estos dos sucesos configuran la *fattispecie* del hecho jurídico que hacen hacer la obligación resarcitoria, *aun cuando la reparación se limite única y exclusivamente al valor de la prestación frustrada*.

Argumenta de la siguiente manera:

(i) La redacción es poco feliz; el artículo no dice que la obligación se extinga por la imposibilidad, sino que se convierte, lo que no obsta a que, además, nazca la responsabilidad por otros daños derivados del incumplimiento obligacional como claramente fluye del artículo 1716 y de otras normas, como el artículo 838. Se trata, en definitiva, de otra obligación que nace con motivo del incumplimiento obligacional a la par de la obligación primigenia que se ha modificado por imperio de la ley.

(ii) En principio, ante el incumplimiento absoluto y definitivo se produce la *extinción* de la obligación y el consiguiente nacimiento de una nueva obligación derivada de dicho incumplimiento de resarcir los daños causados; en otras palabras, la obligación incumplida integra la causa fuente de la obligación resarcitoria; es su presupuesto, y el hecho del incumplimiento imputable es lo que hace nacer la obligación resarcitoria. Es claro que esta situación no se presenta en el caso de la mora del deudor, ya que la ejecución forzada de la prestación originaria en nada modifica a la obligación que sigue siendo la misma sin perjuicio del derecho resarcitorio del acreedor, pero si existe incumplimiento definitivo, entender, sin más, que la obligación se modifica mutando su objeto hacia el equivalente dinerario importa mantener al

---

(32) NEGRI, Nicolás Jorge, *Responsabilidad civil contractual*, Bs As, Astrea, 2017, t. I n 57 p. 241.

(33) OSSOLA, Federico, *Comentario al art. 955* en BUERES, Alberto, *Código Civil y Comercial de la nación*, Bs. As., ed. Hammurabi, 2017, t. 3.B p. 637/642.

acreedor en un vínculo obligacional en el que tal vez no esté interesado en continuar, imponiéndosele otra prestación, subsistiendo la obligación primigenia; es claro que ante el incumplimiento puede resolver el contrato, pero la resolución supone la mora del deudor y no el incumplimiento definitivo.

(iii) Existe una contradicción con el artículo 956, ya que, si se frustra el interés del acreedor, existe incumplimiento definitivo de la obligación, pero el deudor continúa obligado, aunque debiendo el equivalente dinerario.

(iv) La imposibilidad de pago debería generar la extinción de la obligación con el derecho del acreedor al resarcimiento de los daños que ha sufrido, cuestión diferente al cumplimiento de la prestación principal. Así, por ej., conforme el artículo 1130 en materia de compraventa, si la cosa cierta ha dejado de existir al tiempo de perfeccionarse el contrato, éste no produce efecto alguno, o sea no se modifica el contrato de compraventa, sino que lisa y llanamente el vínculo se extingue.

(v) Si se acepta que la obligación permanece, no debería postularse la existencia de incumplimiento definitivo, sino demora en la que la obligación es modificada pero subsiste, y los otros daños causados por este incumplimiento por ejemplo daño moral deberían ser considerados como daño moratorio y regirse por las normas de esta institución; en otras palabras, dentro de la parte destinada a los modos extintivos de la obligación, se trata de un supuesto no extintivo sino de modificación.

(vi) Así considerada la cuestión, solo respecto de los daños y no al equivalente mal nominado en el código como daños causados, nacerá un plazo de prescripción que puede llegar a ser diferente al de la obligación primigenia que subsiste, pese al incumplimiento definitivo ya que la modificación de la obligación en su objeto en manera alguna puede afectar el plazo de prescripción.

(vii) Si el deudor cae en mora debiendo una cosa que no ha perecido y que luego se pierde por causas imputables a él, en este momento se produciría la modificación de la obligación sin hacer nacer un nuevo plazo de prescripción pues se trata de la misma obligación.

(viii) El argumento de la conservación de las garantías es aparente; si la prestación se torna imposible por causas imputables al deudor las garantías se mantendrán incólumes y cobran vigencia precisamente por dicho incumplimiento.

d) Otro autor [34] critica al CCyC por haber establecido principios comunes a la responsabilidad contractual y extracontractual y desde esa posición expone:

"Al compás de la anunciada unificación, se postula que el incumplimiento es un hecho ilícito. La vaga asimilación provoca un sorprendente desplazamiento conceptual cuya doble vía nos deja en la intemperie de la confusión. Es que, por un lado, matar, lesionar a una persona, etc. (incuestionados hechos/actos ilícitos) quedan recubiertos en el CCyC por la vaguedad del sintagma "no dañar"; y, por otro lado, se denomina, propiciando una extraña mezcla de ideas, "hecho ilícito" al fenómeno de no pagar una obligación". "Esta manera de presentar al incumplimiento, es decir, como "hecho ilícito", introduce la incoherencia y la contradicción en el seno del propio CCyC en tanto este regula el mismo fenómeno jurídico (no pago, incumplimiento) en dos regiones ónticas (obligaciones en general y responsabilidad civil) claramente distintas. La ilogicidad resulta ostensible en tanto se unen a los hechos ilícitos (delito: p. ej., matar; cuasidelito, p. ej., dueño o guardián de un automóvil que embiste a un peatón y le provoca lesiones graves) con el incumplimiento, no pago, inejecución de las obligaciones. Un abismo separa o diferencia los hechos (violación del deber de no dañar a otro e incumplimiento de una obligación) que incorrectamente se unifican en el art. 1716 del CCyC. Intento, para fundamentar la crítica anterior, retornar a la claridad, coherencia, de nuestro codificador originario. No pagar, incumplir, es uno de los efectos de las obligaciones (conf. arts. 505 y concordantes, Cód. Civil derogado; 730, 777 y concordantes, CCyC). Estos, los efectos, pueden resumirse en dos palabras: cumplimiento e incumplimiento o, lo que es igual, pago y no pago, realización o no realización de la obligación (que incluye, claro está, la falta del acreedor al rehusar el pago —conf. art. 886, párr. 2º, CCyC.)". "La doctrina discute acerca de la naturaleza de la transformación operada en la obligación cuando esta se incumple. Para algunos, se produce una verdadera novación (por cambio de objeto). Otros, por el contrario, sostienen que se trata de la misma obligación, pues la primera no se extingue, ni concurre, en la especie, el necesario animus novandi". "He aquí una cuestión esencial que divide las aguas en la doctrina autoral. Algunos beben del turbio manantial del nacimiento de una nueva obligación; y otros postulan que, en verdad, se trata de la misma obligación que no ha sido pagada

(34) MARTÍNEZ, Jorge P., *La unificación de la responsabilidad civil resarcitoria en el Código Civil y Comercial: de los paralogismos a la aporía*, RCCyC 2022 (agosto), 215 – RCyS 2022-VI, 3, TR LALEY AR/DOC/3465/2021.

y que ha caído, en consecuencia, en su fase coactiva. Es cuanto menos sorprendente que el CCyC recepte, en regiones diferentes, las dos opuestas tesis. En efecto, por un lado, en el art. 1716 se recepta la tesis de la nueva obligación que produce el incumplimiento de la obligación. Por otro lado, en los arts. 724, 730, 743, 955 y concordantes, se despliega la tesis de la misma obligación que al incumplirse pasa a la fase coactiva (responsabilidad patrimonial). Esta doble recepción, y naturalmente doble regulación, provoca una aporía que debemos, al compás de la hermenéutica, superar".

e) Por el contrario, Picasso [35] desde la *autonomía del cumplimiento por equivalente,* tesis desarrollada en España por Llamas Pombo, como se vio, aprueba la solución del CCyC con estos fundamentos:

(i) La postura contraria lleva a discriminar dos tipos de acreedores frustrados: aquellos cuya prestación no ha devenido imposible y pueden exigir el cumplimiento forzoso sin necesidad de demostrar más que el incumplimiento y los que ante la imposibilidad de la prestación original, ven transformada la obligación en otra de indemnizar daños para cuyo éxito deben demostrar la existencia de daños y su relación causal con el incumplimiento.

(ii) Ninguna doctrina explica satisfactoriamente debido a qué artificio el objeto de la obligación original se trocaría por el de pagar los daños y perjuicios derivados del incumplimiento (*id quod interest*); por el contrario, la subsistencia de esa obligación original supone la permanencia del vínculo con un único cambio de objeto por su valoración económica y la intangibilidad de la fuente obligatoria.

(iii) La esencia de la responsabilidad se cifra en la reparación de los daños; la responsabilidad contractual no tiene la función de reintegración por equivalente del derecho de crédito lesionado ni una función sustitutiva o subrogatoria de la prestación incumplida, ni es una forma de cumplimiento por equivalente de la prestación; tampoco es su función ocupar el lugar del objeto de la obligación sino la de compensar los daños que han seguido del incumplimiento del vínculo original.

(iv) La *aestimatio rei*, el valor de la prestación no constituye en sí mismo un daño; es daño lo que tal prestación representaba dentro del patrimonio expectativa e intereses del acreedor, pero no su valor aisla-

---

(35) PICASSO, Sebastián y SÁENZ, Luisa, *Tratado de derecho de daños*, Bs As., ed. La Ley, 2019, t. II, p. 295/302.

damente considerado. La *perpetuatio obligatione* solo existe respecto de la *aestimatio rei*; la obligación de resarcir los mayores daños que puede haber sufrido el acreedor, el *quod interest* no es la misma obligación que se incumplió, sino un vínculo nuevo surgido precisamente a partir de la producción de los perjuicios; esos mayores daños no coinciden con el de aquella obligación original.

(v) El CCyC ha traído luz sobre la cuestión. La metodología deja en claro que la reparación es una nueva obligación que nace a partir de la producción de un daño, tanto en materia obligacional como extracontractual (artículo 1716) y que, por consiguiente, no se confunde con la obligación anterior que el deudor ha incumplido; la responsabilidad por daños es objeto de un capítulo especial que trata su régimen de manera parcialmente unificada para los campos obligacional y se especifica que el hecho generador de la primera especie de responsabilidad es el incumplimiento de una obligación que al mismo tiempo causa daños al acreedor; contrariamente, los efectos de las obligaciones reguladas en el libro tercero, título primero, teoría general de las obligaciones y en especial en el artículo 730 no se refieren a la responsabilidad por daños, sino a la ejecución forzada de la obligación; en consecuencia, aunque el artículo 730 inc. c) al igual que el artículo 955 para el caso de imposibilidad imputable, sigue manteniendo la defectuosa expresión según la cual el acreedor puede obtener del deudor *las indemnizaciones correspondientes,* es indudable que en tanto esta disposición se emplaza en la teoría general de las obligaciones y no en el capítulo de la responsabilidad civil, ella debe interpretarse como haciendo alusión a la posibilidad de solicitar el valor de la prestación (*la aestimatio rei*) a título de cumplimiento forzado y no de la indemnización de daños. Por su parte el artículo 777 también dice, incorrectamente una vez más, que el acreedor de una obligación de hacer puede en caso de incumplimiento reclamar daños y perjuicios, pero el título del artículo es ejecución forzada, con lo que no cabe ninguna duda de que esta expresión o las similares empleadas por los artículos 730 inciso c y 955 es solo un modo defectuoso de hacer referencia al valor de la prestación que puede reclamarse por vía de una acción de cumplimiento y no a los verdaderos daños y perjuicios.

La distinción entre el valor de la prestación y los mayores daños sufridos por el acreedor aparece expresamente en diversos textos; la norma capital es el artículo 1747, según el cual el resarcimiento del daño moratorio es acumulable al daño compensatorio *o al valor de la prestación*; claro entonces que las dos primeras categorías que corresponden a verdaderos perjuicios el daño que sufre el acreedor como consecuencia de la mora del deudor daño moratorio o el que resulta

para él del incumplimiento definitivo daño compensatorio son algo distinto del valor de la prestación que a tenor del artículo en examen puede acumularse a ellos.

(vi) El CCyC prevé un régimen diferenciado para el reclamo del valor de la prestación o *aestimatio rei* que se rige por las normas el cumplimiento forzado y el de los mayores daños sufridos por el acreedor al margen de aquel, el i*d quod interés*; solo en este último caso puede hablarse de responsabilidad civil.

Los requisitos de procedencia de la ejecución forzada en especie o por equivalente dinerario difieren de los de la responsabilidad civil dado que para obtenerla basta al acreedor comprobar su título y alegar la existencia de inejecución mientras que corresponde al deudor probar el pago; esto contrasta con lo que sucede cuando se demanda la indemnización de daños y perjuicios o sea responsabilidad civil, pues en tal caso el acreedor debe acreditar el factor de atribución. La clarificación del tema pasa por distinguir adecuadamente la ejecución por equivalente de los daños y perjuicios pues es a partir de la confusión entre ambos conceptos que se generan los debates entre partidarios y adversarios de la responsabilidad contractual" [(36)].

f) En la misma línea, una profesora de Mendoza sostiene: "La unidad del fenómeno resarcitorio que consagra la normativa al establecer los presupuestos comunes se ve reforzado con la distinción entre *cumplimiento por equivalente* y *responsabilidad civil o mayores daños*. En el primero, el dinero ingresa en sustitución de la prestación incumplida, es un sucedáneo o subrogado de la obligación original, que subsiste, pero con una modificación en su objeto. El pago del equivalente se rige por las normas del cumplimiento y basta el incumplimiento. Por el contrario, la obligación resarcitoria nace con el incumplimiento y se rige por las normas de la responsabilidad civil requiriendo para su nacimiento los presupuestos comunes de la responsabilidad" [(37)].

---

(36) PICASSO, Sebastián y SÁENZ, Luisa, *Tratado de derecho de daños*, Bs As., ed. La Ley, 2019, t. II, p. 270.

(37) FURLOTTI, Silvina del Carmen, *La unificación de la responsabilidad contractual y extracontractual o aquiliana en el derecho argentino: estado actual,* RCyS 2019 - Edición Especial, 190, TR LALEY AR/DOC/274/2019.

V. LA JURISPRUDENCIA

No es frecuente que las sentencias califiquen expresamente las pretensiones deducidas en la materia bajo análisis [38]. Analizaré una que lo hace con gran precisión, otra en igual sentido que reprocha la terminología legal y la última que adolece de algunas inconsistencias.

La primera dice [39]:

"La acción bajo análisis queda comprendida dentro de las reglas que rigen el cumplimiento de las obligaciones y no por las que disciplinan la responsabilidad civil, con excepción del rubro pérdida de chance. Es que más allá de las alusiones efectuadas en la demanda y en la sentencia de primera instancia, como así también en el recurso de los actores en el sentido de que lo reclamado por los demandantes son los daños y perjuicios derivados del incumplimiento, el presente reclamo no versa, en rigor, sobre una pretensión resarcitoria —a salvo, reitero, lo relativo a la pérdida de chance—, sino sobre una enderezada *a exigir el cumplimiento de la prestación no ejecutada* (la entrega del 16% de los metros construidos, con más las 12 cocheras referidas líneas arriba), *mediante el pago de su equivalente dinerario*. Esto es así debido a que los actores reclamaron a los demandados, frente al incumplimiento que imputaron a G. S.A., *que cumplan mediante la entrega de una suma de dinero que se corresponda con la prestación que aquella omitió cumplir*. Así, el valor equivalente a la cantidad de metros y cocheras que no fueron entregados *no constituye una indemnización*, sino el equivalente dinerario del objeto de la obligación que G. S.A. debía cumplir. Esto, necesariamente, conduce a distinguir el cumplimiento forzado de la obligación de lo que es propio de la responsabilidad civil: el cumplimiento de la prestación puede tener lugar tanto de forma específica (art. 505 inc. 1º, 576 y concs., C. Civil) como por su equivalente dinerario (art. 505, inc. 3º, mismo código); en ambos casos se está cumpliendo con la obligación, amén de que en el segundo haya habido una mutación de su objeto. Descarto, con esto, la tesis —ciertamente superada en la doctrina y la legislación actualmente vigente en nuestro país— según la cual, cuando no es posible la realización de la prestación in natura, corresponde conceder una "indemnización integral", en la comprensión de que la prestación equivalente com-

(38) Para la situación anterior a 2015 véase Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil, sala D, 22/08/1988, LA LEY 1989-D, 549, con nota Jorge A. Mayo; DJ 1990-1, 335, TR LALEY AR/JUR/1010/1988.

(39) Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil - Sala M, 20-02-2024, El Derecho, Tomo 307, Cita Digital ED-V-DCCLXIV-78

prende tanto la prestación como los daños. De suscribirse lo anterior, por hipótesis, no resultaría posible diferenciar el cumplimiento de la prestación de los comúnmente llamados "mayores daños" que pudo haber sufrido el acreedor, lo cual impondría sostener que el reclamo de la parte insatisfecha se encontraría sujeto a recaudos distintos según que fuese o no posible ejecutar la prestación en especie. Esto sería así dado que, si resultase viable la ejecución de forma específica, la pretensión se hallaría sujeta a los presupuestos propios de la ejecución forzada, mientras que, si lo anterior no fuese posible, el reclamo pasaría a ser regido por las reglas de la responsabilidad civil. En puridad, tanto exigir la prestación específica como su sucedáneo corresponden al cumplimiento forzado de la obligación, más allá de que en un caso el proyecto de conducta debido se identifique con el original, y en el otro no. Aseverar lo contrario importaría modificar la naturaleza de la pretensión de quien exige el cumplimiento de la prestación por su equivalente y, por sobre todo, condicionaría su éxito a la reunión de los requisitos propios de la responsabilidad civil. Así, queda evidenciado que incurrir en tal identificación conduce a inconvenientes derivaciones que exceden largamente lo meramente conceptual, dado que aparejaría confundir, además de los presupuestos que rigen a uno y a otro reclamo, cuestiones tales como sus plazos de prescripción, o la extensión de la facultad morigeradora de los jueces correspondiente a las indemnizaciones". "Ocioso es indicar que el distingo no descarta que la pretensión dirigida a alcanzar el cumplimiento de la prestación esté adosada de otra de tipo indemnizatorio, en la medida en que, a causa del incumplimiento, el acreedor hubiese sufrido daños, tal como ocurre en el sub examine con la pérdida de chance. El *quid* reside en que uno y otro régimen no se identifican. Por lo demás, el Código Civil y Comercial —que en este aspecto no resulta aplicable al caso a raíz de la fecha de los hechos que aquí se debaten, es útil como una guía interpretativa de la legislación derogada— descarta la tesis del concepto integral de la indemnización y acoge la que reconoce autonomía a la ejecución por equivalente. Pese a que algunas normas aisladas parecieran indicar lo contrario (arts. 730 inc. "c", 777 inc. "c" y 955 in fine, código citado), lo cierto es que eso se deriva de un estudio integral de sus disposiciones (arts. 781, 1114, 1420, 1563 y 1747 del mismo código), y se ve corroborado por los propios fundamentos de su anteproyecto. En ese marco (el incumplimiento que sustenta la acción reside en la falta de entrega, por un lado, del 16% de los metros que se construyan sobre el espacio aéreo del inmueble sito en la calle Lima, y por otro, de 12 cocheras a construirse en ese inmueble, de acuerdo con lo establecido en la cláusula tercera del contrato), en puridad, en la sentencia apelada *no* se condenó al pago de una indemnización por daños y perjuicios, más allá de los términos empleados en ese pronunciamiento. En sentido estricto, dicha condena

importó una manda tendiente a conseguir el cumplimiento de las obligaciones a cargo de los demandados. Por lo tanto, no resulta fundado el desarrollo argumentativo de los emplazados, formulado en su expresión de agravios, dirigido a cuestionar la decisión apelada por considerarla violatoria del principio de congruencia, habida cuenta de que —más allá del *nomen iuris* empleado— la decisión guarda relación con lo pretendido por los actores en su demanda. Entonces, al existir concordancia entre la demanda, la contestación y la sentencia en lo que hace al objeto, la causa y los sujetos, y dado que la actividad jurisdiccional no fue extralimitada, concluyo que este cuestionamiento no es fundado (arts. 34, inc. 4, y 163, inc. 3, Código Procesal Civil y Comercial de la Nación)".

La segunda [(40)] también distingue adecuadamente la acción por cumplimiento por equivalente monetario y la de reparación de daños y, además, reprocha al CCyC haber mantenido la terminología del CC. Con cita de sus propios precedentes sostiene:

"La primera posibilidad que el ordenamiento jurídico ofrece al acreedor de una obligación incumplida consiste en el cumplimiento forzado de la prestación que, a su vez puede obtenerse en especie (con lo que se obtiene la prestación in natura) o por equivalente dinerario (en cuyo caso no se logra la prestación específica, sino la entrega de su valor en dinero) y a este último supuesto se refería equivocadamente el inc. 3º del art. 505 del Código Civil derogado, hoy replicado en el inc. "c" del art. 730 del Código Civil y Comercial. Ambas disposiciones confunden el cumplimiento forzado por equivalente dinerario con los verdaderos daños y perjuicios, ya que, a pesar de la impropia denominación de "daños y perjuicios" empleada, no son otra cosa que el contravalor dinerario de la prestación incumplida (se trata, por lo tanto, de un supuesto especial de ejecución forzada, y no de una reparación de daños). Ello, sin perjuicio de la facultad del acreedor de adicionar a su reclamo una pretensión de resarcimiento de los daños que haya sufrido adicionalmente, al margen de la falta de obtención de la prestación, o de su valor (el llamado "daño extrínseco"); pretensión esta que se regirá, ahora sí, por las reglas de la responsabilidad civil, lo que exige, naturalmente, la prueba de todos los presupuestos del deber de reparar". En el caso, "la naturaleza jurídica de la pretensión del actor que consiste en el pago en dinero de una parte del valor de la prestación de la demandada, quien cumplió solo parcialmente lo prometido, puesto que el precio que pagó el comprador estaba referido a un departamento de una superficie mayor a la de aquel que le fue entregado, es la de una acción de reintegro. Ello así, pues no se

(40) Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil - Sala A, 04-08-2021 (voto del Dr. Picasso), El Derecho - Diario, Tomo 294, Cita Digital: ED-II-CCXLIII-65.

trata de un pedido para que se resarza un perjuicio causado como consecuencia del incumplimiento de la vendedora (lo que habilitaría la aplicación de las reglas que disciplinan la responsabilidad civil), sino de la ejecución forzada —por equivalente dinerario— de una parte de la prestación debida por esta, que no fue ejecutada. El reclamo de una suma equivalente al valor de la diferencia en metros cuadrados entre la superficie comprometida y abonada y la efectivamente entregada no constituye una indemnización, sino el equivalente dinerario de una porción del objeto de la obligación que la vendedora debía cumplir; por ende, el actor no se desinteresó del cumplimiento de la prestación, pues pretende que la deudora cumpla con la obligación debida, aunque no mediante la realización de la conducta convenida *in obligatione*, sino a través de su equivalente, es decir, que lo buscado por aquel es satisfacer el llamado interés de cumplimiento. Cuando nos encontramos ante una pretensión de índole *satisfactiva*, la condena se debe dirigir a colocar a la parte insatisfecha en la situación en que habría quedado de haberse cumplido correctamente la obligación, a diferencia de lo que ocurre en el marco de una pretensión r*esolutoria*, en cuyo caso se debe colocar a las partes en la misma posición en la que se encontraban antes de la celebración del contrato. En estas condiciones, es claro que el monto de la condena se debe identificar con el valor de la prestación incumplida, y no con una eventual reparación de daños, ni tampoco con la restitución parcial del precio abonado"; "Aun cuando se hubieran invocado y probado los presupuestos que habilitarían a responsabilizar al codemandado como gerente societario, no corresponde extender la responsabilidad de la persona jurídica hacia sus socios y controladores, dado que la causa petendi de la acción (incumplimiento de la obligación) no se concilia con la correspondiente a la atribución de responsabilidad pretendida (hecho ilícito), pues en ningún momento se invocó la existencia de daños, ni menos aún se solicitó su reparación".

La tercera [(41)], en cambio, aunque con una finalidad loable (evitar la iniciación de un nuevo juicio) y respondiendo, de alguna manera, a la terminología del CCyC, habla de conversión de la obligación en una pretensión de reparar daños debido a que la sentencia que condenó al pago en especie se tornó imposible. En este sentido dice:

"En el *sub lite* se ha acreditado la imposibilidad de cumplimiento sobrevenida, objetiva, absoluta y definitiva de la obligación de escriturar, quedando entonces la situación comprendida en las previsiones del art. 889, Código Civil. La imposibilidad sobrevenida de cumplimiento

(41) CCC 1ª, Córdoba, Córdoba; 25/09/2018; Rubinzal Online; 5661885 RC J 7784/18.

importa la transformación *ministerio legis* de la obligación primitiva en una obligación de indemnizar daños y perjuicios. Es decir, la obligación de escriturar no se extingue ni se reemplaza por una nueva, sino que modifica su objeto, convirtiéndose en una obligación de pagar una suma de dinero comprensiva del resarcimiento de las pérdidas e intereses sufridos por el acreedor. De allí que no resulte necesario que el actor formule un reclamo expreso en tal sentido en oportunidad de entablar demanda de cumplimiento de la obligación".

La solución (no es necesario interponer una nueva demanda porque la petición de resolver en daños se considera implícita en la demanda de escrituración) es correcta; sin embargo, la petición implícita no implica necesariamente que se trate de la misma obligación de escriturar si se reclaman daños que no se identifican con el valor monetario del inmueble vendido.

VI. EL PLAZO DE PRESCRIPCIÓN

La doctrina posterior a 2015 afirma mayoritariamente que, si no existe norma específica para el tipo contractual, las acciones de cumplimiento de contrato se rigen por el plazo quinquenal previsto en el art. 2560 [(42)]. En cambio, la acción de reparación de daños (sea contractual o extracontractual) se rigen por el plazo de tres años (art. 2561) [(43)].

En este sentido, se sostiene:

"El art. 2560 contiene un plazo residual que abarca todas las situaciones no previstas en otros supuestos legales. Por ej., la acción de cumplimiento o resolución de un contrato" [(44)].

"Quedan al margen de los tres años previstos para las acciones de indemnización de daños (art. 2561) las acciones de cumplimiento, de ajuste o de cobro de saldo de precio" [(45)].

---

(42) Art. 2560: "El plazo de la prescripción es de cinco (5) años".

(43) Conf. FURLOTTI, Silvina del Carmen, *La unificación de la responsabilidad contractual y extracontractual o aquiliana en el derecho argentino: estado actual,* RCyS 2019 - Edición Especial, 190, TR LALEY AR/DOC/274/2019.

(44) MÁRQUEZ, José Fernando y otro, *Comentario al art. 2560*, en HEREDIA, Pablo D. y CALVO COSTA, Carlos, *Código Civil y Comercial comentado y anotado*, Bs. As., ed. La Ley, 2022, t. VIII, p. 582.

(45) BENAVENTE, María, *Comentario al art. 2561,* en BUERES, Alberto (director) *Código Civil y Comercial de la Nación y normas complementarias*, Hammurabi, Bs.

"Otra diferencia importante pasa por el plazo de prescripción liberatoria que salvo ciertas excepciones es de 5 años para la acción de cumplimiento y de 3 para la responsabilidad civil" (46).

Desde la jurisdicción, la respuesta es similar. Así, por ej., se ha resuelto (ante un incumplimiento anterior a agosto de 2015) que "No habiéndose legislado específicamente el plazo de prescripción para el contrato de agencia futbolística, son de aplicación las disposiciones de carácter general que establecen que ante la falta de previsión legal corresponde aplicar el plazo genérico, es decir el decenal (art. 846" (hoy quinquenal) (47).

En cambio, una opinión minoritaria, que no comparto, entiende que el plazo de tres años solo es aplicable a la responsabilidad aquiliana y no a la contractual que se rige por el plazo de prescripción genérico de cinco años. Argumenta: "La interpretación literal conduce a sostener que la reparación de cualquier daño prescribe a los tres años. Sin embargo, inmediatamente, se suscita un problema: la eventual superposición con el plazo prescriptivo genérico de cinco años, que puede surgir ante un supuesto de incumplimiento contractual (art. 2560). Por ejemplo, la acción para reclamar al locatario la devolución de la cosa al terminar el plazo contractual (art. 1210), prescribiría a los cinco años; pero el plazo de prescripción para que el locador reclame por el daño sufrido a raíz de ese incumplimiento (v.gr., no poder disponer de la cosa) se vería reducido a tres años. La prescripción liberatoria debe ser interpretada con criterio restrictivo, por lo que en la duda habrá que estar al plazo más amplio (48). Esta posición tuvo acogida en un caso en el que habiéndose acumulado (cumplimiento y reparación de daños), se aplicó a ambas acciones el plazo más extenso correspondiente a la acción de cumplimiento" (49).

As., 207, t. 6 p. 95; conf. OSSOLA, Federico, Responsabilidad civil, 2º ed., ed. Abeledo Perrot, 2024, p. 605.

(46) PICASSO, Sebastián y SÁENZ, Luisa, *Tratado de derecho de daños*, Bs As., ed. La Ley, 2019, t. II, p. 270 y 302 y ss.

(47) Cámara Nacional de Apelaciones en lo Comercial Sala C, 20-dic-2019, Cita: MJ-JU-M-123074-AR | MJJ123074) Cita como precedente voto de la Dra. María L. Gómez Alonso de Díaz Cordero en los autos "Simonian Alberto Marcelo c. Yacob Claudio Ariel s/ ordinario" del 16.10.2019.

(48) BORDA, Alejandro - FOSSACECA (h.), Carlos A. *Reflexiones sobre la unificación de la responsabilidad y la prevención contractual,* LA LEY 2017-F, 858 - RCyS 2018-II, 24, Cita: TR LALEY AR/DOC/2921/2017.

(49) Cámara Nacional de Apelaciones en lo Comercial Sala B, 4-sep-2024, Cita: MJ-JU-M-153625-AR | MJJ153625.

VII. EL CARÁCTER SUBSIDIARIO DE LA ACCIÓN PARA RECLAMAR EL EQUIVALENTE MONETARIO Y LA REPARACIÓN DE LOS DAÑOS CAUSADOS

VII.1. Significado

Un importante sector de la doctrina se alinea junto al maestro Bustamante Alsina y afirma el carácter subsidiario de la acción de indemnización que tiene causa en el incumplimiento contractual.

¿Qué significa subsidiariedad?

VII.2. El diccionario

El Diccionario de la Real Academia puede ayudar, pero no es suficiente.

Define la subsidiariedad como la "cualidad de subsidiario". A su vez, define la cualidad de subsidiario o subsidiaria como "adj. Dicho de cosa: Que sirve de apoyo o refuerzo a otra principal. *La empresa de informática es subsidiaria de una multinacional"*. Y con referencia al Derecho, como segunda acepción afirma: "Dicho de persona o cosa: Que sustituye a otra principal. *El Estado fue declarado responsable civil subsidiario del accidente y tuvo que pagar las indemnizaciones"*.

VII.3. El CCyC

Numerosos artículos del CCyC usan el adjetivo subsidiario/a o el adverbio *subsidiariamente* para calificar a las *normas*; en este sentido, en lo no reglado específicamente, otras normas vienen en refuerzo; por ej., art. 211(Los integrantes del consejo de administración se rigen, respecto de sus derechos y obligaciones, por la ley, por las normas reglamentarias en vigor, por los estatutos y, *subsidiariamente*, por las reglas del mandato); art 823 (Las normas relativas a las obligaciones solidarias son subsidiariamente aplicables a las obligaciones indivisibles); art. 852 (Las normas relativas a las obligaciones solidarias son subsidiariamente aplicables a las obligaciones concurrentes); art 855 para las obligaciones disyuntas (Se aplican, subsidiariamente, las reglas de las obligaciones simplemente mancomunadas); art 1250 (En todo lo no previsto por el presente Capítulo, al contrato de leasing se le aplican subsidiariamente las reglas del contrato de locación, en cuanto sean compatibles); art. 1401 (Las reglas del mandato son aplicables a los encargos encomendados por el cuentacorrentista al banco); art. 1543, para las donaciones (las normas de este

Capítulo se aplican subsidiariamente a los demás actos jurídicos a título gratuito); art. 1600 (Si el contrato es a favor de tercero, respecto de éste se rige en subsidio por las reglas de la donación, excepto que la prestación se haya convenido en razón de otro negocio oneroso); art. 1631 (En lo no previsto expresamente en este Capítulo, la garantía por evicción se rige por las normas establecidas en los artículos 1033 y siguientes); art. 1764, (Las disposiciones del Capítulo 1 de este Título no son aplicables a la responsabilidad del Estado de manera directa ni subsidiaria); art. 1800 (la declaración unilateral de voluntad causa una obligación jurídicamente exigible en los casos previstos por la ley o por los usos y costumbres. Se le aplican subsidiariamente las normas relativas a los contratos); art. 1834, para los títulos valores cartulares (se aplican en subsidio las especiales que rigen para títulos valores determinados); art. 1984, para el condominio, (las normas de este título se aplican, en subsidio de disposición legal o convencional, a todo supuesto de comunión de derechos reales o de otros bienes; además, las normas que regulan el dominio se aplican subsidiariamente a este Título); art. 2008 (El muro de cerramiento forzoso debe ser estable, aislante y de altura no menor a tres metros contados desde la intersección del límite con la superficie de los inmuebles. Esta medida es subsidiaria de las que disponen las reglamentaciones locales); art. 2033 (Lo dispuesto sobre muros medianeros en cuanto a los derechos y obligaciones de los condóminos entre sí, rige, en lo que es aplicable, en la medianería rural), etc.

Esta acepción (tantas veces usada en el Código) no es útil a los fines de este trabajo.

En cambio, otras normas referidas a las obligaciones y a la responsabilidad sirven para una interpretación sistemática. Así por ej., el art. 181 ("Los asociados no responden en forma directa *ni subsidiaria* por las deudas de la asociación civil"); art. 661 inc. c ("el progenitor que falte a la prestación de alimentos puede ser demandado *subsidiariamente*, por cualquiera de los parientes o el Ministerio Público"); art. 676 ("la obligación alimentaria del cónyuge o conviviente respecto de los hijos del otro, tiene *carácter subsidiario*"); art. 928 ("Cualquiera de las partes tiene derecho a requerir a un juez la declaración de la compensación que se ha producido. La pretensión puede ser deducida simultáneamente con las defensas relativas al crédito de la otra parte o, *subsidiariamente*, para el caso de que esas defensas no prosperen"); art. 2318 ("si el legado es de una universalidad de bienes y deudas, el legatario sólo queda obligado al pago de las deudas comprendidas en aquélla hasta el valor de los bienes recibidos, sin perjuicio de la *acción subsidiaria de los acreedores* contra los herederos y los otros legatarios en caso de insuficiencia de los bienes de la universalidad"). Finalmente, aunque la norma no usa la palabra

subsidiariedad, la doctrina da este carácter a la acción de enriquecimiento sin causa con base en el art. 1795 que dispone que "La acción no es procedente si el ordenamiento jurídico concede al damnificado otra acción para obtener la reparación del empobrecimiento sufrido".

VII.4. La doctrina

Un importante número de autores utilizan la expresión "subsidiaria" para señalar que, en general, en el incumplimiento obligacional, la indemnización opera sólo en los casos en los que la ejecución en especie no es posible [(50)], no cabe la forma directa y regular [(51)] o es excesivamente onerosa; "implica que la resolución de la prestación debida en una indemnización constituye la última posibilidad" [(52)]. Para otros, subsidiaria significa que el acreedor de una obligación puede pretender en primer término ser satisfecho en especie; en cambio, en la esfera extracontractual, la obligación de indemnizar nace directamente del hecho ilícito [(53)]. Desde esta perspectiva, Bueres sostuvo que el artículo 505 apartado tercero es *subsidiario de la ejecución forzada en especie* de donde aquélla solo funciona si este último se torna imposible [(54)].

VII.5. Consecuencias del carácter subsidiario

El carácter subsidiario de la acción indemnizatoria, en el sentido indicado en el punto anterior, generaría las siguientes consecuencias:

a) Como regla, el acreedor no puede demandar directamente ni el sustitutivo monetario ni la indemnización de los daños; debe invocar y acreditar que la ejecución de la obligación *en natura* o en *especie* no es posible, o la razón por la cual carece de todo interés para él. En otras

---

(50) FUEYO LANERI, Fernando, *Cumplimiento e incumplimiento de las obligaciones*, Santiago, ed. Jurídica de Chile, 1992, p. 340.

(51) LAFAILLE, Héctor, *Derecho civil. Tratado de las obligaciones*, 2ª ed., actualizada y ampliada por Alberto Bueres y Jorge Mayo, ed. La Ley/Ediar, 2009, t. I, n° 154 y 156.

(52) LÓPEZ MESA, Marcelo, *Derecho de las obligaciones*, Bs. As., ed B de F, 2015, t. I, p. 435/436; CAZEAUX, Pedro, TRIGO REPRESAS, Félix A., *Derecho de las obligaciones*, Bs As. ed. La Ley, 4° ed., 2010, t. I p. 189; CALVO COSTA, Carlos, *Comentario al art. 730*, BUERES, Alberto (dirección), *Código Civil y Comercial de la nación y normas complementarias*, Bs As ed. Hammurabi, 2017, t. 3A, p. 91.

(53) ALTERINI-AMEAL-LÓPEZ CABANA, *Derecho de obligaciones civiles y comerciales*, 4° ed, Bs As., ed. Abeledo Perrot, 2008, n° 582.

(54) BUERES, Alberto, *Culpa y riesgo. Sus ámbitos*. Rev. Derecho de Daños 2006-3-45.

palabras, en general, el acreedor debe agotar los medios legales para constreñir al deudor a cumplir en naturaleza, incluso recurriendo a los llamados medios compulsivos. La petición principal de la demanda siempre será el cumplimiento; la subsidiaria, la prestación monetaria sustitutiva y la de indemnización de daños si los hubiese [55].

En este sentido, por ej., se rechazó la demanda de daños porque los defectos acreditados en el cerramiento del balcón habilitaban al consumidor a reclamar por la garantía legal que pesaba sobre la proveedora demandada consistente en asegurar un servicio técnico adecuado y el suministro de partes y repuestos, y sólo en el supuesto de que la reparación no sea satisfactoria, pedir la sustitución de la cosa adquirida por otra de idénticas características; sin embargo, en este caso, el actor decidió, directamente, retirar el cerramiento, dio por terminado el contrato, sin darle la posibilidad a la legitimada pasiva para que, en el período de garantía, realizara los arreglos pertinentes [56].

b) Si, aun soportando alguna demora u otra dificultad, el acreedor prefiere atenerse a la prestación debida, el juez no puede sustituir el objeto de la obligación por el resarcimiento correspondiente. Los tribunales no pueden imponer al acreedor, contra su voluntad, una indemnización si éste pretende el cumplimiento en especie.

c) Dentro de lo posible, el juez debe preferir el cumplimiento en especie; por eso, no debe imponer al deudor el pago de la prestación monetaria compensatoria si no consta en autos que se agotaron los medios para obtener el cumplimiento en naturaleza o que ha sido imposible desde un comienzo;

d) Excepto haberse reservado la facultad en un convenio aceptado por el acreedor, el deudor no puede liberarse del pago de la obligación mediante el pago de la prestación monetaria, ni incluso la reparación de los daños causados por el incumplimiento. En otras palabras, no hay un derecho del deudor a liberarse pagando algo diferente; el acreedor siempre tiene derecho a exigir el cumplimiento en especie, excepto las limitaciones establecidas en la ley [57].

---

(55) CAZEAUX, Pedro, TRIGO REPRESAS, Félix A., *Derecho de las obligaciones*, Bs As. ed. La Ley, 4° ed., 2010, t. I p. 189; ALTERINI, Jorge, *Código Civil y Comercial comentado. Tratado exegético*, t. IV, Bs As, ed. La Ley, p. 56/57.

(56) Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil Sala K, 16-feb-2024, MJ-JU-M-149262-AR | MJJ149262.

(57) PIZARRO, Daniel y VALLESPINOS, Gustavo, *Tratado de las obligaciones*, Santa Fe, ed. Rubinzal, 2017, t. II, p. 365, n° 1421.

e) Las partes pueden pactar en contrario; o sea, convenir que la subsidiariedad no rija.

f) de cualquier modo, nadie puede actuar abusivamente, ni el deudor ni el acreedor [58].

VII.6. Fundamentos proporcionados por la doctrina en favor de la regla de la subsidiariedad

La subsidiariedad (reclamar el sustituto dinerario o daños sólo cuando el cumplimiento en especie no es posible, o es injustamente oneroso, o ya no tiene interés alguno para el acreedor) encuentra respaldo en los siguientes argumentos de derecho positivo:

a) La presunta intención de ambas partes es la del cumplimiento de la obligación conforme lo debido.

b) Por lo general, el cumplimiento *en especie* es el que satisface más concretamente el interés del acreedor, porque recibe aquello a lo cual el deudor se obligó. Por eso, la mera inejecución material de la obligación da derecho al acreedor para obtener su cumplimiento forzado; no necesita demostrar haber sido dañado como consecuencia del incumplimiento, ni tampoco es necesario que medie un factor de atribución de responsabilidad [59]; en otras palabras, es más fácil reclamar la prestación en especie; no tiene la carga de probar los daños sufridos, ni un factor de atribución, ni la relación causal.

c) El cumplimiento en especie también responde al principio de buena fe y a la prohibición del ejercicio abusivo del derecho, en tanto, como regla, las partes se obligan a entregar o recibir una determinada prestación y no algo diferente [60].

d) Desde una perspectiva económica, el cumplimiento en especie es el que genera menores costos; por eso, el ejercicio del derecho a reclamarlo se adecua al deber del acreedor de no agravar los daños, o sea, al deber de mitigación del daño (art. 1710 del CCyC). "Poner a cargo del

---

(58) FUEYO LANERI, Fernando, *Cumplimiento e incumplimiento de las obligaciones*, Santiago, ed. Jurídica de Chile, 1992, p. 345.

(59) PICASSO, Sebastián, *Incumplimiento, antijuridicidad y responsabilidad contractual,* Cita Online: AR/DOC/114/2009.

(60) CALVO COSTA, Carlos, *Comentario al art. 730*, BUERES, Alberto (dirección), *Código Civil y Comercial de la nación y normas complementarias*, Bs As ed. Hammurabi, 2017, t. 3A, p. 91.

causante deudor el costo de la consecuencia dañosa que habría podido ser evitada por el acreedor damnificado configura una solución antieconómica, en contraste con los principios de racionalidad económica que sugieren valorar comparativamente los intereses en conflicto y colocar correctamente los recursos y los costos de los daños" (61).

e) Si acreedor o deudor pudiesen reclamar o liberarse mediante la indemnización "las obligaciones dejarían de tener seriedad pues ante el primer inconveniente que se presentare, directamente se iría a la opción final que brindan los artículos 730 primera parte y 777 del CCyC. El orden de los 3 incisos del artículo 730 y 777 no es casual ni capricho. Si bien ninguna disposición legal establece expresamente la imposibilidad, la solución surge clara de una interpretación inteligente del nuevo texto si se tienen en cuenta que cuando el legislador ha querido conferir a un legitimado la opción de elegir entre dos determinadas acciones o establecer condiciones para esa opción, lo ha manifestado expresamente como sucede en los artículos 332, 781, 782,789,796,797,874, 1248 inciso c, 1740, etc.; ni en el artículo 730 primera parte ni en el artículo 777 el legislador confiere al acreedor la opción de elegir entre las diversas posibilidades estableciendo un orden de posibles medidas" (62).

f) La opción por la prestación monetaria podría ser abusiva si el cumplimiento específico es material y jurídicamente posible y el acreedor no alega y prueba la *frustración irreversible de su interés* de la prestación.

VII.7. Flexibilización de la regla de la subsidiariedad. Supuestos en los que opera la conversión

La regla de la subsidiariedad tampoco es absoluta. Hay supuestos en los que, como ya se adelantó, el acreedor puede reclamar directamente la prestación monetaria y, si existieran, los daños causados.

Estos son:

a) Imposibilidad de la prestación por causas imputables al deudor

Así, por ej:

---

(61) VISINTINI, Giovanna, *Tratado de la responsabilidad civil*, Bs. As., Astrea, 1999, t. 2 pág. 267, n° 56 y sus citas; BARBIERI, Pablo Carlos, *Breves apuntes sobre las funciones de la responsabilidad civil en el Código Civil y Comercial*, www.infojus.gov.ar, ACF150490.

(62) LÓPEZ MESA, Marcelo, *Derecho de las obligaciones*, Bs. As., ed B de F, 2015, t. I, p. 435/436.

– corresponde hacer lugar directamente a la indemnización en tanto "la recolección de sangre o tejido del cordón umbilical es prácticamente un acto único e irrepetible que se realiza en los instantes posteriores al nacimiento, porque de no hacerlo en ese momento no se puede hacer nunca más" (63);

– el demandado debe restituir la seña recibida y responder por el daño extrapatrimonial si no concurrió a tomar las fotos el día del bautismo del hijo del actor (64).

b) Ejercicio regular de la facultad resolutoria expresa o implícita (art. 1086 a 1088 y concs.)

Al incorporar la facultad de resolver el contrato aún sin cláusula expresa, la ley 17711 flexibilizó el carácter subsidiario. Desde la sanción de esa ley (en 1968) se fue forjando una opinión según la cual la respuesta a la subsidiariedad no la da una lectura aislada del artículo 730 (antes 505), sino la interpretación sistemática de los principios contenidos en el código (65). En este sentido, se hizo lugar a la acción por reparación de daños causados:

– considerando resuelto el contrato de locación después de la intimación realizada por los locatarios a solucionar la pérdida de gas que tornaba peligroso habitar el inmueble alquilado (66);

– aun cuando el actor no intimó previamente al cumplimiento (cancelar la inhibición que impedía la transferencia), sobre la base de los hechos invocados, el juez calificó la demanda como acción de resolución judicial que no requiere ese emplazamiento previo, sino que da derecho al demandado a cumplir dentro del plazo procesal otorgado, lo que en el caso no ocurrió (artículo 1078 inc. f y art. 1083 CCyC) (67);

---

(63) Cám. Nac. Com. Sala D., 10-07-2023, El Derecho - Diario, Tomo 304, Cita Digital: ED-V-XXXIX-39, RC J 3653/23. Casos contra la misma empresa fueron resueltos por el mismo tribunal; los hechos no eran idénticos, por lo que tampoco lo fue la fundamentación (ver, por ej., sentencia de 17/05/2022, RDCO 315, 90, Cita: TR LALEY AR/JUR/60022/2022, elDial.com AACCB2 publicado 1-6-2022 y en MJ-JU-M-137539-AR|MJJ137539|MJJ137539).

(64) Cám. Nac. Civil, Sala J, 24/11/2017, Id SAIJ: FA17020026.

(65) BOFFI BOGGERO, Luis María, "Esquema de las consecuencias 'anormales' de las obligaciones", RCyS 2000, 974, Cita Online: AR/DOC/15894/2001.

(66) Cám. Nac. Civil sala K, 10/07/2019, elDial AAB7A4.

(67) Cám. Nac. Com. Sala C; 13/03/2024; Rubinzal Online; RC J 2055/24.

– debe interpretarse que se solicitó la resolución del contrato de servicios de colecta, crio preservación y almacenamiento de células [68] con más la reparación de los daños; a ese efecto, correspondía la reparación plena "por no ser posible dividir las prestaciones para proceder a una restitución parcial de lo pagado por los actores, pues el interés de éstos solo tenía satisfacción si se cumplía la totalidad de lo convenido de manera única e indivisible, por lo que cabe concluir que no puede entenderse que hay una prestación firme con relación a la cual no corresponde restitución alguna y otra, la incumplida, con referencia a la que es posible restituir un monto menor al indicado, ya que, en rigor, el contrato no generó la utilidad esperada o el interés esencial comprometido (art. 1084, incs. a y c, CCyC) y, en tal caso, los efectos retroactivos del incumplimiento resolutorio rigen en plenitud".

c) Pérdida de interés del acreedor en el cumplimiento de la prestación por causas imputables al deudor (art. 1090 y concs)

La obligación tiene por objeto una prestación destinada a satisfacer un *interés lícito del acreedor*. Por eso, ante el incumplimiento, el acreedor tiene derecho a obtener forzadamente la satisfacción de ese interés. La identificación del *interés del acreedor* es central, pues la frustración irreversible de dicho interés incide notablemente en las consecuencias [69].

Alguna doctrina se quejó de que, con alguna frecuencia, los jueces aceptan que cualquier obligación, especialmente de hacer, pueda ser reclamada, casi fatalmente, como acción de indemnización [70]. No obstante, puede afirmarse que, en general, aunque no se diga expresamente, implícitamente, los tribunales tienen en cuenta la regla de la subsidiariedad. Así, por ej., se ha resuelto:

La demanda de daños contra la empresa de servicios de emergencia médica debe admitirse ya que "la solicitud fue cancelada razonablemente luego de haber trascurrido más de cinco horas desde que fue peticionado. La calidad personal del actor, que por tratarse de un

---

(68) Cám. Nac. Com. Sala D, 16-03-2021, El Derecho - Diario, Tomo 292, Cita Digital: ED-MDCCXL-159, con nota de BUNGE, Diego, "Un caso singular de resolución contractual judicial de un contrato de consumo sin pacto comisorio expreso, apartándose de la cláusula penal, Comentario al fallo B., A. J. y otro c/ Matercell SA".

(69) ETCHEVESTI, Carlos, "Comentario al art. 505", en BUERES, Alberto (director, *Código Civil y normas complementarias*, Bs As, ed. Hammurabi, 1998, t. 2.A, p- 68/69; conf. RASCHETTI, Franco, *Incumplimiento y resolución contractual. Efecto retroactivo y su excepción,* Cita Online: AR/DOC/1074/2021.

(70) COLMO, Alfredo, *De las obligaciones en general*, 3º ed., Bs. As., ed. A Perrot, nº 150.

adulto mayor y en función del tipo de dolencias por el que fue solicitada la prestación —caída al suelo, síncope— debió brindársele una asistencia urgente e inmediata por parte de la demandada implica que el incumplimiento en el que incurrió la demandada reviste la naturaleza de esencial en atención a los fines del contrato que lo vincula con el actor, privando a la parte perjudicada de lo que sustancialmente tiene derecho a esperar" [(71)].

Las causas reseñadas pueden vincularse unas con otras.

Así, la frustración irreversible del interés en la prestación se manifiesta si el acreedor optó por el ejercicio regular de la resolución contractual.

VIII. ALGUNAS CONCLUSIONES, EN APRETADA SÍNTESIS

Más allá de las cuestiones terminológicas y las críticas que la doctrina ha vertido sobre el lenguaje utilizado en el ámbito de la teoría general de las obligaciones, la interpretación sistemática del CCyC que tiene especialmente en consideración la nueva regulación de la responsabilidad civil lleva a las siguientes conclusiones:

(1) El incumplimiento imputable de la obligación genera, como primer efecto, el derecho del acreedor a reclamar el cumplimiento de la prestación debida.

Ese cumplimiento puede operar en especie (exactamente el objeto debido) o a través de su equivalente monetario.

(2) La acción de *cumplimiento* (en cualquiera de las dos formas) se rige por estas reglas:

a) Si el cumplimiento en especie no es posible o no tiene utilidad para el acreedor, la obligación se convierte en la de pagar el equivalente monetario. Cambia el objeto; en lo demás, es la misma obligación.

b) Ante el incumplimiento imputable de la obligación, el acreedor debe reclamar el objeto debido, excepto que sea imposible, o ya no tenga interés para él, o resulte excesivamente oneroso o abusivo para el deudor. Si es imposible, o ya no tiene interés alguno para él, o es excesiva-

(71) Cám. Civ. y Com. Córdoba, 5ª Nom., 20/08/2024, JA 2024-IV, TR LALEY AR/JUR/113851/2024, con nota de MÜLER, Germán, *El problema de la cuantificación de los daños punitivos,* TR LALEY AR/DOC/2472/2024.

mente oneroso o abusivo para el deudor, se abre la vía *subsidiaria* para reclamar el cumplimiento por el equivalente monetario.

En el ámbito de la responsabilidad extracontractual la opción a favor del acreedor es diferente (art. 1740) [72] porque, al no existir una obligación específica anterior ni *incumplimiento strictu sensu*, no está en juego el art. 867.

c) El plazo de prescripción de la acción, excepto disposición especial en contrario, es de cinco años (art. 2560).

d) El acreedor no tiene la carga de probar el daño, ni la relación causal.

e) El acreedor puede evitar los efectos de esa conversión (que implica subsistencia del vínculo) a través de la resolución contractual, en cuyo caso rigen los arts. 1078 y concs. del CCyC.

f) Si el cumplimiento en especie es posible, el deudor no se libera ofreciendo pagar el equivalente monetario no aceptado por el acreedor porque el objeto del pago debe reunir el requisito de identidad (Art. 867), excepto que la oposición del acreedor resulte abusiva.

(3) Las reglas anteriores no impiden al acreedor reclamar los daños causados por el incumplimiento que no se identifican con la prestación debida. En este caso:

a) La procedencia exige al acreedor cumplir con la carga de los requisitos mencionados en el libro III, título V, Capítulo I.

b) El plazo de prescripción es, excepto disposición especial en contrario, de tres años (art. 2561).

c) El deudor responde en la extensión prevista en el art. 1728 [73].

---

(72) ARTÍCULO 1740.- Reparación plena. La reparación del daño debe ser plena. Consiste en la restitución de la situación del damnificado al estado anterior al hecho dañoso, sea por el pago en dinero o en especie. La víctima puede optar por el reintegro específico, excepto que sea parcial o totalmente imposible, excesivamente oneroso o abusivo, en cuyo caso se debe fijar en dinero. En el caso de daños derivados de la lesión del honor, la intimidad o la identidad personal, el juez puede, a pedido de parte, ordenar la publicación de la sentencia, o de sus partes pertinentes, a costa del responsable.

(73) ARTÍCULO 1728.- Previsibilidad contractual. En los contratos se responde por las consecuencias que las partes previeron o pudieron haber previsto al momento de

(4) Las conclusiones anteriores:

a) No contradicen los arts. 730 inc. c) y 955 del CCyC. Es verdad que la obligación de reparar los daños causados nace en forma inmediata del incumplimiento dando lugar a una nueva obligación; sin embargo, nada impide considerar que la fuente mediata o indirecta se encuentra en la obligación pues sin ella no habría de quien predicar el incumplimiento.

La propia definición de obligación contenida en el art. 724 recoge el derecho del acreedor a obtener forzadamente la satisfacción del interés lícito perseguido, interés que en algún caso no se satisface solo con el cumplimiento de la prestación, sino que requiere la reparación de los daños causados por el incumplimiento.

b) Responden a la lógica y a la justicia de no exigir al acreedor recaudos diferentes según reclame el cumplimiento de la prestación en especie o por equivalente.

c) Son coherentes con los principios generales previstos en los arts. 10/12 del título preliminar en tanto no autorizan el ejercicio abusivo del derecho a ninguno de los sujetos de la relación obligatoria desde que el deudor, como regla, no se libera pagando algo distinto y, además, debe reparar los daños causados si se cumplen los requisitos generales de la responsabilidad civil.

d) No impiden al juez calificar las acciones deducidas sobre la base de los hechos (de los cuales el demandado se defiende), independientemente del nombre dado por la parte actora.

e) No contradicen las enseñanzas del maestro Bustamante Alsina en torno al carácter subsidiario de la obligación de reparar los daños causados por el incumplimiento.

---

su celebración. Cuando existe dolo del deudor, la responsabilidad se fija tomando en cuenta estas consecuencias también al momento del incumplimiento.

Responsabilidad civil. Concepto, naturaleza y elementos

Por Rubén H. Compagnucci de Caso

I. Introducción

En el ámbito del Derecho privado, la responsabilidad civil implica que una persona jurídica o humana, tenga la obligación de indemnizar a otra. En la tradicional obra de los hermanos Mazeaud, a la que siempre es necesario recurrir para ahondar en estos temas, los relevantes juristas franceses se preguntan: "¿Qué se entiende por responsabilidad civil?", para luego responder: "... Para que exista responsabilidad civil se requiere un daño, un perjuicio, en consecuencia, una persona que sufre, una víctima...". Por su parte Josserand, el ilustre jurista, ampliaba el criterio de "responsabilidad" llegando a considerar que no solo cuando la víctima del perjuicio podía accionar contra algún tercero, sino en el caso que careciera de acción, o fuera necesario que soporte su daño [(1)].

En la distinguida y profunda doctrina italiana, la profesora Giovanna Visintini, sostiene que *responsabilita civile*, en el lenguaje técnico, es la disciplina que obliga a un sujeto a resarcir el daño sufrido injustamente por otro sujeto, quien como tal comprende, se trate de la responsabilidad

---

(1) Mazeaud Henri – León – Tunc André: Trat*ado teórico práctico de la responsabilidad civil, delictual y contractual*, trad. de la 5ta. edic. francesa de Luis Alcalá Zamora y Castillo, Ed. Ejea, Bs. As. 1961, T. I, v. I, p. 2, No. 3. Savatier René: *Traité de la responsabilité civile*, en Droit Français, Ed. L. G. de D. et J., Paris 1951, 2ème. Edit., T. I, p. 1, define la responsabilidad civil como: "... La obligation qui peut incomber a une personne de réparer le dommage causé à autri par son fait, ou par les faits des personnes ou de choses dependant d'elle". Josserand Louis: *La responsabilité en vers sui même*. Dans Dalloz Hebdomadaire, Paris 1934, Cronique, p. 73. Jourdain Patrice: *Les príncipes de la responsabilité civile*, Ed. Dalloz, Paris 1996, 3ème. Edit., p. 1 (Introduction).

contractual que deriva del incumplimiento o de la responsabilidad aquiliana que surge del hecho ilícito [2].

Por su parte los autores españoles plantean cuestiones de supremo interés, y en ese sentido Santos Briz, en importantes y numerosos estudios, sostiene que es principio general que "... el particular debe soportar los daños que sufra por hechos fortuitos o por su propia culpa...", y agrega "El problema es determinar cuánto de esos daños debe responder un tercero. Siendo esta una cuestión de las fundamentales del derecho, y como casi ninguna otra, un producto de las concepciones morales, económicas y sociales de una época...". Por su parte el distinguido profesor Izquierdo Tolsada, hace notar los cambios profundos de esta manera durante el siglo anterior y el presente. Dice: "... No es sorprendente que la jurisprudencia de los tribunales haya sufrido un giro particular desde el pasado siglo XIX y comienzos del actual...", y de ese modo aparece la necesidad de amparar a las personas de los daños que pueda surgir, como consecuencia de nuevo fenómenos sociales, como los avances del maquinismo, las técnicas informáticas, y otros fenómenos sociales que a la par que mejoran la vida gregaria, arrastran numerosos riesgos y consecuentes perjuicios [3].

En el Derecho alemán el tema tiene un eficaz tratamiento. Así, por ejemplo, Karl Larenz sostiene: "...Todo aquel que causa un daño a otro está obligado a indemnizarlo en cuanto sea del mismo responsable, y hasta donde alcance su responsabilidad...". Por su parte Enneccerus, en su clásica obra sobre las obligaciones, señala: "... Desde que entrara en vigor el Código Civil (B.G.B), ningún otro campo del derecho privado ha sufrido una reelaboración tan profunda y ha sido objeto de tantas críticas en cuanto a la oportunidad y justicia de sus normas, como la regulación de los actos ilícitos y sus consecuencias...". Es que, tal como explica el citado jurista, la consecuencia de esos actos le permiten al perjudicado ejercer una pretensión de indemnización por el daño sufrido [4].

---

(2) Visintini Giovanna: *Trattato breve della responsabilita civile*, Ed. Cedam, Padova 1996, p. 7 (Prefazione). Bonvicini Eugenio: *La responsabilità civile*, Ed. Giuffre, Milano 1971, T. I, p. 5, expresa: "...Con il termine responsabilità civile intendiamo la messacarico "imputazione in senso lato", ne le sue diverse qualificazioni, nei confronti di un evento di danno...".

(3) Santos Briz Jaime: *La responsabilidad civil*, Ed. Montecorvo, Madrid. Del mismo autor: *Derecho de daños*, Ed. R. D. P., Madrid 1962, p. 13 y ss. Izquierdo Tolsada Mariano: *Responsabilidad civil. Contractual y extracontractual*, Ed. Reus, Madrid 1993, p. 19 y ss.

(4) Larenz Karl: *Derecho de obligaciones*, Ed. R. D.P., Madrid 1959, trad. Jaime Santos Briz, T. II, p. 562, No. 67. Enneccerus Ludwig- Lehmann Heinrich: "Derecho de

En la doctrina nacional todo lo vinculado a la responsabilidad civil ha tenido un mayúsculo crecimiento. En sus primeros desarrollos la cuestión fue identificada como estudios sobre los "hechos ilícitos", y otra parte vinculada al "incumplimiento contractual".

Así, por ejemplo, Lafaille, en su *Tratado de las obligaciones*, se ocupa específicamente de los "hechos ilícitos" siguiendo el orden que había impuesto el anterior Código Civil en los arts. 1066 al 1136, analiza todo los referido a los hechos ilícitos, y su derivación romanística en el distingo entre los "delitos" y los "cuasidelitos" (5).

Se comienza a notar una cierta evolución en la clásica obra de Salvat, que tuviera actualización por el Dr. Arturo Acuña Anzorena, al decir: "...Los problemas que nuestro Código Civil ha legislado bajo el título de actos ilícitos se presentan en la doctrina más moderna bajo el título de la responsabilidad civil", y un poco más adelante amplía el concepto al agregar: "...La responsabilidad civil comprende la responsabilidad contractual y la responsabilidad delictual; y cada una de ellas se relaciona con problemas distintos.." (6).

Más cercano en los tiempos comienza a surgir una nueva idea o por lo menos una diferente denominación. Algunos autores nacionales y extranjeros incorporan el título que, por otra parte, puede generar alguna confusión, por aquello de "Derecho de daños". Así en la importante obra del siempre recordado con afecto, profesor Mosset Iturraspe, se lo observa como una especie de combinación de ambos conceptos, ya que en 1971, lo titula como *Responsabilidad por daños*; también lleva igual titulación un libro que reúne una serie de importantes monografías, elaboradas por los relevantes y recordados profesores Dres. Atilio A. Alterini y Roberto López Cabana, y en similar sentido en la doctrina española el ilustre jurista Jaime Santos Briz, a uno de sus libros lo denomina *Derecho de daños* (7).

---

obligaciones", en el *Tratado de derecho civil* de Enneccerus L.- Kipp T. – y Wolf M., Ed. Bosch, 3ra. Edic., Barcelona 1966. Trad. española de Blas Perez González y José Alguer, 3ra. Edic., con estudios de comparación y jurisprudencia de José Ferrandis Vilella, T. II, parte 2da., p. 221, No. 229.

(5) Lafaille Héctor: *Derecho civil. Tratado de las obligaciones*, Ed. Ediar, Bs. As. 1950, T. II, p. 312, No. 1212.

(6) Salvat Raymundo – Acuña Anzorena Arturo: *Tratado de derecho civil. Fuentes de las obligaciones*, Ed. Tea, 2da. edic., Bs. As. 1958, T. IV, p. 3, No. 2702 a.

(7) Mosset Iturraspe Jorge: *Responsabilidad por daños*, Ed. Ediar, Bs. As. 1971, (5 volúmenes). Alterini Atilio A. – López Cabana Roberto M.: *Derecho de daños*, Ed. La Ley, Bs. As. 1992, Santos Briz Jaime: *Derecho de daños*, Ed. Rev. de Derecho Privado, Madrid

Sin embargo y a pesar de la singular influencia de este novel concepto, en la tradición de la materia son muchos los autores que han permanecido en la anterior caracterización, destacándose entre ellos el *Tratado de la responsabilidad civil* de los autores Dres. Félix Alberto Trigo Represas, y Marcelo López Messa, la *Responsabilidad civil* del profesor español Mariano Izquierdo Tolsada, e innumerables monografías sobre las responsabilidades especiales profesionales, las que corresponden al actuar ajeno, al hecho de las cosas inanimadas, etc., etc. Es dable recordar la expresión el ilustre jurista francés Louis Josserand cuando a mediados del siglo pasado calificaba a la responsabilidad, como la *vedette* del derecho privado [8].

II. DESARROLLO DE LA RESPONSABILIDAD CIVIL

En el siglo XX y en el decurso del presente siglo XXI se muestra el mayor impulso dado a este sector del derecho privado. Una de las causas de ese desenvolvimiento quizá sea el incremento de reclamos judiciales, en virtud de la incidencia de casos prácticos por los hechos dañosos. En esa dirección y, ya hace algún tiempo, se expresaba René Savatier al sostener: "...De tous les procès civils, ceux de responsabilité sont aujourdhui les plus fréquent, les plus practiques. Du´nepart, les cas se sont multipliés ou une personne répond du préjudices ubi par une autre; d-autepart, l-idée de responsabilité chevauche désormais sur toutes les matières du droit; elle en pénètre et en modifie le développement..." [9].

En el pensamiento de Patrice Jourdain, la responsabilidad civil siempre refiere y evoca la idea del daño, sus consecuencias y la reparación a las víctimas. Y allí manda a diferenciar a la responsabilidad civil del se-

---

1963. En el prólogo que pertenece al jurista español don Francisco Bonet Ramón, se realiza un interesante estudio sobre los antecedentes del vocablo "daño". Así se indica que "damnum" según Rischi es el neutro de una forma verbal de "dare", y significaba "lo que es dado". Por lo tanto, la pena y en correspondencia el daño sufrido. Por su parte Dumtzer hace derivar "damnum" de "dap" (violar), y "dabh" (destruir). Y Volgt -otro jurista germano-, encuentra su raíz en el sánscrito "de" (ligar, vincular y obligar).

(8) Trigo Represas Félix A. – López Mesa M.: *Tratado de la responsabilidad civil*, Ed. Thomson Reuters. La Ley, 2da. edic., Bs. As.

(9) Savatier René: *Traité de la responsabilité civile*, Ed. L. G. de D. et J., 2ème. Edit., Paris 1951, T. I, p. 1 y ss. Lalou Henri- Azard Pierre: *Traité pratique de la responsabilité civile*, Ed. Dalloz, 6ème. Edit., Paris 1962, p. 1 y ss. Señalan que la responsabilidad civil se apoya en todas las materias que concurren en la actividad humana. Y ello hace que la responsabilidad civil sobrelleve la doble cuestión de la libertad humana y la existencia de una ley moral.

guro y más específicamente el que se contrata para soportar y compensar el daño, ya que el aseguramiento es totalmente opuesto al perjuicio solo viene en auxilio de las víctimas [10].

Como bien lo hace saber el Dr. Jorge Peirano Facio, y siguiendo la frase de Louis Josserand que se convirtió en dicho clásico, al afirmar que la responsabilidad civil se había convertido en la gran "vedette" del derecho privado contemporáneo, y avanzó de tal modo que al ilustre jurista uruguayo le llevó a sentenciar: "... la reparación de los daños que la actividad de los hombres causa a otros, constituye el tema más actual, más complejo, más urgente y más viviente del derecho.." [11].

Es evidente la importancia teórica que genera, por sus múltiples interpretaciones, valoraciones y puntos de vista en cuanto a sus posibles soluciones.

En su génesis las causas resultan numerosas y encierran cierta curiosidad, cuestión que hacía notar el célebre Georges Ripert, al referirse concretamente a "La causa de los riesgos". Sostuvo en su excelso análisis que "... La civilización material crece exigiendo como rescate el sacrificio de vidas humanas o la mutilación de los cuerpos. Las estadísticas nos enseñan cuantos accidentes cuestan un kilómetro de explotación de los ferrocarriles, un año de circulación de los automotores, la extracción de tantas toneladas de carbón. A pesar de que la ciencia, venciendo las enfermedades llega a prolongar la vida humana, es impotente para prevenir todos los accidentes ..." [12].

Entre nuestros más importantes civilistas, el siempre recordado con afecto Dr. Roberto H. Brebbia, consideró que la responsabilidad civil, adquiría en la órbita del derecho privado una relevancia especial. Y ello se aprecia y desarrolla, según su elevado decir, en un "instante dramático

---

(10) Jourdain Patrice: *Les principes de la responsabilité civile*, Ed. Dalloz, 3ème. Edit., Paris 1996, p. 2 y ss. Viney Geneviève: «Introduction à la responsabilité», dans le *Traité de droit civil*, dir. Par Jacques Ghestin, Ed. L.G.D. et J., 2ème. Edit., Paris 1995, p. 16, No. 13. La distinguida autora francesa, enseña que el "Code civil" de 1804, no dedica un capítulo particular a la "responsabilidad civil", y esa literaria designación fue consagrada por la Academia Francesa en el año 1798.

(11) Peirano Facio Jorge: *Responsabilidad extracontractual*, Ed. La Ley, 1ra. edic. (Argentina), Bs. As. 2010, p. 3 y ss.

(12) Ripert Georges: *El régimen democrático y el derecho civil moderno*, Ed. Cajica, Puebla (México) s/f., trad. del Prof. José M. Cajica, p. 264, No. 168. Del mismo autor: *La règle morale dans les obligations civiles*, Ed. L.G. de D. et J., 4ème. Edit., Paris 1949, p. 210, No. 111, donde se desarrolla el principio de "Le devoir de nepasnuir a autri, et la responsabilité civile".

por excelencia...", donde la obligación del buen obrar y conducirse impuesto en las normas, se quebranta por el daño que se causa a otro.

Y el citado autor agrega: "... a todo ello se suma con justificadas razones y ha llevado a producir numerosos estudios en su derredor, con progresión ascendente, acompañada por innumerables fallos judiciales que se encuentran en la voz "daños y perjuicios" en los comunes repertorios de jurisprudencia" (13).

Esta introducción tiene la sola y vana pretensión de acercar algunas ideas que fueran desarrolladas y difundidas por relevantes juristas, para dar una amplia visión de la responsabilidad civil. No es posible omitir que ese concepto es el producto de elementos que llevan a dicho resultado, y en la ausencia de cualesquiera de ellos, no se producirá la consecuencia que contenga la obligación de reparar.

III. ELEMENTOS DE LA RESPONSABILIDAD CIVIL

Es casi unánime la opinión de los elevados juristas, y las conclusiones realizadas en las Jornadas, Congresos y reuniones de especialistas que juzgan y consideran que los elementos de la responsabilidad civil están integrados por: el hecho humano antijurídico o simplemente la "antijuridicidad", el daño causado, el nexo causal o vinculo de causalidad, y un factor que justifica la imputación o en síntesis el "factor de imputación" (14).

De ese modo se expidieron las V Jornadas Nacionales de Derecho Civil celebradas en Rosario en el año 1972, al declarar: "La obligación de resarcir reconoce como regla los siguientes presupuestos: I. Antijuridicidad; II. Daño; III. Causalidad; IV. Factores de atribución" (15).

---

(13) Brebbia Roberto H.: "Ensayo de una teoría general de la responsabilidad civil, en el Derecho positivo argentino", en el libro: *Instituciones de derecho civil*, Ed. Iuris, Rosario 2000, T. II, p. 5 y ss.

(14) Bustamante Alsina Jorge: *Teoría general de la responsabilidad civil*, Ed. AbeledoPerrot, 9na. edic., Bs. As. 1997, p. 108, No. 170. Moisset de Espanés Luis: "El acto ilícito", en el libro *La responsabilidad (Homenaje al profesor Dr. Isidoro H. Goldenberg)*, Ed. AbeledoPerrot, Bs. As. 1995, Atilio A. Alterini y Roberto M. López Cabana (directores), p. 95 y 99. Llambías Jorge J.: *Tratado de derecho civil. Obligaciones*, Ed. Perrot, Bs. As. 1973, T. III, p. 611, No. 2205. Alterini Ignacio E. – Alterini Francisco J.: *Tratado de las obligaciones*, Ed. Thomson Reuters. La Ley, Bs. As. 2020, T. II, p. 334, No. 1274.

(15) Vallet de Goytisolo Juan: "La responsabilidad patrimonial universal y las garantías personales y reales", en el libro *Panorama del derecho civil*, Ed. Bosch, Barcelona

De manera sintética y breve propongo el análisis de cada uno de ellos.

IV. Antijuridicidad

La antijuridicidad o más simplemente conocida como "ilicitud" resulta un concepto complejo y siempre vinculado a los hechos jurídicos humanos, que pueden ser: voluntarios o involuntarios. En cuanto a los extrahumanos o de la naturaleza su causa es extraña a la voluntad y por lo tanto restan fuera de la órbita del accionar del hombre. En esa dirección la ejemplar nota de Vélez al art. 896 del Código Civil anterior, brinda un concepto y explicación dignos de admiración. Decía: "... El hecho puede producirse ya por una causa que se halle enteramente fuera del hombre y a la que éste no haya podido auxiliar ni poner obstáculo, ya con participación directa o indirecta del hombre, o ya finalmente por efecto inmediato de su voluntad..." (16).

Los hechos humanos en una primaria clasificación solo interesan en la dimensión que surgen alcanzados por la norma jurídica, puesto que, algunos de estos actos la mas de las veces aparecen irrelevantes y desinteresan al derecho. Los ejemplos son múltiples, verbigracia una invitación a cenar, el saludo a los amigos, la lectura de un libro, etc., etc. Otros hechos son alcanzados por la norma jurídica, se trate de una valoración positiva o negativa, y son los que interesan a la ley (17).

1973, p. 221 y ss. Bonvicini Eugenio: *La responsabilità civile*, Ed. Giuffre, Milano 1971, p. 19, No. 6. Señala como elementos esenciales: a) illicità della condotta, b) il danno, c) reazone e tutela dell ordenamento.

(16) Trabucchi Alberto: *Instituciones de derecho civil*, Ed. R. D. P., Madrid 1967, trad. Martínez Calcerrada, T. I, p. 133. Orgaz Alfredo: *Concepto de hecho jurídico*, en L. L. 59- 892. Del mismo autor: *Hechos y actos o negocios jurídicos*, Ed. Zavalía, Bs. As. 1963, p. 15 y ss. Compagnucci de Caso Rubén H.: "Los hechos jurídicos", en la *Revista Jurídica Austral*, publicación científica de la Fac. de Derecho de la Universidad Austral, Bs. As. 2020, p. 311 y ss.

(17) Betti E.: *Teoría general del negocio jurídico*, Ed. R. D. P., Madrid 1959, 2da. edic., Trad. A. Martin Perez, p. 13 y ss. De Rugiero Roberto: *Instituciones de derecho civil*, Ed. Reus, Madrid s/f., trad. de Ramón Serrano Suñer y José Santa Cruz Teijeiro, T. I, p. 247. Cifuentes Santos: *Negocio jurídico*, Ed. Astrea, Bs. As. 1986, p. 8 y ss. Spota Alberto G.: *Tratado de derecho civil. Parte general*, Ed. Depalma, Bs. As. 1968, T. I, v. 3- 8, p. 47. Llambías Jorge J.: *Tratado de derecho civil. Parte general*, Ed. Perrot, Bs. As. 1973, 5ta. Edic., T. II, p. 249, No. 1358. Tobías José W.: "Coment. a los arts. 257 y ss.", en Alterini Jorge H. (dir.), Alterini I. E. (Coord.), *Cód. Civ. y Com., comentado. Tratado exegético*, Ed. Thomson Reuters. La Ley, 3ra. Edic., Bs. As. 2019, T. II, p. 155 y ss.

Hay que considerar que algunos de los hechos del hombre no dependen de su voluntad, como verbigracia la muerte, el nacimiento, un incendio, los frutos de las plantas, etc., en cambio los humanos propiamente dichos la mas de las veces son alcanzados por el derecho, así el contrato, el testamento, la violencia, etc. En lo que aquí interesa es importante tener en cuenta al acto humano voluntario que contradice a la ley y arriba al concepto de ilicitud.

En la idea de Spota "...la conducta humana puede desenvolverse en la esfera de lo lícito o de lo prohibido por el ordenamiento jurídico, y dentro de esto último desviándose de los fines sociales y económicos...". De allí deduce una clasificación tripartita de los actos voluntarios: actos lícitos, ilícitos y abusivos [(18)].

Como primer elemento a elucidar es necesario definir el concepto de ilicitud o antijuridicidad, como acto contrario a derecho, considerando a esto último en una concepción totalizadora del plexo normativo.

En el Derecho Alemán y conforme lo define Niperdey, se trata de "...Una lesión o creación de riesgo de intereses jurídicamente reconocidos por acciones contrarias a mandatos o prohibiciones del ordenamiento...". Por su parte y entre nuestros más ilustres juristas Alfredo Orgaz sostiene: "... Se trata de la contrariedad del acto positivo o negativo con las normas de un sistema dado de derecho. Entrañando un sistema de relación entre el hecho del hombre y la ley". Por mi parte me permití sostener que la antijuridicidad o también llamada "ilicitud", aparece ante: "la disconformidad entre el accionar humano y el ordenamiento jurídico pleno, ya que algunos actos pueden estar prohibidos por una norma (no matar), y a la vez permitidos por otra (legítima defensa)" [(19)].

Se han hecho algunos distingos sobre la antijuridicidad. Así se la puede clasificar en: antijuridicidad formal y material; o subjetiva u objetiva, y por último entre la contractual y la extracontractual. Acerco una breve noción de cada una de las calificaciones referidas.

La antijuridicidad formal consiste en la acción u omisión que resulta opuesta y contraria a determinada norma. Solamente se concreta ante la

---

(18) Spota Alberto G.: *Tratado de derecho civil. Parte general*, cit., T. I, v. 3- 6, p. 68, No. 2017.

(19) Niperdey Hans: *Algemeinenteil des Burgelichesrechts*, p. 1278. Orgaz Alfredo: *La ilicitud*, Ed. Lerner, Bs. As. - Córdoba 1974, p. 18. Compagnucci de Caso Rubén H.: "Dos elementos de la responsabilidad civil: antijuridicidad y culpa", en *Revista Notarial*, publicación del Colegio de Escribanos de la Prov. de Bs. As., No. 845, año 1979, p. 969.

existencia de una disposición legal que impone una conducta y el sujeto la contradice. En el derecho civil son los autores clásicos aquellos que han seguido esta corriente, verbigracia: Segovia, Llerena, Machado, Aguiar y Cammarota, fundándose en el principio constitucional consagrado en el art. 19 de la Constitución Nacional que dispone: "... Ningún habitante de la Nación será obligado a hacer lo que no manda la ley, ni privado lo que ella no prohíbe". Es en el Derecho penal donde prevalece este tipo de ilicitud ya que para adquirir dicho carácter la conducta debe coincidir con la prefiguración normativa es decir con el "tipo correspondiente" (20).

En cambio, la "antijuridicidad material" se nutre de un concepto de objetividad sin la necesidad de incorporar otros elementos, como la voluntariedad del acto o la culpabilidad del agente. En definitiva, basta con el comportamiento en la acción u omisión que contradiga lo previsto en el ordenamiento jurídico (21).

En cuanto a lo referido como "subjetivo" u "objetivo" posee algún vínculo con lo ya esbozado. La idea de subjetividad exige incorporar a lo ilícito la voluntariedad del acto y también algún elemento de imputación como la culpa o el dolo. En esa corriente dos ilustres civilistas han desarrollado dicha concepción; por su parte el Dr. Acuña Anzorena, sostuvo que limitar la tesis del acto ilícito a la sola violación del derecho vigente es correr el riesgo de que el acto que perturbe el orden social imposibilite al juez para su sanción. Ello le lleva a reafirmar: "... Lo ilícito debe ser algo más que la violación o lo prohibido legalmente...". Adhiriendo a esa idea el Dr. Roberto H. Brebbia —a quien recuerdo con afecto—, sostenía que no puede haber ni existir ilicitud sin punibilidad, o sin sanción (22).

---

(20) Segovia Lisandro: *El Código civil de la Rep. Argentina. Su explicación y critica bajo la forma de notas*, Ed. La Facultad, Bs. As. 1933, T. I, p. 305. Llerena Baldomero: *Concordancias y comentarios del Cód. Civil argentino*, Ed. La Facultad, Bs. As. 1931, 3ra. Edic., T. IV, p. 132. Machado José O.: *Exposición y comentario del Cód. Civ. argentino*, Ed. Librería M. A. Rosas, Bs. As. 1915, T. II, p. 245.

(21) Bustamante Alsina Jorge: *Teoría general de la responsabilidad civil*, cit., p. 109, No. 172. Borda Guillermo A.: *Trat. de derecho civil. Obligaciones*, Ed. Perrot, 3ra. Edic., T. II, p. 224, No. 1309. Alterini Atilio A.: *El incumplimiento considerando en sí mismo*, Ed. Cooperadora de Derecho, Bs. As. 1963, p. 37 y ss. Pizarro Ramón D. – Vallespinos Carlos G.: *Instituciones de derecho privado. Obligaciones*, Ed. Hammurabi, Bs. As. 1999, T. II, p. 477, No. 488. Casiello Juan J.: "Atipicidad del ilícito civil", en el libro *La responsabilidad civil en el 3er. milenio (Homenaje al Dr. Atilio A. Alterini)*, Ed. AbeledoPerrot, Bs. As. 1997, p. 157. Giorgianni Michele: *Linadempimento*, Ed. Giuffre, Milano 1975, p. 24 y ss.

(22) Acuña Anzorena Arturo: "La ilicitud, delitos y cuasi delitos", en *Estudios sobre la responsabilidad civil*, Ed. Platense, La Plata 1963, prólogo del Dr. Néstor L. Portas, p. 5 y ss. Brebbia Roberto H.: *Hechos y actos jurídicos*, Ed. Astrea, Bs. As. 1979, T. I, p. 64. Trigo

En otra dirección se afirma que el concepto de antijuridicidad se encuentra ajeno y divorciado de la voluntad de los sujetos intervinientes. En ese aspecto prescinde de elementos extraños y produce sus propios efectos, conforme con lo que disponía el art. 1066 del viejo Código Civil, y lo que hoy regla el art. 1717 del Cód. Civ. y Com. Coincidentemente enseña Orgaz que "... la ilicitud se define por la contrariedad del acto positivo o negativo, (acción u omisión) a las normas de un sistema dado de derecho, entrañando una idea de relación contradictoria entre el hecho del hombre y la ley" (23).

V. RELACIÓN DE CAUSALIDAD

El segundo elemento que se suma para la finalidad bajo estudio es la denominada "relación de causalidad o nexo causal". Este elemento permite establecer la necesaria relación entre la acción u omisión del sujeto reclamado, y el resultado dañoso.

El tema en su contenido dogmático excede la órbita de lo jurídico y es tratado en profundidad por los filósofos y científicos en general. El interrogante a develar es si el principio causal importa una categoría, un principio, o bien una doctrina que sostiene su validez universal (24).

Para la órbita del derecho la relación de causalidad, tal como se adelantó, es el vínculo necesario o lazo que une el daño ocasionado a ciertos hechos que se pueden atribuir al sujeto presuntamente responsable. Se hace vigente el principio de que "sin causalidad ninguna responsabilidad (25).

Represas Félix A. en Cazeaux P. N. - Trigo Represas F. A.: *Derecho de las obligaciones*, Ed. La Ley, Bs. As. 2010, 4ta. edic., T. IV, p. 461, No. 2398, consideran que el acto ilícito es "...todo acto contrario al ordenamiento jurídico entendido este en su totalidad...".

(23) Orgaz Alfredo: *La ilicitud (extracontractual)*, ed. Lerner, Córdoba (R.A.) 1974, p. 24 y ss.

(24) Bunge Mario: *El principio de causalidad en la ciencia moderna*, Ed. Eudeba, 4ta. edic., Bs. As. 1978, trad. de H. Rodríguez, p. 15 y ss. Paludi Osvaldo C.: *La relación de causalidad en la responsabilidad civil por el hecho propio*, Ed. Astrea, Bs. As. 1976, p. 33 y ss. Wetzel Hans: *Derecho penal alemán*, Ed. Jurídica, Santiago de Chile 1970, trad. de J. C. Ramírez y S. Yáñez Perez, T., 11ª. Edic., T. I, p. 66.

(25) Alterini Atilio A.: *Responsabilidad civil. Límites de la reparación civil*, Ed. AbeledoPerrot, 2da. edic., Bs. As. 1974, p. 135, No. 165. Brebbia Roberto H.: *La relación de causalidad en la responsabilidad civil*, Ed. Iuris, Rosario s/ f., p. 20. Marty Gabriel: "La relation de cause à effet comme condition de la responsabilité civile", dans *Revue Trimestrelle de droit civil*, Paris 1939, p. 689.

Si bien se han elaborado una gran variedad de teorías que tratan de dar explicación a esta temática, ha prevalecido, tanto en la doctrina como en la legislación, la denominada "Teoría de la causa adecuada", expuesta por Von Bar en el año 1981, y desarrollada paradójicamente por un Von Kries en Alemania en 1988. En síntesis esta tesis entiende que de la totalidad de las condiciones que llevan a un resultado dañoso, hay una de ellas que puede llegar a ser cualificada como "causa", y el problema consiste en determinar cuál adquiere ese carácter [26].

Y para resolver dicha cuestión resulta de toda necesidad que, *a posteriori* del hecho o elemento fáctico realizar un cálculo o pronóstico de probabilidades, con prescindencia del suceso concreto acontecido. El juzgador debe retroceder temporalmente analizando el caso, hasta llegar al momento en que aconteció. Allí deberá verificar si la acción u omisión del sujeto resultó suficientemente idónea para concretar el efecto dañoso [27].

Si el juzgamiento se realizara *in concreto*, todas las condiciones que rodearan al hecho resultarían aptas, idóneas y necesarias para producir el resultado dañoso. Ello es aceptado por la teoría de la "equivalencia de las condiciones", también conocida como la de la *conditio sine qua non*. Pero algunos ejemplos que dan los autores llevan a desechar la aplicación de esa tesis, que llevaría a soluciones inadecuadas e injustas [28].

El Código Civil y Comercial, al igual que el anterior Código Civil, adoptan las reglas impuestas en la teoría de la causa adecuada. Ello aparece con cierta evidencia en lo dispuesto en los arts. 1726 y 1727 del

---

(26) Mosset Iturraspe J.: *Responsabilidad por daños*, cit., T. I, p. 190, No. 76. Bustamante Alsina J.: *Teoría general de la responsabilidad civil*, cit., p. 267, No. 583. Orgaz Alfredo: *El daño resarcible*, Ed. Omeba, Bs. As. 1960, p. 70. Demogue René: *Des obligations en général*, Ed. Arthur Rousseau, Paris 1925, T. IV, p. 115.

(27) Cazeaux P. N. - Trigo Represas F. A.: *Derecho de las obligaciones*, cit., T. IV, p. 386. Alterini A. A.: *Responsabilidad civil*, cit., p. 152, No. 194. Peirano Facio Jorge: *Responsabilidad extracontractual*, Ed. La Ley, Bs. As. 2010, p. 561, No. 237. Viney Geneviève – Jourdain Patrice: « Les conditions de la responsabilité », dans le *Traité de droit civil*, dir. Par Jacques Ghestin, Ed. L.G.D.J., 2ème. Edit., Paris 1998, p. 153.

(28) De Cossio y Corral Alfonso: "La causalidad en la responsabilidad civil. Estudio en el Derecho español", en *Anuario de Derecho civil*, 1966- 527. Marty Gabriel: "La causalité dans le droit civil", en *Revue trimestrelle de droit civil*, Paris 1939, p. 686. Soler Sebastián: *Derecho penal argentino*, Ed. Tea, Bs. As. 1951, T. I, p. 307. Boffi Boggero Luis M.: *Tratado de las obligaciones*, Ed. Astrea, Bs. As. 1973, T. II, p. 516, No. 537.

primero de los cuerpos legales referido, y también en lo que preveía el art. 906 del anterior Código Civil [29].

VI. EL DAÑO

El daño es el elemento esencial de la responsabilidad civil. Es común la manifestación constante que indica "sin daño ninguna responsabilidad civil", ayuda a diferenciar este tipo de situación de la responsabilidad moral o la que corresponde al derecho penal. Como bien enseña Orgaz, el daño es el primer elemento del acto ilícito, en el sentido estricto que lo considera el Código Civil; pero con ello no atiende a la cronología temporal, sino que aparece como ultimo ya que es el resultado de la acción antijurídica [30].

Conceptualmente se lo ha caracterizado como "un menoscabo, un detrimento, un perjuicio, o un acto que produce nocividad. Pero es dable considerar que con ello no se alcanza ni se logra un concepto preciso de lo que implica el daño que interesa al derecho que es el denominado 'daño resarcible' o también cualificado especialmente por la doctrina italiana como "daño antijurídico" [31].

Considero que dicha figura debe ser integrada con el "hecho ilícito dañoso", y el consiguiente presupuesto normativo. Proceder de un hecho humano contrario a derecho que sea pasible de sanción, y producir lesión a un interés jurídico ajeno, pues aquellos que afectan a un bien propio carecen de la categorización y efectos jurídicos [32].

---

(29) Alferillo Pascual: "Coment. a los arts. 1726 y 1727", en Alterini Jorge H. (dir.), Alterini I. E. (Coord.), *Cód. Civ. y Com., comentado. Tratado exegético*, Ed. Thomson Reuters. La Ley, 3ra. Edic., Bs. As. 2019, T. VIII, p. 152 y ss. Goldenberg I.: *La relación de causalidad en la responsabilidad civil*, cit., p. 30 y ss. Bustamante Alsina J.: *Teoría general de la responsabilidad civil*, cit., p. 270, No. 590.

(30) Orgaz A.: *El daño resarcible*, cit., p. 35, No. 4. Zannoni Eduardo: *El daño en la responsabilidad civil*, Ed. Astrea, Bs. As. 1982, p. 1 y ss. Negri Nicolás J.: *Responsabilidad civil contractual*, Ed. Astrea, Bs. As. 2017, p. 376, No. 74. De Cupis Adriano: *Il danno. Teoria generale della responsabilita civile*, Ed. Giuffre, Milano 1966, p. 7 y ss.

(31) Zavala de González Matilde: *Resarcimiento de daños. Presupuestos y funciones del derecho de daños*, Ed. Hammurabi, Bs. As. 1999, T. IV, p. 117. Santos Briz Jaime: *Derecho de daños*, Ed. Rev. de Derecho privado, Madrid 1963, p. 106 y ss. López Cabana Roberto M.: "Los nuevos daños jurídicos", en *Derecho de daños* (Atilio A. Alterini y Roberto M. López Cabana), Ed. La Ley, Bs. As. 1992, p. 203 y ss.

(32) Bueres Alberto J.: "El daño injusto y la licitud o ilicitud de la conducta", en el libro *Derecho de daños (Homenaje al Dr. Jorge Mosset Iturraspe)*, Ed. La Rocca, Bs. As.

Hace ya algunos años intenté una definición que me atrevo a repetir, en mi modesto parecer el daño es "…La consecuencia de una acción humana antijurídica que lesiona un interés ajeno jurídicamente protegido". De ninguna manera se identifica con el hecho dañoso, sino que siempre es una consecuencia de ello, que —como ya dije— lesiona un interés protegido legalmente [33].

Por otra parte, el art. 1737 del Cód. Civ. y Com. refiere al concepto y dispone: "Hay daño cuando se lesiona el derecho a un interés no reprobado por el ordenamiento jurídico que tenga por objeto la persona, el patrimonio o un derecho de incidencia colectiva".

Para que dicho perjuicio adquiera el carácter de ser "resarcible" es necesario que sume los siguientes requisitos: a) certeza, b) personalidad, c) lesión a un interés legítimo, y d) subsistencia [34].

De manera sucinta me ocupo de ellos.

Entiendo que para que se esté en presencia de un verdadero daño el mismo debe tener el carácter de "cierto" es decir que sea o exista como tal, desinteresando que se trate de un daño actual o futuro. Lo que impide la presencia de un perjuicio meramente eventual o conjetural o hipotético [35].

Este carácter sufre algunas dificultades en su determinación en los casos de "daño futuro", o en el denominado "lucro cesante", o en el juz-

---

1989, p. 141 y ss. Compagnucci de Caso R. H.: *Manual de obligaciones*, Ed. Astrea, Bs. As. 1997, p. 145, No. 95. De Lorenzo: *El daño injusto en la responsabilidad civil*, Ed. AbeledoPerrot, Bs. As 1996, p. 31 y ss. Mazeaud Henri et León - Tunc André: *Tratado teórico y práctico de la responsabilidad civil delictual y contractual*, cit. en la nota 1, T. I, v. I, p. 293, No. 208.

(33) Compagnucci de Caso R. H.: *Manual de obligaciones*, cit., p. 145, No. 95. Zannoni E.: *El daño en la responsabilidad civil*, cit., p. 22, No. 10. Salvat Raymundo - Acuña Anzorena Arturo: *Tratado de derecho civil argentino. Fuentes de las obligaciones*, Ed. Tea, 2da. edic., Bs. As. 1958, T. IV, p. 74, No. 2726. Viney G. – Jourdain P.: *Les conditions de la responsabilité*, cit., p. 9 y ss.

(34) Alferillo P.: "Coment. al art. 1737", en Alterini J. H. (dir.), Alterini I. E. (Coord.), *Cód. Civ. y Com., coment.*, cit., T. VIII, p. 217 y ss. López Herrera Edgardo: "Coment. al art. 1737", en Rivera J. C. – Medina G., *Cód. Civ. y Com. de la Nac., comentado*, Ed. Thomson Reuters. La Ley, Bs. As. 2014, T. IV, p. 1066 y ss.

(35) Bustamante Alsina J.: *Teoría general de la resp. civil*, cit., p. 170, No. 324. Mazeaud H. y L. - Tunc A.: *Trat. teórico practico de la responsabilidad civil…*, cit., T. I, v. I, p. 218, No. 237. Mosset Iturraspe J.: *Responsabilidad por daños*, cit., T. I, p. 147, No. 60. Salvat R. – Acuña Anzorena A.: *Trat. de derecho civil argentino. Fuentes de las obligaciones*, cit., T. IV, p. 77, No. 2729.

gamiento de la tan referida "pérdida de chance". Cuestiones todas ellas que encierran un verdadero interés teórico práctico y plena de interrogantes y situaciones particulares [36].

El carácter de "personal" implica que, tal como lo señalan los hermanos Mazeaud, "Tan solo puede reclamar el daño aquel que lo haya sufrido...", o bien como señala Orgaz "... Desde el punto de vista del titular de la acción de resarcimiento el daño debe ser personal del accionante, se trate de una persona individual o colectiva, sea este daño directo o indirecto" [37].

Ello implica que solamente puede reclamar aquel que ha sufrido el daño, ya que su pretensión de reparación no permite sea integrada como perjuicios ajenos. Y este principio se aplica tanto para los damnificados directos como a los denominados "indirectos". Es importante considerar que en los daños patrimoniales es posible con mayor grado extender la legitimación a varios sujetos indirectos, mientras que en el denominado "daño extrapatrimonial", resulta una mayor restricción hacia los que no padecieron el hecho dañoso [38].

Otro de los requisitos es que el hecho dañoso debe siempre lesionar un interés que pueda ser cualificado como "legítimo" es decir se encuentre bajo el amparo de la ley.

Algunos autores han explicado este tema al entender que la lesión debe ser a un derecho subjetivo protegido por la ley, aunque hay una cierta tendencia a extenderlo a simples intereses legales, e incluso a los

---

(36) Trigo Represas Félix A.: *Pérdida de chance*, Ed. Astrea, Bs. As. 2008, p. 7 y p. 25. Orgaz A.: *El daño resarcible,* cit., p. 83 y ss. No. 93. Alterini Atilio A. - Ameal Oscar – López Cabana Roberto M.: *Derecho de obligaciones*, Ed. AbeledoPerrot, 4ta. edic., Bs. As. 2008, p. 295, No. 593.

(37) Cazeaux Pedro N. – Trigo Represas Félix A.: *Derecho de las obligaciones*, ed. La Ley, Bs. As. 2010, 4ta. edic., T. I, p. 408, No. 262. Salvat R.- Acuña Anzorena A.: *Trat. de derecho civil argentino. Fuentes de las obligaciones*, cit., T. IV, p. 75, No. 2727. Izquierdo Tolsada Mariano: *Responsabilidad civil. Contractual y extracontractual*, Ed. Reus, Madrid 1993, p. 182 y ss. Sacchi Carlos – Garat Anabel: *Manual de responsabilidad extracontractual*, Ed. Fundación de Cultura Universitaria, Montevideo 1979, 4ta. edic., p. 87.

(38) Pizarro Ramón D.: *Daño moral. Prevención, reparación y punición*, Ed. Hammurabi, Bs. As. 1998, p. 207, No. 36. Mosset Iturraspe Jorge: *Responsabilidad por daños*, cit. (Daño moral), T. IV, p. 215, No. 74. Compagnucci de Caso R. H.: "Acciones que nacen del delito de homicidio", en el libro *Reparación de daños a la persona*, Félix A. Trigo Represas y María Isabel Benavente (directores), Ed. Thomson Reuters. La Ley, Bs. As. 2014, T. II, p. 571. Piaggio Aníbal N.: "Daño moral y personas privadas de conciencia en estado vegetativo", en la misma obra, p. 517.

denominado "intereses difusos". En esa dirección aparecen los conflictos en cuanto a la legitimación ante el homicidio de la conviviente antes "concubinaria", del hijo de crianza o entenado, o en general a favor de quienes acrediten intereses de hecho no ilegítimos [39].

Y por último aparece el requisito de la "subsistencia", es decir que para algunos el daño debe mantenerse al momento de su reclamo, o cuando se lo computa, o bien al tiempo que el juez dicta la sentencia. El art. 1738 del Cód. Civ. y Com., indica como requisitos del daño que éste debe ser directo o indirecto, actual o futuro, y cierto y subsistente. La norma no es precisa y en mi personal parecer, incurre en algunos yerros, especialmente al agregar como necesaria la "subsistencia" [40].

VII. Factores de atribución o imputación

El último elemento a considerar es el antes denominado como "imputabilidad de segundo grado", y más cercano a estos tiempos difundido especialmente por el Dr. Bustamante Alsina —destinatario de este merecido homenaje—, como "factores de atribución" [41].

Ello constituye el fundamento de la responsabilidad o lo que brinda la justificación y razón del surgimiento de la obligación de reparar. Para una mayoría importante de la doctrina están constituidos por: la culpa, el dolo, y el riesgo, los dos primeros con evidente carácter y fundamento

---

(39) El art. 1737 del actual Cod. Civ. y comercial, se refiere a un "interés no reprobado por el ordenamiento". Alferillo P.: "Coment. al art. 1737", en Alterini J. H. (dir.), Alterini I. E. (Coord.), *Cód. Civ. y Com., comentado*, cit., T. VIII, p. 217 y ss. Zannoni E.: *El daño resarcible*, cit., p. 29 y ss. Bustamante Alsina J.: *Teoría general de la responsabilidad civil*, cit., p. 174, No. 339. Bueres A. J.: "El daño injusto y la licitud o ilicitud de la conducta", en *Derecho de daños* (Primera parte), cit., p. 170.

(40) Trigo Represas Félix A.: "La subsistencia del perjuicio como requisito del resarcimiento del daño patrimonial", en el libro *Temas de responsabilidad civil, en honor del profesor Augusto M. Morello*, Ed. Platense, La Plata 1981, p. 31 y ss. Bustamante Alsina J.: *Teoría general de la responsabilidad civil*, cit., p. 126, No. 328. Mazeaud Henri, León et Jean: *Lecciones de derecho civil*, trad. de Luis Alcalá Zamora y Castillo, Ed. Ejea, Bs. As. 1960, Parte II, v. II, p. 62 y ss. Lalou Henri: *Traité practique de la responsabilité civile*, Ed. Dalloz, Paris 1962, 6.

(41) Bustamante Alsina J.: *Teoría general de la responsabilidad civil*, cit., p. 323, y p. 326, No. 730. Compagnucci de Caso R. H.: *Manual de obligaciones*, cit., p. 128, No. 90. Cazeaux P. N. - Trigo Represas F. A.: *Derecho de las obligaciones*, cit., T. I, p. 261, No. 200. Santos Briz Jaime: *La responsabilidad civil*, Ed. Montecorvo, Madrid 1979, p. 35 y ss. Bianca Massimo: *Diritto civile. La responsabilità*, Ed. Giuffre, Milano 20006, ristampa, T. V, p. 575, No. 253.

subjetivo, y el segundo de notorio colorido objetivo. Algunos autores incorporan este último sector a la "garantía", que en mayoría se lo acepta para justificar la responsabilidad del principal por los hechos de sus dependientes, al abuso del derecho, y a la equidad [42].

VIII. CULPA Y DOLO

La tesis subjetiva posee como apoyo y fundamento a la "culpa" donde se incluye al dolo, y muy especialmente en el orden "extracontractual", considera que solo es responsable aquel que es culpable. En la doctrina francesa —especialmente durante el siglo XX— tuvo buen desarrollo el principio de *pas de responsabilité sans faute* que exigía la presencia del elemento subjetivo para dar justificación a la condena de reparación [43].

A fines del siglo XIX, y durante el siglo XX, las tesis objetivas crearon un largo debate sobre la influencia de unas y otras como elementos fundantes de la responsabilidad civil. Hoy las aguas se han tranquilizado y ambos fundamentos tienen su propio ámbito de aplicación; en tanto que en la responsabilidad por el hecho personal prevalece la culpabilidad, mientras que, en otros sectores, como en la responsabilidad por el hecho ajeno o con las cosas, se prescinde de ello para utilizar los criterios objetivos; lo mismo ocurre en el ámbito contractual ante la presencia de obligaciones de resultado [44].

---

(42) Llambías J. J.: *Tratado de derecho civil. Obligaciones*, Ed. Perrot, Bs. As., edic., p. 168, No. 143. Y T. III. Echevesti Carlos A.: *La culpa*, Ed. Hammurabi, Bs. As. 1997, p. 47 y ss. Mazzinghi Jorge (h), *La culpa. Fundamento de la responsabilidad civil*, Ed. La Ley, Bs. As. 2011, p. 1 y ss. Rezzónico L. M.: *Estudio de las obligaciones*, Ed. Depalma, Bs. As., 1964, 9na. edic., T. I, p. 151. Compagnucci de Caso R. H.: "Fundamentos de la responsabilidad civil. Culpa y riesgo", en *Derecho de daños*, Ed. La Rocca, Bs. As. 1989 (homenaje al prof. Dr. Jorge Mosset Iturraspe), p. 57 y ss. Larenz Karl: *Derecho de obligaciones*, Ed. R. D. P., Madrid 1998, trad. de Jaime Santos Briz, T. I, p. 290. Terré François- Simler Philippe – Lequette Yves- Chenedé François: *Droit civil. Les obligations*, Ed. Dalloz, 12ème. Edit., Paris 2018, p. 981, No. 905.

(43) Mazeaud H. L.- Tunc A.: *Tratado teórico práctico de la responsabilidad civil, contractual y delictual*, cit., T. I, v. II, p. 160, No. 507. Malinvaud Philippe: *Droit des obligations*, Ed. Litec, Paris 1990, 5ème. Edit., p. 256, No. 216. Cabrillac Remy: *Droit des obligations*, Ed. Dalloz, Paris 2002, 5ème. Edit., p. 167, No. 233.

(44) Mosset Iturraspe J.: *Responsabilidad por daños*, cit., T. I, p. 63, No. 24. Del mismo autor: "Responsabilidad por culpa y responsabilidad por riesgo creado", en *Estudios sobre responsabilidad por daños*, Ed. Rubinzal Culzoni, Santa Fe 1980, T. I, p. 18. Trigo Represas F. A. – López Mesa M.: *Tratado de la responsabilidad civil*, Ed. La Ley, Bs. As. 2004, T. I, p. 35. Negri J.: *Responsabilidad civil contractual*, cit., T. I, p. 22. Pizarro R. D. - Vallespinos C. G.: *Instituciones de derecho civil. Obligaciones*, Ed. Hammurabi,

A la culpa, incluido el dolo, se la ubica desde distintos ángulos; para una tesis psicologista "una síntesis de malos comportamientos, como consecuencia de la impericia, negligencia, desidia, indolencia, el descuido, o imprevisión, debidos al erróneo actual del sujeto..." (45).

O la postura normativa que intenta diferencia a la culpa del dolo al decir: "...que se trata de una valoración de la norma a la conducta del sujeto, juzgando comportamientos inconscientes donde aun existiendo ausencia de relación psíquica se puede hablar de culpabilidad...". En Francia los hermanos Mazeaud, ubicados en esta corriente de opinión señalan: "...La culpa es un error de conducta que no habría cometido una persona *avisée*, puesta en las mismas circunstancias del autor del daño..." (46).

Y por último se la ha ubicado en situación similar a la "negligencia" o ausencia de diligencia que imponen las necesidades corrientes para no lesionar a las personas y bienes ajenos. Resultando de esta manera una pauta valorativa importante para juzgar que, en cierta medida, se desentiende de las intencionalidades del sujeto imputado. En el Derecho italiano el ilustre jurista Massimo Bianca, sostiene "... La diligencia es el empleo de energía y medios útiles para la realización de un fin determinado...". Cuestión que resulta reafirmada por lo dispuesto en el art. 1175 del Codice Civile, donde se reclama actuar conforme a las reglas de la *corretezza* (47).

Bs. As. 1999, T. II, p. 575. Viale Lescano Domingo J.: *Curso de derecho civil. Obligaciones*, Ed. Mediterránea, Córdoba (R.A.), T. II, p. 325, No. 563.

(45) Santos Briz J.: *La responsabilidad civil*, cit., p. 46. Mosset Iturraspe J.: *Responsabilidad por daños*, cit., T. I, p. 63, No. 24. De Angel Yaguez: *La responsabilidad civil*, Ed. Unv. Deusto, Bilbao (España) 1988, p. 104. Compagnucci de Caso R. H.: *La culpa en la responsabilidad médica*, en L. L. 1994- A- 268. Diez Picazo Luis: *Derecho de daños*, Ed. Thomson Reuters. Civitas, Madrid 1999, p. 102 y ss. Alterini A. A.: *Responsabilidad civil*, cit., p. 16 y p. 132.

(46) Mazeaud Henri, León et Jean - Chabas François.: *Leçons de droit civil. Obligations. Thèorie général*, Ed. Montchrestien, Paris 1985, 7ème. Edit., T. I, p. 445. Le Tourneau Philippe: *La responsabilité civile*, Ed. Dalloz, Paris 1976, 2ème. Edit., p. 501/ 502, No. 1436. Savatier René: *Traité de la responsabilité civile*, Ed. L.G. de D. et J., 2ème. Edit., Paris 1951, p. 207, No. 161.

(47) Jordano Fraga Francisco: *La responsabilidad contractual*, Ed. Civitas, Madrid 1987, p. 118. Marty Gabriel- Raynaud J.: *Droit civil. Les obligations*, Ed. Sirey, Paris 11988, 2ème. Edit., T. I, p. 512, No. 357. Compagnucci de Caso R. H.: "Dos elementos de la responsabilidad civil. Antijuridicidad y culpa", en *Rev. Notarial*, publicación del Colegio de Escribanos de la Prov. de Bs. As., No. 845, p. 967.

En cuanto al "dolo" integra junto a la culpa el factor subjetivo de fundamentación de la responsabilidad civil. De acuerdo al anterior Código Civil, se pueden señalar varias acepciones de este vocablo que pertenece en plena propiedad a las ciencias jurídicas.

Así aparece el denominado "dolo vicio de la voluntad" que el art. 931 califica como "acción dolosa", y el art. 271 del Cód. Civ. y Com., como "acción y omisión dolosa". Consiste en la "aserción de lo falso, disimulación de la verdadero, astucias, o maquinaciones para engañar y hacer incurrir en error a otra persona...". Hace a la ineficacia de los actos y no integra un fundamento de la responsabilidad civil [(48)].

Por otra parte, aparece el "dolo" en los hechos ilícitos extracontractuales, como la intención de dañar que caracterizaba al "delito" de acuerdo con el art. 1072 del anterior Código Civil. En cuanto a la órbita contractual, su análisis produjo un interesante debate, pero me atrevo a sintetizarlo como aquel comportamiento donde el sujeto posee plena conciencia del daño a ocasionar [(49)].

Hoy en el Código Civil y Comercial vigente, se encuentra definido en el art. 1724 como aquel acto que lleva como motivo causar un daño, o actuar con indiferencia de los intereses ajenos (50).

IX. FACTOR OBJETIVO. EL RIESGO

La tan difundida teoría del riesgo, también conocida como "responsabilidad por el resultado", o de "causalidad material", tiene según enseñan los hermanos Mazeaud, en la doctrina penal positivista italiana. Por su parte, en el derecho civil fueron los ilustres juristas franceses Raymon Saleilles y Louis Josserand quienes más bregaron por imponerla, consi-

---

(48) Carranza Jorge: *El dolo en el derecho civil y comercial*, Ed. Astrea, Bs. As. 1973, p. 26. Borda Guillermo A.: *Tratado de derecho civil. Obligaciones*, actualizado por el Dr. Alejandro Borda, Ed. Thomson Reuters. La Ley, Bs. As. 2008, 8va. Edic., T. I, p. 90, No. 81. Salas Acdeel E.: "La responsabilidad contractual y extracontractual", en *Rev. del Colegio de Abogados de La Plata*, No. 21, p. 280. De Castro y Bravo Federico: *El negocio jurídico*, Ed. Civitas, Madrid 1984, p. 153, No. 404. De Cossio y Corral Alfonso: *El dolo en el derecho civil*, Ed. R.D.P., Madrid 1955, p. 317.

(49) Alterini A. A.: *Responsabilidad civil*, cit. p. 95. Orgaz Alfredo: *La culpa. Actos ilícitos*, Ed. Lerner, Bs. As. 1970, p. 64. Trigo Represas F. A. - López Mesa M.: *Trat. de la responsabilidad civil*, cit., T. I, p. 655. Compagnucci de Caso R. H. - Farina N. - Negri N. J. - Moreno V.: *Derecho de las obligaciones*, Ed. Thomson Reuters. La Ley, Bs. As. 2018, p. 808 y ss. Allí aclaramos que el ilícito doloso tendrá una mayor incidencia en agravar la reparación del daño (conf. art. 1728 del Cód. Civ. y Com.).

derando el primero de ellos que "... la ley deja a cada uno la libertad para realizar sus propios actos, ella no prohíbe sino aquello que se conoce como causa directa del daño. No podría prohibir aquello que apenas trae en si la virtualidad de actos dañosos, una vez que se pueda creer fundadamente que tales peligros pueden ser evitados en base a la prudencia y habilidad. Pero si la ley los permite les impone a aquellos que toman los riesgos la obligación de pagar los gastos que, sean o no resultado de su culpa..." (50).

Son muchos y variados los argumentos que se han dado para sostener la virtualidad y justicia en la aplicación de la tesis del riesgo. Me permite una especie de síntesis de ellas.

Para una corriente se trata de distinguirla mediante la idea de materialización del derecho. Incorporando fundamentalmente el aspecto patrimonialista, dejando fuera los ingredientes psicológicos. Y ello porque los sujetos obligados lo están por una vinculo económico, por ello se habla de "vinculación entre dos patrimonios", o "el derecho de una especie de prenda del acreedor sobre los bienes del deudor", o bien que solo interesa la "satisfacción del interés material del acreedor", etc. (51).

Por otro lado, también se habla, con algo de elemento determinante, de la solidaridad que se debe exigir a las soluciones jurídicas. De allí aquello de "... el que causa un daño se encuentra obligado a su reparación"; función que debe cumplir el derecho a fin de restablecer el equilibrio mediante lo que algunos denominan "equilibrio de restitución", a lo que se agrega el principio de justicia conmutativa (52).

Asimismo, se alegan razones de tipo pragmático, como el de facilitar la reparación de los perjuicios sufridos, ya que en variadas ocasiones no es simple ni sencillo demostrar la existencia de culpa. Es una de las ra-

---

(50) Saleilles Raymond: "La responsabilité des faits de choses devant la Cour Superieur du Canada", dans la *Revue trimestrelle du droit civil*, Paris 1911, T. X, p. 23. Josserand Louis: « La responsabilité des choses innanimées », en *Evolutions et actualités*, Ed. Sirey, Paris 1936. Mazeaud H. y L.- Tunc A.: *Tratado práctico de la responsabilidad, contractual y delictual*, cit., T. I, v. I, p. 86, No. 66.

(51) Betti Emilio: *Teoría General de las Obligaciones*, Ed. R.D.P. Madrid 1969, Trad. J. L. De Los Mozos, T. I. p. 225 y ss. Compagnucci de Caso R. H.: "Obligación y responsabilidad", en *Rev. Notarial,* publicación del Coleg. de Escribanos de la Prov. de Bs. As., No. 853, p. 31 y ss. Alterini Ignacio E. – Alterini Francisco J.: *Tratado de las obligaciones*, Ed. Thomson Reuters. La Ley, Bs. As. 2020, T. I, p. 31 y ss.

(52) Vide Roger: *La Responsabilidad Civil Extracontractual en el Derecho Español*, Ed. Civitas, Madrid 1977, p. 27 y ss. Peirano Facio Jorge, *Responsabilidad Civil Extracontractual*, Ed. La Ley, Buenos Aires 2010, p. 52 y ss. No. 22.

zones que justifican que, con la sola demostración del vínculo causal, se arriba a obtener el derecho a la reparación [53].

La tesis del riesgo tiene apoyatura en dos premisas concretas: a) la creación del peligro o proximidad de daño, y b) el aprovechamiento de ciertas actividades por aquel que crea la proximidad del perjuicio que, por otra parte, es quién debe afrontar el resarcimiento (*ubi emolumentum ibionus*) [54].

A modo de conclusión es posible afirmar que tanto el régimen que se apoya en la culpa (elemento subjetivo), como los casos que tienen fundamento en factores objetivos, poseen su propio contenido y hace ya años que conviven sin mayores inconvenientes. Satisfacen adecuadamente los requerimientos sociales y permiten afirmar que logran una solución y reparación adecuada ante los hechos dañosos.

---

(53) Pizarro Ramón D.: *Responsabilidad Civil por el Riesgo o Vicio de la Cosa*. Ed. Universidad, Bs. As. 1983, p. 36. Visintini Giovanna, *Tratatto Breve della Responsabilitá Civile*, cit. p. 647 y ss.

(54) Mosset Iturraspe J.: *Responsabilidad por Daños*, cit. T. I. p. 21 y ss. No. 51. Alterini A. A.: *Responsabilidad Civil*, cit. p. 106 y ss. Le Tourneau Philippe: *La Responsabilité Civile*, Ed. Dalloz, 1976 2da. Edic. p. 355 y p. 501.

Responsabilidad por la omisión de reconocer al hijo extramatrimonial

Por Eduardo A. Sambrizzi

I. Introducción

El orden jurídico procura, como norma general, que exista identidad entre el vínculo genético y el jurídico, o sea, que el hijo se halle inscripto en el Registro Civil como hijo de sus verdaderos padres, teniendo derecho todas las personas, y, en particular los hijos extramatrimoniales, a ser reconocidos por sus padres, y como consecuencia, a gozar del uso del nombre y de la nacionalidad y tener la identidad que les corresponde, así como de integrarse en el seno de su propia familia [(1)].

Varios son los documentos internacionales incorporados a nuestra Constitución Nacional (art. 75, inciso 22) que reconocen ese derecho a la identidad, entre los cuales recordamos la Declaración Universal de los Derechos Humanos, el Pacto de San José de Costa Rica y la Convención sobre los Derechos del Niño.

II. La violación del derecho a tener la propia identidad causa por lo general daños, que deben ser resarcidos

En efecto, la violación del precitado derecho a tener la identidad que a cada persona le corresponde, en la generalidad de los casos causa da-

---

(1) Conf., entre otros, MEDINA, Graciela, "Responsabilidad civil por la falta o nulidad del reconocimiento del hijo (Reseña jurisprudencial a los diez años del dictado del primer precedente)", JA, 1998-III-1171; PERRINO, Jorge Oscar, Derecho de Familia, 1ª ed., Bs.As., 2006, t. II, págs. 1470 y sigs., n° 1063 y sigs.

ños, que deben ser resarcidos [2]. No obstante lo cual, hasta la sanción del Código Civil y Comercial no existía en nuestro Derecho una norma legal que en forma expresa dispusiera la procedencia del resarcimiento, tal como —entre otras legislaciones— existe en el Código Civil francés, cuyo artículo 340-5 admite la acción de daños y perjuicios por esa causa. Y ello a pesar de la existencia de unanimidad de pareceres favorables al reconocimiento al hijo extramatrimonial de una acción contra sus padres, no solo por la falta de reconocimiento, sino también por haberse producido un reconocimiento falso o complaciente, que se origina por quien no obstante tener pleno conocimiento de no ser el padre, reconoce a una persona como su hijo [3]. Esa omisión se produce, en la generalidad de los casos, por parte del padre, y no, en cambio, por la madre, dado que la filiación materna queda determinada por la prueba del nacimiento y la identidad del nacido (art. 565, Cód. Civil y Com.).

Cuando se vulnera en forma culposa el derecho a la identidad del individuo, queda por tanto en claro que se configura un acto ilícito que, como tal, genera un derecho a la reparación de los perjuicios sufridos por la víctima del hecho [4]. Lo que ha sido reconocido por el Código Civil y Comercial, que en su artículo 587 establece que "el daño causado al hijo por la falta de reconocimiento es reparable, reunidos los requisitos previstos en el capítulo 1 del Título V del Libro Tercero de este Código" [5]. No obstante, cabe señalar que el Código ha omitido en su articulado establecer en forma expresa el deber de los progenitores —y particularmente, del padre— de reconocer a sus hijos extramatrimoniales, lo que

---

(2) Conf., entre muchos otros, Juzg. de 1ª Inst. C. C. y de Flia. de 3ª Nominación de Bell Ville, 23-08-2023, ED, Diario, Tomo 304 (Cita Digital: ED.CCX-435).

(3) Conf. en reconocer la posibilidad de reclamar una indemnización por los daños derivados de un reconocimiento de complacencia y posterior impugnación, en razón de la cual el hijo queda sin padre, GETE-ALONSO y CALERA, María del Carmen y SOLÉ RESINA, Judith, Filiación y Potestad Parental, Valencia, 2014, pág. 43; GALLI FIANT, María Magdalena, "Acciones de filiación en el Código Civil y Comercial", RDFyP. Año VII, n° 9, octubre de 2015, pág. 29, nota. 22.

(4) Conf., entre otros, MOLINA QUIROGA, Eduardo y VIGGIOLA, Lidia E., "Derecho a la identidad y no reconocimiento del hijo extramatrimonial (La Convención de los Derechos del Niño, el artículo 255 del Código Civil y la responsabilidad de la madre)", en Derecho de Daños. Economía-Mercado-Derechos personalísimos, AA.VV., coordinado por Carlos A. Ghersi, Buenos Aires, 1999, pág. 461, VI; BENAVENTE, María Isabel, "Daños y perjuicios derivados de la falta de reconocimiento de la filiación extramatrimonial", en RDF, nº 38, noviembre/diciembre 2007, pág. 18.

(5) Dichos requisitos consisten en la antijuricidad, el daño, la relación de causalidad entre la omisión del reconocimiento y el daño, y el factor de atribución, consistente en la culpa, en sentido amplio.

ha sido criticado por Azpiri [6]; aunque resulta claro que el hecho de haber establecido una reparación por los daños derivados de la omisión de reconocer a los hijos extramatrimoniales resulta suficiente para concluir en la existencia de dicho deber. Se ha resuelto al respecto que "el reconocimiento de un hijo no es un acto facultativo, librado a la autonomía de la voluntad del progenitor, sino que debe conciliarse con el derecho del hijo a obtener su emplazamiento en el estado que le corresponde, y la omisión de reconocerlo espontáneamente implica un acto contrario al derecho que justifica un resarcimiento que satisfaga la reparación integral de quien merecía y buscaba el reconocimiento" [7]. En similar sentido, se ha sostenido que "el derecho a la identidad del hijo o de la hija es un derecho supranacional que se encuentra avasallado por la falta de reconocimiento tempestivo de la paternidad. El carácter voluntario con que ha sido identificado el reconocimiento no significa que el reconociente pueda optar en hacerlo o no conforme su libre albedrío, porque existe como contrapartida un derecho del hijo a obtener un emplazamiento familiar, lo que conlleva por tanto un deber de reconocerlo (arts. 7º y 8º, Convención sobre los Derechos del Niño; art. 75, inc. 22, CN)" [8].

María Josefa Méndez Costa afirmaba durante la vigencia del Código Civil, que la obligación de indemnizar el daño derivado de la omisión en reconocer al hijo extramatrimonial se basa en la concurrencia de los requisitos de la responsabilidad civil extracontractual y subjetiva, consistentes en la antijuridicidad, el daño material y moral (denominados por el actual Código daño patrimonial y no patrimonial) —con predominio de este último—, el factor de atribución basado en el dolo o la culpa, y la relación de causalidad entre la abstención en reconocer al hijo, y el perjuicio. Con respecto a la antijuridicidad, señala dicha autora que "comprende también la violación de prohibiciones implícitas, deducidas de los principios, fundamentalmente éticos, que hacen a la realización del ser humano y sustentan la justicia de sus relaciones y la existencia ordenada y pacífica de la comunidad (antijuridicidad material)". Por su parte, Ana Peracca expresa que "el obrar antijurídico estará dado por la falta de reconocimiento, mientras que para configurar el deber de atribución el demandado deberá haber tenido conocimiento del nacimiento y de su

---

(6) AZPIRI, Jorge O., "La filiación en el Proyecto de Código Civil y Comercial", RDF, año IV, n° 6, julio de 2012, pág. 119, 12.

(7) CCyCom. de Dolores, fallo del 12-11-2019, RCCyC, año VI, n° 4, mayo de 2020, pág. 113, con nota aprobatoria de LÓPEZ, Karina A., "Daño moral, derecho a la identidad y responsabilidad paternal por falta de reconocimiento".

(8) Juzg. de 1ª Inst. C. C. y de Flia. de 3ª Nominación de Bell Ville, 23-08-2023, ED, Diario, Tomo 304 (Cita Digital: ED.CCX-435).

paternidad, Al tiempo que corresponderá valorar su actitud y también la desplegada por la madre (coadyuvante u obstructiva del reconocimiento). Luego la relación de causalidad derivará de la vulneración del derecho a la identidad del hijo" [9].

Cabe sobre el tema recordar que en las Jornadas de Derecho Civil, Familia y Sucesiones, en homenaje a la Dra. María Josefa Méndez Costa, celebradas en la ciudad de Santa Fe en noviembre de 1990, la mayoría de la Comisión que se ocupó del tema sostuvo que eran indemnizables los daños materiales y morales causados por la falta de reconocimiento de la filiación; mientras que la minoría concluyó, en cambio, que debía estarse a las sanciones establecidas en el Código Civil, tales como la pérdida del usufructo, la indignidad para suceder, etc.

III. NO SIEMPRE EL HECHO DE NO RECONOCER AL HIJO HACE PROCEDENTE LA INDEMNIZACIÓN

La exigencia de la culpa —en sentido amplio— por parte de quien no reconoció a su hijo, hace que se considere improcedente la indemnización cuando la negativa a reconocerlo hubiera tenido motivos serios, como podría ocurrir en el supuesto de tener el padre fundadas dudas sobre su paternidad, como podría ser, por ejemplo y entre otros supuestos, por el hecho de haber la madre vivido o tenido relaciones sexuales con terceros en la época de la concepción, y no haberse el padre podido efectuar por razones que le son ajenas los pertinentes análisis sanguíneos para determinar la paternidad [10], o si creyera con razones serias que es estéril. Es claro que esa duda no bastaría para eximirlo de responsabilidad, si luego de iniciado el juicio por el que se reclama la filiación

---

(9) PERACCA, Ana G., "Principales modificaciones en materia de acciones de filiación y prueba", en Suplemento Especial Código Civil y Comercial de la Nación, Familia: Filiación y responsabilidad parental, LA LEY, mayo de 2015, pág. 14, n° 6.3.

(10) Conf., BORDA, Guillermo A., Tratado de derecho civil. Familia, 10ª ed., act. por Guillermo Borda (h), Bs.As., 2008, t. II, págs. 81 y sig., nº 760-1; MAZZINGHI, Jorge Adolfo, Tratado de Derecho de Familia, 4ª ed., Bs.As., 2008, t. 4, pág. 94, parágr. 715, b); ROVEDA, Eduardo G. y MASSANO, María Alejandra, "Acciones de filiación en el nuevo Código Civil y Comercial de la Nación", RDFyP, año VII, n° 1, enero-febrero de 2015, pág. 37. Nelly Minyersky señala como causales de eximición de la responsabilidad el error excusable debidamente justificado, la ignorancia del embarazo o el ocultamiento del parto ("Responsabilidad por el no reconocimiento del hijo extramatrimonial. Factores de atribución", en La Responsabilidad, Libro en Homenaje al Dr. Isidoro H. Goldenberg, AA.VV., Dirig. por Atilio A. Alterini y Roberto M. López Cabana, Bs.As., 1995, pág. 556).

no contribuyó en el mismo a despejarlas, prestándose, por ejemplo, a los pertinentes estudios de histocompatibilidad.

Massano afirma al respecto que el progenitor no será responsable de los daños causados si prueba que ignoraba la existencia del hijo, o la existencia de otros fundamentos para descreer razonablemente de su paternidad, prestándose a la realización de la prueba biológica (11). La expuesta es, entre otros autores, la posición de Zannoni, quien señala que se atribuirá responsabilidad a quien habiendo sido declarado padre, no pueda justificar un error excusable que obste a su culpabilidad (12). No obstante, en una sentencia de fecha 3 de mayo de 2012, la Cámara Civil, Comercial, Laboral y de Minería de Gral. Pico otorgó una indemnización a un hijo ya mayor de edad, a pesar de haberlo el padre reconocido luego de la realización de un análisis genético practicado con motivo de la intimación que le fuera efectuada al respecto por su hijo, y de que el padre pudo haberse creído estéril, por no haber podido tener hijos durante su matrimonio, lo que lo llevó a recurrir a la adopción (13).

Durante la vigencia del Código Civil, Graciela Medina se refería al supuesto de la imposibilidad del reconocimiento de la paternidad, lo que ocurría cuando el hijo no podía ser reconocido por el verdadero padre por estar la madre casada con otro hombre, caso en el cual, sostenía dicha autora con fundamento en el artículo 259 de dicho Código, que la impugnación de la paternidad del marido solo podía ser ejercida por este y por el hijo (14). Recordamos en tal sentido un fallo de la Sala I de la Cámara de Apelaciones en lo Civil y Comercial de Mercedes, en el que se resolvió no hacer lugar "al reclamo de indemnización por daño moral contra el accionado por falta de reconocimiento de los hijos que tuvo con la actora, ya que aquel no incurrió en una conducta antijurídica al no reconocer a los niños, pues los niños estaban inscriptos como hijos de padre y madre unidos en matrimonio y, por ende, no podía promover una

---

(11) Código Civil y Comercial de la Nación Comentado, AA.VV., dirig. por Julio César Rivera y Graciela Medina, t. II, pág. 398, II.

(12) "Responsabilidad civil por el no reconocimiento espontáneo del hijo", LA LEY, 1990-A, 4, IV. Ejemplifica Zannoni con los supuestos de la ignorancia del padre sobre que la mujer había quedado embarazada y dado a luz a un hijo, y el de la creencia razonable en la propia esterilidad, con fundamento en fehacientes análisis anteriores.

(13) RDF, 2013-I, febrero de 2013, pág. 207, con nota de MARTÍNEZ ALCORTA, Julio A., "Hacia un régimen de responsabilidad objetiva en materia de daños derivados de la falta de reconocimiento filial",

(14) "Daño extrapatrimonial en el derecho de familia y el Proyecto de Código Civil unificado de 1998", Revista de Derecho de Daños, nº 6, Santa Fe, 1999, pág. 91; y "Responsabilidad civil por la falta o nulidad del reconocimiento del hijo", JA, 1998-III-1172.

acción de impugnación de paternidad, condición previa ineludible para que el reconocimiento pudiera tener lugar (arts. 250 y 259, cód. civil)" [15]. Lo que actualmente no puede ocurrir, por la legitimación que establece el artículo 590 del Código Civil y Comercial a favor de todo tercero que invoque un interés legítimo para impugnar la filiación presumida por la ley.

Distintos tribunales han rechazado también la acción indemnizatoria en razón de considerar que, por la corta edad del menor, este no había sufrido daños. En tal sentido, con fecha 28 de abril de 1994, la Sala I de la Cámara de Apelaciones de San Isidro, con un voto del Dr. Arazi rechazó el reclamo de daño moral efectuado por la madre en nombre de una menor que no había sido reconocida por su padre, con fundamento en el hecho de que ningún daño se había probado, y que a la fecha de la iniciación del juicio aquella tenía tan solo 6 meses de edad, teniendo al momento de la sentencia de primera instancia poco más de dos años, por lo cual —se sostuvo— en tan corto lapso de vida, la falta de reconocimiento paterno no pudo haber repercutido en forma desfavorable en la menor, máxime si luego del juicio la misma contará con el apellido paterno y quedará insertada en el medio social como hija del demandado [16]. No obstante, en septiembre de 1995 la Cámara de Apelaciones Civil y Comercial de Junín, al revocar el fallo de 1ª instancia que había hecho lugar a la acción de filiación, pero no a la indemnización por daño moral debido a la corta edad del menor, condenó a un padre que no había reconocido a su hijo —que al momento del fallo definitivo todavía no había cumplido los seis años—, a indemnizarlo por el daño moral que este había sufrido por esa actitud, que fijó en la suma de $ 15.000 [17]. En similar sentido, se

---

(15) ED, 255-236. El fallo también fue publicado en RDFyP, año V, n° 6, julio de 2013, pág. 69, con nota aprobatoria de GITTER, Andrés, "Daños y perjuicios derivados de la falta de reconocimiento filial. Situación del padre biológico en una filiación matrimonial"; y en RDF, 2013-V, octubre de 2013, pág. 115, con nota también aprobatoria de BASOMBRÍO, María del Rosario, PARADA, Gabriela y SLEIMAN, Aldana M., "Daño moral y legitimación activa en acciones de filiación".

(16) C1a.CC San Isidro, Sala I, ED, 159-183, con nota de MAZZINGHI, Jorge Adolfo, "Renuencia paterna a la prueba hematológica". Conf., fallo del 24 de octubre de 2013 del Superior Tribunal de Justicia de Corrientes, RDF, 2014-IV, agosto de 2014, pág. 131, con nota crítica de María Alejandra Cordone Rosello, "La filiación, el reconocimiento tardío y el daño moral, algunas cuestiones para reflexionar". En este último fallo se hizo lugar al reclamo del daño moral causado a la madre por la falta de reconocimiento del hijo por parte del padre, como también al de daños materiales por los perjuicios derivados de llevar adelante el embarazo y los primeros meses de atención del niño sin la compañía del padre.

(17) ED, 169-22, con nota de ÁLVAREZ, Osvaldo Onofre, "Posesión de estado en los juicios de filiación extramatrimonial".

resolvió que la corta edad del hijo "no constituye un parámetro determinante para limitar la cuantía del resarcimiento que corresponde abonar al responsable. Y es que durante los primeros seis años de su vida, la falta de la figura paterna da lugar, en la vida de cualquier niño, a una mengua en su identidad espiritual, que está contenida más ampliamente en su derecho a la identidad: ser uno mismo, con sus propios caracteres y acciones, constituyendo la propia verdad de la persona. Se trata de un interés merecedor de tutela jurídica de ser representado en su vida de relación con su verdadera identidad tal como esta es conocida o podría ser conocida en la realidad social, general o particular, con aplicación de los criterios de la normal diligencia y de la buena fe subjetiva, las cuales no fueron satisfechas en modo alguno a raíz de la conducta antijurídica del demandado" (18).

Recordamos asimismo un fallo de la Sala E de la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil, que no hizo lugar a un reclamo por daño moral por parte de la hija extramatrimonial del demandado por filiación, por no haberse acreditado que el mismo tuvo conocimiento del embarazo de la madre de la menor y de la atribución de paternidad que le fuera efectuada. Lo que así se resolvió a pesar de que el demandado negó conocer y haber tenido relaciones con la madre, además de haberse negado a practicar los análisis genéticos (19). En sentido similar, se resolvió que "conforme expresamente lo exige el artículo 587 del Código Civil y Comercial, para que de la falta de reconocimiento del hijo se derive responsabilidad civil del progenitor no reconociente es preciso que se configuren los requisitos exigidos al respecto en dicho Código: antijuricidad, factor de atribución, daño y relación de causalidad entre el daño y el comportamiento antijurídico" (20).

---

(18) CNCivil, sala C, fallo del 26-10-2016, Revista Derecho de Daños, de Rubinzal-Culzoni, 2019-2, Daños en el Derecho de Familia-I, págs. 424 y sig., donde también se recordó —entre otros conceptos— que "la Convención sobre los Derechos del Niño contempla la identidad del menor como uno de sus derechos básicos de protección, haciéndolo a través de disposiciones específicas y de otras que, aún incidentales, muestran idéntica finalidad tutelar".

(19) RDF, 2012-III, junio de 2012, pág. 52, con nota crítica de CASEY, María Inés, "Lo que no se tuvo en cuenta para la procedencia del daño moral: Cargas probatorias dinámicas y conducta procesal del demandado en un proceso de filiación".

(20) Capel.Civ., Com., del Trabajo y de Familia de Bell Ville, 23-08-2023, TR LALEY AR/JUR/113836/2023.

IV. SUPUESTO DE QUE EL PRESUNTO PADRE NO RECONOCIENTE HUBIERA DADO AL RECLAMANTE EL TRATO DE HIJO

Puede darse el caso de que no obstante no haber reconocido al hijo, el presunto padre le hubiera dado el trato que se da a un hijo; en otras palabras, que el reclamante tuviera la posesión de estado de hijo, no obstante no haber sido reconocido como tal.

Una actitud de esa naturaleza debe ser interpretada como un reconocimiento de la paternidad, por aplicación del artículo 584 del Código Civil y Comercial, que dispone que "la posesión de estado debidamente acreditada en juicio tiene el mismo valor que el reconocimiento, siempre que no sea desvirtuada por prueba en contrario sobre el nexo genético". Azpiri señala que la solución de la norma resulta disvaliosa, y que la posesión de estado debidamente acreditada en juicio no debió haber sido considerada como un reconocimiento, sino únicamente haber suplido la prueba del nexo genético, sin perjuicio de poder la misma ser desvirtuada por prueba en contrario. Lo que es así, sostiene, fundamentalmente en razón de que para llegar a la conclusión de que en un determinado caso se ha acreditado la posesión de estado, se requiere la existencia de una sentencia, lo que implica la negativa al reconocimiento por parte del presunto padre, lo cual desnaturaliza la voluntariedad que surge del reconocimiento. Y ello implica —agrega— que no podrá ser demandado por los perjuicios que le puede haber causado al hijo su actuación reticente para asumir el vínculo, para lo cual debió ser demandado [21].

Por nuestra parte, coincidimos con la solución establecida en el artículo 584, puesto que el hecho de haberle dado a una persona el trato de hijo, implica a nuestro juicio un reconocimiento de este. No obstante lo cual, creemos que el hecho de haber tenido el hijo que iniciar una acción judicial para acreditar la posesión de estado y como consecuencia obtener una sentencia para poder de tal modo lograr la inscripción en el pertinente Registro como hijo, implica la posibilidad de poder reclamar contra el padre una indemnización por los daños que pudo haber sufrido por la falta de inscripción en el estado de familia que le correspondía.

---

(21) AZPIRI, Jorge O., "La filiación en el Proyecto de Código Civil y Comercial", cit., RDF, año IV, n° 6, julio de 2012, págs. 121 y sig., 19.

V. Con respecto a la responsabilidad de la madre por la omisión de instar la acción de filiación

Cabe por de pronto recordar el contenido del artículo 583 del Código, según el cual en todos los casos en que un niño o niña aparezca inscripto solo con filiación materna, el Registro Civil debe comunicar al Ministerio Público, el cual debe procurar la determinación de la paternidad y el reconocimiento del hijo por el presunto padre. A estos fines, se debe instar a la madre a suministrar el nombre del presunto padre y toda información que contribuya a su individualización y paradero. La declaración sobre la identidad del presunto padre debe hacerse bajo juramento; previamente se hace saber a la madre las consecuencias jurídicas que se derivan de una manifestación falsa. Antes de remitir la comunicación al Ministerio Público, el jefe u oficial del Registro Civil debe citar a la madre e informarle sobre los derechos del niño y los correlativos deberes maternos, de conformidad con lo dispuesto en la ley especial. Cumplida esta etapa las actuaciones se remiten al Ministerio Público para promover la acción judicial [22].

Por nuestra parte, creemos que la madre no tiene una obligación legal de instar la acción de filiación contra el presunto padre, por cuanto de no instarla no hace más que ejercer su derecho a la intimidad, que constituye un derecho personalísimo, el cual, como tal, es merecedor de protección [23]. En similar sentido, al analizar la anterior normativa, Graciela Medina sostenía que la falta del ejercicio de la acción de filiación por parte de la madre no la hace responsable de los daños causados por la falta de reconocimiento por parte del padre, resultando el daño de la omisión por parte de este último de reconocer al hijo [24].

---

(22) Cabe señalar que una norma similar fue proyectada en el art. 558 del Proyecto de Código Civil de 1998.

(23) Conf., BISCARO, Beatriz R., "Daños derivados de la falta de reconocimiento del hijo", en Derecho de Daños. Economía-Mercados-Derechos personalísimos, Bs.As., 1999, pág. 441; SAGARNA, Fernando A., "Legitimación activa de la madre por daños derivados de la falta de reconocimiento filial", RDF, n° 65, julio de 2014, pág. 253; COZZI GAINZA, César y APEZECHEA, Noemí, "La indagación de la paternidad extramatrimonial a cargo del Ministerio Público de Menores (Artículo 255 del Código Civil)", LA LEY, 1987-A, 999 y 1000, V y VI. Véase asimismo al respecto, LEONARDI, Juan Manuel, "Daño causado al hijo por falta de reconocimiento".

(24) "Daño extrapatrimonial en el derecho de familia y el Proyecto de Código Civil unificado de 1998", cit., pág. 92. Conf., GALLI FIANT, María Magdalena, "Acciones de filiación en el Código Civil y Comercial", cit., RDFyP, año VII, n° 9, pág. 29. Contra, MINYERSKY, Nelly, "Responsabilidad por el no reconocimiento del hijo extramatrimonial. Factores de atribución", cit., págs. 558 y sigs.; GARCÍA de SOLAVAGIONE, Ali-

Asimismo, al anotar un fallo de la sala I de la Cámara 2ª Civil y Comercial de la ciudad de La Plata de fecha 29 de diciembre de 1997 (25), Osvaldo Onofre Álvarez afirmó que si bien a la sociedad le interesa asegurar la responsabilidad procreacional y el derecho del niño a obtener su emplazamiento filial, que constituye un derecho de la personalidad, también lo es que la *ratio legis* del artículo 255 del Código Civil (similar al actual art. 583), "más allá de tratar de iluminar la identidad biológica del menor, no puede enervar o vulnerar la intimidad familiar por sobre los límites de toda razonabilidad tuitiva, habilitando el ejercicio de presiones que terminen trastocando el bien perseguido por sacrificios o angustias no queridas o deseadas". Entre otros conceptos, pone asimismo de relieve Álvarez la innecesariedad de constreñir y violentar el derecho del menor de iniciar la acción para obtener el emplazamiento filial que le corresponde, la que es imprescriptible, personalísima y extensiva a sus herederos, y que puede ejercer en cualquier instante, voluntariamente y en consonancia con las circunstancias del caso, de acuerdo con su maduración psicofísica, pautas culturales y evolución de las complejas relaciones filiales.

Creemos asimismo de interés recordar el contenido de una sentencia del 10 de mayo de 1994 de la Cámara de Apelaciones de Arnhem, que privilegió el derecho a la intimidad de la madre —que 25 años antes había concebido a su hija con motivo de haber sufrido una violación— por sobre el reclamo de identidad de esta. Entre otros conceptos, sostuvo la Cámara que "en la concepción de un hijo como consecuencia de una violación son más importantes los intereses de la madre, para no revelar la identidad del procreador, que los intereses del primero en conocer el nombre de dicha persona"; y que "si el relato de la madre acerca de la gestación y nacimiento de su hija tiene carácter muy íntimo, aquella no puede ser obligada mediante un proceso judicial, a revelar el nombre de dicho procreador, pues ello importaría una violación a su vida privada" (26). En la nota al fallo, Delia M. Gutiérrez lo elogia, por no haber basado su decisión en premisas preestablecidas, y haber hurgado en la búsqueda del justo equilibrio entre los derechos en juego, de modo de

---

cia, "Filiación y daño moral resarcible por desconocimiento arbitrario del vínculo biológico", RDFyP, año 3, n° 5, junio de 2011, pág. 24, VIII; PERRINO, Jorge Oscar, Derecho de Familia, cit., t. II, pág. 1478, n° 1068; JALIL, Julián Emil, "Daños y perjuicios provenientes de la omisión del progenitor de reconocer a su descendencia tempestivamente", RDFyP, año IV, nº 9, octubre de 2012, pág. 89, 5.

(25) ED, 180-199, con nota de ÁLVAREZ, Osvaldo Onofre, "Intimidad de la madre e identidad del menor: un aporte para conjugar ambos derechos".

(26) LA LEY, 1999-A-374, con nota aprobatoria de GUTIÉRREZ, Delia M., "El derecho a la identidad y sus límites".

arribar a una sentencia justa, según las particulares circunstancias de la causa; sostiene dicha autora que, producido un conflicto entre los derechos a la identidad y a la intimidad, debe atenderse a las particulares circunstancias del caso a fin de resolver cuál de ellos debe prevalecer.

Recordamos asimismo un fallo de la sala I de la Cámara de Apelaciones en lo Civil y Comercial de Salta del 4 de septiembre de 2024, en el sentido de que "el hecho de que la madre de la actora no haya efectuado el reclamo judicial para que se otorgue el emplazamiento filial a su hija, ciertamente no exime de responsabilidad al progenitor demandado, por lo que tampoco interesa determinar si aquella incurrió en algún tipo de culpa, toda vez que lo discutido en este juicio es, únicamente, la responsabilidad del padre remiso al reconocimiento filial" [27].

VI. Sobre la incidencia en el monto de los daños, por la demora en promover la acción

Se han dictado sentencias contradictorias sobre si la demora en promover la acción de filiación del hijo por parte de la madre tiene o no incidencia en el monto de los daños sufridos por el menor. Recordamos al respecto un fallo de la Sala III de la Cámara de Apelaciones en lo Civil y Comercial de Mercedes, en que con fecha 5 de marzo de 2009 se resolvió que "la actitud de la madre que demoró largo tiempo en promover la demanda (casi veinte años después del nacimiento del menor) no puede justificar la reducción de la extensión del resarcimiento porque constituye un hecho extraño a la víctima... Si bien es verdad que cuanto antes se ejerza la acción de reconocimiento mayor será la probabilidad de reducir la magnitud del daño moral sufrido por el menor... no es menos cierto que ese daño ni siquiera existiría de haber mediado un reconocimiento espontáneo del padre. En definitiva, el retardo del inicio de la acción no constituye una concausa apta para disminuir la responsabilidad del padre, pues la única causa directa del daño moral que padece el hijo es la omisión del reconocimiento paterno" [28].

---

(27) RCCyC, n° 2, de abril de 2025, pág. 95 (TR LALEY AR/JUR/130317/2024), con nota de IGNACIO, Graciela C., "Daños por el no reconocimiento de hijo. Un daño que no se repara del todo".

(28) LA LEY, diario del 23-04-2009, con nota crítica en cuanto no se responsabiliza también a la madre por no instar la acción de filiación, de ÁLVAREZ, Osvaldo Onofre, "Responsabilidad de la madre por la demora incurrida en instar la acción de filiación extramatrimonial". Conf. con la solución admitida en el fallo, SAGARNA, Fernando A., "Legitimación activa de la madre por daños derivados de la falta de reconocimiento filial", cit., RDF, n° 65, julio de 2014, págs. 253 y sig.

Similar fue lo resuelto por la Sala II de dicho Tribunal con fecha 7 de mayo del mismo año [29], como también una sentencia dictada con fecha 29 de septiembre de 2010 por la Cámara en lo Civil y Comercial, 1ª Nominación de Santiago del Estero [30]. O una de la Cámara en lo Civil y Comercial de Dolores, del 12 de noviembre de 2019 [31]. En igual sentido, también recordamos una sentencia de fecha 23 de agosto de 2023 del Juzgado de 1ª Instancia Civil, Comercial y de Familia de 3ª Nominación de Bell Ville, según la cual, "la demora de la madre en el ejercicio de la acción de filiación como representante legal de la menor en modo alguno conspira con la procedencia de la pretensión indemnizatoria por la falta de reconocimiento paterno y no podría —en ningún caso— eximir de responsabilidad al padre, ni siquiera en forma parcial. Ha de verse que el daño a resarcir le resulta achacable a la omisión reprochable del padre en el reconocimiento de la filiación extramatrimonial de su hija y no en la conducta de su progenitora por no efectuar el reclamo judicial en un tiempo anterior"; como también, que dicha demora "no ha de incidir en la determinación del monto a resarcirse. No es la conducta de la madre la que se está juzgando en tales situaciones, sino la del padre que no ha reconocido voluntariamente su paternidad. Es absurdo pretender que quien ha reconocido la maternidad se halla obligada a instar la acción contra aquel que ha sido renuente en el reconocimiento. La madre no está obligada a iniciar la respectiva acción de filiación, sino que ello es una facultad conferida por el ordenamiento jurídico. El ejercicio o no de la acción queda reducido al ámbito de su derecho a la intimidad" [32].

A su vez y no obstante afirmar que la tardanza de la madre en iniciar la acción de reclamación de filiación puede ser tenida en cuenta para aminorar la indemnización en función de la responsabilidad que le cabe al respecto, la Cámara Civil, Comercial y Laboral de Gualeguaychú resolvió con fecha 17 de agosto de 2012, que en el caso ello no podía ser aplicado en razón de que la madre "tuvo a sus hijos siendo menor de edad, quedando luego ellos al cuidado de su abuela, y siempre en condiciones

---

(29) ED, 233-519.

(30) RDFyP, año 3, n° 3, abril de 2011, pág. 94, con nota de CIOLLI de AGUIRRE, María Laura, "Valoración de la negativa del demandado en juicios de filiación a realizarse la prueba biológica del ADN. El derecho a la identidad. Una sentencia loable".

(31) RCCyC, año VI, n° 4, mayo de 2020, pág. 113, con nota aprobatoria cit. de LÓPEZ, Karina A., "Daño moral, derecho a la identidad y responsabilidad paternal por falta de reconocimiento".

(32) ED-Diario, Tomo 304 (Cita Digital: ED-CCX-435).

de extrema pobreza, sin que quepa suponer que tuvieran conocimiento de los deberes que tenían, o que alguien pudo asesorarlos" (33).

En cambio, se ha resuelto que "en tanto existió un prolongado estado de inacción de la madre del menor a fin de que este sea reconocido por su padre, sus consecuencias disvaliosas no pueden ser atribuidas íntegramente al padre, debiendo este resarcir el daño en la medida que ha contribuido a causarlo, conforme las reglas generales de la responsabilidad civil" (34). Similarmente, con fecha 25 de septiembre de 2012, la Sala I de la Cámara Civil y Comercial de Mercedes resolvió que la actitud displicente de la madre en iniciar la acción de filiación tuvo una incidencia causal en la producción del perjuicio, lo que tuvo en cuenta para la fijación de la indemnización por daño moral (35). En igual sentido decidió la Sala J de la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil con fecha 19 de septiembre de 2011 (36).

Se ha sostenido, asimismo, que la demora injustificada incurrida por la madre en iniciar la acción, conducta con la cual no evitó o morigeró los daños —pudiendo haberlo hecho—, lleva a que corresponda la disminución del monto indemnizatorio que debe afrontar el padre por el perjuicio no patrimonial sufrido por el hijo por la falta de reconocimiento (37). Recordamos entre otros, un fallo del Juzgado de 1ª Instancia en lo Civil y Comercial n° 9, de la ciudad de San Isidro, donde se afirmó que no era el padre el único responsable del daño sufrido por la menor, dado que no había justificación en la demora por parte de la madre para la iniciación del juicio, salvo su alegada confianza de la promesa del padre de que reconocería a su hija; y se agregó lo siguiente: "considero que si (la madre) hubiera efectuado el reclamo pertinente al poco tiempo del nacimiento o luego de una prudente espera del prometido reconocimiento, le hubiera ahorrado a la hija gran parte del daño moral ...". Siguiendo esas mismas

---

(33) RDF, 2013-I, febrero de 2013, pág. 165, con nota de KALAFATTICH, Viviana A., "Defensa y género. El activo rol del juez en pos de modificar los estereotipos culturales y sociales que discriminan a la mujer".

(34) CNCivil, sala G, fallo del 13-08-99, Revista de Derecho de Daños, de Rubinzal-Culzoni, 2019-2, Daños en el Derecho de Familia-I, pág. 428.

(35) RDFyP, año V, n° 5, junio de 2013, pág. 91, con nota aprobatoria de GUERENDIAN, Hilario J., "Filiación. Falta de reconocimiento voluntario".

(36) RDF, 2012-II, año 2012, pág. 51, con nota aprobatoria de CRESPI DRAGO, María Alejandra y MURGANTI, Ana Belén, "La responsabilidad de los padres y el derecho a la identidad de los hijos en la antesala del derecho de daños".

(37) Ver lo expresado al respecto por ARIANNA, Carlos Alberto y LEVY, Lea, en "Daño moral y patrimonial derivado de la falta de reconocimiento", págs. 448 y 449, VII.

pautas, en una sentencia de la Sala F de la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil, se señaló que en la fijación que el Tribunal hizo, del monto indemnizatorio por la falta de reconocimiento del hijo por parte del padre, había tenido incidencia el hecho de haber la madre demorado la iniciación del juicio de filiación [38]. Lo mismo ocurrió en una sentencia de la Sala G [39], como también en otra de la Sala I, en ambos casos, de ese mismo Tribunal [40]. Al comentar el fallo, las autoras recién citadas en nota afirman, entre otros conceptos, que la conducta antijurídica generadora del daño moral es la falta de reconocimiento espontáneo del padre, y no la conducta de la madre. También alegan que cuando reclama la indemnización, la madre no hace valer un derecho propio, sino que actúa en representación del hijo, y si bien es verdad —dicen— que cuanto antes inicie la acción, reducirá la magnitud del daño sufrido por el menor, ese daño no existiría siquiera, de haber mediado un reconocimiento espontáneo por parte del padre, que pudo haber reconocido al hijo en forma voluntaria, sin necesidad de esperar la iniciación de la acción.

Asimismo, en un fallo del 7 de diciembre de 2017 de la sala III de la Cámara Civil y Comercial de Corrientes, se resolvió por mayoría que "la conducta de la madre del menor es un atenuante en la fijación del monto indemnizatorio del daño moral a favor de su hijo, por cuanto demoró diez años en promover la acción y no comprobó que esa demora haya sido imputable al menor demandado" [41]. En disidencia, se afirmó que no se puede juzgar la conducta de la mujer "como obstaculizable en forma evidente en el ejercicio de la acción; máxime cuando la estigmatización que debe padecer por ser madre soltera, cargar sola con el embarazo cuando el padre está ausente, no puede obligársela a sufrir una revictimización, condenándola por no ocurrir a la justicia". Al comentar el fallo, Galli Fiant afirmó que "la inacción de la madre durante la mino-

---

(38) ED, 188-705, con nota de GOWLAND, Alberto Jorge, "Filiación: daño moral por falta de reconocimiento".

(39) ED, 188-705, con nota cit. de GOWLAND, Alberto Jorge, "Filiación: daño moral por falta de reconocimiento".

(40) ED, 203-573. El fallo también fue publicado en RDF, 2004-I-21, con nota crítica de FRUSTAGLI, Sandra A. y KRASNOW, Adriana N., "La reparación del daño moral causado por ausencia de reconocimiento del hijo y la demora en el ejercicio de la acción de reclamación de filiación".

(41) LA LEY Litoral, año 22, nº 5, agosto de 2018, fallo nº 8173, con nota de GALLI FIANT, María Magdalena, "Hijos no reconocidos: los deberes paternos y maternos". Conf., CNCivil, sala B, LA LEY, fallo del 7 de junio de 2019, diario del 16-07-2019, fallo n° 121.987. Véase asimismo de Galli Fiant, "Daños por falta de reconocimiento", Revista de Derecho de Daños, de Rubinzal-Culzoni, 2019-2, Daños en el Derecho de Familia-I, AA.VV., págs. 358 y sigs.

ridad del hijo no puede llevar a la reducción de la suma a indemnizar, pues ello no se corresponde con la finalidad que se persigue, es decir, compensar el daño sufrido por el hijo ante la falta de un emplazamiento pleno, resultando de esa forma vulnerado su derecho a la identidad"; lo que es así —agrega— salvo que "la madre oculte el embarazo y/o el nacimiento, cuando informe falsamente acerca de quién es el padre del hijo engendrado, cuando propicie o tolere el reconocimiento de su hijo por parte de otro varón que no es el padre biológico, entre otros supuestos. En definitiva, toda vez que el varón pueda creer que no es el padre inducido por la conducta de la madre".

También recordamos un fallo dictado con fecha 7 de junio de 2019 por la sala B de la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil, que, entre otras afirmaciones, para cuantificar el daño tuvo en cuenta, entre otras circunstancias, "que la progenitora, en su condición de representante necesaria de la niña, también podría haber optado por instar oportunamente la acción de filiación lo cual coadyuvó a que el daño se haya agravado" [(42)].

Discrepamos con la solución de los fallos recién recordados, por cuanto si bien la madre pudo efectivamente haber tratado de morigerar o de evitar los daños mediante un accionar diligente, lo cierto es que con independencia de ello, ha sido la conducta omisiva por parte del padre la que en definitiva causó los daños, no siendo en absoluto razonable que el mismo se beneficie —si así pudiera decirse— con el pago de una indemnización menor, por el hecho de que la madre no hubiera iniciado en un tiempo prudente la acción de reconocimiento. Por otra parte, y fundamentalmente, de lo que se trata es de reparar los daños que le fueron ocasionados al hijo, que con independencia de quién actúa en su representación, es a quien se debe efectuar el resarcimiento.

VII. Supuestos de reconocimiento complaciente o atribución falsa de paternidad

Una situación distinta a las recién reseñadas se produce en el supuesto del reconocimiento complaciente por parte de quien no es el padre del menor, en que si bien no obstante la madre tener conocimiento

---

(42) LA LEY, diario del 20 de agosto de 2019, fallo nº 122.053, con nota aprobatoria de BERGER, Sabrina M., "Resarcimiento de daño moral por falta de reconocimiento paterno". El fallo y el comentario también fueron publicados en RDFyP, año XI, n° 11, diciembre de 2019, pág. 59.

de que quien reconoció a su hijo no es su verdadero padre, ninguna acción toma al respecto, siendo por lo general el motivo de esa omisión, la sana intención de darle un padre a su hijo. Y si bien la acción de la madre posiblemente no sea la ideal, parece difícil imputarle una responsabilidad indemnizatoria, pues su actitud seguramente ha tenido una finalidad loable [43].

Similar, aunque distinto, es el supuesto de la mujer casada que engendra un hijo de un tercero que atribuye a su marido. Recordamos al respecto un fallo dictado con fecha 15 de mayo de 2013 por el Juzgado Civil y Comercial de la 6ª Nominación de Córdoba, en que se condenó a la madre casada a pagar una indemnización a la hija que tuvo con motivo de una relación extramatrimonial y que atribuyó al marido, a quien aquella consideró por años que era su padre [44].

(43) Conf., IÑÍGUEZ, Marcelo D., "Daños causados por el reconocimiento filial falso", RDF, n° 65, julio de 2014, pág. 234, 4, quien sostiene que la causa del daño es el reconocimiento, y no la conducta omisiva de la madre.

(44) RDF, 2013-VI, diciembre de 2013, pág. 171, con nota aprobatoria de FRANCO, Julia M., "El derecho a conocer la propia génesis vs. El derecho de daños en el derecho de familia", donde entre otros conceptos, expresa que en el caso la madre dañó un bien jurídico extrapatrimonial, como lo es el derecho a la identidad y específicamente, el derecho al estado de familia o al emplazamiento familiar, lo que puede producir tanto un daño material como moral.

Transexualismo

Por José W. Tobías

I. Caracterización

Resulta necesario distinguir el transexualismo —el tema que será materia del aporte— de otros fenómenos sexuales: se dice que en el transexualismo las personas presentan una constitución física propia de su género sintiendo pertenecer al sexo opuesto y desean, irrenunciablemente cambiar de sexo, en ocasiones invocando y sometiéndose a intervenciones quirúrgicas o estéticas o tratamientos hormonales. El transexualismo comporta un sentimiento profundo de pertenencia al sexo opuesto al genético al que se pertenece, con una incontrolable aspiración a modificarlo y obtener el reconocimiento jurídico de esa transformación [1].

El hermafrodita [2], en cambio, es quien ha desarrollado, naturalmente, un sexo diverso al que se le ha atribuido erróneamente en el certificado de nacimiento y que aspira, eventualmente, a la rectificación del error cometido respecto a su sexo efectivo (se apunta que es muy poco

---

(1) Acota RIVERA, Julio C., "Transexualismo: Europa condena a Francia y la Casación cambia su jurisprudencia", ED 151/915 que el transexual está convencido de ser una mujer apresada en un cuerpo de hombre (o viceversa) y tener por ende los sentimientos, actitudes, deseos e intereses del sexo opuesto…". Más categóricamente, CASAS, Mariana, ("El derecho personalísimo a la identidad sexual", https://www.revistapersona.com.ar/Persona35/35casas), caracteriza al transexual como "aquella persona que, habiendo nacido con un sexo determinado en su partida de nacimiento, en realidad pertenece a uno opuesto y bien diferenciado del registral".

(2) El término proviene del griego, por el hijo de "Hermes" y "Afrodita" que tenía los dos sexos (CIFUENTES, Santos, "Derechos personalísimos", Astrea 2ª ed., p. 305). La ninfa Salvakis se enamoró de él y pidió a los Dioses que sus cuerpos se fundieran en una sola pieza y así se creó el ser con ambos sexos. Una relación histórica del transexualismo puede verse en LORÉ, Cosimo - MARTINI, Paolo, "Aspetti e problemi medico-legali del transessualismo", Giuffrè, 1991, p. 17 y ss.

frecuente) [3]. Éste forma parte de los estados intersexuales, junto con el pseudo hermafroditismo, en que hay presencia de gónadas sexuales definidas en concurrencia con otras del sexo opuesto, el síndrome de Turner y el síndrome de Klinefelter [4].

Más compleja se presenta la distinción ente el transexual y el travesti. En el travestismo se actúa y emplea indumentaria que habitualmente usa quien pertenece al género opuesto sin sentir irrefrenable deseo de modificar jurídicamente el propio sexo [5].

El homosexualismo, a su vez, se vincula con el impulso erótico: la persona es atraída por personas de su propio sexo (con o sin relación física) pero no se identifica con el género opuesto, no aspira a cambiar de sexo. No hay aquí el impulso irrefrenable de cambiar el propio sexo [6].

Desde el plano científico, se diferencian elementos que en su conjunto configuran la posición de la persona desde el punto de vista sexual:

---

(3) LORÉ, Cosimo - MARTINI, Paolo, "Aspetti e problemi medico-legali del transessualismo", Giuffrè, 1991, p. 42.

(4) El síndrome de Turner se presenta en mujeres y se caracteriza por un cromosoma sexual ausente o incompleto y el de Klinefelter por el que un varón nace con una copia adicional del cromosoma X.

(5) PALMERI, Giuseppa, "Il cambiamento de sesso", en "Trattato di Bioriditto", diretto da S. Rodotà - P. Zatti, "Il governo del corpo", Giuffrè, T. I, p. 731, nota 5; STANZIONE, Pascuale, "Transessualismo" en Enciclopedia del Diritto, XLIV, Giuffrè, p. 876 y s. señala que se propicia una clasificación del travestismo en tres grupos, según el cuadro clínico que presenten. En el primero, confluirían quienes solo aspiran a realizar actos y hábitos del sexo opuesto; la mayor parte de ellos siente, vive y trabaja como personas de su sexo. En el segundo, estado intermedio, el travesti aspira a algún cambio físico queriendo parecerse al otro sexo, pero sin entender la modificación de sus genitales. En el tercer grupo —propio del transexual— la persona reniega de sus propios órganos sexuales y aspira a la conversión, momento en que podrá obtener su liberación total.

(6) PALMERI, Giussepa, ob. cit., p. 731, nota 5; TOBÍAS, José W., "Derecho personalísimo a la identidad personal. Transexualismo" en Colección de Análisis Jurisprudencial, La Ley, p. 101. Puede también verse la distinción entre homosexual y transexual, en MEDINA, Graciela, "Uniones de hecho, Homosexuales", Rubinzal Culzoni, p. 36 y ss.; SGRECCIA, Elio, "Manual de Bioética", Ed. Instituto de Humanismo en Ciencias de la Salud, p. 499, a su vez, afirma que el homosexual no desea cambiar de sexo sino, simplemente, tener relaciones sexuales con sujetos del mismo sexo mientras que el transexualismo "... se presenta como un síndrome en el cual existe una "pulsión" psicológica, aparentemente primaria (o surgida, en todo caso, en la primeras etapas de la vida) de pertenecer al sexo opuesto al genético, pulsión que se acompaña de un comportamiento psico sexual, opuesto al previsto por el sexo anatómico y que se asocia al deseo obsesivo de "liberarse de los atributos propios para adquirir los del sexo opuesto ...".

a) El dato cromosómico, constituido por el patrimonio celular heredado en el momento de la concepción constituido por 23 pares de cromosomas, 22 de los cuales son comunes a la mujer y al hombre.

b) Los caracteres sexuales gonádicos representados por ovarios y testículos.

c) Los caracteres hormonales.

d) Los elementos genitales que posibilitan una primera caracterización del recién nacido a los efectos registrales.

e) Los elementos anatómicos o caracteres sexuales secundarios (vello).

f) El elemento psicológico cuya importancia, para algunos, no solo ha sido puesto de manifiesto en los últimos tiempos, sino que es el resultado de vivencias y sentimientos profundos que se deben resguardar [7].

II. LA REGULACIÓN NORMATIVA EN PAÍSES EUROPEOS

Antes de considerar la normativa argentina, pionera en muchos aspectos, como se verá, se estima conveniente enunciar el desarrollo que ha tenido el tema en los países europeos —se dará alguna extensión a algunos de ellos por su importancia o por tratarse de naciones más ligadas a la tradición jurídica de nuestro país— el marco normativo internacional, la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos y la regulación en países de nuestro continente.

1) Suecia. La ley sueca de 1972 impone la rectificación en cuanto al sexo y requiere que además de ser de nacionalidad sueco, la persona haya sido previamente esterilizada o sea incapaz de engendrar por cualquier motivo y que no sea casada. Es menester que el actor haya cumplido 18 años y debe acreditar que desde la adolescencia no ha actuado de conformidad al sexo con el que aparece inscripto. La ablación de ovarios y testículos solo se admite a partir de los 23 años. En base a lo expuesto, la autoridad administrativa competente autoriza la intervención quirúrgica eventualmente necesaria para la adecuación de los órganos

---

(7) FERNANDEZ SESSAREGO, Carlos, "Derecho a la identidad personal", Astrea, p. 301 y s. Comp., críticamente, DE MARTINI, Siro, "Seres como Dioses (a propósito de la llamada identidad de género)", Instituto de Derecho Civil, subsección Derecho de Familia, Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Buenos Aires, año 2024, p. 75 y ss.

genitales. La decisión que recaiga puede ser cuestionada a los jueces administrativos [8]. Una ley de 2024 —entró en vigencia el 1 de julio de 2025— reduce la edad requerida a los 16 años, no obstante lo cual este menor requiere de la aprobación de un tutor legal, de un médico y la autorización de la Junta Nacional de Salud y Bienestar. Empero, ya no es necesario el diagnóstico de "disforia de género".

2) España. La ley 3/2007 del 15 de marzo de ese año —reguló la rectificación registral de la mención relativa al sexo de las personas— posibilitaba modificar el sexo y el nombre de las personas que no se reconocían con los que se les habían asignado al nacer por diferir con el sexo autopercibido. Constituía requisito de la pretensión que el interesado aportara un informe de "disforia de género" emanado de un médico o psicólogo clínico y acreditara haber estado al menos dos años bajo un tratamiento médico tendiente a acomodar las características físicas a las correspondientes al sexo reclamado. Quedaban excluidas las personas extranjeras y los menores de edad. Una sentencia del Tribunal Constitucional, no obstante, consideró que resultaba desproporcionado impedir que las personas menores de edad no pudieran adecuar su situación legal a la real y estableció que la petición debía admitirse para los menores de edad "con suficiente madurez" y que se encontraran "en una situación estable de transexualidad" (STC 99/2019). En otro pronunciamiento —pese a rechazar la pretensión— volvió a señalar que "la identidad de género es una circunstancia que tiene que ver con el libre desarrollo de la personalidad, íntimamente vinculada al respecto de la dignidad humana" (SCT 67/2022) [9].

Es de señalar que en ese país la competencia en materia de legislación civil y registral le corresponde al Estado (art. 149.1.8). No obstante, los ordenamientos autónomos venían regulando la cuestión y, según un autor, reconociendo en la mayoría de los casos la autodeterminación de género, sin necesidad de diagnóstico o tratamientos médicos [10].

Ya antes, el Tribunal Constitucional había incluido la identidad de género (STC 1756/2008) en la norma de la Constitución de ese país de

---

(8) LORE, Cosimo - MARTINI, Paolo, "Aspetti e problemi medico-legali del transessualismo", Giuffrè, 1991, p. 129.

(9) NAVARRO MERCHANTE, Vicente, "La autodeterminación de género en la legislación trans en España", en UNED, Teoría y realidad constitucional, núm. 51, 2023, p. 431.

(10) NAVARRO MERCHANTE, Vicente, "La autodeterminación de género en la legislación trans en España", ob. cit., p. 424.

1978, que garantiza el derecho fundamental a la igualdad y no discriminación por cualquier condición o circunstancia personal o social [11].

Independientemente de ello, se había destacado que, a diferencia de la legislación italiana, la normativa española se realizaba a través de un procedimiento administrativo encomendado al Encargado del Registro Civil [12].

Finalmente, en febrero de 2023, el Congreso sanciona la ley 4/2023 ("Para la igualdad real y efectiva de las personas trans y para garantía de los derechos de las personas LGTBI"), no sin una intensa polémica política entre las distintas formaciones parlamentarias, que se extendió a los debates sociales que se reflejaron en los medios de comunicación [13].

La normativa citada recoge la facultad de la persona española [14], mayor de 16 años para cambiar la mención registral de su sexo y el nombre, solo con su declaración de voluntad (art. 44). Las personas de 14 a 16 años deben estar asistidas por sus representantes legales y las de 12 a 14 años deben solicitar la autorización judicial. Prohíbe las prácticas de modificación genital en menores de 12 años, salvo los casos en que, por indicación médica sean necesarios para proteger su salud [15]. Las personas con discapacidad también lo pueden hacer con las medidas de apoyo que, en su caso, tuvieran.

---

(11) NAVARRO MERCHANTE, Vicente, "La autodeterminación de género en la legislación trans en España", ob. cit., p. 418.

(12) FERRARO, Luigi, "Il giudice nel procedimento di rettificazione del sesso: una funzione ormai superata o ancora attuale?", Questione Giustizia, 2016, 2, p. 4 y ss.

(13) NAVARRO MERCHANTE, Vicente, "La autodeterminación de género en la legislación trans en España", ob. cit., p. 432; YUBA, Gabriela, "Ley 'Trans' en España" TR LALEY AR/DOC/695, 2023.

(14) Prevé, no obstante, la posibilidad que las personas extranjeras nacionales de países donde no sea posible hacer la rectificación registral, puedan solicitar el cambio de sexo y nombre, aplicando los mismos requisitos que para los españoles (art. 50). Se ha destacado la diversidad de tratamiento de ciudadanos extranjeros —en donde la rectificación registral en su país es posible por un trámite administrativo— residentes en España que tengan inscripción previa en el Registro Civil y destacado que la diversidad de tratamiento "resulta insostenible" (JIMÉNEZ BLANCO, Pilar, "La identidad de género en la movilidad transfronteriza. Vertientes personal y familiar"; Cuadernos de Derecho trasnacional, vol. 16, no. 2, ps. 985 y 988.

(15) ROJAS CASTILLO, Jaime, "Ley 4/2023 española para la igualdad real y efectiva de las personas trans e intersexuales", Biblioteca del Congreso nacional de Chile, agosto 2023, p. 1.

Contempla un procedimiento de doble comparencia ante la Oficina del Registro Civil, en que la solicitud inicial [16] se debe ratificar en una nueva comparencia en el plazo de tres meses.

La ley descarta expresamente que la rectificación esté "condicionada a la previa exhibición de informe médico o psicológico relativo a la disconformidad con el sexo mencionado en la inscripción de nacimiento, ni a la previa modificación de la apariencia o función corporal de la persona a través de procedimientos médicos, quirúrgicos o de otra índole" (art. 44.3). Prevé la posibilidad de revertir el cambio solicitado en un plazo mínimo de 6 meses y la consiguiente recuperación de la mención registral inicial y, en el caso de volver a solicitar el cambio, este debe contar con la supervisión judicial (art. 47).

Más ampliamente —en un análisis ajeno a este aporte— la ley tiene por finalidad "garantizar y promover el derecho a la igualdad real y efectiva de las personas lesbianas, gays, trans e intersexuales (en adelante LGTBI), así como de sus familias" (art. 1.1).

3) Alemania. En abril de 2024, el Parlamento alemán aprobó una nueva ley de identidad de género, que reemplaza a la que estaba vigente del 1980. En esta última, para solicitar judicialmente el cambio de nombre y su inscripción para adecuarlo a las inclinaciones transexuales, era necesario tener 25 años [17], acreditar haber vivido y comportarse tres años antes como del sexo opuesto y se requerían dos informes psiquiátricos de dos médicos "suficientemente familiarizados con los problemas particulares de la transexualidad ("La petit solution" o "Kleine Losung"). La sentencia se volvía ineficaz si contraía matrimonio con alguien del sexo opuesto al de su origen y el matrimonio anterior subsistía pese al cambio de nombre. En una etapa posterior, se debía someter previamente a una cirugía reconstructiva radical, no ser de estado civil casado y ser incapaz de procrear. Se requería una pericia previa y los efectos eran integrales ("la grand solution" o "Grosse Losung"): se pasaba a ser

---

(16) El oficial del Registro Civil debe proporcionar una muy amplia información sobre las consecuencias jurídicas de la rectificación pretendida (art. 44.5), se debe ratificar en una nueva comparencia en un plazo máximo de tres meses. Siendo perceptible que la razón de ser de la segunda comparencia es proporcionar al interesado un período de reflexión, se ha observado, con acierto, que la fijación de un plazo máximo posibilitaría citar a la persona al día siguiente de la primera comparencia pues quedaría cumplido el plazo máximo de los tres meses (NAVARRO MERCHANTE, Vicente, "La autodeterminación de género en la legislación trans en España", ob. cit., p. 433).

(17) FERNANDEZ SESSAREGO, Carlos, "Sexualidad y Bioética. La problemática del transexualismo", ob. cit., p. 83. Señala el autor que esa edad fue declarada inconstitucional por la Corte Constitucional de ese país.

del sexo contrario a todos los efectos. La Corte Constitucional de ese país en dos sentencias distantes tres años una de otra, había declarado la inconstitucionalidad de algunas de esas normas (27/05/2008 y 11/01/2011): la que preveía la incapacidad de procrear y la intervención quirúrgica como requisitos indispensables para la rectificación y, luego, la que imponía la intervención a fin de acceder a una unión civil una vez obtenida la rectificación [18].

Finalmente, una ley publicada el 4 de abril de 2024 —entró en vigencia el 1 de noviembre de ese año— establece un procedimiento meramente administrativo ante la oficina del registro civil local, a través del cual los mayores de 18 años pueden elegir un género de los existentes en la legislación alemana (femenino, masculino, diverso, "sin mención de género"). Luego de la elección, no se permiten nuevos cambios durante un año. En el caso de los menores entre 14 y 18 años, la opción debe ser aprobada por los padres o tutores. La falta de autorización de estos requiere la decisión judicial. En el caso de menores de 14 años son los padres quienes deben presentar la solicitud del cambio de género, aunque deben igualmente acreditar que han pedido la opinión de un psicólogo o de un servicio de protección de la juventud. El texto legal fue impulsado por la entonces coalición de gobierno y fue aprobada por 374 votos a favor y 251 en contra; los debates fueron "encendidos y emotivos".

4) Italia. Ha sido en este país, seguramente, en donde el tema, desde hace tiempo, ha sido materia de intensos debates jurídicos [19]. En ese proceso, se inserta la ley 164/1982 del 14 de abril de ese año ("Normativa en materia de rectificación de atribución del sexo"). Reviste perceptible importancia en Italia pues inicia un espacio —hasta ese momento inédito— del acogimiento de una instancia tendiente a obtener un cambio de los datos anatómicos y de los datos anaglíficos. Aunque es una suerte de reconocimiento de la autodeterminación y libertad del individuo, está sujeto, según se verá —como es propio de la época de la sanción de la

(18) BARELA, Valentina, "Il mutamento di sesso nel diritto italiano ed europeo alla luce delle recenti pronunce giurisprudenciali", www.comparazionedirittocivile.it, marzo 2018, p. 16. En sentido parecido, la Corte Constitucional de Austria consideró ilegítima la norma interna en materia de transexualismo en la parte que requería la necesidad de una intervención quirúrgica que previese la eliminación de las características sexuales primarias como requisito para la declaración de rectificación (sentencia del 03/12/20209) (ROJAS CASTILLO, Jaime, ob. cit., Biblioteca del Congreso nacional de Chile, agosto 2023, p. 1.).

(19) FERNANDEZ SESSAREGO, Carlos, "Sexualidad y Bioética. La problemática del transexualismo", ob. cit., p. 60 y s.

ley 164/82— a requisitos que restringen significativamente el poder de decisión de la persona.

Con anterioridad a la entrada en vigencia de esa normativa, la jurisprudencia se vio enfrentada a resolver pedidos judiciales de rectificación de las actas del estado civil en los casos en que se invocaban casos de disociación de soma y psiquis, particularmente en aquellos en que se habían producido intervenciones quirúrgicas de los caracteres sexuales existentes al momento del nacimiento, mostrándose propensos a aceptar los reclamos de rectificación (especialmente en casos especiales, como el de los pseudohermafroditas). En un sentido distinto, salvo los casos de error, se mostraban los pronunciamientos judiciales muy poco inclinados a admitir la modificación del sexo asentado en base a los genitales externos al momento del nacimiento [(20)].

La Corte Constitucional italiana había resuelto, a propósito de ello, que no podían invocarse los derechos inviolables del hombre para registrar un sexo diverso del originario, resultante de una operación quirúrgica tendiente a hacerlo corresponder con la personalidad psíquica [(21)].

Lo cierto es que la ley 164/1982 —que consta de solo 7 artículos— posibilita la rectificación del sexo inserta en los registros de estado civil en la medida de la existencia de una sentencia definitiva que atribuya a la persona un sexo diverso al enunciado en el acta de nacimiento.

Es factible "cuando resulta necesario una adecuación de los caracteres sexuales a realizar mediante tratamiento médico quirúrgico" (art. 3). El art. 1, a su vez, precisa que la admisión judicial de la rectificación del sexo era admitida "a continuación de la intervención de modificación de los caracteres sexuales enunciados en el acta de nacimiento". Empero, interpretando su significado, se habían señalado los casos en que por razones de edad o de salud, ello se hacía inconveniente, aceptándose otro tipo de cura médica, como los tratamientos hormonales. No contemplaba la existencia de otros requisitos presentes en esa época y después en las legislaciones de algunos otros países, como la necesidad de un periodo de reflexión, o la incapacidad de generar o la posibilidad de dejar la decisión sin efecto [(22)].

---

(20) Puede verse PALMERI, Giuseppa, "Il cambiamento di sesso", ob. cit. p. 741 y s.; ESPINOZA ESPINOZA, Juan, "Derecho de las personas", 7ª ed., Ed. Rodhas, p. 394 y ss.

(21) PALMERI, Giuseppa, "Il cambiamento di sesso", ob. cit. p. 741 y s.

(22) PALMERI, Giuseppa, "Il cambiamento di sesso", ob. cit. p. 743.

En realidad, se afirmaba que no resultaba claro el tipo de intervención a que se refería la ley (aquel demolitorio del sexo precedente o también al reconstructivo del nuevo) o, en todo caso, si resultaba suficiente el tratamiento hormonal [23].

Otra cuestión que había centrado la atención de los intérpretes era la de los menores de edad y los extranjeros. En cuanto a los primeros, alguna doctrina destacaba —frente a las reglas generales que requerían la capacidad de obrar para prestar el consentimiento al tratamiento médico quirúrgico— lo que se consideraba la extrema delicadeza de la materia y que ello se presentaba incompatible con el surgimiento del síndrome transexual durante los primeros años de vida y se auspiciaba que en actos inherentes a cuestiones esenciales para la vida de la persona, se debía considerar relevante la capacidad natural de la persona (la madurez y el discernimiento en vez de su capacidad de obrar) [24].

En lo atinente a los extranjeros, atendiendo a la ley 218/1995 —que prescribe que ha de atenerse a la ley nacional de la persona— alguna doctrina interpretaba que, si la ley nacional no regulaba la materia e implícitamente negaba la rectificación, debía entenderse aplicable la ley italiana [25].

Una nueva cuestión se planteaba con la relación entre el transexual con otras personas y, en particular, con el destino del eventual matrimonio ya existente. El art. 4 de la ley 164/82 prevé que la sentencia de rectificación del sexo provoca la disolución o la cesación de los efectos civiles del matrimonio. Se postulaba la tesis de una operatividad automática de la sentencia o la inconstitucionalidad de la norma (debido a lo que se atribuía a una contradicción que el otro cónyuge estaba constreñido a aceptar un divorcio cuya iniciativa se le permitía solo al transexual o la necesidad de un juicio tendiente a definir la cuestión del divorcio o la incidencia de la rectificación en los eventuales hijos) [26].

En lo atinente al nombre del transexual, independientemente de los casos en que el nombre fuera común a la forma masculina o femenina, se postulaba que el cambio de sexo requería la modificación de oficio del

---

(23) PALMERI, Giuseppa, "Il cambiamento di sesso", ob. cit. p. 746 y s.

(24) DOGLOTTI, Massimo, voz "Transessualismo (Profili giuridice)", Novissimo Digesto Italiano, Giuffrè, p. 792.

(25) PATTI, Salvatore - WILL, Michael R., "Mutamento di sesso e tutela de la persona. Saggi di diritto civile e comparato", Padova, Cedam, p. 65.

(26) STANZIONE, Pascuale, ob. cit., p. 891.

nombre cuando no se lo hubiera solicitado en la demanda [27] a salvo los casos en que el interesado requiriera un nombre diverso a la presencia de una forma masculina o femenina, en cuyo caso se debía recurrir al procedimiento reglado para el cambio de nombre.

Lo cierto es que la ley ha generado no pocas dificultades interpretativas, sin perjuicio de lo cual la Corte Constitucional de ese país ha reconocido la legitimidad constitucional de muchas de sus disposiciones [28].

5) Francia. La jurisprudencia se había mostrado renuente a acoger ese tipo de demandas, en especial la Corte de Casación [29]. La Corte Europea de Derechos Humanos, sin embargo (causa B... c/ France, 25 marzo 1992), por mayoría de votos condenó al país demandado a resarcir el daño moral causado al transexual actor por haber negado su pedido de rectificación del acta de nacimiento en cuanto a la mención del sexo [30].

Al poco tiempo (diciembre 1992, casos "Rene X" y "Marc X"), la Corte de Casación en pleno sentó su nueva doctrina dirigida a ajustar su decisión a lo resuelto por la Corte Europea, estableciendo el principio del respeto a la vida privada de quien presenta el síndrome de transexualismo y justifica que se estado civil indique en lo sucesivo el sexo al que cree que pertenece [31].

Una ley de octubre de 2016 modificó el art. 61 del Código Civil: "cualquier adulto o menor emancipado puede interponer una solicitud para que se corrija su sexo en las actas del estado civil. Quienes lo soliciten deben demostrar hechos suficientes que sustenten su petición, pudiendo

---

(27) STANZIONE, Pascuale, ob. cit., p. 889; DOGLOTTI, Massimo, voz "Transessualismo (Profili giuridice)", ob. cit., p. 790.

(28) STANZIONE, Pascuale, ob. cit., p. 892; DOGLOTTI, Massimo, ob. cit., p. 792. FERRARO, Luigi, ("Il giudice nel procedimento di rettificazione del sesso: una funzione ormai superata o ancora attuale?", Questione Giusticia, 2016, 2, p. 1 y ss.) se plantea el interrogante si cabe mantener la intervención judicial para el cambio de sexo o, como lo sostiene la ley española, cabe atenerse al trámite administrativo.

(29) RIVERA, Julio C., ob. cit., p. 918 (con el argumento que el sexo genético es inmodificable e indisponible); TERRÉ, François - FENOUILLET, Dominique, "Les personnes, la famille, les incapacités". Dalloz, 7ª ed., p. 150, fundada en la indisponibilidad del estado; GOUBEAUX, Gilles, "Traité de droit civil - Les personnes", L.G.D.J. 1989, p. 388 y ss. Fallos citados por FERNANDEZ SESSAREGO, Carlos, "Sexualidad y Bioética. La problemática del transexualismo", ob. cit., p. 64.

(30) El Tribunal se preocupó en señalar las diferencias de régimen entre el derecho inglés y el francés. Un análisis del fallo RIVERA, Juan C., ob. cit., ED 151-915.

(31) RIVERA, Juan C., ob. cit., ED 151-915. También, CIFUENTES, Santos, ob. cit., p. 312.

incluir que se desenvuelvan públicamente de acuerdo con el género afirmado, que sean conocidos en ese género por familiares, amigos y colegas, que hayan cambiado su nombre de pila uno del sexo requerido".

III. OTRAS LEGISLACIONES EUROPEAS

En el ámbito del tema de la comunicación se pueden citar, también, algunas legislaciones europeas que lo regulan:

a) Ley de Holanda. Sendas modificaciones al Código Civil holandés —Reino de los Países Bajos— (agosto 1985, 1 septiembre 1995 y 1 de noviembre de 1995) implementaron un modelo legislativo que establece un procedimiento judicial para todo holandés que está convencido de no pertenecer al sexo indicado en su certificado de nacimiento; que requiere que los solicitantes no deben estar casados, tener incapacidad perpetua para generar, y acreditar, a través de un dictamen de expertos, que es permanente el convencimiento de no pertenecer al sexo indicado en el registro [(32)].

b) Ley de Dinamarca 752/2014 de modificación del sistema Registro Civil [(33)].

c) Ley de Irlanda 25/2015 (de reconocimiento de género) [(34)].

d) Ley de Malta del 14 de abril de 2015 (de identidad de género, expresión de género y características sexuales) [(35)].

---

(32) ESPINOZA ESPINOZA, Juan, "Derecho de las Personas", 7ª ed., Ed. Rodhas, p. 400 y ss. El autor se manifiesta partidario que las regulaciones sobre el tema lo sean en el Código Civil en vez de una legislación especial.

(33) Permite conceder un nuevo número de seguro social a las personas que se consideren del género opuesto, sin necesidad de ningún requisito médico o psicológico, incluso se posibilita obtener un pasaporte con el género "X". (Dato tomado de NAVARRO MERCHANTE, Vicente, "La autodeterminación de género en la legislación trans en España", ob. cit., p 422).

(34) Permite modificar el nombre y el género a través de una solicitud al Ministerio competente, sin necesidad de intervenciones hormonales o quirúrgicas. A partir de la fecha que otorgue un certificado de reconocimiento de género, se convertirá en un género para todos los fines, sea masculino o femenino (art. 18) (dato tomado de NAVARRO MERCHANTE, Vicente, "La autodeterminación de género en la legislación trans en España", ob. cit., p. 422).

(35) Toda persona de nacionalidad maltesa tiene derecho a solicitar al director que modifique su género registral y/o el nombre de pila si la persona lo solicita, a "efectos de reflejar su identidad de género autopercibida" (dato tomado de NAVARRO MER-

e) Ley de Bélgica del 10 de mayo de 2017 relativa a la transexualidad [36].

f) Ley Noruega de 2016. Según la ley, los ciudadanos mayores de 16 años pueden cambiar su género legal mediante notificación al Registro Nacional de Población a través de un formulario electrónico. Quienes tienen entre 6 y 16 años solo pueden hacerlo con el consentimiento de sus representantes legales. Si solo uno de ellos lo consiente, se requiere la aprobación del gobernador del condado.

g) Ley de Grecia 4491//2017 (reconocimiento legal de la identidad de género). Permite la modificación del género sin necesidad de intervenciones médicas, a través de una declaración personal basada en "la voluntad y la sensación personal sobre el propio cuerpo y su imagen externa".

h) Ley de Portugal. La Ley 38/2018 de agosto de ese año (derecho de autodeterminación de la identidad de género, expresión de género y protección de las características sexuales de cada persona), prescribe que "no se podrá exigir a ninguna persona que demuestre haberse sometido a ningún procedimiento médico, lo cual incluye la reasignación de sexo, la esterilización y la terapia hormonal ni a ningún tratamiento psicológico y/o psiquiátrico". Permite a las personas trans entre 16 a 18 años realizar la rectificación registral (art. 7.2) [37].

i) Ley de Luxemburgo. Una ley de agosto de 2018 enmienda el Código Civil y establece que toda persona adulta puede presentar una solicitud para modificar su género, demostrando por hechos suficientes (basados mayormente en el reconocimiento público de su identidad) que el sexo que consta en su registro de estado civil no coincide con el sexo con el que se presenta y por el que es conocida. No justifica la denegación de su solicitud la prueba de no haberse sometido a tratamiento médico, cirugía o esterilización [38].

CHANTE, Vicente, "La autodeterminación de género en la legislación trans en España", ob. cit., p. 422).

(36) Modificó el Código Civil para establecer en su art. 62 bis que "toda persona belga adulta, persona menor emancipada o residente extranjera que tenga la convicción que el sexo que consta en su certificado de nacimiento no se corresponde con la identidad de género que siente innatamente propia, puede hacer una declaración al respecto ante funcionario del registro civil" (dato tomado de NAVARRO MERCHANTE, Vicente, "La auto determinación de género en la legislación trans en España", ob. cit., p. 422).

(37) NAVARRO MERCHANTE, Vicente, ob. cit., p. 423, nota 17.

(38) NAVARRO MERCHANTE, Vicente, ob. cit., p. 423, nota 18.

j) Ley de Suiza. A partir del 1 de enero de 2022 cualquier persona "que esté firmemente convencida interiormente" que no pertenece al género en que se la inscribió en el Registro Civil, puede rectificarlo con una simple declaración. Si aún no tiene 16 años, está bajo una tutela general o bajo la autoridad de protección de adultos, es su representante legal quien debe prestar el asentimiento necesario. Un condado (en Neuchatel) aprobó en el año 2023 una ley que prohíbe las terapias de conversión (y promover esos tratamientos).

k) Ley de Finlandia. Una ley del año 2023 permite la autodeterminación de género a los mayores de 18 años mediante una solicitud escrita. Suprime el requisito de estar esterilizadas y obtener un diagnóstico psiquiátrico. Contempla un periodo de reflexión de 30 días para cambiar de opinión.

IV. Marco normativo internacional

Algunos organismos internacionales europeos se han ocupado del tema, aprobando Resoluciones tendientes a reconocer la orientación e identidad sexual que cada persona define para sí:

a) La Comisión Internacional de Juristas de la Organización de las Naciones Unidas estableció los llamados Principios de Yogyakarta. Es señalable el principio 31: "Adoptarán todas las medidas legislativas, administrativas y de cualquier otra índole que sean necesarias para respetar plenamente y reconocer legalmente el derecho de cada persona a la identidad de género que ella perciba para sí".

b) El Consejo de Europa aprobó la Resolución 2048 (2015) sobre "La discriminación contra las personas transexuales en Europa" [(39)].

c) El Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea habilita al Consejo a adoptar acciones adecuadas para luchar contra la discriminación por motivos de sexo, de origen racial o étnico, religión o convicciones, discapacidad, edad u orientación sexual (art. 19) [(40)].

---

(39) El apartado 6.2 recomienda a los Estados miembros que garanticen el derecho a la autodeterminación de la identidad en los términos señalados en los "Principios de Yogyakarta" y eliminar la obligatoriedad de los tratamientos médicos o salud mental como requisitos necesarios para reconocer la identidad de género.

(40) Más ampliamente, puede verse NAVARRO MERCHANTE, Vicente, ob. cit., p. 420 y s.

V. La jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos

Se ha señalado, también, lo que se considera una evolución de la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos en la consideración del tema. Luego de pronunciamientos que desestimaron solicitudes presentadas por transexuales que invocaban ser víctimas de una violación al respeto de la vida privada y familiar (art. 8 CEDH) reconociendo a los Estados miembros un amplio margen de apreciación del Convenio Europeo de Derechos Humanos, se ha destacado una firme tendencia a reconocer el derecho de los transexuales al reconocimiento legal de su identidad de género y su derecho a contraer matrimonio [41].

A propósito de ello, se señalan dos sentencias —las recaídas en "Rees c/ Reino Unido" (1996) y "Cossey c/ Reino Unido" (1990)— en que se rechazaron pedidos de transexuales de rectificación de la inscripción registral para reflejar lo que consideraban su identidad sexual [42]. Sin embargo, luego, en las sentencias en los casos "Goodwin c/ Reino Unido" e "I. con Reino Unido" (ambas en 2002), el Tribunal consideró que la negativa de las autoridades de la demandada a reconocer la invocada identidad sexual de las actoras representaba una intromisión injustificada en su vida privada y violaba la CEDH. En la primera causa, la actora alegaba la falta de reconocimiento legal de su nueva identidad de género y la imposibilidad de contraer matrimonio con una persona del sexo opuesto al de su nueva identidad sexual. Y en la segunda, que no había resultado posible realizar estudios o solicitar trabajo luego de su intervención de reasignación sexual al tener que presentar su certificado de nacimiento [43].

---

(41) MANZANO BARRAGÁN, Iván, "La jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos sobre orientación sexual e identidad de género", Rev. Española de Derecho Internacional, vol. LXIV/2, p. 68 y ss.; MARTÍNEZ DE PISÓN CAVERO, José M. "La identidad de género en el Tribunal Europeo de Derechos Humanos", AFD 2022, (XXXVIII), p. 105 y ss.

(42) Autores citados en nota anterior y, también, MEDINA, Graciela, "Transexualidad. Evolución jurisprudencial de la Corte Europea de Derechos Humanos", LL 2000-A-1024, quien, analiza también las causas Sheffield y Horsham c/ Reino Unido y X. Y. Z. c/ Reino Unido.

(43) MANZANO BARRAGÁN, Iván, "La jurisprudencia …", ob. cit. p. 70. El autor cita en el mismo sentido una sentencia posterior del año 2003 (Van Kuck c/ Alemania) en que la actora se agravia porque los tribunales alemanes habían resuelto que la decisión de la compañía aseguradora de no reembolsarle los gastos de una intervención de reasignación de sexo no constituía un tratamiento médico necesario.

El Tribunal consideró que la demandada no podía ampararse en su margen de apreciación para seguir manteniendo a los actores en una situación anómala y consideró, como mencioné, que se había producido una violación a su vida privada. No dejo de destacar lo que considero un reconocimiento en Europa acerca de la creciente aceptación social de los transexuales.

En una nueva causa (XY v. Turkey, 10/03/ 2015), el Tribunal consideró que el Estado demandado había violado el derecho a la vida privada de la persona que había solicitado la autorización para el tratamiento quirúrgico que le había sido negado en razón de que no había demostrado que no estaba en aptitud de no procrear "en modo permanente" (44).

Se puede ver también el fallo que menciona Kemelmajer de Carlucci, que se cita en la nota 65.

VI. Latinoamérica

Algunos países latinoamericanos no han sido ajenos al desarrollo que se enuncia, según se indica a continuación.

a) Bolivia. La ley 807 de identidad de género promulgada en mayo de 2016 faculta a las personas bolivianas, mayores de 18 años a rectificar sus datos de sexo, nombre e imagen mediante un procedimiento administrativo en base a una solicitud declarativa. La ley es aplicable a personas transexuales, y transgénero siempre que sean solteras, divorciadas y viudas (arts. 1 y 4). El cambio es reversible por una sola vez, luego de lo cual no pueden modificarse nuevamente esos datos. En caso de reversión se vuelve al nombre, dato de sexo e imagen iniciales (art. 4.11).

Caracteriza a los transexuales como "las personas que se sienten como pertenecientes al género opuesto al que se les asignó al nacer y que optan por una intervención médica para adecuar su apariencia física biológica a su realidad psíquica y social" y al transgénero como al "Hombre o mujer cuya identidad de género no corresponde con su sexo asignado al momento del nacimiento, sin que esto implique intervención médica de modificación corporal" (art. 3).

La solicitud debe cumplir, entre otros, los siguientes requisitos: el pedido de cambio de lo inicialmente registrado, y el nuevo nombre propio y dato del sexo elegido junto con un "examen técnico psicológico que

(44) BARELA, Valentina, ob. cit., p. 17 y s.

acredite que la persona conoce y asume voluntariamente las implicaciones de la decisión (art. 8).

b) Uruguay. En octubre de 2018, la República Oriental del Uruguay sancionó la ley 19.684 (ley integral para personas trans). Caracteriza a la persona trans como "la persona que se autopercibe o expresa un género distinto al sexo que le fuera asignado al momento del nacimiento o bien un género no encuadrado en la clasificación masculino femenino, independientemente de su edad y de acuerdo a su desarrollo evolutivo psico sexual" (art. 4.c.). A la identidad de género, a su vez, como "la vivencia interna e individual del género según el sentimiento y autodeterminación de cada persona en coincidencia o no con el sexo asignado en el nacimiento, pudiendo involucrar la modificación de la apariencia o la función corporal a través de medios farmacológicos, quirúrgicos o de otra índole, siempre que ello sea libremente escogido" (art. 4.a.).

Establece el derecho de toda persona a solicitar la adecuación registral de su nombre, sexo o ambos, cuando los mismos no coincidan con su identidad de género (art. 6). En el caso de menores de edad que no obtengan la anuencia de sus representantes legales o sea imposible obtenerla de quien debe prestarla, podrán recurrir a los mecanismos previstos en los arts. 110 del Código Civil y 404 del código general del proceso (art. 6). Obtenida la rectificación registral no podrá iniciarse nuevamente otra hasta transcurridos cinco años de la fecha de la rectificación (art. 8).

El cambio registral del sexo permite a las personas ejercer todos los derechos inherentes a su nueva condición (art. 9).

c) Chile. En diciembre de 2018 se sancionó la ley 21.120 que entró en vigencia el 27 de diciembre de 2019. Se define a la identidad de género como "la convicción personal e interna de ser hombre o mujer, tal como la persona se percibe a sí misma, la cual puede corresponder o no con el sexo y nombre verificados en el acta de inscripción del nacimiento" (art. 1). La persona mayor de 18 años y soltera puede solicitar la rectificación de su partida de nacimiento en cualquier registro de estado civil del país. La persona casada debe formular la petición en un Tribunal de Familia expresando las razones por las que quiere la rectificación de la partida y denunciando el nombre y Rut (Rol Único Tributario) del cónyuge. Ambos son citados a una Audiencia y, de aprobarse la rectificación de la partida de nacimiento, el matrimonio se declara nulo.

En el caso de menores entre 14 y 18 años, la solicitud deben presentarla uno o más representantes legales en el Tribunal de Familia correspondiente a la jurisdicción, así como los antecedentes del contexto fami-

liar en que se apoya la solicitud junto con informes psicológicos o psico sociales que establezcan que el menor y su entorno han recibido apoyo y orientación profesional por el plazo de un año o más. Además, que el menor no ha sido influenciado para cambiar su nombre y sexo y que el cambio será beneficioso para el menor.

Los extranjeros además de acreditar su permanencia definitiva en el país deben inscribir previamente su nacimiento en el Registro.

VII. OTROS PAÍSES AMERICANOS

Es de señalar también países latinoamericanos —además de los señalados en el capítulo anterior y en nuestro país (*infra* VI)— que contienen regulaciones jurídicas y reconocen también la autodeterminación del género sin necesidad de reconocimientos judiciales y, por lo tanto, de acreditarlo mediante informes psicológicos o médicos.

a) Costa Rica. Decreto 6/2011 (Reglamento del Registro de Estado Civil) [45].

b) Colombia. Decreto 1227/2015. Permite la modificación del sexo en documentos mediante escritura pública [46].

c) Ecuador. La Ley Orgánica de Gestión de la Identidad y Datos Civiles (LOGIDAC) de febrero de 2016 permite a las personas de 18 años por una sola vez registrar la voluntad de cambio de sexo por el género autopercibido, aunque requiere la presentación de testigos que acrediten la autopercepción (lo cual ha motivado que en sectores se afirme que vulnera la privacidad, la no discriminación y la dignidad de los transexuales [47]. Luego, en el año 2024, se emitió el Reglamento que aprobó

---

(45) Permite que toda persona mayor de edad que desee cambiar su nombre por considerar no se corresponde con su identidad de género autopercibido puede, por una única vez, solicitarlo por escrito al Registro Civil. Los cambios de género no deben aparecer reflejados en el Registro. (Dato tomado de NAVARRO MERCHANTE, Vicente, "La autodeterminación de género en la legislación trans en España", ob. cit., p. 423).

(46) La modificación del sexo puede realizarse hasta en 2 ocasiones, debiendo transcurrir al menos un plazo de 10 años entre las solicitudes. Una sentencia de la Corte Constitucional de ese país (13 de febrero de 2015) declaró que "el derecho de cada persona a definir de manera autónoma su identidad sexual y de género y a que los datos consignados en el registro correspondan a su identificación identitaria, se encuentran constitucionalmente protegidos".

(47) Se agrega que al excluir a los menores de 18 años se afecta directamente a la niñez trans y, además, que al cambiar "sexo por "género" se deja expuesto a la dis-

las modificaciones introducidas por el Parlamento: posibilita solicitar la rectificación de la mención de sexo o género, que el registro del género o la rectificación del sexo se puede solicitar a título personal o a través de un tercero legalmente autorizado por medio de un poder especial y que los cambios de datos no estén condicionados a la presentación de informes médicos o psicológicos ni a procedimientos médicos o quirúrgicos.

VIII. Estados Unidos de América, México y Canadá

Algunas legislaciones estatales lo admiten con variantes: Arizona (1967); Luisiana (1968); Nueva York (1971) o California (1977). También en Provincias de Canadá [48].

En el caso de México 17 de los 32 Estados Federativos, incluyendo la ciudad de México, contaban en el año 2022 con una normativa que permitía calificarlas con una reasignación de sexo genérica [49].

IX. Argentina

El debate. Señalada, con matices, la tendencia universal destinada a excluir la intervención judicial y, simultáneamente la consiguiente facultad del transexual de cambiar administrativamente el cambio de sexo se ingresa al complejo debate acerca de si el cambio de sexo forma parte de los derechos de cada uno al libre desarrollo de su personalidad (o de su identidad personal o su libertad) y de su salud (aquí, solo se mencionarán unos pocos temas).

La Argentina fue pionera en la corriente señalada, a través de la sanción de la ley 26.743. (reglamentada por decreto 1007/2012 y luego por

---

criminación a los trans (al prever que el peticionario podrá solicitar el cambio en los nombres a causa de la sustitución del campo "sexo" por el de "género" que puede ser masculino o femenino) (EGAS, Johanna, "Reconocimiento legal de la identidad de género en los trans; análisis de las regulaciones al cambio del campo "sexo" por el de "género" en la cédula de identidad en el Ecuador", USFQ Law Review, p. 67 y ss.).

(48) FERNANDEZ SESSAREGO, Carlos, "Derecho a la identidad personal", Astrea, p. 381.

(49) CÁRDENAS CARDÓN, Alicia, "El reconocimiento jurídico de la identidad de género en América Latina: reflexiones y aprendizajes para el debate jurídico español", Derechos y Libertades, núm. 47, Época II, p. 287.

decreto 903/2015 que reglamentó el artículo 11 de la ley) [50]. Importa destacar que la doctrina argentina de prestigio, antes de la sanción legal, se manifestaba partidaria de una decisión judicial a través de un procedimiento reservado que estableciera el cambio de género; que la intervención quirúrgica solo fuera autorizada a personas no casadas luego de acreditada la ausencia de eficacia de otras terapias y la modificación de la inscripción registral requería peritaje que demostrara la incapacidad de procrear. Era la postura, entre otros, de Santos Cifuentes [51], Gustavo Bossert y Eduardo Zannoni [52]. Participaban de un criterio restrictivo Yungano [53] y, algo más drásticamente, Alberto J. Bueres [54]. Tuvo parti-

---

(50) Por ley 27.636 (julio 2021) —reglamentada por decreto 659/2021— se aprobó la promoción de acceso al empleo formal para personas travestis, transexuales y transgénero, que prevé la reserva de un cupo no inferior al 1 por ciento en los puestos laborales de la Administración pública, incumbiendo al Estado arbitrar los medios necesarios para la capacitación y formación educativa si los aspirantes no la tuvieran. Un análisis específico de sus disposiciones —precedido por el decreto 721/2020— puede verse en SGRO, Gino, "Violencia institucional hacia las personas trans: análisis de algunas políticas públicas para su erradicación", TR LALEY AR/DOC/1852/2024.

(51) CIFUENTES, Santos, ob. cit., p. 316.

(52) ZANNONI, Eduardo, "El transexualismo desde la perspectiva ético-jurídica", Rev. Derecho de Familia, 1990-4-142. BOSSERT, Gustavo - PRESBIESH, María A., "Apariencia y realidad del sexo", LL 2006-D-916. El autor citado en nota 48 menciona que en el marco de las "Primeras Jornadas Internacionales de Derecho Civil" (Lima, 1991), se elaboró una propuesta, junto con tres juristas argentinos —Santos Cifuentes, Eduardo Zannoni y Gustavo Bossert— de lo que serían las "Bases para una elaboración sobre adecuación de sexo en casos de transexualidad y consiguiente modificación del nombre" ("Sexualidad y bioética. La problemática del transexualismo", ob. cit. p. 61). Entre otras, las citadas bases recomendaban que eran admisibles intervenciones quirúrgicas a favor de la "somapsique" cuando no fueran de eficacia otras terapias y a partir de la base de una decisión judicial tramitaba en un proceso reservado; solo debían aplicarse a personas no casadas, era menester la demostración de la incapacidad para procrear.

(53) YUNGANO, Arturo, "Cambio de sexo", LL 975-A-482.

(54) BUERES, Alberto J., "Responsabilidad civil de los médicos", 2, Hammurabi, 3ª ed., p. 659 y ss. Puede verse, también, XXI Jornadas Nacionales de Derecho Civil (Buenos Aires, 2003, Comisión N° 1 Parte General) en que se votaron dos despachos: *De lege lata*: Mayoría "Debe reconocerse el derecho del transexual, de estado civil viudo, soltero o divorciado, de adecuar su cuerpo con basamento en el derecho a la identidad sexual y disponer el propio cuerpo". Minoría: "En el derecho vigente no cabe aceptar la legitimidad de las denominadas operaciones de cambio de sexo". *De lege ferenda*: Mayoría "Debe derogarse el art. 19 inc. 4 de la ley 17.132 y adecuarse al resto de la normativa vigente, de suerte de dar mayor viabilidad a las denominadas "operaciones de cambio de sexo"". De minoría: "Puede admitirse que el transexual genuino pueda cambiar su nombre en el documento de identidad, siempre con las exigencias que no tenga matrimonio anterior vigente ni hijos extramatrimoniales o matrimoniales y

cular repercusión en esa época un voto en minoría del Dr. Calatayud (el Tribunal decidió por mayoría negar el pedido de un transexual de origen varón, transformado por método quirúrgico en el extranjero, que se lo inscribiera como tal en el Registro de Estado Civil y Capacidad de las Personas) [55].

Finalmente, la ley 26.743 (Derechos a la identidad de género de las personas) sancionada el 9 de mayo de 2012 [56] es en muchos aspectos, como se adelantó, pionera en la señalada evolución de la legislación comparada: posibilita mediante una simple solicitud administrativa, la rectificación registral del sexo y el cambio de nombre de pila e imagen cuando no coincida con la identidad de género autopercibida. El solici-

---

previa intervención judicial"; GARCÍA DE SOLAVAGIONE, Alicia "Transexualismo: el otro género", tesis doctoral, inédita, Facultad de Derecho y Ciencias Sociales Universidad de Córdoba, 2005.

(55) CNCiv. Sala E, 31/03/89, ED-135-525. Puede verse, por ejemplo, BIDART CAMPOS, Germán J., "El cambio de identidad civil de los transexuales quirúrgicamente transformados", JA 18/07/1990 y FERNANDEZ SESSAREGO, Carlos, "El derecho a la identidad personal", Astrea, p. 464 y ss. El juzgador parte de la consideración que el transexual ha logrado, operación quirúrgica mediante, adecuar su sexo morfológico con el psíquico, sabiendo que se coloca en una situación irreversible y permanente y que, corolario de ello, es que debe ayudárselo a insertarse en el medio social reconociendo legalmente su nuevo status ("lo contrario importaría tanto como marginarlo de la sociedad, ya sea en el orden laboral como en la simple realización de cualquiera de los variados trámites burocráticos en los que se le exija la presentación de su documento de identidad ...").

(56) Antes, la Constitución de CABA, con las limitaciones propias de su dependencia constitucional —sancionada en 1996— reconoce el derecho a ser diferente, no admitiendo discriminación por sus creencias u opiniones (art. 11). La ley 3062/2009 establece que debe respetarse la identidad de género adoptada por travestis y transexuales. La ley 6.027/2018 promociona y resguarda Espacios Libres de discriminación y /o violencia por cuestiones de género, identidad de género u orientación sexual. La ley 6.341/20 promueve la igualdad y representación de las diferentes identidades de género en el deporte. En la Provincia de Buenos Aires, la ley 15.100 consagra el derecho de toda persona al desarrollo de actividades deportivas conforme a su identidad de género. La sanción de la ley 26.743 fue precedida de un fallo de la Corte Interamericana de Derechos Humanos que responsabilizó al Estado Argentino en la causa Forneron e hija c/ Argentina (27 de abril de 2012) (un comentario del fallo en YUBA, Gabriela, "La responsabilidad del Estado en la realización de los derechos del niño y las garantías judiciales", RDFP, Año IV, no. 7, agosto 2012, p 99 y ss. La Editorial La Ley, publicó al poco tiempo un número especial (Identidad de género) bajo la Dirección de Graciela Medina y con la colaboración de Sergio Barocelli, María L. Ciolli, Silvia Fernández, María S., Gerlero, Andrés Gil Domínguez, Ricardo Guibourg, Elena Liberatori, Alejandra Portatadino, Guillermo Scheibler, Carolina Von Opiola, Gabriela Yuba y la directora.

tante debe contar con 18 años de edad [57] y presentar una solicitud ante el Registro Nacional de las Personas o sus oficinas seccionales, requiriendo la rectificación de la partida de nacimiento y el nuevo documento nacional de identidad, conservándose el número original. La solicitud de los menores de 18 años debe ser realizada por los representantes legales y con expresa conformidad del menor, lo que ha motivado que alguna doctrina considere que el menor, a partir de los 16 años, goza de capacidad para solicitar el cambio de sexo, sin necesidad de ser realizada por los representantes legales en razón de que con la vigencia del Código Civil y Comercial, se considera al adolescente de esa edad "adulto para las decisiones atinentes al propio cuerpo" (art. 26 últ. párr.) [58]. Sin embargo, ha de considerarse el criterio de interpretación, en materia de derecho intertemporal, que acarrea que la ley general posterior no deroga la ley especial anterior y que, por aplicación de ello, debe entenderse que subsisten los requisitos de edad de la legislación especial [59]. De no obtener el consentimiento de alguno de ellos, podrá recurrir a la actuación judicial por vía sumarísima (art. 5) [60]. Se contempla el principio de confidencialidad, de las resultas del cual solo tienen acceso al acta

---

(57) Se ha planteado que a diferencia de otras normas legales (arts. 3, 5 y 11 ley 26529) el texto legal alude a "todos los mayores de 18 años" sin establecer diferencias relativas a la situación psíquica o mental del peticionante, lo que plantea la aptitud de los de esa edad disminuidos psíquicos que son relativamente capaces o absolutamente incapaces (FERNANDEZ, Silvia, "La realización del proyecto de vida autorreferencial. Los principios de autonomía y desjudicialización", Suplemento Especial La Ley, p. 19).

(58) LIBARDO, Emiliano, "El derecho a la identidad de género. Interpretación y desafío después de la ley 26.743", en Rev. Actualidad, Derecho de Familia, vol. 7, ps. 19/63. Mas drásticamente, se afirma que los representantes legales no podrían actuar sino conforme a la voluntad o querer interno del menor, en razón de lo cual se propicia, incluso, la innecesariedad de la autorización judicial (SOLARI, Néstor, "la capacidad progresiva y la patria potestad en los proyectos de identidad de género", Rev. de Derecho de familia y de las Personas, noviembre 2011, p. 209 y s.). Comp., sin embargo, MEDINA, Graciela, "Comentario exegético - la ley de identidad de género", La Ley 2012-C-1042

(59) TOBÍAS, José W., "Tratado de Derecho Civil. Parte General", La Ley, T. I, p. 487 y s.

(60) Los medios de comunicación informan, a la fecha de elaboración de este aporte, que la Presidencia de la nación ha elaborado un DNU que agrega al art. 11 de la ley 26.473 un párrafo que dice: "Las personas menores de 18 años no podrán acceder a las intervenciones y tratamientos a los que hace referencia el presente artículo". El párrafo anterior faculta a las personas mayores de 18 años a acceder a intervenciones totales y /o tratamientos hormonales para adecuar su cuerpo, incluida su genitalidad o identidad de género autopercibida, sin necesidad de requerir autorización judicial o administrativa.

de nacimiento originaria quienes cuenten con autorización del titular u orden judicial (art. 9).

En lo atinente a los menores entre 13 y 16 años corresponde remitirse a lo expresado en otra oportunidad [61].

La rectificación registral, una vez obtenida, solo podrá ser nuevamente modificada con autorización judicial (art. 8). No es requisito la acreditación de intervención quirúrgica por reasignación genital total o parcial, ni acreditar terapias hormonales u otro tratamiento psicológico o médico (art. 4).

Define la identidad de género como "a la vivencia interna e individual del género tal como cada persona la siente, la cual puede corresponder o no con el sexo asignado al momento del nacimiento, incluyendo la vivencia personal del cuerpo. Esto puede involucrar la modificación de la apariencia o la función corporal a través de medios farmacológicos, quirúrgicos o de otra índole, siempre que ello sea libremente escogido. También incluye otras expresiones de género, como la vestimenta, el modo de hablar y los modales" (art. 2).

Luego por Decreto 476/2021, se estableció que en los DNI y en los pasaportes se puede consignar en el marcador de sexo, una X que permite identificar aquellas personas cuya identidad de género es "no binaria, indeterminada, no especificada, indefinida, no informada, autopercibida, no consignada, u otra aceptación con la que pudiera identificarse la persona que no se sienta comprendida en el binomio masculino/femenino" (art. 4).

i.- Interesa, en primer lugar, excluir del debate aquellos supuestos en que se trata de rectificar meros errores materiales en las partidas de nacimiento o en otra documentación personal (meras rectificaciones registrales). No corresponde equiparar a ello las "actualizaciones registrales". En estos casos, los datos consignados son los correctos al momento de ser anotados, pero por circunstancias determinadas, pueden alterarse por otros nuevos (no es una mera rectificación registral la incidencia del sexo psicológico en oposición al cromosómico). Lo son, en cambio, la apreciación equivocada del sexo genital de la persona inscripta o la inexactitud del año de nacimiento, o su omisión, o los nombres de los progenitores, etc. [62].

---

(61) TOBÍAS, José W., "Tratado de Derecho Civil. Parte General, t. I, p. 483 y ss.

(62) GARCÍA DE SOLAVAGIONE, Alicia "Transexualismo: el otro género", tesis doctoral, inédita, ob. cit. p. 221 y ss. Las ya señaladas Primeras Jornadas Internacionales

ii.- Se ha visto que, una vez obtenida la modificación registral, solo puede ser modificada con autorización judicial (art. 8). Se ha observado, sin embargo, que si el género puede ser libremente denunciado por la persona que lo hace (hasta un punto tal que la autoridad administrativa debe cambiar los registros) ¿por qué solo puede ser usado en una sola oportunidad)? (63).

iii.- Una delicada cuestión, es que la legislación argentina no contempla, como lo hacen algunas legislaciones, la exigencia que el peticionante sea soltero o divorciado sin hijos (64).

Aún fundada la solución legal relativa al cambio de sexo en el libre desarrollo de la personalidad y la salud (o en el de la identidad personal o el derecho a la libertad) es menester computar el derecho de los miembros de la familia y, en particular, el de su cónyuge y sus hijos (65).

En lo relativo a los segundos, es fácil comprender las consecuencias —sobre todo si son menores— que ello les generaría. El interrogante que se suscita es la repercusión psicológica que supone contar con elementos parentales bien definidos (un padre y una madre) o asistir a un cambio de sexo de uno de los progenitores (dos padres o dos madres, según el caso). Se ha llamado la atención acerca de que ello puede desencadenar consecuencias psíquicas negativas imprevisibles (66).

---

de Derecho Civil, Perú 1991. También a mi entender, PEYRANO, Guillermo F., "Transexualismo. La identidad sexual y los alcances jurídicos de su modificación", Jurisprudencia Santafecina, n° 60, octubre de 2004, Ed. Jurídica Panamericana.

(63) GUIBOURG, Ricardo, "Sobre el género y la ley", LL 2012-C-1036

(64) En las XV Jornadas Nacionales de Derecho Civil (Mar del Plata, 1995) el Despacho de Mayoría (Comisión n° 9, El Derecho frente a la discriminación), propició de *lege ferenda* que debía tratarse de persona no casada y sin hijos.

(65) Se plantea la hipótesis FERNANDEZ SESSAREGO, Carlos, "El derecho a la identidad personal", ob. cit., p. 367 y afirma que ello se plantea solo como hipótesis de trabajo, y que, de admitirse jurídicamente el cambio de sexo, "el legislador debería necesariamente afrontar esa temática salvaguardando el derecho de familia" (ello no sucede con la ley argentina). Comp., sin embargo, el fallo del TEDH citado por KEMELMAJER DE CARLUCCI, Aída, que condenó a Portugal por violación al art. 14 del Convenio por considerar que el fallo del Tribunal de Apelaciones de Lisboa ("Salguiero da Silva Mota c/ Portugal") que sin negar el derecho de comunicación del padre homosexual le prohibió a éste comportarse durante las visitas exteriorizando "que su padre vive con otro hombre como si estuviesen casados ("Derecho humano a la comunicación en las relaciones filiales", diario La Ley 7 de abril 2025, p. 4).

(66) Se manifiesta partidario de resolver caso por caso, según la edad y la maduración del menor STANZIONE, Pasquale, "Transssualitá", ob. cit., p. 891 y s.

En lo atinente al cónyuge, aún en la hipótesis que el transexual queda facultado para el cambio de sexo, es menester interrogarse el impacto que esa modificación genera en el matrimonio (y de qué manera). Aunque resulta poco probable que el cónyuge del transexual no hubiera advertido esa tendencia de su pareja (parece haber consenso en que los primeros síntomas se manifiestan en la niñez y se exteriorizan de modo evidente en la adolescencia), resulta necesario interrogarse por el impacto que la decisión del cambio de sexo genera en el matrimonio y el impacto que ello genera en la fractura del núcleo familiar (en base a la consideración que ningún derecho es absoluto).

De ahí que alguna legislación comparada afronte el problema del conflicto de intereses entre los del transexual y los de su familia y exija que el transexual no sea casado (Reino de los Países Bajos, Chile) o esté divorciado o sea viudo (Bolivia) y esté imposibilitado de procrear.

iv.- Una nueva cuestión se plantea cuando el transexual cambia de sexo estando originariamente en una prisión de varones. Los medios de comunicación (La Nación, diarios del 12 de noviembre de 2024 y del 15 de noviembre de ese año) informan que Gabriel Fernández a instancias de su nueva identidad de género, decidió llamarse Gabriela Nahir Fernández y solicitó y obtuvo el cambio de pabellón al de mujeres en la cárcel de Bouwer, Provincia de Córdoba. Allí habría cometido delitos vinculados con la violencia de género sobre otras mujeres presas y habría dejado embarazada a una compañera. El medio de comunicación informa que la Cámara de Acusación de Córdoba, además de elevar la causa a juicio, ordenó trasladarla a una celda donde no esté en contacto con hombres o mujeres [(67)].

Mas genéricamente, importa establecer si la mera decisión personal del cambio de sexo genera el riesgo de acceder dolosamente a espacios reservados a mujeres o niñas con fines "non santos" (o acceder a una jubilación o a la exención del servicio militar) [(68)].

---

(67) En el pronunciamiento se destaca que "para brindar completitud a los derechos de la aquí imputada, se vulneraron o pusieron en riesgo los derechos de 481 mujeres internas, sin contar a las funcionarias, también mujeres, encargadas del cuidado de las alojadas"

(68) Cabe recordar el caso "Goodwin" resuelto por la Corte de Derechos Humanos de Europa, que hizo lugar a la acción promovida por un transexual nacido varón que cambio el género a mujer e intentó jubilarse a la edad de la mujer (60 años). Puede verse el punto de vista de Graciela Medina que deja a salvo su opinión en el sentido que la adecuación del sexo no se realice con el solo fin de defraudar al sistema jubilatorio (MEDINA, Graciela, "Comentario exegético a la ley de identidad de género", Suplemento Especial La Ley, ob., cit., p. 53)

v).- Una nueva cuestión —ya resuelta por la Suprema Corte de Justicia de la Nación [69]— se vincula con la subrogación de vientre. Una pareja recurrió a la gestación por sustitución sin que la mujer gestante tuviera la intención de ser madre, según lo acordado entre las partes. La pareja de hombres promovió una demanda judicial para que se emitiera una nueva partida de nacimiento en la que ellos figuraran como únicos progenitores, desplazando a la mujer gestante (con su conformidad). El pronunciamiento del Tribunal ratificó la plena vigencia del art. 562 del CCC, estableciendo que en esos casos la maternidad le corresponde a quien da a luz y al hombre o mujer que ha prestado su consentimiento con prescindencia de quien ha aportado los gametos.

Interesa señalar, para dar cierre a este Capítulo, que la circunstancia que se comparta la despatologización y la desjudicialización en la ley 26.743, no supone prescindir del derecho a la salud y, aún, a la vida [70].

X. Unas controversias recientes

La celebración de los Juegos Olímpicos 2024 ha generado un debate con motivo de las medallas de oro obtenidas por las pugilistas de Argelia (Imane Khelif) y de Taiwán (Lin Yuting) en boxeo femenino. La participación de la primera ya había planteado interrogantes, que se intensificaron cuando tras menos de 50 segundos en el ring, triunfó por el abandono de la italiana Ángela Carini. Khelif y Yuting habían sido descalificadas por la Asociación Internacional de Boxeo (IBA) en el año 2023 por no haber cumplido "con los criterios de elegibilidad para participar en la competencia femenina, tal como se establece en el Reglamento de la IBA …". La decisión se adoptó por estimarse "extremadamente importante y necesaria para mantener el nivel de imparcialidad y la máxima integridad de la competencia", según el comunicado emitido por la entidad. Se agregó que las "atletas no se sometieron a un examen de testosterona sino a una prueba independiente y reconocida, cuyos detalles se mantienen confidenciales … Y se determinó que tenían ventajas competitivas sobre otras competidoras femeninas". Poco después, los medios de comunicación informaban que, en una conferencia de prensa cele-

---

(69) Fallos 347.1527. Sentencia de fecha 22/10/ 24, votó en disidencia el Juez Maqueda.

(70) GRAFEUILLE, Carolina, "De femineidades e identificaciones", TR LALEY AR/DOC 2226/2024.

brada el 5 de agosto de 2024, ¡la entidad citada informó que los resultados médicos indicaban que eran originariamente hombres! (71)

El Comité Olímpico Internacional (COI), a su vez, había dictado en el año 2016 una normativa que determinó que los atletas transexuales podían participar en cualquier competencia sin tener que someterse a una cirugía de sexo siempre que los hombres que aspiraran a competir como mujeres tuvieran niveles de testosterona menores a diez nanogramos por litro de sangre (72).

Al parecer, la normativa del COI tiene por finalidad que las atletas transexuales no sean excluidas de participar en esas competencias, no obstante lo cual el Reglamento requiere que quienes hagan la transición de hombre a mujer para competir en la categoría femenina deben haber declarado que la identidad de género es femenina y que ella no se puede cambiar para fines deportivos durante un mínimo de 4 años. Además, la demostración que su nivel de testosterona ha estado por debajo de 10 nanogramos/litro durante al menos 12 meses antes de la competencia.

El debate, como se advierte, consiste, entre otras cuestiones, en determinar si la reglamentación del COI genera o no un mayor nivel de igualdad de los deportistas trans o si la solución es plantear competencias olímpicas sin división de sexo o si la incorporación de personas trans a las competencias femeninas termina consolidando la desigualdad entre varón y mujer (73).

Pero la controversia en cuestión no solo se plantea en deportistas que compiten en el alto rendimiento y la cuestión se extiende, además,

---

(71) Diario La Nación del 6 de agosto de 2024.

(72) ROUGIER, Guadalupe, "Inclusión de personas trans en las competencias olímpicas: ¿ampliación de derechos o reproducción del modelo binario de sexo?, Rev. De Ciencias de la Salud y el deporte, año 5, núm. 22, abril de 2022, p. 79 y ss. Lo cierto es que el cambio de identidad de género —originariamente hombre y ahora mujer— parece que acarrea ventajas en términos de fuerza y resistencia, que se debería a que los originariamente hombres tienen por naturaleza un mayor volumen cardíaco y pulmonar y más masa muscular a pesar del tratamiento con testosterona (al menos durante el primer año).

(73) Los medios de comunicación informan que el presidente de los Estados Unidos de América —Donald Trump— firmó una orden que prohíbe a las mujeres transgénero competir en los Juegos Olímpicos 2028 a celebrarse en su país.

a la participación en los deportes amateurs (como puede suceder en el hockey femenino) [74] o en el voleibol [75].

(74) Se cita la hipótesis de cuatro jugadores de hockey de diferentes provincias que tuvieron inconvenientes para poder participar en las ligas locales (IBARRA, Mariana E., "Cuéntame tus testosteronas: un análisis sobre las regulaciones para jugadoras transgénero e hiperandrógenas", La ventana, vol. 6, no. 52, Guadalajara, julio/dic. 2020, ps.1/9). Se señala, asimismo, lo costoso de la aparatología necesaria, y que la mayoría de las entidades no cuentan con el dinero necesario. Se remarca, sin embargo, que la Confederación Argentina de Hockey informó que las personas trans deben ser aceptadas en equipos del género al que se cambiaron y se remarca el antecedente de la atleta trans chubutense, a quien la Federación de su Provincia le impidió jugar por varios años (ROUGIER, Guadalupe, "Inclusión de personas trans en las competencias olímpicas: ¿ampliación de derechos o reproducción del modelo binario de sexo?", ob. cit., p. 79 y ss.).

(75) Los medios de comunicación (Infobae del 18/11/24) informan que, en los Estados Unidos de América, compañeras de un equipo de voleibol femenino de una persona transexual denunciaron que una de sus compañeras había nacido hombre cambiando su identidad de género. La jugadora transgénero, en una competencia finalista, se había destacado asegurando un punto con un potente servicio que la oponente no pudo controlar.

Miembros del Instituto de Derecho Civil

La cláusula penal compensatoria

Por Andrés Sánchez Herrero

I. Sobre la cláusula penal, en general

I.1. Definición

De acuerdo con el art. 790 del Cód. Civ. y Com., "[l]a cláusula penal es aquella por la cual una persona, para asegurar el cumplimiento de una obligación, se sujeta a una pena o multa en caso de retardar o de no ejecutar la obligación" (1). Partiendo de esta base, la defino como el acto jurídico accesorio de una relación jurídica por el cual una persona se compromete a realizar una prestación (la pena) en caso de que el sujeto pasivo de esa relación incumpla su deber.

Repasemos las notas que integran esta definición:

1) La cláusula penal es un acto jurídico autónomo. Que accede a una obligación, es cierto, pero un acto jurídico en sí. Por lo general, es un acto bilateral, un pacto, pero no necesariamente.

A pesar del nombre del instituto, descarto definirlo como una "cláusula", término que, según el *Diccionario de la lengua española*, en su primera acepción significa '[c]ada una de las disposiciones de un contrato, tratado, testamento o cualquier otro documento análogo, público o privado' (2). Se está aludiendo, entonces, a algo que no existe por sí, sino que *forma parte* de un acto, por lo que no le cuadra a la cláusula penal, dado que también se la puede otorgar en forma independiente (sin que por esto deje de ser accesoria). Por ejemplo, tras haber celebrado el contrato

---

(1) La norma es copiada casi a la letra del art. 652 del viejo Cód. Civ., que a su vez se basaba en el art. 1226 del Cód. Civ. francés.

(2) Real Academia Española, *Diccionario de la lengua española,* vigesimotercera edición (primera acepción).

que dio origen a la obligación principal cuyo eventual incumplimiento detonará la aplicación de la pena.

2) La cláusula penal accede a una relación jurídica, la relación jurídica principal. Por lo general, se trata de una relación obligacional o creditoria. De hecho, el Cód. Civ. y Com., siguiendo a Vélez, solo alude a este tipo de relación: "[l]a cláusula penal es aquella por la cual una persona, para asegurar el cumplimiento de una *obligación*, se sujeta a una pena o multa en caso de retardar o de no ejecutar la *obligación*" [3]. Con todo, también puede acceder a una relación jurídica real o intelectual. No obstante, tanto por tradición como porque esto es lo más frecuente, en lo que sigue aludiré, en general, a la obligación principal.

Esta obligación nace casi siempre de un acto jurídico. De ser el caso, la cláusula penal también accede a ese acto. Se la califica de este modo —"principal"— por su relación con la pena, que es su accesorio. Naturalmente, no es preciso que la obligación reforzada con la pena sea la principal de las que nacen del contrato. Se la califica como principal por su relación con la pena, no con el acto jurídico que es su fuente.

Es discutido si la pena también puede acceder a otro tipo de deber. De todos modos, aun suponiendo que así fuese, lo usual es que se trate de una obligación.

3) Siguiendo la definición legal, aludo al sujeto pasivo como "una persona", y no como "la deudora", porque puede que no ocupe ese rol en la obligación principal. Por supuesto, siempre será la deudora de la pena. (Más precisamente, el sujeto pasivo del deber que nace de la cláusula penal, que por lo general es una obligación, pero puede no serlo).

4) Este sujeto pasivo se compromete a realizar una prestación, que viene a ser la pena. Es decir, asume un deber jurídico patrimonial. "Se sujeta a una pena o multa", según la ley, expresión que, por su amplitud, es correcta, dado que, si bien normalmente este deber consiste en una obligación, puede tener otra naturaleza. Por ejemplo, puede consistir en la pérdida de bienes que ya se han entregado al acreedor, aunque por otro título (v. gr., las cuotas del precio que ya se han abonado).

5) El sujeto activo está implícito en la definición: se sobrentiende que eso que el sujeto pasivo debe, se lo debe a alguien. Puede o no ser el acreedor de la obligación principal.

---

(3) Énfasis agregado.

6) La pena solo se debe si se incumple la obligación a la que accede. Esto amerita algunos comentarios, aunque sea de modo preliminar:

- La cláusula penal debe ser celebrada antes de que se incumpla la obligación principal.

- Por lo general, por esta nota se entiende que estamos ante un acto sujeto a condición: la condición suspensiva negativa de que se incumpla la obligación principal. Y es así, nomás: la pena solo se debe si se verifica este incumplimiento.

- La pena puede estipularse respecto de cualquier tipo de incumplimiento. "[E]n caso de retardar o de no ejecutar la obligación", dice el artículo citado, pero lo cierto es que puede tratarse también de incumplimientos de otro tipo (por ejemplo, el cumplimiento defectuoso).

A modo de cierre, destaco los tres objetos involucrados en la cláusula penal:

1) La cláusula penal, en sí

Es el acto jurídico definido en este parágrafo.

2) La obligación principal

Es la relación jurídica cuyo incumplimiento se sanciona con la pena.

3) La pena

Es la sanción que nace de *1* para el caso de que se incumpla *2*. Consiste en una prestación. Si no siempre, al menos sí en la mayoría de los casos.

Podríamos agregar un cuarto objeto: el acto jurídico del que nace la relación jurídica principal (*2*) y al que accede la cláusula penal (*1*). Pero no es necesario, si bien lo usual es que exista. De ser así, la cláusula penal suele integrarlo, aunque también es posible que se otorgue en forma independiente.

I.2. Normativa aplicable

La cláusula penal está regulada en la Sección 5.ª —"Obligaciones con cláusula penal y sanciones conminatorias"— del Capítulo 3 —"Clases de obligaciones"— del Título I —"Obligaciones en general"— del Libro tercero —"Derechos personales"— del Cód. Civ. y Com.

La sección se extiende desde el art. 790 hasta el 804. Salvo este último —que se refiere a las sanciones conminatorias—, el resto del articulado regula el funcionamiento de la cláusula penal.

La normativa se ha tomado casi a la letra de los arts. 652 a 666 del viejo Código Civil (con la importante reforma introducida por la ley 17711). No solo se lo ha seguido en cuanto a su contenido, sino también en su sistemática: el tema se regula entre las clases de obligaciones. Criterio que fue tomado del Cód. Civ. francés, a su vez influido por la obra de Pothier.

II. ¿QUÉ ES LA CLÁUSULA PENAL COMPENSATORIA?

En su modalidad típica, la cláusula penal compensatoria sustituye a la obligación principal incumplida. Salvo pacto en contrario, entonces, no es acumulable con la prestación principal ni con el resarcimiento del daño compensatorio al que el acreedor tendría derecho en virtud de las reglas generales. En suma, si, incumplida la obligación principal, el acreedor opta por la pena, solo tiene derecho esta.

Por lo general, la obligación principal nace de un contrato. Una vez que, producido el incumplimiento, el acreedor opta por la pena, si bien la obligación principal se extingue y es reemplazada por la obligación penal accesoria, el contrato conserva su eficacia. Por lo tanto, debe ser cumplido. Por las dos partes. En el caso del incumplidor, a través de la pena compensatoria. En el del acreedor de la obligación principal, mediante la prestación a la que se había comprometido. En caso de que ya la haya ejecutado, no tiene derecho a su restitución.

Para mostrar más concretamente cómo opera la pena compensatoria, refiero un ejemplo:

- Se celebra una compraventa y se prevé una pena compensatoria para el caso de que el vendedor incumpla su obligación principal (esto es, entregar y transmitir el dominio de la cosa vendida).

- El precio se fija en $1.000 y la pena en $1.300.

- El vendedor incumple su obligación.

- El acreedor opta por la pena.

En este caso, los derechos y las obligaciones de las partes son los siguientes:

- El vendedor debe pagar la pena compensatoria ($1.300).

- El comprador debe pagar el precio ($1.000) [4]. Si ya lo pagó, no tiene derecho a su restitución.

Destaco que el comprador no tiene derecho a la cosa vendida. Ha sido reemplazado por su derecho a la pena en el momento en que el comprador (acreedor de la obligación principal incumplida) optó por esta. Por lo misma razón, no tiene derecho a una indemnización compensatoria por el incumplimiento definitivo.

III. La pena compensatoria puede estipularse para un incumplimiento absoluto o relativo de la obligación principal, o para ambos

Suele afirmarse que la pena compensatoria es la prevista para el incumplimiento definitivo y absoluto de la obligación principal, para la imposibilidad de cumplimiento. O, lo que es lo mismo, que solo puede estipulársela respecto de un incumplimiento de esta índole. Un incumplimiento imputable, se entiende: en su defecto, se produciría la extinción de la obligación y el deudor quedaría liberado de toda responsabilidad (incluida la obligación de pagar la pena que eventualmente se hubiese estipulado). Así resulta del art. 955 del Cód. Civ. y Com.:

> "La imposibilidad sobrevenida, objetiva, absoluta y definitiva de la prestación, producida por caso fortuito o fuerza mayor, extingue la obligación, sin responsabilidad".

Veamos un caso que encaja en este supuesto [5]:

- Se celebró un contrato de locación de un salón de fiestas y eventos.

- El locatario abonó la totalidad del precio.

- El contrato incluía una cláusula penal compensatoria, por la cual el locador, en caso de incumplir gravemente sus obligaciones, debía pagar al locatario una pena equivalente al doble del valor del precio pagado.

- También debía pagar un interés punitorio del 1% diario si incurría en mora en el pago de la pena.

---

(4) Eventualmente, se podría realizar una compensación parcial con la pena compensatoria, de modo que el vendedor debería pagar $300 y el comprador nada.

(5) V. CNACom, sala D, "Braslavsky, Luis Néstor c. Madero Tango S.A. s/ordinario", 4/12/2015, en *Thomson Reuters Información Legal*, AR/JUR/65538/2015.

- En concreto, y en lo que aquí nos interesa, la cláusula penal disponía lo siguiente: "Para el caso de incumplimiento grave de las obligaciones asumidas por el locador y encontrándose canceladas todas las sumas de dinero a cargo del locatario, el locador deberá pagar en concepto de daños y perjuicios, todo el capital recibido del locatario con más una suma de dinero igual a aquella dentro de un plazo no mayor a diez (10) días posteriores a la fecha fijada para el evento. Para el caso de que el locador no cumpliere con este pago, abonará un interés *en concepto de cláusula penal* del 1% diario hasta el momento del efectivo pago. La mora por el incumplimiento del deudor se producirá de pleno derecho, sin necesidad de interpelación judicial o extrajudicial alguna [...]" (6). Destaco que —correctamente— los contratantes calificaron como cláusula penal no solo a la compensatoria, sino también a la moratoria (esto es, a los intereses punitorios).

- Apenas media hora después de celebrado el contrato y pagado el precio, el locador comunicó al locatario que le resultaría imposible poner a su disposición el local en la fecha convenida, ya que había sido reservado previamente por un tercero, circunstancia que por error no tuvo en cuenta al contratar. Puso a su disposición el precio que había recibido, cuya restitución ofreció, sin perjuicio de que también procuró encontrar una fecha alternativa para realizar el evento, a cuyo efecto le concedió diversos beneficios. En ningún caso se mostró dispuesto a pagar la pena.

- Fracasada la renegociación del contrato, el locador lo resolvió invocando un incumplimiento del locatario, a quien le imputó conducta abusiva y mala fe por querer enriquecerse a su costa a través de la cláusula penal.

- El locador demandó el pago de las dos penas: la compensatoria y la moratoria que, a su vez, la accedía (esto es, los intereses convenidos).

- El tribunal hizo lugar a las dos pretensiones, aunque a la segunda solo de modo parcial.

- En cuanto a la pena compensatoria, consideró que la imposibilidad de cumplimiento había sido imputable al locador. Si no por dolo, al menos sí por culpa. (Si bien la pericia contable reveló que, en realidad, el contrato incompatible se convino con posterioridad al celebrado con el actor, como este invocó el dolo extemporáneamente, su planteo fue rechazado en este aspecto).

---

(6) Énfasis agregado.

- El tribunal entendió, además, que el valor de la pena era proporcionado.

- En cuanto a la pena moratoria (referida, como vimos, no a la mora en el cumplimiento de la obligación principal, sino en el pago de la pena), si bien admitió la pretensión, redujo la pena a una doceava parte (esto es, del 360% a un 30% anual) porque la consideró abusiva.

Estamos ante un caso de incumplimiento definitivo y absoluto imputable al deudor, sin duda. Más discutible es que haya habido imposibilidad sobrevenida de cumplimiento. De ser el caso, se habría tratado de una imposibilidad jurídica: la celebración de un contrato incompatible. Ahora bien: si este segundo contrato se hubiese celebrado antes que el que dio lugar al juicio, se trataría de un caso de nulidad, dado el carácter originario de la imposibilidad, y, si se hubiese celebrado después, habría tenido mejor derecho nuestro locatario (el actor), de modo que no se habría tratado de un caso de cumplimiento imposible, sino, simplemente, de un incumplimiento (doloso) del locatario. Como sea, para cuando el tema se judicializó, los hechos ya estaban cristalizados, y, sin detenerse en esta cuestión, el tribunal se limitó a afirmar en varias oportunidades que hubo una imposibilidad de cumplimiento. Es cierto que al respecto consideró que, "si el contrato que unió a las partes fue resuelto por la propia accionada, claro resulta que el cumplimiento o continuidad de la ejecución de las obligaciones no vencidas ya no era lógicamente posible ni exigible". Se alude a la resolución por incumplimiento que efectuara la locadora. Sin embargo, esta resolución, como vimos, fue ilegítima, por lo que mal pudo producir el efecto asignado en la frase citada: la imposibilidad o inexigibilidad del cumplimiento del contrato [7].

En definitiva, estamos ante un caso en el cual el incumplimiento de la obligación principal fue definitivo y absoluto, y, según el tribunal, de imposibilidad de cumplimiento imputable al deudor. Único que, para un sector de la doctrina, habilitaría la aplicación de la cláusula penal compensatoria.

No estoy de acuerdo con esto último. Es perfectamente posible estipular una cláusula penal compensatoria respecto de un incumplimiento relativo de la obligación —esto es, aquel en el cual todavía es posible cumplir, cuyo ejemplo típico y más frecuente es la mora— [8]. Esto puede

---

(7) Al respecto, v. Andrés Sánchez Herrero, *Resolución de los contratos por incumplimiento*, Buenos Aires, La Ley, 2018, pp. 401-413.

(8) V. Aída Kemelmajer de Carlucci, *La cláusula penal*, Buenos Aires, Depalma, 1981, p. 228; Ramón D. Pizarro y Carlos G. Vallespinos, *Instituciones de Derecho Priva-*

resultar de una cláusula en la que así se lo prevé de manera específica (no es lo usual) o, simplemente, de que la pena se estipula para cualquier incumplimiento de la obligación principal, lo que incluye, por supuesto, al absoluto y definitivo, pero también al relativo.

La naturaleza de una pena no depende (o no enteramente, al menos) del tipo de incumplimiento para el cual está prevista. Ya he tenido oportunidad de referirme a este tema en general: un mismo tipo de incumplimiento puede ser objeto de penas de distinta naturaleza. La cláusula penal compensatoria es una demostración cabal de esta regla.

Sin duda, es perfectamente válido que se prevea una pena compensatoria para el caso de que se incumpla de manera definitiva y absoluta la obligación principal. Esto está fuera de discusión. El punto es que también se la puede prever para un incumplimiento relativo. Por ejemplo, por mora. Es el caso más frecuente, por cierto. Sin ir más lejos, en el ejemplo de la compraventa del parágrafo precedente, la pena compensatoria se previó para cualquier tipo de incumplimiento de la obligación principal, y, de hecho, el deudor no incurrió en un incumplimiento definitivo y absoluto, sino en mora, ante lo cual el acreedor optó por la pena compensatoria. Un caso típico, insisto, como lo revelan los anales de jurisprudencia.

A nivel legislativo, una prueba contundente de que es posible estipular una cláusula penal compensatoria para un incumplimiento relativo es el art. 797 del Cód. Civ. y Com.:

> "Opciones del acreedor. El acreedor no puede pedir el cumplimiento de la obligación y la pena, sino una de las dos cosas, a su arbitrio, a menos que se haya estipulado la pena por el simple retardo, o que se haya estipulado que por el pago de la pena no se entienda extinguida la obligación principal".

La regla general de la norma se refiere, sin duda, a la pena compensatoria. Varios elementos lo revelan. Entre otros, que la primera de sus excepciones está prevista para el caso en que "se haya estipulado la pena por el simple retardo". Como vimos, el codificador, al regular este instituto, solo tuvo presentes la pena compensatoria y la moratoria. Si la excepción se refiere a esta última, la regla, por descarte, está prevista para la primera. Y, según la norma, "[e]l acreedor no puede pedir el cumplimiento de la obligación y la pena, sino una de las dos cosas, a su arbitrio", lo que presupone, obviamente, que todavía es posible cumplir la obligación principal. Es decir, que no se trata de un incumplimiento absoluto

---

do. Obligaciones. Tomo 3, Buenos Aires, Hammurabi, 1999, p. 90.