



Visítanos en  
[ANDRESCUSI.BLOGSPOT.COM](http://ANDRESCUSI.BLOGSPOT.COM)

**GUILLERMO A. BORDA**

# **TRATADO DE DERECHO CIVIL**

**OBLIGACIONES**

**TOMO II**



**EDITORIAL PERROT**

# **TRATADO DE DERECHO CIVIL - OBLIGACIONES**

## **Tomo II**

Borda, Guillermo A.

Abeledo-Perrot  
1998

### ***ÍNDICE***

#### **CAPÍTULO VII - PRESCRIPCIÓN LIBERATORIA**

§ 1.- Generalidades

§ 2.- Iniciación, suspensión e interrupción del término de la prescripción

A.- INICIACIÓN

B.- SUSPENSIÓN

C.- INTERRUPCIÓN

§ 3.- Plazos de prescripción

A.- PRESCRIPCIÓN ORDINARIA

B.- PLAZO DE CINCO AÑOS

C.- PLAZO DE CUATRO AÑOS

D.- PLAZO DE DOS AÑOS

E.- PLAZO DE UN AÑO

F.- PLAZO DE SEIS MESES

G.- PLAZO DE TRES MESES

H.- MODIFICACIÓN LEGAL DEL TÉRMINO DE PRESCRIPCIÓN

§ 4.- Efectos

§ 5.- Renuncia a la prescripción

§ 6.- Caducidad

FUENTES DE LAS OBLIGACIONES. DE LOS CONTRATOS EN GENERAL

CAPÍTULO VIII - DE LOS CONTRATOS EN GENERAL

§ 1.- Concepto

§ 2.- Evolución del contrato

§ 3.- Clasificación de los contratos

A.- CONTRATOS UNILATERALES Y BILATERALES

B.- CONTRATOS ONEROSOS Y GRATUITOS

C.- CONTRATOS CONMUTATIVOS Y ALEATORIOS

D.- CONTRATOS CONSENSUALES Y REALES

E.- CONTRATOS FORMALES Y NO FORMALES

F.- CONTRATOS NOMINADOS E INNOMINADOS

G.- CONTRATOS DE CUMPLIMIENTO INSTANTÁNEO, DIFERIDO, SUCESIVO O PERIÓDICO

H.- OTRAS CLASIFICACIONES

§ 4.- Autocontrato

§ 5.- El consentimiento en los contratos

A.- VOLUNTAD Y DECLARACIÓN

B.- FORMACIÓN DEL CONTRATO

C.- LAS TRATATIVAS CONTRACTUALES

D.- INTERPRETACIÓN DE LOS CONTRATOS

E.- VICIOS DE LOS CONTRATOS

§ 6.- Elementos de los contratos

A.- CAPACIDAD

B.- CAUSA

C.- OBJETO

D.- FORMA

E.- PRUEBA DE LOS CONTRATOS

§ 7.- Efectos de los contratos

A.- PRINCIPIO DEL EFECTO RELATIVO

B.- FUERZA OBLIGATORIA DE LOS CONTRATOS ENTRE LAS PARTES

C.- ESTIPULACIONES A FAVOR DE TERCEROS

D.- ESTIPULACIONES A NOMBRE DE TERCEROS Y A CARGO DE TERCEROS

E.- EXCEPCIÓN DE INCUMPLIMIENTO

§ 8.- Extinción de los contratos

TEORÍA GENERAL DE LOS HECHOS ILÍCITOS

CAPÍTULO IX - HECHOS ILÍCITOS. RESPONSABILIDAD EXTRA CONTRACTUAL

§ 1.- Conceptos generales

§ 2.- Elementos de los actos ilícitos

A.- HECHO POSITIVO O NEGATIVO DEL QUE RESULTE UNA TRANSGRESIÓN A LA LEY

B.- DAÑO CAUSADO

C.- RELACIÓN DE CAUSALIDAD ENTRE EL HECHO Y EL DAÑO

## D.- IMPUTABILIDAD

### § 3.- Delitos

### § 4.- Cuasidelitos

## A.- RESPONSABILIDAD POR HECHOS PROPIOS

## CAPÍTULO X - RESPONSABILIDADES REFLEJAS

### § 1.- Responsabilidad por el hecho de otro

## A.- RESPONSABILIDAD POR LOS DEPENDIENTES

## B.- RESPONSABILIDAD DE LOS PADRES

## C.- RESPONSABILIDAD DE LOS TUTORES Y CURADORES

## D.- RESPONSABILIDAD DE LOS PROPIETARIOS DE INSTITUTOS DE ENSEÑANZA

## E.- RESPONSABILIDAD DE LOS DUEÑOS DE HOTELES, CASAS DE HOSPEDAJE Y ESTABLECIMIENTOS ANÁLOGOS

## F.- RESPONSABILIDAD DE LOS CAPITANES DE BARCOS Y AGENTES DE TRANSPORTE

## G.- RESPONSABILIDAD POR COSAS ARROJADAS DE UNA CASA

## H.- REGLAS COMUNES

### § 2.- Responsabilidad por los daños causados por las cosas

A.- DAÑOS CAUSADOS POR ANIMALES

B.- DAÑOS CAUSADOS POR COSAS INANIMADAS

C.- DAÑOS CAUSADOS POR PRODUCTOS ELABORADOS

D.- DAÑOS CAUSADOS POR RUINA DE EDIFICIOS

E.- ACCIDENTES DE TRÁNSITO

F.- ACCIDENTES OCURRIDOS CON OCASIÓN DEL TRANSPORTE

G.- ACCIDENTES ACAECIDOS CON OCASIÓN DEL TRANSPORTE BENÉVOLO

## CAPÍTULO XI - LA ACCIÓN DE DAÑOS Y PERJUICIOS

### § 1.- Sujetos de la acción

A.- LEGITIMACIÓN ACTIVA

B.- LEGITIMACIÓN PASIVA

### § 2.- Relaciones entre la acción civil y la penal

A.- EL PRINCIPIO DE LA INDEPENDENCIA

B.- COSA JUZGADA

### § 3.- La reparación de los daños

A.- EL PRINCIPIO DE LA REPARACIÓN INTEGRAL

B.- INDEMNIZACIÓN FIJADA LEGALMENTE

CAPÍTULO XII - RESPONSABILIDADES ESPECIALES

I

§ 1.- Responsabilidad de las personas jurídicas y del Estado

§ 2.- Responsabilidad de los funcionarios públicos

§ 3.- Responsabilidades profesionales

A.- RESPONSABILIDAD DE LOS MÉDICOS

B.- RESPONSABILIDAD DE ABOGADOS Y PROCURADORES

C.- RESPONSABILIDAD DE LOS ESCRIBANOS

D.- RESPONSABILIDAD DE LOS INGENIEROS, ARQUITECTOS Y  
CONSTRUCTORES

§ 4.- Responsabilidad deportiva

§ 5.- Responsabilidad por accidentes del trabajo

§ 6.- Responsabilidad derivada de la aeronavegación

A.- RESPONSABILIDAD EN EL TRANSPORTE ONEROSO

B.- RESPONSABILIDAD POR DAÑOS OCASIONADOS EN LA SUPERFICIE



## C.- RESPONSABILIDAD EN EL TRANSPORTE GRATUITO

## D.- DAÑOS PRODUCIDOS EN ABORDAJE

## II. ENRIQUECIMIENTO SIN CAUSA

1116/10000

## CAPÍTULO VII - PRESCRIPCIÓN LIBERATORIA (ver nota 1)

1116/10010

### § 1.— Generalidades

1116/996

996. IDEA GENERAL DE LA PRESCRIPCIÓN: SUS DOS CLASES.— La ley protege los derechos subjetivos, pero no ampara la desidia, la negligencia, el abandono. Los derechos no pueden mantener su vigencia indefinidamente en el tiempo, no obstante el desinterés del titular, porque ello conspira contra el orden y la seguridad. Transcurridos ciertos plazos legales, mediando petición de parte interesada, la ley declara prescriptos los derechos no ejercidos.

Hay dos clases de prescripción: a) la adquisitiva, llamada con mayor propiedad usucapión. Consiste en la adquisición de un derecho por haberlo poseído durante el término fijado por la ley. Así, la propiedad se adquiere por posesión de 10 años de buena fe y a justo título o por posesión de 20 años de mala fe (arts. 3999 Ver Texto y 4015 Ver Texto ); b) la liberatoria, o prescripción propiamente dicha, que consiste en la pérdida de un derecho por el abandono. Esta última es la que será objeto de nuestro estudio en este libro.

(nota 1) BIBLIOGRAFÍA: SPOTA, Tratado de Derecho Civil, t. 10; SALVAT-GALLI, Obligaciones, t. 3, núms. 2045 y s.; COLMO, De la prescripción en materia comercial, Buenos Aires, 1901; COLMO, Obligaciones, núms. 900 y s.; REZZÓNICO, Obligaciones, 9ª ed., ps. 1099 y s.; MACHADO, t. 11, ps. 10 y s.; LLAMBÍAS, Obligaciones, t. 3, núms.

2004 y s.; CARBONE, Prescripción liberatoria (reseña de jurisprudencia años 1971-1973), J. A., Reseñas, 1973, p. 477; BAUDRY LACANTINERIE y TISSIER, De la prescription, París, 1905; PLANIOL-RIPERT, t. 7, núms. 1325 y s.; PUGLIESE, La prescrizione nei diritto civile italiano, Torino, 1924; CÁMARA LEAL, Da prescrição e da decadência, São Paulo, 1939; FRANCO, A prescrição extintiva, Río de Janeiro, 1940; GARCERAN DE VAL y SOUZA, La prescripción extintiva, La Habana, 1944. Además, prolijas notas doctrinarias y jurisprudencial en E. D., t. 39, p. 555; BOSCH, Prescripción en materia comercial, L. L., 1978-C, p. 685; BOSCH, Prescripción en materia civil, L. L., 1978-D, p. 867.

1116/997

997. CONCEPTO Y ELEMENTOS.— La prescripción es la extinción de un derecho (o para hablar con mayor precisión, la extinción de las acciones derivadas de un derecho) por su abandono por el titular durante el término fijado por la ley.

La prescripción requiere, por lo tanto, estos dos elementos: a) la inacción del titular; b) el transcurso del tiempo.

1116/998

998. NATURALEZA JURÍDICA.— Cabe preguntarse qué es lo que hiere la prescripción: si el derecho en sí mismo o sólo la acción que de él nace.

Puesto que la prescripción deja subsistente una obligación natural (art. 515 Ver Texto , inc. 2º), la opinión tradicional en nuestra doctrina es que ella afecta sólo la acción, no el derecho. Esta opinión ha sido impugnada especialmente por SPOTA (ver nota 1), quien sostiene que la prescripción produce la pérdida del derecho en sí mismo, sin perjuicio del nacimiento de un nuevo derecho subjetivo, que es la obligación natural. La prescripción tendría así un doble efecto: por un lado la extinción de un derecho; por el otro, el nacimiento de uno nuevo.

Nos parece que esta discusión es un tanto ociosa. Una cosa es clara: que prescripta una obligación civil, perdura entre las partes el vínculo jurídico llamado obligación natural (art. 515 Ver Texto ). Podrá quizá discutirse si esta obligación natural es la continuación de otra anterior o si es una nueva obligación; los efectos legales son, en todos los casos, claros. Pero es evidente, a nuestro juicio, que la doctrina tradicional simplifica las cosas y brinda una explicación clara y coherente de la institución. Cuando se afirma que la doctrina civil ha sido herida sólo en su acción, permaneciendo como obligación natural, se describe de una manera muy realista y simple el fenómeno jurídico operado por la prescripción. Esta obligación natural es exactamente la misma que su predecesora en sus alcances, efectos, modalidades, vicios, etcétera. En cambio, al decir que muere una obligación y nace una

nueva, se desvincula a ésta de la anterior y entonces ya dejan de resultar claros los alcances y efectos de esta nueva. Y si se le reconoce iguales alcances, entonces habrá que admitir que es la misma obligación, tan sólo privada de una de sus virtualidades: la accionabilidad ante la justicia.

Por otra parte, resulta contrario a la naturaleza jurídica de la prescripción (que es esencialmente un medio de decadencia o aniquilamiento de derechos) al atribuirle un papel jurígeno o creativo de un nuevo derecho.

Concluimos, pues, en que la prescripción no afecta radicalmente el derecho, sino sólo la acción que lo protege.

(nota 1) SPOTA, t. 10, n° 2156; en igual sentido, COLMO, n° 917, a.

1116/999

999.— ¿La prescripción es una excepción o una acción? La cuestión tiene un gran importancia práctica, porque siendo un acción, el deudor de una obligación prescripta podría demandar al acreedor para que se declare prescripto su derecho; en cambio, si sólo es una excepción, no puede instaurar tal demanda y su derecho se reduce a oponer la defensa de prescripción si el acreedor demanda el pago de la deuda.

Según el art. 3949 Ver Texto , la prescripción es una excepción para repeler una acción; y la nota al pie cita a AUBRY y RAU, quienes categóricamente afirman que la prescripción no confiere jamás sino una excepción. Esto dio lugar a que algunos fallos y autores sostuvieran que la prescripción no podía hacerse valer nunca por vía de acción (ver nota 1). Pero esta concepción, demasiado estrecha, ha quedado hoy superada. El principio sigue siendo que la prescripción sólo puede ser opuesta por vía de excepción, pero se la debe admitir también por vía de acción cada vez que sea necesario para remover un obstáculo al ejercicio de un derecho (ver nota 2). Ejemplo típico es el de la imposibilidad de enajenar un inmueble por hallarse impagos los impuestos: si éstos están prescriptos, el propietario vendedor puede iniciar demanda contra el Fisco para que se lo declare así (ver nota 3), con lo cual queda en libertad de escriturar. De lo contrario, el Fisco vendría a tener en sus manos el recurso para obligar a pagar una deuda prescripta, en contra de las disposiciones de la ley.

Conforme con este criterio, hoy imperante en toda la jurisprudencia del país, se ha decidido que puede accionarse para que se declare prescripta una deuda si se trata de desafectar un inmueble de una hipoteca (ver nota 4), o de obtener el levantamiento de un embargo trabado en garantía de un crédito prescripto (ver nota 5) y, en general, siempre que la inercia del acreedor trabe la actividad del deudor y le ocasione perjuicios (ver nota 6). Si no

se invoca un interés de esta naturaleza, la prescripción sólo puede hacerse valer por vía de excepción (ver nota 7).

(nota 1) Sup. Corte Buenos Aires, 6/5/1930, J. A., t. 33, p. 312; MACHADO, t. 11, p. 32 y s.

(nota 2) Además de la jurisprudencia citada en notas siguientes, véase en este sentido: SPOTA, t. 10, núms. 2156 in fine, y 2172 y s.; SALVAT, n° 2051 y su anotador GALLI; COLMO, n° 903; REZZÓNICO, 9ª ed., p. 1103; BARRAQUERO, nota en J. A., 1952-I, p. 288; LLAMBÍAS, Obligaciones, t. 3, n° 2009; ALCONADA ARAMBURÚ, nota en J. A., 1951-II, sec. doct., p. 80.

(nota 3) C. Civil 1ª Cap., 24/4/1944, L. L., t. 34, p. 744; S. C. Tucumán, 29/10/1947, J. A., 1947-IV, p. 744; C. 2ª Apel. La Plata, 19/9/1944, L. L., t. 37, p. 487.

(nota 4) C. Apel. Córdoba, 18/5/1945, Jurisp. Córdoba, t. 4, p. 201.

(nota 5) C. Com. Cap., 21/4/1945, G. F., t. 176, p. 24.

(nota 6) S. C. Tucumán, 29/10/1947, L. L., t. 49, p. 444.

(nota 7) C. Civil 1ª Cap., 14/7/1948, J. A., 1948-III, p. 78.

1116/1000

1000. UTILIDAD Y FUNDAMENTO.— La prescripción liberatoria desempeña un papel de primer orden en el mantenimiento de la seguridad jurídica. El abandono prolongado de los derechos crea la incertidumbre, la inestabilidad, la falta de certeza en las relaciones entre los hombres. El transcurso del tiempo hace perder muchas veces la prueba de las excepciones que podría hacer valer el deudor. La prescripción tiene, pues, una manifiesta utilidad: obliga a los titulares de los derechos a no ser negligentes en su ejercicio y pone claridad y precisión en las relaciones jurídicas. En interés del orden y de la paz sociales conviene liquidar el pasado y evitar litigios sobre contratos o hechos cuyos títulos se han perdido y cuyo recuerdo se ha borrado (ver nota 1).

No debe creerse, por la tanto, que la institución se inspira en el propósito de proteger al deudor contra su acreedor; su fundamento es, como se ha indicado, de orden social. Esto

explica que los contratantes no puedan renunciar por anticipado a los plazos de prescripción ni extenderlos más allá de lo que señala la ley; porque no juega aquí tanto un interés individual como uno público.

(nota 1) PLANIOL-RIPERT-RADOUANT, t. 7, n° 1325.

1116/1001

1001. CARACTERES.— La prescripción tiene los siguientes caracteres:

a) En principio, es una excepción, si bien puede funcionar como acción en las hipótesis contempladas en el n° 999.

b) No opera de pleno derecho, siendo menester que el interesado la invoque.

c) Es irrenunciable la prescripción futura, lo que es natural, pues se trata de una institución de orden público; pero puede renunciarse la prescripción ya cumplida.

d) Es de interpretación restrictiva; en la duda debe estarse por la subsistencia del derecho (ver nota 1) y por el plazo de prescripción más dilatado (ver nota 2).

(nota 1) C. Civil Cap., Sala A, 26/9/1974, E. D., fallo 26.993; C. Civil 1ª Cap., 2/10/1929, L. L., t. 9, p. 140; C. Civil 1ª Cap., 26/7/1944, G.F., t. 174, p. 528; C. Civil 2ª Cap., 5/5/1936, L. L., t. 2, p. 544; C. Com. Cap., 10/3/1936, L. L., t. 1, p. 725; REZZÓNICO, 9ª ed., p. 1110; GALLI, en SALVAT, n° 2054, d; LLAMBÍAS, Obligaciones, t. 3, n° 2010, h.

(nota 2) C. Civil Cap., Sala A, 26/9/1974, E. D., fallo 26.993; C. Civil 2ª Cap., 16/9/1938, L. L., t. 11, p. 1143; LLAMBÍAS, Obligaciones, t. 3, n° 2010, h.

1116/1002

1002. PROHIBICIÓN DE DEFERIR EL JURAMENTO.— Establece el art. 4018 Ver Texto que el acreedor no puede deferir al juramento del deudor o de sus herederos el hecho de si sabe o no que la deuda no ha sido pagada. Sería en verdad una confesión inútil, porque aquí no está en juego si la deuda se pagó o no, sino si han transcurrido los plazos legales de la prescripción. Y se quiere evitar que el deudor sea puesto en la violencia moral de

reconocer que no ha pagado y que se ampara en un recurso jurídico para no cumplir.

Claro está que esto no permitiría rechazar in limine la prueba de confesión ofrecida por el acreedor en la sustanciación de la prescripción (ver nota 1), ya que la absolución puede versar sobre otras circunstancias o hechos que demostrarían que, por ejemplo, la prescripción fue interrumpida o suspendida, todo lo cual es perfectamente lícito; pero si en la audiencia se le formulara al deudor la pregunta de si ha pagado o no, podría negarse a contestarla, sin que de su silencio pudiera inducirse una admisión tácita de que no ha pagado.

(nota 1) C. Com. Cap., Sala C, 8/11/1954, J. A., 1955-I, p. 257; LLAMBÍAS, Obligaciones, t. 3, n° 2012.

1116/1003

1003. QUIÉNES PUEDEN PRESCRIBIR Y CONTRA QUIÉNES.— Toda persona de existencia ideal o humana, de derecho público o privado está sujeta a la prescripción de sus derechos y puede oponerla (arts. 3950 Ver Texto y 3951). El art. 3951 Ver Texto se refiere especialmente al Estado nacional y provincial y a todas las personas jurídicas, sometiéndolas a las reglas generales de la prescripción; con lo cual VELEZ SANSFIELD quiso dejar bien sentado que quedaban eliminados antiguos privilegios que se reconocían al Estado y a la Iglesia en materia de prescripción.

1116/1004

1004. DERECHOS Y ACCIONES QUE PRESCRIBEN.— Dispone el art. 4019 Ver Texto : Todas las acciones son prescriptibles, con excepción de las siguientes: 1) La acción de reivindicación de la propiedad de una cosa que está fuera del comercio; 2) La acción relativa a la reclamación de estado, ejercida por el hijo mismo; 3) La acción de división, mientras dura la indivisión de los comuneros; 4) La acción negatoria que tenga por objeto una servidumbre, que no ha sido adquirida por prescripción; 5) La acción de separación de patrimonios, mientras que los muebles de la sucesión se encuentran en poder del heredero; 6) La acción del propietario de un fundo encerrado por propiedades vecinas, para pedir el paso por ellas a la vía pública.

De la redacción de este precepto parecería desprenderse que no hay otras excepciones que éstas al principio de que todas las acciones son prescriptibles; sin embargo, no es así, y en verdad, esta directiva legal es, dice SPOTA, más apta para confundir que para aclarar los conceptos (ver nota 1). Las acciones imprescriptibles son muchas e incluso hay materias en que la imprescriptibilidad es la regla. Por ello conviene ordenar la exposición de este tema, distinguiendo distintas materias en que la prescriptibilidad juega de modo diverso.

1116/1005

1005. a) Acciones derivadas del estado de una persona.— Son, en principio, imprescriptibles; ello es así porque el transcurso del tiempo no ejerce influencia sobre el estado de las personas. Se es padre, esposo, hijo, pariente, con independencia de que transcurran los años y quizá la vida sin que se ejerzan los derechos de tales.

En lo que atañe a las acciones de reclamación o de contestación de filiación, el Código establece expresamente la imprescriptibilidad (arts. 259 Ver Texto y 262 Ver Texto ). Pero esta regla está sujeta a numerosas excepciones. Con frecuencia la ley tiene interés en definir o consolidar ciertos estados de familia, evitando que se cierna indefinidamente sobre ellos la incertidumbre derivada de la posibilidad del ejercicio de una acción de estado. De ahí que se fijen plazos de caducidad a veces muy breves, para diversas acciones, tales como la de nulidad de matrimonio (art. 220 Ver Texto , inc. 4º), la de impugnación de la paternidad por el padre (art. 258 Ver Texto , Cód. Civil) o por sus herederos (art. 259 Ver Texto , Cód. Civil).

DÍAZ DE GUIJARRO sostiene que no hay en estos casos una derogación de la regla de la imprescriptibilidad, pues no se trata de supuestos de prescripción, sino de caducidad de las acciones (ver nota 2). Reconocemos que esta terminología es la más adecuada, no obstante que el Código habla de prescripción; pero consideramos que el nombre que se le dé no influye sobre el fondo del problema. Cuando se afirma que una acción es imprescriptible quiere significarse que el transcurso del tiempo no tiene incidencia sobre ella.

Tampoco prescribe la acción de divorcio, que puede fundarse en hechos de vieja data; empero, el transcurso del tiempo no es totalmente inoperante, pues en algunos casos puede hacer presumir el perdón (véase sobre el punto Tratado de Derecho Civil, Familia, 9ª ed., t. 1, nº 587).

1116/1006

1006.— Si las acciones derivadas del estado son en principio imprescriptibles, en cambio, son prescriptibles las acciones patrimoniales derivadas del estado (art. 262 Ver Texto ). Debe exceptuarse la acción para reclamar alimentos futuros, que es imprescriptible (véase Tratado de Derecho Civil, Familia, 9ª ed., t. 2, nº 1197).

1116/1007

1007. b) Acciones patrimoniales personales.— Este es el campo de acción propio y típico de la prescripción liberatoria. Aquí rige soberano el principio de la prescriptibilidad de las acciones enunciado en el art. 4019 Ver Texto . Por excepción, no prescriben:

1) La acción de nulidad de los actos jurídicos que adolecen de nulidad absoluta (véase Tratado de Derecho Civil, Parte General, t. 2, n° 1252).

2) La acción del ausente con presunción de fallecimiento para obtener la restitución de sus bienes en caso de reaparición (véase Tratado de Derecho Civil, Parte General, t. 1, n° 301 bis).

3) La acción de división de los bienes, mientras dure la indivisión de los comuneros (art. 4019 Ver Texto , inc. 3°).

En la nota respectiva se aclara que esta regla se aplica tanto a la comunidad hereditaria como al condominio; en cambio, si se trata de una comunidad de bienes entre esposos o de una sociedad, la acción de división no es imprescriptible, sino que no nace hasta que la comunidad o sociedad se disuelva. No obstante lo afirmado por VÉLEZ SARSFIELD en esta nota, SPOTA sostiene que la acción, una vez nacida por la disolución, es imprescriptible mientras el condómino o condueño no adquiera la propiedad exclusiva de los bienes por usucapión (ver nota 3).

4) La acción de los acreedores y legatarios para pedir la separación de patrimonios, mientras los bienes de la sucesión se encuentran en poder de los herederos (arts. 3443 Ver Texto y 4019 Ver Texto , inc. 5°; sobre este tema véase Tratado de Derecho Civil, Sucesiones, t. 1, n° 418).

1116/1008

1008. c) Acciones patrimoniales reales.— A la inversa de lo que ocurre con los derechos personales, los reales no se extinguen, en principio, por el transcurso del tiempo. El derecho de propiedad no se pierde por más que el abandono de la cosa se prolongue indefinidamente, a menos que alguien posea esa cosa durante el término fijado por la usucapión, en cuyo caso el derecho del primer propietario se extingue, no a causa de su inacción, sino a causa de la posesión por el tercero. Así, por ejemplo, un propietario que ha abandonado su casa durante 50 años conserva sus derechos si alguien no la ha poseído durante los plazos legales.



Es objetable, por lo tanto, el art. 4019 Ver Texto , inc. 1º, cuando afirma que no prescribe la acción de reivindicación de la propiedad de una cosa que está fuera del comercio; esté o no la cosa fuera del comercio, la acción de reivindicación no prescribe jamás, aunque pueda perderse indirectamente si se ha extinguido el dominio como consecuencia de su adquisición por un tercero por posesión decenal o veinteñal.

Tampoco prescriben la acción negatoria que tenga por objeto una servidumbre que no ha sido adquirida por prescripción (art. 4019 Ver Texto , inc. 4º) y la acción de un propietario de un fundo encerrado por las propiedades vecinas, para pedir el paso por ellas a la vía pública (art. 4019 Ver Texto , inc. 6º).

1116/1009

1009.— En cambio, se extinguen por prescripción los siguientes derechos reales y las acciones inherentes a ellos: a) las acciones derivadas de derechos reales de garantía, tales como la hipoteca, la prenda, la anticresis, cuando prescribe el derecho personal de que son accesorias (arts. 3187 Ver Texto , 3236 Ver Texto y 3257 Ver Texto ); b) el usufructo (art. 2924 Ver Texto ), el uso y la habitación (art. 2969 Ver Texto ) y las servidumbres activas (art. 3059 Ver Texto ), todos los cuales se extinguen por el no uso.

1116/1010

1010. ¿SON PRESCRIPTIBLES LAS EXCEPCIONES?— Esta es una vieja y controvertida cuestión. Se trata de saber si extinguidas ya por prescripción las acciones que amparan un derecho, perduran en defensa de éste las excepciones que podrían hacerse valer ante el ataque de un tercero. Supongamos un contrato anulable por dolo o violencia; el autor del hecho ilícito no demanda el cumplimiento hasta pasados los dos años de prescripción de la acción de nulidad; pero transcurrido ese término, demanda. ¿Puede oponerse la nulidad como excepción?

La teoría clásica es que las excepciones son imprescriptibles. La prescripción se funda en la idea de que se extinguen los derechos que no se han ejercido. Esta idea conduce a decidir que la excepción no se prescribe, porque no puede ponerse en movimiento sino en el caso de que el titular de ella sea atacado por una demanda. ¿Por qué habría de obligarse a quien está en la defensiva, a quien no está privado del derecho que pretende, a atacar y a hacer valer su pretensión en un tiempo dado? No tiene ninguna razón para actuar, no se le puede reprochar negligencia (ver nota 4).

Frente a esta concepción, una nueva corriente doctrinaria sostiene la prescriptibilidad de las excepciones. La excepción, dice GALLI, es el mismo derecho que se defiende;

prescripto el derecho, prescribe también la excepción que podría fundarse en aquél (ver nota 5).

A nuestro juicio, hay que distinguir dos situaciones distintas: si la excepción no ha podido hacerse valer como acción, sino sólo como defensa, debe considerarse imprescriptible mientras no ha sobrevenido el ataque que permite oponerla. Si ha podido hacerse valer como acción (por ejemplo, la nulidad), entonces la excepción prescribe (ver nota 6).

(nota 1) SPOTA, t. 10, nº 2162.

(nota 2) DÍAZ DE GUIJARRO, Tratado de familia, t. 1, nº 320. En sentido concordante, CICU, La filiación, ps. 168 y 169.

(nota 3) SPOTA, t. 10, nº 2167 ter. En contra, y conforme a la doctrina de la nota al art. 4019, SALVAT, nº 2065, y su anotador GALLI.

(nota 4) En este sentido: DE GÁSPERI, t. 3, nº 1805; AUBRY y RAU, § 399; DEMOLOMBE, t. 29, nº 136; GUILLOUARD, Traité de la prescription, t. 1, nº 54. Dentro de esta corriente, LLAMBÍAS sostiene empero que si el acto nulo ha producido de hecho algún efecto, la prescripción empieza a correr desde que ese efecto se produjo: Obligaciones, t. 3, nº 2034.

(nota 5) GALLI, en SALVAT, nº 2053; BAUDRY LACANTINERIE y TISSIER, De la prescription, núms. 609 y s. (con una excelente exposición del tema); MARCADE, t. 4, art. 1304, nº 3; LAURENT, t. 19, núms. 57 y s.

(nota 6) De acuerdo: TRIGO REPRESAS, Obligaciones, t. 2, vol. 2, p. 444, nº 2. Compárese: SPOTA, t. 10, nº 2170; COLMO, nº 917; ENNECCERUS-LEHMANN, Parte General, vol. 2, § 218, p. 525. Sostiene que la nulidad como excepción es imprescriptible, CARRANZA, La nulidad como excepción, J. A., Doctrina, 1971, p. 609.

1116/10020

§ 2.— Iniciación, suspensión e interrupción del término de la prescripción

1116/10030

## A.— INICIACIÓN

1116/1011

1011. DESDE CUÁNDO COMIENZA A CORRER EL TÉRMINO: REGLA GENERAL.— La prescripción comienza a correr desde el momento en que el acreedor tiene expedita su acción (sea para demandar el pago, los daños y perjuicios, la cesación de la conducta contraria a derecho, la nulidad de la obligación, etc.). Es evidente que antes de ese momento no puede empezar a correr el término, desde que la prescripción se funda en la inacción del acreedor y no hay inacción si ha mediado imposibilidad de accionar judicialmente.

Aunque el principio es en sí mismo claro, su aplicación práctica suele dar lugar a dificultades. A ello se debe que el Código haya incluido algunas normas referidas a ciertos casos concretos y a que los tribunales hayan debido decidir numerosas situaciones en las que la solución no resultaba clara. Nos referimos a ellas en los números que siguen.

Pero antes de ocuparnos de las situaciones especiales, debemos señalar que, en principio, la iniciación del término de la prescripción es independiente del conocimiento que el interesado tenga de que su acción (o pretensión accionable) había nacido (ver nota 1). Por excepción, en algunos supuestos la iniciación del plazo de la prescripción comienza a correr sólo desde que el interesado ha tenido conocimiento del hecho en que se origina su acción; tal ocurre en los casos de dolo, falsa causa, simulación, acción revocatoria (arts. 4030 Ver Texto y 4033 Ver Texto ), como así también en el supuesto de obligaciones nacidas de hechos ilícitos (véase nº 1125).

1116/1012

1012. a) Acciones personales en general.— Las acciones personales no sujetas a plazo o condición, lleven o no intereses, comienzan a prescribir desde la fecha del título de la obligación (art. 3956 Ver Texto ). Aunque esta expresión, título de la obligación, parece pensada en relación a las obligaciones que están documentadas, hay acuerdo general en admitir que la disposición tiene un significado más vasto y comprende todos los hechos que han servido de causa frente a la obligación y que hayan hecho surgir la acción (ver nota 2).

Al tratar de cada acción en particular nos ocuparemos de los problemas que se plantean con motivo de la aplicación de esta regla.

1116/1013

1013. b) Acciones derivadas de derechos condicionales o a término.— El principio es que la prescripción comienza sólo después del cumplimiento del término o la condición (art. 3957 Ver Texto ), lo que es lógico, pues hasta entonces no puede ejercerse la acción. Naturalmente, la ley alude tanto al término como a la condición suspensivos, únicos que posponen el nacimiento de la acción.

La aplicación del art. 3957 Ver Texto a las obligaciones a plazo plantea algunos problemas que es preciso considerar. En primer lugar, dicho artículo habla del cumplimiento del término cierto, pero, sin embargo, es indudable que debe aplicarse igual solución al supuesto del término incierto, pues los fundamentos jurídicos son exactamente iguales: recién al cumplirse el plazo tiene nacimiento la acción (ver nota 3).

Consideremos ahora el supuesto de plazo indeterminado, cuya fijación debe ser hecha judicialmente. En este supuesto el acreedor cuenta con dos acciones distintas que pueden ejercerse simultánea o sucesivamente (art. 509 Ver Texto ): una, para pedir al juez la fijación del plazo de cumplimiento; otra, para reclamar el cumplimiento de la obligación. En cuanto a la primera, ella comienza a prescribir desde que la obligación existe (ver nota 4), es decir, desde que ha sido contraída. La segunda comienza a prescribir desde la fecha señalada por el juez (ver nota 5). Cabe agregar que esta segunda acción puede tener distintos plazos de prescripción, conforme a su naturaleza particular; en tanto que la acción para la fijación del plazo, como no tiene plazo especial, prescribe por diez años (ver nota 6).

1116/1014

1014.— Las obligaciones a mejor fortuna plantean un problema peculiar, cuya solución depende de la concepción que se tenga respecto de su naturaleza. Si se considera que se trata de obligaciones con término incierto, cuya exigibilidad es independiente del mejoramiento de fortuna, es evidente que el plazo de prescripción de la acción para pedir la fijación judicial del día del cumplimiento empieza a correr desde que la obligación se formó (ver nota 7). Si, en cambio, se considera que se trata de una obligación condicional, el término empieza a correr desde el acaecimiento de la mejoría de fortuna. Para nosotros, la cláusula “a mejor fortuna” implica un término incierto intuitu personae: la obligación se hará exigible cuando ocurra la mejoría de fortuna o cuando caiga en falencia o muera el deudor (ver nota 8). Por consiguiente, el curso de la prescripción sólo empezará a correr cuando se produzcan estos acontecimientos (ver nota 9).

1116/1015

1015.— Cuando se trata de obligaciones pagaderas en cuotas, el principio es que cada una de las cuotas empieza a prescribir desde la fecha de su respectivo vencimiento (ver nota 10). Se ha planteado, sin embargo, el problema del pago de un capital en cuotas. Según una primera opinión, este supuesto no difiere del anterior; cada cuota comenzaría a prescribir desde su vencimiento (ver nota 11). Según otra corriente doctrinaria y jurisprudencial, hay que hacer la siguiente distinción: si cada cuota es, en el espíritu de las partes, una obligación separada e independiente (caso de la compra de un terreno en 120 mensualidades), cada una de ellas empieza a prescribir desde la fecha de su vencimiento; pero si se trata en verdad de una deuda única, dividida en su exigibilidad para conveniencia del deudor, debe reputarse que la prescripción empieza a correr para todas las cuotas recién al vencer la última (ver nota 12). Nos parece que esta distinción es demasiado sutil; pensamos que lo natural y lógico es mantener el principio de que la prescripción empieza a correr desde que la acción ha nacido; adherimos, pues, a la doctrina que computa el plazo de la prescripción a partir de cada vencimiento por separado.

1116/1016

1016.— Se vincula con este problema el de las prestaciones periódicas o sucesivas. El ejemplo típico es el de los servicios profesionales del médico. ¿Cuándo empiezan el curso de la prescripción? ¿Desde la realización de cada visita o cuando termina el tratamiento? El problema no se plantea, desde luego, en el supuesto de servicios ocasionales o únicos, pues es evidente que entonces la prescripción comienza desde que ellos se prestaron. La cuestión se presenta cuando los servicios han sido prolongados o continuados. La jurisprudencia ha decidido que si se trata de enfermedades agudas, la prescripción empieza a correr desde que cesa la atención médica; si se trata de enfermedades crónicas, el curso de la prescripción se inicia al término de cada año, pues la costumbre médica es en estos casos pasar la cuenta de los honorarios anualmente. Sobre este tema volveremos más adelante (véase n° 1120). Ahora lo hemos traído a colación solamente como supuesto sobre cuya base podemos generalizar una solución para todos los casos análogos de prestaciones a cumplir periódica o sucesivamente; el comienzo de la prescripción lo constituye el vencimiento del término establecido para el pago, bien entendido que dicho término puede resultar de lo convenido por las partes o de lo establecido por la ley o las costumbres (ver nota 13).

1116/1017

1017. c) Acción de saneamiento en caso de evicción.— La acción de garantía o saneamiento principia a prescribir desde el día de la evicción (art. 3957 Ver Texto ), lo que es natural, pues recién queda abierta la acción. La prescripción empieza a correr no desde el día de los actos materiales de turbación, sino desde el momento en que la evicción queda consumada por sentencia pasada en autoridad de cosa juzgada (ver nota 14).

1116/1018

1018. d) Acción de rendición de cuentas.— La prescripción de la acción por rendición de cuentas empieza a correr desde el día en que los obligados a rendirlas cesaron en sus respectivos cargos (art. 3960 Ver Texto ). Esta norma se aplica tanto a los mandatarios legales como convencionales. Era necesario decirlo, porque en verdad, la acción para exigir rendición de cuentas no está condicionada a la cesación del mandato o representación legal, de tal modo que puede exigirse durante el curso de la gestión. No obstante ello, ha parecido prudente diferir el comienzo de la prescripción al momento de la cesación del mandato, porque el representante tiene el deber de dar cuenta final de toda su gestión, si es que ya antes no la ha rendido parcialmente.

Sin embargo, en el caso de que se tratara de un mandato convencional y se hubieran estipulado plazos periódicos para la rendición de cuentas, debe admitirse que la prescripción empieza a correr al vencimiento de cada plazo (ver nota 15).

1116/1019

1019.— La acción para reclamar la rendición de cuentas no debe confundirse con la que se tiene para reclamar el saldo de esa rendición de cuentas: este último empieza a prescribir desde el día en que hubo acuerdo entre las partes sobre el saldo o en que éste fue fijado por sentencia judicial (art. 3960 Ver Texto ).

1116/1020

1020. e) Derechos eventuales.— Llámense derechos eventuales aquellos que no tienen existencia ni siquiera como condicionales (y por lo tanto no están incorporados al patrimonio de una persona ni generan acciones conservatorias), porque su existencia depende de un hecho vinculado a alguno de sus elementos constitutivos, hecho que todavía no ha acaecido, pero que puede llegar a existir (ver nota 16). Ejemplo: los derechos a una herencia futura, el saldo hipotético de una cuenta corriente no cerrada (ver nota 17).

Aludiendo a ellos dispone el art. 3953 Ver Texto que los derechos que no pueden reclamarse sino en calidad de heredero o donatario de bienes futuros, como también aquellos cuyo ejercicio está subordinado a una opción que no puede tener lugar sino después de la muerte de la persona que los ha conferido, no son prescriptibles sino desde la apertura de la sucesión sobre la cual deben ejercerse.

Esta disposición exige una aclaración en cuanto alude a la donación de bienes futuros. Ella está prohibida en nuestro Código (art. 1800 Ver Texto ), salvo en el caso de las donaciones que los esposos se hagan de los bienes que dejaren por su fallecimiento (art. 1217 Ver Texto , inc. 4º). Esto explica porqué se dice en el art. 3953 Ver Texto que la acción comienza a prescribir recién después de la apertura de la sucesión.

Que la prescripción de todos estos derechos empiece a correr recién a partir de la muerte es obvio; hasta ese momento el derecho no ha existido ni ha habido acción. Y por aplicación de esta norma se ha declarado que empieza a prescribir recién después del fallecimiento del causante la acción de colación (ver nota 18), la acción de simulación cuando el causante pretendía burlar los derechos del heredero forzoso (ver nota 19) y la acción por revocación del legado fundada en la injuria hecha al testador (ver nota 20).

Haciendo aplicación de los mismos principios, el art. 3954 Ver Texto declara que la prescripción de la acción hereditaria de los herederos instituidos, o de los herederos presuntivos del ausente, no principia para estos últimos sino desde el día en que se les hubiese dado la posesión definitiva de los bienes del ausente, y para los herederos, desde que la sucesión se abrió; y el art. 3955 Ver Texto dispone que la acción de reivindicación que compete al heredero legítimo contra los terceros adquirentes de inmuebles comprendidos en una donación, sujeta a reducción por comprender parte de la legítima del heredero, no es prescriptible sino desde la muerte del donante.

1116/1021

1021.— Aunque el Código sólo se ha referido a los derechos eventuales nacidos de una herencia futura (sin duda por ser los más importantes) es obvio que la solución del art. 3953 Ver Texto debe generalizarse a todo otro supuesto, de tal modo que la prescripción sólo empieza a correr desde que el derecho eventual adquiere existencia real y pasa a formar parte del patrimonio de su titular (ver nota 21).

1116/1022

1022. f) Obligaciones con intereses.— Según ya lo hemos dicho, el art. 3956 Ver Texto dispone que la prescripción en las obligaciones no modales, empieza a correr desde la fecha del título de la obligación, lleven o no intereses. Esta disposición se refiere al supuesto de que el capital se pague junto con los intereses. Pero si ellos se han pagado separadamente, cada pago de intereses obra como interrupción de la prescripción, de modo que el término de ésta empieza a correr desde la fecha del último pago de los intereses o renta (art. 3958 Ver Texto ).

1116/11070

1022 bis. g) Acciones derivadas de los vicios de los actos jurídicos.— Las acciones derivadas del error, dolo o falsa causa empiezan a prescribir desde que el vicio fue conocido por la parte perjudicada (art. 4030 Ver Texto ). En la simulación entre las partes, comienza a correr desde que el aparente titular del derecho hubiere intentado desconocer la simulación (art. 4030 Ver Texto , 2º párr.).

En el supuesto de violencia, el plazo empieza a correr desde que la violencia hubiere cesado (art. 4030 Ver Texto ). Resulta obvio que la víctima de la violencia tiene conocimiento del hecho desde que ella se produjo, pero no puede exigírsele que intente la acción mientras está todavía bajo la acción de esa violencia.

En cuanto a la acción derivada de la lesión, ella empieza a correr desde la fecha misma del acto (art. 954 Ver Texto ). Parecería que originándose la lesión en el aprovechamiento que una de las partes hace de la necesidad, ligereza o inexperiencia de la otra, el plazo debería empezar a correr desde que cesó esa situación de inferioridad. Pero esos estados son de contornos vagos, indefinidos, difíciles de probar; inclusive la prueba de ellos es innecesaria cuando hubiere notable desproporción de las contraprestaciones (art. 954 Ver Texto ). Por ello la ley ha cortado por lo sano y resuelto que el plazo empieza a correr desde el mismo momento del acto; y ése es el motivo por el cual el plazo, que en los casos del art. 4030 Ver Texto es de dos años, se amplía aquí a cinco.

1116/1023

1023. EL DERECHO DE RETENCIÓN Y EL CURSO DE LA PRESCRIPCIÓN.— Mientras se ejercita el derecho de retención no hay abandono del crédito ni comienza el curso de la prescripción (ver nota 22).

(nota 1) C. Civil Cap., Sala F, 20/12/1976, E. D., t. 73, p. 396. El tribunal dejó a salvo casos excepcionales en que la prescripción entra a correr sólo desde que el interesado ha tenido conocimiento del hecho.

(nota 2) C. Civil Cap., Sala F, 20/12/1976, E. D., t. 73, p. 396; SPOTA, t. 10, nº 2183; SALVAT, nº 2073.

(nota 3) SALVAT, nº 2077 y su anotador GALLI; SPOTA, t. 10, nº 2189 y 2191;



MACHADO, t. 11, p. 49; REZZÓNICO, 9ª ed., p. 1116, nota 20.

(nota 4) GALLI, en SALVAT, n° 2077, f; SPOTA, t. 10, n° 2191.

(nota 5) GALLI, en SALVAT, n° 2077, i; SPOTA, t. 10, n° 2191.

(nota 6) GALLI, en SALVAT, n° 2077, e; SPOTA, t. 10, n° 2191.

(nota 7) C. Fed. Cap., 3/7/1933, J. A., t. 42, p. 978; C. Fed. Bahía Blanca, 16/7/1941, L. L., t. 24, p. 172; SPOTA, t. 10, n° 2191; GALLI, en SALVAT, n° 2077, g.

(nota 8) Seguimos así el punto de vista de SALAS (Obligaciones a mejor fortuna, J. A., 1962-II, p. 397), que hemos aceptado en la 4ª edición de nuestro Tratado de Derecho Civil, Parte General (t. 2, n° 1104), en donde abordamos el tema con la debida extensión.

(nota 9) De acuerdo: LLAMBÍAS, Obligaciones, t. 3, n° 2043. En el sentido de que el término corre a partir del mejoramiento de fortuna: C. Civil 1ª Cap., 7/10/1925, J. A., t. 18, p. 135; C. Civil 2ª Cap., 8/2/1949, J. A. 1949-I, p. 611; C. Com. Cap., 3/10/1940, L. L., t. 21, p. 935; Sup. Corte Buenos Aires, 12/12/1939, J. A., t. 69, p. 749.

(nota 10) La doctrina es unánime.

(nota 11) C. Paz Cap., Sala 3ª, 20/8/1954, G.P., t. 104, p. 335; C. Paz Cap., 7/6/1943, J. A., 1943-II, p. 881; Sup. Corte Buenos Aires, 18/12/1951, J. A., 1952-I, p. 608; C. Apel. 1ª La Plata, 29/7/1949, J. A., 1949-IV, p. 343; C. 2ª Apel. La Plata, 18/5/1951, L. L., t. 65, p. 655; SPOTA, t. 10, n° 2190.

(nota 12) C. Civil 2ª Cap., 18/2/1948, J. A., 1948-I, p. 505; C. Apel. 2ª La Plata, 21/10/1947, J. A., 1947-IV, p. 648; SALVAT, n° 2077.

(nota 13) De acuerdo: SPOTA, t. 10, n° 2190 bis, de quien hemos tomado la formulación de la regla.

(nota 14) SALVAT, n° 2080; SPOTA, t. 10, n° 2186; MACHADO, t. 11, p. 47; REZZÓNICO, 9ª ed., p. 1117.

(nota 15) GALLI, en SALVAT, n° 2081, a; SPOTA, t. 10, n° 2192.

(nota 16) GALLI, en SALVAT, n° 2084, a; JOSSERAND, t. 1, n° 113; PLANIOL-RIPERT-RADOUANT, t. 7, n° 1355.

(nota 17) Ejemplo tomado de GALLI, loc. cit., en nota anterior.

(nota 18) C. Civil Cap., Sala B, 28/6/1951, J. A., 1951-I, p. 285; C. Civil 1ª Cap., 18/6/1943, L. L., t. 32, p. 187; C. Civil 2ª Cap., 10/9/1946, J. A., 1946-IV, p. 135.

(nota 19) C. Civil 1ª Cap., 3/7/1942, J. A., 1942-III, p. 520.

(nota 20) C. Civil Cap., Sala B, 11/9/1953, J. A., 1954-I, p. 435. El tribunal resolvió que la acción empezaba a prescribir recién desde que se dio la posesión hereditaria a los herederos que no la tenían ministerio legis.

(nota 21) De acuerdo: GALLI, en SALVAT, n° 2084, b.

(nota 22) ACUÑA ANZORENA, Derecho de retención, n° 651.

1116/10040

## B.— SUSPENSIÓN

1116/1024

1024. CONCEPTO Y EFECTOS.— La prescripción se suspende cuando en virtud de una causa legal el término deja de correr; pero cesada la causa de suspensión, el término se reanuda, computándose el tiempo anterior (art. 3983 Ver Texto ). He aquí, por ejemplo, una prescripción de diez años; han corrido dos cuando el acreedor es designado curador del deudor declarado demente; curado y rehabilitado el deudor, el plazo se reanuda contándose los dos años anteriores, de tal modo que transcurridos otros ocho, la prescripción queda operada.

1116/1025

1025. CAUSAS LEGALES.— La suspensión de la prescripción tiene lugar: a) entre marido y mujer (art. 3969 Ver Texto ); b) en favor del heredero beneficiario, respecto del crédito que tenga contra la sucesión (art. 3972 Ver Texto ); c) entre los tutores y curadores y sus pupilos y curados (art. 3973 Ver Texto ); d) cuando el autor de un hecho ilícito ha sido querellado por la víctima (art. 3982 bis Ver Texto ); e) cuando el deudor ha sido interpelado por el acreedor en forma fehaciente (art. 3986 Ver Texto , ref. por ley 17711 ). Nos ocuparemos de todos estos casos en los párrafos que siguen.

1116/1026

1026. SUSPENSIÓN ENTRE CÓNYUGES.— Dispone el art. 3969 Ver Texto que la prescripción no corre entre marido y mujer, aunque estén separados de bienes, y aunque estén divorciados por autoridad competente.

La disposición está plenamente justificada, pues se desea evitar inadmisibles pleitos entre cónyuges. Y es de advertir que la suspensión no cesa por la separación de bienes o el divorcio; la ley ha juzgado prudente mantenerla aun en este supuesto para no obligar a los cónyuges (que aun divorciados siguen siéndolo) a litigar entre ellos.

Al hablar de divorcio, está claro que la ley alude al único previsto en el Código, que era la separación de cuerpos, sin disolución del vínculo; pero introducido el divorcio vincular por la ley 23515 , es evidente que los matrimonios disueltos no están sujetos al régimen de la suspensión, desde que los cónyuges han dejado de ser tales (ver nota 1). De igual modo cesa la suspensión cuando fallece uno de los cónyuges o cuando el cónyuge de un ausente presuntamente fallecido ha contraído nuevo matrimonio y con ello disuelto el vínculo anterior (ver nota 2). Por último, cesa también la suspensión por la declaración de nulidad del matrimonio, bien entendido que esa cesación se produce recién a partir de la sentencia definitiva que pronuncia la nulidad (ver nota 3); para tales efectos es indiferente que los cónyuges sean de buena o mala fe, pues mientras no haya sentencia que declare la nulidad, el matrimonio debe reputarse subsistente (ver nota 4). Distinta solución corresponde admitir en el supuesto de matrimonio inexistente: puesto que se reputa que nunca ha existido, no hay fundamento para la suspensión.

1116/1027

1027.— El art. 3969 Ver Texto sólo se refiere a las acciones patrimoniales. Por el contrario, las acciones de nulidad del matrimonio, tienen plazos de caducidad y prescripción que corren durante el matrimonio. En cuanto a la acción de divorcio, ella es imprescriptible, por más que el transcurso del tiempo no sea totalmente indiferente (véase Tratado de Derecho

Civil, Familia, 9ª ed., t. 1, n° 587).

En cuanto a la acción por alimentos, teniendo carácter patrimonial, es, en principio, imprescriptible; empero, una prolongada inactividad del cónyuge indigente hace caducar su derecho a las cuotas vencidas, no a las futuras (véase Tratado de Derecho Civil, Familia, 9ª ed., n° 1217).

1116/1028

1028.— El propósito de evitar toda contienda entre cónyuges ha inducido al legislador a establecer la suspensión de la prescripción aun en las relaciones con terceros, si de dicha relación puede derivar un conflicto entre marido y mujer. Dispone en este sentido el art. 3970 Ver Texto que la prescripción es igualmente suspendida durante el matrimonio cuando la acción de la mujer hubiere de recaer contra el marido, sea por un recurso de garantía, o sea porque lo expusiere a pleitos, o a satisfacer daños e intereses. Ejemplo: el marido enajena fraudulenta o simuladamente un inmueble perteneciente a la sociedad conyugal a un tercero; si la mujer inicia acción por fraude o simulación, puede comprometer en definitiva la responsabilidad de su marido. De ahí que la prescripción se suspenda.

Un fallo de la Sala C de la Cámara Civil de la Capital, ha declarado que la suspensión establecida en el art. 3970 Ver Texto , respecto de las acciones contra terceros que pudieran repercutir contra el marido, cesa cuando la demanda de divorcio exterioriza la desarmonía conyugal y luego la sentencia judicial de divorcio consolida la separación (ver nota 5). Nos parece justificada la doctrina del tribunal, ya que el art. 3970 Ver Texto no contiene una disposición expresa como el art. 3969 Ver Texto en el sentido de que la suspensión se mantiene aun después de declarado el divorcio; parece razonable no afectar a los terceros con la suspensión de la prescripción, sólo porque indirectamente pueden comprometerse los intereses de un cónyuge del cual el actor se encuentra divorciado (ver nota 6).

1116/1029

1029.— Aunque el art. 3970 Ver Texto sólo alude al supuesto de que la acción de la mujer hubiera de recaer sobre el marido, es obvio que igual solución debe admitirse en el supuesto de la acción del marido contra un tercero que eventualmente pudiera reflejarse en un perjuicio contra la mujer. Las razones son idénticas y, por tanto, no se concebiría una solución distinta (ver nota 7).

1116/1030

1030.— Agregaremos, finalmente, que el art. 3971 Ver Texto añade que fuera de lo dispuesto en los arts. 3969 Ver Texto y 3970 la prescripción corre contra la mujer casada. Como en el sistema del Código la mujer casada se encontraba en la situación de un incapaz relativo de hecho, el codificador quiso dejar bien en claro que el beneficio de la suspensión no la amparaba. Tanto más se justifica esta solución en nuestros días, en que por efecto de las leyes 11357 y 17711 ha desaparecido la incapacidad que pesaba sobre la mujer casada.

1116/1031

1031. SUSPENSIÓN ENTRE EL INCAPAZ Y SU REPRESENTANTE NECESARIO.— El art. 3973 Ver Texto establece que la prescripción de las acciones de los tutores y curadores contra los menores y las personas que están bajo curatela, como también las acciones de éstos contra los tutores y curadores, no corren durante la tutela o curatela. En otras palabras, las acciones recíprocas que ellos tengan entre sí no corren durante el término de la tutela o curatela. Esta razonable disposición se propone: por una parte, no obligar a los tutores y curadores a demandar a sus representados, colocándolos en una situación de violencia moral y que, probablemente, redunde en perjuicio del incapaz; y, por la otra, no colocar a los incapaces en el riesgo de que su representante deje transcurrir deliberadamente los términos legales de la prescripción.

La ley habla de tutores y curadores. Dentro de esta última situación se encuentran no sólo los curadores de los dementes y sordomudos, sino también los de los penados y de los ausentes (ver nota 8). Y aunque la norma que consideramos no se refiere a la relación entre padres e hijos menores es evidente que la solución no puede ser sino la misma (ver nota 9), pues los fundamentos son idénticos.

1116/1032

1032. SUSPENSIÓN EN FAVOR DEL HEREDERO BENEFICIARIO; REMISIÓN.— Dice el art. 3972 Ver Texto que la prescripción no corre contra el heredero que ha aceptado la herencia con beneficio de inventario, respecto de sus créditos contra la sucesión.

Hemos estudiado el punto en Tratado de Derecho Civil, Sucesiones, t. 1, n° 341-343, adonde remitimos.

1116/1033

1033. QUERRELLA DE LA VÍCTIMA DE UN HECHO ILÍCITO.— El Código Civil no preveía expresamente cuál era la influencia de la querrela intentada por la víctima de un

hecho ilícito sobre la acción civil. Ello dio lugar a una jurisprudencia vacilante, que estaba pidiendo un texto que definiera claramente la cuestión. La ley 17711 agregó al Código un nuevo artículo, el 3982 bis Ver Texto , que dispone: Si la víctima de un acto ilícito hubiere deducido querrela criminal contra los responsables del hecho, su ejercicio suspende el término de prescripción de la acción civil aunque en sede penal no hubiere pedido el resarcimiento de los daños. Cesa la suspensión por terminación del proceso penal o desistimiento de la querrela.

Nos ocupamos más adelante con mayor detalle de este problema (véase nº 1614).

1116/1034

1034. INTERPELACIÓN AL DEUDOR.— El art. 3986 Ver Texto , reformado por ley 17711 , ha introducido un nuevo medio de evitar que se cumpla la prescripción, que antes requería la demanda judicial. Dice así: La prescripción liberatoria se suspende, por una sola vez, por la constitución en mora del deudor, efectuada en forma auténtica. Esta suspensión sólo tendrá efecto durante un año o el menor término que pudiere corresponder a la prescripción de la acción.

Este nuevo recurso del acreedor, inspirado en el art. 2943 del Código Civil italiano, contempla una situación que puede ocurrir en la práctica con alguna frecuencia, sobre todo en los plazos cortos de prescripción. El acreedor reclama el pago de sus créditos y el deudor acepta entrar en conversaciones, pero las dilata, formula contrapropuestas, etcétera. El vencimiento del plazo de la prescripción sorprende al acreedor y de pronto se encuentra con que el deudor, que hasta ese momento se ha manifestado dispuesto a pagar, se acoge a la prescripción. El nuevo párrafo del art. 3986 brinda un recurso para evitar que este procedimiento de mala fe rinda sus frutos. Ya no es indispensable para evitar que la prescripción se opere, recurrir a un abogado, instaurar la demanda, pagar los gastos de justicia; basta con el requerimiento auténtico.

La nueva norma dice que la prescripción se suspende por la constitución en mora. Hubiera sido más apropiado decir por la interpelación, que indudablemente es lo que ha querido significar, ya que la constitución automática en mora por vencimiento del plazo no produce este efecto suspensivo de la prescripción. Que la ley ha aludido a la interpelación, queda fuera de duda cuando a continuación se dice efectuada en forma auténtica. Esta frase no tiene sentido si no es referida al requerimiento de pago (ver nota 10). La suspensión se produce una sola vez; es decir, este recurso no puede ser repetido por el acreedor; y, si transcurre el plazo de un año desde el requerimiento sin que el deudor haya pagado, la única forma de evitar los efectos de la prescripción es interrumpiéndola con la demanda judicial.

¿Qué debe entenderse por forma auténtica? Debe tratarse de una interpelación que aleje toda duda sobre su veracidad y fecha; tal como puede ocurrir con la efectuada por medio del escribano público, si queda constancia en el protocolo de la diligencia practicada; o por telegrama colacionado. No basta, en cambio, la interpelación verbal, por más que se presente una prueba testimonial digna del mayor crédito; a menos, claro está, que el deudor reconozca haber sido interpelado.

Se ha declarado que la notificación practicada en un proceso perimido conserva su idoneidad para demostrar que el deudor ha sido constituido en mora en forma auténtica y para suspender, en consecuencia, el curso de la prescripción por una sola vez (ver nota 11).

La interpelación suspende el curso de la prescripción. La ley 17711 disponía que la prescripción se interrumpía, por este medio, lo que era evidentemente erróneo, pues el efecto de la interrupción es anular el tiempo ya transcurrido. De tal modo, que para que la acción prescriba, debe volver a transcurrir todo el término de ley. Aquí no ocurre eso, desde que la interpelación sólo tiene por efecto suspender la prescripción por un año (o el término menor que pudiera corresponder a la acción) aunque se haya previsto para ella un término mayor, como generalmente acontecerá pues el término normal de prescripción es de diez años. La ley 17940 , reparó el error reemplazando “interrupción” por “suspensión”.

La Sala B de la Cámara Comercial resolvió que el art. 3986 Ver Texto era inaplicable en materia comercial porque el Código de Comercio establece que todos los términos para intentar alguna acción son fatales e improrrogables (ver nota 12); pero posteriormente la Corte Suprema lo declaró aplicable también a esta materia y descalificó como arbitrario el criterio de la Cámara Comercial antes citada (ver nota 13).

1116/1035

1035. SUPRESIÓN DE LA SUSPENSIÓN EN FAVOR DE MENORES Y PERSONAS SOMETIDAS A CURATELA.— El art. 3966 Ver Texto establecía que la prescripción no corría contra los incapaces y los emancipados. Era un privilegio injustificado, que prolongaba por términos excesivos la incertidumbre sobre los derechos de las partes. Era opinión unánime que debía ser eliminado. Lo hizo la ley 17711 , alterando totalmente la redacción del art. 3966 Ver Texto , que ahora dispone: La prescripción corre contra los incapaces que tuvieren representantes legales. Si carecieren de representación se aplicará lo dispuesto en el art. 3980 Ver Texto . Vale decir, la ley distingue dos situaciones: si hay representantes legales, los incapaces se encuentran exactamente en la misma situación de las personas capaces; pero si no los tuvieren, se considera que hubo una imposibilidad de hecho para interponer la demanda, por lo cual se les concede el beneficio del art. 3980 Ver Texto , del que hablaremos más adelante (núms. 1040 y s.).

Adviértase que el nuevo texto habla de los incapaces; por consiguiente, quedan excluidos los emancipados (que el anterior art. 3980 Ver Texto , por el contrario, incluía), que tienen capacidad y los inhabilitados, que también gozan de ella, si bien con algunas restricciones. A ninguno de ellos es aplicable el beneficio del art. 3980 Ver Texto .

Al adoptar esta solución, la ley 17711 ha seguido la línea de los proyectos de reforma (Anteproyecto de BIBILONI, art. 3400; Proyecto de 1936, art. 3100; Anteproyecto de 1954, art. 314).

1116/1036

1036.— Es necesario agregar que en el régimen anterior a la ley 17711 , había algunos supuestos en los cuales, no habría suspensión de la prescripción, no obstante correr ésta contra incapaces. Cabe preguntarse si en esos casos, a los que aludiremos en seguida, la prescripción se opera aun contra los incapaces que carecen de representantes legales o si, por el contrario, puede invocarse en su favor el beneficio del art. 3980 Ver Texto . La cuestión es dudosa. Podría sostenerse que el nuevo art. 3966 Ver Texto , al derogar el beneficio del art. 3980 Ver Texto con referencia a los menores que carecen de representantes legales, deroga toda otra disposición legal en contrario. Nos inclinamos, sin embargo, por la opinión contraria. En primer lugar, porque las normas del Código Civil no derogadas expresamente, deben considerarse subsistentes en tanto no haya una incompatibilidad insalvable con la ley 17711 . En segundo término, porque el espíritu de la reforma ha sido disminuir el privilegio de que gozaban los menores y no aumentarlo, como en este caso ocurriría con los menores que no tienen representante legal. Y por último, porque las excepciones establecidas en el Código se refieren a casos en que la inconveniencia de toda suspensión es notoriamente manifiesta.

Los casos son los siguientes:

1) Según el art. 3967 Ver Texto , la prescripción de la acción del menor, llegado a la mayor edad contra su tutor, por los hechos de la tutela, corre, en caso de su muerte, contra sus herederos menores. La ley ha querido evitar una prolongación excesiva de este caso de prescripción ante el peligro de que se pierdan o extravíen los documentos concernientes a la tutela (nota al art. 3967 Ver Texto ). El fundamento es discutible, pues el tutor tiene el recurso de rendir judicialmente sus cuentas.

Para que la prescripción corra contra los herederos menores del pupilo, es menester que éste haya llegado a la mayoría de edad, es decir, que la prescripción haya empezado a correr. El texto legal es en este punto, claro. Ello significa que si el pupilo murió, siendo todavía menor, pueden sus herederos menores invocar el beneficio del art. 3980 Ver Texto .



Aunque la ley habla sólo de los herederos menores, es obvio que igual solución debe aplicarse en el supuesto de herederos mayores incapaces de hecho; tampoco ellos gozan del beneficio de la suspensión (ver nota 14).

Es obvio también que, aunque la ley sólo contempla la hipótesis del menor que ha llegado a su mayoría de edad, la solución es la misma en el supuesto de un demente sometido a curatela que ha recuperado su salud y luego fallece; sus herederos menores o mayores e incapaces de hecho, no gozan de la suspensión (ver nota 15).

En cambio, debe considerarse no previsto en la ley y por lo tanto no excluido del beneficio del art. 3980 Ver Texto , el supuesto de que el menor bajo tutela haya llegado a la mayoría y luego enferme mentalmente (ver nota 16).

2) Según el art. 3968 Ver Texto , la prescripción de las acciones de nulidad contra los actos jurídicos, comenzada contra un mayor, corre igualmente contra sus herederos menores, salvo el recurso de éstos contra el tutor negligente.

Es preciso, dice VÉLEZ en la nota respectiva, que los actos jurídicos por los cuales se han transmitido derechos, tengan la firmeza posible y den seguridad a los derechos transmitidos, no estando expuestos a quedar inciertos por largos años o por una sucesión de minoridades.

Aquí también la ley sólo se refiere a los herederos menores, pero es obvio que igual solución debe admitirse para el supuesto de herederos mayores incapaces de hecho (ver nota 17).

Como en el caso del art. 3967 Ver Texto , también aquí es preciso, para que no juegue el beneficio del art. 3980 Ver Texto en favor de los incapaces, que la prescripción haya empezado a correr, contra un mayor (ver nota 18).

Nuestra norma deja a salvo el recurso del incapaz contra el tutor negligente; es claro que esta responsabilidad recae sobre quien ejerce la representación legal del incapaz, sea tutor, curador o padre (ver nota 19).

1037.— En materia comercial, los términos de prescripción son fatales e improrrogables y corren para cualquier clase de persona, salvo el recurso que corresponde al incapaz contra su representante legal y lo dispuesto en el art. 3980 Ver Texto , Código Civil (art. 845 Ver Texto , Cód. Comercio). Consideramos que esta norma se concilia fácilmente con el nuevo art. 3966 Ver Texto ; el caso del incapaz que carece de representación, precisamente es uno de los supuestos del art. 3980 Ver Texto ; por lo tanto, los incapaces gozan de su beneficio.

1116/11080

1037 bis.— Cabe preguntarse si el beneficio del art. 3980 Ver Texto puede ser admitido de oficio. Por nuestra parte no dudamos de la respuesta afirmativa. Puesto que por hipótesis nos encontramos ante un incapaz carente de representación legal, para que se cumpla realmente el propósito tuitivo del art. 3966 Ver Texto , se hace necesario reconocer al juez la facultad de aplicar de oficio en favor del incapaz el beneficio del art. 3980 Ver Texto . Podría aducirse, es verdad, que en defecto de representantes legales, el beneficio del art. 3980 Ver Texto podría ser invocado por el asesor de menores e incapaces. Pero no hay que olvidar que en definitiva el juez también es un órgano de protección y defensa de los menores. Y pensamos que la omisión en que incurriera el asesor de menores bien puede ser cumplida por el juez.

1116/1038

1038. CASOS DUDOSOS EN QUE NO HAY SUSPENSIÓN.— El Código ha previsto expresamente algunas hipótesis en que no hay suspensión de la prescripción y aunque para llegar a este resultado hubiera bastado con la regla de que la prescripción no se suspende sino por causas expresamente determinadas por la ley, el codificador creyó prudente referirse a ciertos casos que podrían parecer dudosos.

Así, declara que no hay suspensión de la prescripción: a) durante la indivisión de la herencia, en beneficio del heredero puro y simple, respecto de sus derechos contra la sucesión (art. 3976 Ver Texto ); b) durante el tiempo concedido para hacer el inventario y para deliberar sobre la aceptación de la herencia (art. 3978 Ver Texto ); c) en favor o en contra de sucesión vacante, aunque no esté provista de curador (art. 3977 Ver Texto ); d) en favor o en contra de los bienes de los fallidos (art. 3979 Ver Texto ).

Pero como bien observa SPOTA, esta regla no puede aplicarse en las relaciones entre el administrador de un patrimonio y el titular de éste. Así, por ejemplo, no se concebiría que el síndico de un concurso o quiebra, que fuera deudor de la masa, pudiera invocar una prescripción corrida durante el tiempo que él ejerció sus funciones. Y lo mismo puede decirse, claro está, del curador de una sucesión vacante. No es posible que quien tenía el deber de interrumpir la prescripción en defensa de los bienes administrados, pueda invocar

su omisión dolosa para ampararse en la prescripción corrida. Tal conducta sería contraria a la buena y fe y no puede recibir el amparo del derecho (ver nota 20).

1116/1039

1039. QUIÉN PUEDE INVOCAR LA SUSPENSIÓN Y CONTRA QUIÉNES.— El beneficio de la suspensión de la prescripción no puede ser invocado sino por las personas en cuyo favor está establecido y no por sus cointeresados; de igual modo, no podrá invocarse sino contra las personas en cuyo perjuicio está establecido y no contra sus cointeresados (art. 3981 Ver Texto ). La ley alude a las obligaciones mancomunadas, sean o no solidarias. Supongamos una obligación en la que haya acreedores incapaces y otros que no lo son; la suspensión beneficia sólo a los primeros, aunque la obligación sea solidaria (ver nota 21).

Sin embargo, esta regla tiene una excepción: tratándose de obligaciones indivisibles, la suspensión favorece a todos los acreedores (art. 3982 Ver Texto ).

1116/1040

1040. DISPENSA DE LA PRESCRIPCIÓN CORRIDA: IMPOSIBILIDAD DE OBRAR.— Dispone el art. 3980 Ver Texto que cuando por razón de dificultades o imposibilidad de hecho, se hubiere impedido temporalmente el ejercicio de una acción, los jueces están autorizados a liberar al acreedor, o al propietario de las consecuencias de la prescripción cumplida durante el impedimento, si después de su cesación el acreedor o propietario hubiese hecho valer sus derechos en el término de tres meses.

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

1116/1041

1041. a) Naturaleza.— Ante todo, es preciso hacer notar que no estamos en presencia de una suspensión de la prescripción: a) porque la suspensión se opera ipso jure por una causa legal, rígida, cuya existencia el juez se limita a comprobar; en tanto que la dispensa la concede el juez en virtud de una imposibilidad cuya gravedad aprecia soberanamente; b) porque la imposibilidad de obrar no detiene el curso de la prescripción, que, por hipótesis, está ya cumplida, sino que prolonga la vida de la acción más allá del término de prescripción (ver nota 22).

1116/1042

1042. c) Casos en que procede la dispensa.— Según una doctrina muy generalizada, la imposibilidad de hecho debía consistir en un obstáculo grave, de carácter general o colectivo, tal como una inundación, una guerra, una peste, etcétera (ver nota 23); pero la jurisprudencia, procediendo con laudable flexibilidad, decidió en numerosas oportunidades que también la imposibilidad individual es causa de dispensa (ver nota 24). Esta interpretación ha recibido el apoyo decisivo de la ley 17711, que menciona dos casos en los cuales el impedimento es de carácter individual, no obstante lo cual se ha declarado aplicable el art. 3980 Ver Texto; el de los incapaces sin representante (art. 3966 Ver Texto) y el de la víctima de acciones dolosas para impedir la deducción de la demanda (art. 3980 Ver Texto, 2º párr.).

Es necesario hacer notar, también, que el texto habla de imposibilidad de hecho. ¿Esto quiere decir que los obstáculos de derecho son inhábiles para conceder la dispensa de la prescripción? Esta sería una conclusión falsa, fundada en una aplicación abusiva del adagio quod dicet de uno, negat de altero. Si una imposibilidad de hecho basta para permitir la dispensa de la prescripción, con cuánta mayor razón debe autorizarlo la imposibilidad jurídica, que es un obstáculo aún más invencible (ver nota 25).

Veamos ahora las aplicaciones jurisprudenciales de estos principios. Se ha declarado que autorizan la dispensa de prescripción: las revoluciones, guerras, cuarentenas, inundaciones (ver nota 26); la clausura de los tribunales (ver nota 27); la necesidad de promover previamente un juicio de filiación (ver nota 28); la falta de cumplimiento por el heredero de su obligación de notificar al legatario haciéndole saber la fecha de la apertura de la sucesión (ver nota 29); las diligencias para la reconstrucción de un expediente traspapelado (ver nota 30); la internación del actor en un hospicio con diagnóstico de alienación mental (ver nota 31); la vigencia de un derecho municipal en el que se califica como falta grave del empleado la de entablar demandas contra la comuna sin agotar los recursos administrativos y obtener venia a tal efecto (ver nota 32).

La ley 17711 ha agregado, ya lo hemos dicho, dos supuestos en que es de aplicación la dispensa de la prescripción: cuando la prescripción corra contra los incapaces que carecen de representantes legales (art. 3966 Ver Texto, ref. por ley 17711); y cuando el acreedor no hubiera deducido la demanda interruptiva de la prescripción por maniobras dolosas del deudor, tendientes a postergar aquéllas (art. 3980 Ver Texto, 2º párr.).

1116/1043

1043.— En cambio, se ha declarado que no son suficientes para la dispensa de la

prescripción: la ausencia del país por razones de trabajo (ver nota 33); el desconocimiento por el acreedor del lugar en que se hallaba el deudor (ver nota 34); el estado de postración en que habían dejado al actor las lesiones que sufriera en un accidente de tránsito (ver nota 35); ni su internación a raíz del accidente (ver nota 36); ni la falta de visión del actor (ver nota 37); ni su analfabetismo (ver nota 38); ni la situación molesta y hasta violenta en que podría encontrarse el profesional para remitir la cuenta de sus honorarios a un paciente a quien trataba con afecto (ver nota 39); ni la necesidad de obtener carta de pobreza para litigar (ver nota 40); ni el extravío del expediente cuando se trata de dicha regulación (ver nota 41). Menos aún procede la dispensa de la prescripción cuando el impedimento proveniente de un acto propio del acreedor (ver nota 42).

La imposibilidad de obrar puede ser anterior al nacimiento de la acción o sobreviniente (ver nota 43); lo importante es que ella exista en el momento de vencerse el plazo: la ley habla expresamente de prescripción cumplida durante el impedimento (art. 3980 Ver Texto ) (ver nota 44).

1116/1044

1044. c) Momento en que debe hacerse valer la acción.— El primitivo art. 3980 Ver Texto establecía que para que procediera la dispensa era necesario intentar la acción inmediatamente después de cesada la imposibilidad de obrar. No se establecía plazo. Ello dio lugar a una jurisprudencia vacilante y confusa. Así, se declaró que no procedía la dispensa si la demanda se promueve nueve meses después de cesada la imposibilidad (ver nota 45) u ocho meses (ver nota 46) o cinco meses después (ver nota 47), lo que parecía razonable; otros fallos demasiado estrictos consideraron que no podía invocarse la dispensa si la acción se ha iniciado un mes (ver nota 48), o aun doce días (ver nota 49) después de desaparecido el obstáculo.

Era necesario concluir con esta inseguridad y brindar a los interesados un término, si bien breve, suficiente para considerar el problema, consultar un abogado, preparar la demanda. Con ese propósito, la ley 17711 sustituyó la palabra inmediatamente por el término de tres meses, con lo cual se ha puesto fin a los problemas suscitados por la norma anterior.

(nota 1) SPOTA, t. 10, n° 2204.

(nota 2) SPOTA, loc. cit., en nota anterior.

(nota 3) SPOTA, t. 10, n° 2204; GALLI, en SALVAT, n° 2104, b.

(nota 4) Autores citados en nota anterior.

(nota 5) C. Civil Cap., Sala C, 7/6/1955, J. A., 1955-III, p. 279.

(nota 6) En cambio, desaprueba el fallo SPOTA, t. 10, n° 2205, texto y nota 603. En el sentido de que la suspensión debe mantenerse aun en caso de divorcio, SALVAT, n° 2107, y su anotador GALLI, n° 2107, a.

(nota 7) SPOTA, t. 10, n° 2205, texto y nota 601 bis.

(nota 8) SPOTA, t. 10, n° 2202.

(nota 9) SPOTA, loc. cit., en nota anterior.

(nota 10) C. Com. Cap., Sala D, 19/6/1974, L. L., t. 156, p. 183.

(nota 11) Sup. Corte Buenos Aires, 2/11/1976, E. D., t. 71, p. 275.

(nota 12) Fallo del 20/5/1986, L. L., fallo n° 85.405.

(nota 13) Fallo del 3/12/1991, E. D., fallo n° 44.306 (el tribunal revió así un fallo anterior, en el que sustentó el criterio opuesto: 19/12/1985, Fallos, t. 307, p. 2420).

(nota 14) SPOTA, t. 10, n° 2201.

(nota 15) SPOTA, t. 10, n° 2201; SALVAT, n° 2100.

(nota 16) SPOTA, t. 10, n° 2201.

(nota 17) SPOTA, loc. cit., en nota anterior; GALLI, en SALVAT, n° 2101, b.

(nota 18) C. Civil Cap., Sala D, 6/10/1959, L. L., t. 97, p. 88.

(nota 19) SPOTA, t. 10, n° 2201; GALLI, en SALVAT, n° 2101, d.

(nota 20) SPOTA, t. 10, n° 2208.

(nota 21) Nota al art. 3981; SPOTA, t. 10, n° 2195; SALVAT, n° 2122 y su anotador GALLI.

(nota 22) C. Civil Cap., Sala A, 8/9/1959, L. L., t. 97, p. 692.

(nota 23) C. Civil Cap., Sala D, 6/5/1957, L. L., t. 88, p. 331; Sala E, 13/8/1964, L. L., t. 116, p. 547; C. Civil 1ª Cap., 24/7/1929, J. A., t. 30, p. 396; C. Civil 2ª Cap., 22/12/1941, J. A., 1942-II, p. 473; C. Com. Cap., Sala A, 11/11/1953, L. L., t. 73, p. 513; Sup. Corte Buenos Aires, 19/12/1950, J. A., 1951-II, p. 4; C. Apel. 2ª La Plata, 22/4/1952, L. L., t. 15, p. 546, sum. 63; voto del DR. CICHERO en fallo de la C. Civil Cap., Sala D, 15/6/1960, L. L., t. 100, p. 652; SALVAT, n° 2119.

(nota 24) C. Civil Cap., Sala C, 6/5/1986, E. D., fallo n° 39.526; Sala D, 15/6/1960, L. L., t. 100, p. 652; y fallos citados en notas 1603, 1604 y 1607. De acuerdo GALLI, en SALVAT, n° 2119, d; REZZÓNICO, 9ª ed., p. 1132. También nosotros habíamos sostenido esta solución en nuestras anteriores ediciones.

(nota 25) En este sentido, fallos citados en notas 1603, 1604 y 1607; y GALLI, en SALVAT, n° 2119, c; SPOTA, t. 10, n° 2209.

(nota 26) C. Apel. La Plata, 5/4/1945, rep. L. L., t. 7, p. 919, sum. 184.

(nota 27) C. S. N., 24/2/1874, Fallos, t. 14, p. 379.

(nota 28) C. Civil 2ª Cap., 11/10/1937, J. A., t. 60, p. 164. En contra: C. Com. Cap., 31/5/1941, L. L., t. 22, p. 874.

(nota 29) C. Civil 2ª Cap., 21/8/1941, L. L., t. 23, p. 870.

(nota 30) C. Com. Cap., 20/7/1944, L. L., t. 35, p. 954, con nota de COLOMBO. En

contra: C. Apel. La Plata, 23/12/1949, rep. L. L., t. 12, p. 711, sum. 77.

(nota 31) C. Civil 1ª Cap., 17/2/1937, L. L., t. 5, p. 575. En contra: C. Com. Cap., 27/12/1949, L. L., t. 17, p. 444.

(nota 32) C. Paz Cap., 16/6/1945, L. L., t. 76, p. 451.

(nota 33) C. Civil Cap., Sala B, 29/3/1960, L. L., t. 99, p. 814.

(nota 34) C. Com. Cap., 27/12/1939, L. L., t. 17, p. 444.

(nota 35) C. Civil 1ª Cap., 3/6/1937, J. A., t. 58, p. 798; C. Civil 2ª Cap., 26/7/1933, L. L., t. 6, p. 958, cit. en nota.

(nota 36) C. Apel. 2ª La Plata, 22/4/1952, rep. L. L., t. 15, p. 546, sum. 63.

(nota 37) C. Apel. Rosario, 27/11/1945, L. L., t. 41, p. 58.

(nota 38) C. Apel. 2ª La Plata, 11/4/1952, L. L., t. 15, p. 546, sum. 63.

(nota 39) C. Civil 1ª Cap., 17/6/1938, L. L., t. 11, p. 4.

(nota 40) C. Civil 1ª Cap., 3/6/1937, J. A., t. 58, p. 798.

(nota 41) C. Apel. 1ª La Plata, 23/12/1949, rep. L. L., t. 12, p. 741, sum. 77.

(nota 42) C. Fed. Cap., 23/8/1956, L. L., t. 86, p. 249; C. S. N. 20/9/1957, rep. L. L., t. 18, p. 1297, sum. 112.

(nota 43) C. Civil Cap., Sala D, 6/5/1957, L. L., t. 88, p. 331.

(nota 44) Fallo cit. en nota anterior; C. Com. Cap., 11/11/1953, L. L., t. 73, p. 513; Sup. Corte Buenos Aires, 2/12/1946, J. A., 1946-I, p. 585.



(nota 45) C. S. N. 5/7/1946, J. A., 1946-III, p. 172.

(nota 46) C. Paz Cap., 30/4/1964, E. D., t. 9, p. 900.

(nota 47) C. Civil 1ª Cap., 24/7/1929, J. A., t. 30, p. 396.

(nota 48) C. Com. Cap., 29/8/1942, L. L., t. 28, p. 159.

(nota 49) C. Civil 2ª Cap., 12/7/1945, J. A., 1945-IV, p. 505.

1116/10050

## C.— INTERRUPCIÓN

1116/1045

1045. CONCEPTO.— Mientras la suspensión significa una paralización temporaria del curso de la prescripción que, concluido el motivo de la suspensión, vuelve a reanudarse aprovechando el plazo que había transcurrido anteriormente, la interrupción tiene efectos más radicales: borra totalmente el término transcurrido y la prescripción vuelve a correr por todo el término de ley, a partir de la cesación de la causa interruptiva.

### 1.— Causales

1116/1046

1046. ENUMERACIÓN.— La prescripción se interrumpe: a) por demanda instaurada por el acreedor contra el deudor (art. 3986 Ver Texto ); b) por reconocimiento de la obligación hecho por el deudor (art. 3989 Ver Texto ); c) por compromiso arbitral celebrado por las partes (art. 3988 Ver Texto ).

Dejamos al margen de nuestro estudio la llamada interrupción natural, que se produce cuando se priva al poseedor durante un año de la cosa que está poseyendo (art. 3984 Ver Texto ), porque esta causal se refiere a la prescripción adquisitiva y no a la liberatoria, que

es la que ahora nos ocupa (ver nota 1).

(nota 1) Véase, sin embargo, GALLI, en SALVAT, n° 2124, a; y SPOTA, t. 10, n° 2213.

1116/1047

1047. DEMANDA.— Dispone el art. 3986 Ver Texto (ref. por ley 17711 ) que la prescripción se interrumpe por demanda contra el poseedor o deudor, aunque sea interpuesta ante juez incompetente o fuere defectuosa y aunque el demandante no haya tenido capacidad legal para presentarse en juicio.

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

1116/1048

1048. a) Concepto de demanda.— ¿Qué debe entenderse por demanda? El principio general es que debe tratarse de una demanda judicial; no basta, pues, un reclamo privado (ver nota 1), trátese de requerimientos, notificaciones, protestas, etcétera.

¿Las gestiones administrativas interrumpen la prescripción? La jurisprudencia se caracteriza en este punto por su falta de firmeza. Algunos fallos niegan terminantemente el efecto interruptivo de dichas gestiones (ver nota 2), aun en el caso de que sean un trámite previo ineludible para la promoción de la demanda judicial (ver nota 3). Otros, en una posición intermedia, admiten tales efectos sólo en la última hipótesis, es decir, cuando la gestión administrativa tiene el carácter de instancia previa necesaria (ver nota 4). Otros, finalmente, van más allá, y admiten lisa y llanamente el efecto interruptivo de las gestiones administrativas, sean o no instancia previa ineludible (ver nota 5). Estos últimos fallos, hay que decirlo, están en minoría, salvo en materia laboral, en la cual la Cámara del Trabajo de la Capital en pleno, ha declarado que las gestiones administrativas tienen efecto interruptivo (ver nota 6). Esta doctrina ha sido acogida por las leyes 17709 (art. 2° ) y 20744 (art. 281 ).

Sería de desear que los tribunales procuraran ordenar y unificar su jurisprudencia, para poner seguridad en materia tan importante como ésta; y sería también deseable que no extremaran su rigorismo al punto injustificable de negar efectos interruptivos a las gestiones administrativas que deben entablarse necesariamente como instancia previa a la demanda judicial; pues en este caso es evidente el propósito de poner en movimiento el aparato judicial, lo que debe bastar.

Hay que agregar que en materia jubilatoria la solicitud ante la Caja respectiva interrumpe la prescripción de las mensualidades ya devengadas (art. 30 , ley 14373).

1116/1049

1049.— Pero tratándose de gestiones judiciales, la jurisprudencia ha sido amplia. Por demanda, en el sentido del art. 3986 Ver Texto , no sólo debe entenderse la acción formalmente entablada, sino también todo acto procesal que demuestre en forma auténtica que el acreedor no ha abandonado su crédito y que tiene el propósito de hacerlo valer (ver nota 7). Basta, pues, para interrumpir la prescripción, el pedido de quiebra (ver nota 8), el pedido de verificación de créditos hechos en el concurso o quiebra (ver nota 9); el pedido de legítimo abono hecho por el acreedor en el juicio sucesorio del deudor (ver nota 10); la iniciación por el acreedor del juicio sucesorio del deudor (ver nota 11); el pedido de medidas cautelares (ver nota 12); la solicitud de la carta de pobreza para litigar (ver nota 13); las medidas preparatorias de la demanda (ver nota 14); el pedido de indemnización hecho en el juicio criminal (ver nota 15).

En cuanto a los efectos del proceso penal sobre la prescripción de la acción civil derivada de un hecho ilícito, véase nº 1614.

1116/1050

1050.— La demanda interrumpe la prescripción aunque quien la inició no haya justificado oportunamente su personería, si luego la acredita (ver nota 16).

Se ha declarado que la demanda sin sustanciación no interrumpe la prescripción (ver nota 17). Participamos del criterio de la minoría del tribunal que sostuvo la aptitud de tal demanda para interrumpir la prescripción; la ley habla simplemente de demanda sin introducir distinciones que no se justifican.

1116/1051

1051.— La acción intentada por el deudor para que se declare prescripta su deuda y que resulta rechazada, ¿interrumpe la prescripción? Aunque la cuestión ha sido discutida nos inclinamos por la afirmativa. El acreedor, que en el pleito que se le ha promovido defiende su derecho y sostiene que la prescripción no se ha operado, está indicando su propósito de

hacer valer sus acciones. Basta con ello, a nuestro juicio, para que la prescripción se tenga por interrumpida (ver nota 18).

1116/1052

1052. b) Eficacia de la demanda viciada.— La demanda produce efecto interruptivo de la prescripción aunque sea interpuesta ante juez incompetente y aunque sea defectuosa o el demandante no haya tenido capacidad legal para presentarse en juicio (art. 3986 Ver Texto ). Es lógico que así sea, porque la interrupción no se deriva de la eficacia legal del proceso, sino de la voluntad judicialmente manifestada de hacer valer sus derechos.

1116/1053

1053. c) Eficacia de la demanda no notificada.— La sola demanda, aunque no esté notificada, interrumpe la prescripción (ver nota 19), porque basta con aquella actuación para indicar el propósito del acreedor de no abandonar sus derechos.

1116/1054

1054. d) Contra quién debe dirigirse la demanda.— La demanda debe dirigirse contra el deudor; la entablada contra un tercero, sea o no por error, no interrumpe la prescripción (ver nota 20). Claro está que esta regla deja de ser aplicable cuando el error ha sido provocado engañosamente por el propio deudor (ver nota 21), pues en tal supuesto no admitir el efecto interruptivo sería premiar la deslealtad y la mala fe. Más aún, se ha declarado que si la acción no se dirigió contra el verdadero responsable por error excusable, esa demanda es hábil para interrumpir la prescripción (ver nota 22). Esta doctrina ha sido receptada en materia laboral por la ley 20744, cuyo art. 282 establece que la demanda dirigida contra un tercero suspende (debió decir interrumpe) la prescripción si atribuyó a ese tercero la calidad de empleador por un error excusable y aun cuando por ello fuese desistida la acción.

En algunos casos se ha decidido que la acción dirigida contra una persona determinada en su carácter de propietaria de un bien, o en su defecto, contra quien resulte serlo, interrumpe la prescripción contra el verdadero dueño, más tarde individualizado (ver nota 23).

1116/11090

1054 bis. e) Demanda presentada al día siguiente del vencimiento del plazo de prescripción.— Conforme con el art. 124 Ver Texto , Código Procesal, los escritos pueden presentarse

válidamente hasta las dos primeras horas del primer día hábil siguiente al del vencimiento del término. ¿Esta disposición convalida también la interrupción de la prescripción por una demanda presentada al día siguiente del vencimiento y dentro de las dos primeras horas del horario judicial?

La cuestión ha dado lugar a una jurisprudencia vacilante. La jurisprudencia predominante, ha decidido que esta disposición permite interrumpir válidamente la demanda presentada dentro del término fijado por el art. 124 Ver Texto , Código Procesal (ver nota 24); otros han considerado aplicable esta norma sólo en el caso de que el día del vencimiento del término fuera inhábil para iniciar la demanda, pues siendo así existió imposibilidad de hecho para ejercer la acción en tiempo propio (ver nota 25); y, finalmente, otros han resuelto que ni aun en el caso de que el día del vencimiento fuera inhábil para demandar, puede admitirse el efecto interruptivo de una demanda iniciada después de vencido el término (ver nota 26).

No tenemos duda alguna de que la doctrina correcta es la del fallo citado en último término. El art. 124 Ver Texto , Código Procesal, es una disposición con alcance estrictamente limitado al procedimiento y no puede alterar o modificar la forma de contar los intervalos de tiempo establecidos en el Código Civil. Si conforme con este sistema de la legislación de fondo, el plazo está vencido, no es posible hacerlo revivir en función de una norma que ninguna relación tiene con los plazos de prescripción. Tampoco es aceptable admitir la demanda si el día del vencimiento es inhábil, pues el argumento de que medió imposibilidad de hecho de presentarla ese día no se sostiene, ya que, en conocimiento de que aquél era inhábil, la demanda debió presentarse el día inmediato anterior. Esta doctrina sólo sería admisible si el día del vencimiento ha sido declarado inhábil imprevistamente, por ejemplo, por un duelo nacional, un paro de actividades, etcétera. Sólo en ese supuesto es legítimo admitir la demanda iniciada al día siguiente (y no ya solamente en las dos primeras horas) por aplicación de lo dispuesto por el art. 3980 Ver Texto , Código Civil.

1116/1055

1055. f) Extinción del efecto interruptivo de la demanda.— La interrupción de la prescripción, causada por la demanda, se tendrá por no sucedida si el demandante desiste de ella o si ha tenido lugar la deserción de la instancia o si la demanda es rechazada (art. 3987 Ver Texto ).

Desistida la demanda, desaparece la interrupción. Pero este principio está lejos de ser absoluto. Si es evidente que la acción se desiste por inconvenientes procesales insalvables y con el propósito de reiniciar de inmediato y correctamente la acción, la interrupción subsiste. Así ocurre si el actor se allana a la excepción de incompetencia de jurisdicción para reiniciar de inmediato la demanda ante juez competente (ver nota 27) o si se allana a una excepción de defecto legal para promover de inmediato una nueva demanda (ver nota

28) o si se desiste de un juicio ejecutivo para iniciar el ordinario (ver nota 29).

1116/1056

1056.— La perención de la instancia también extingue la interrupción, que queda como no sucedida. Los tribunales nacionales decidían durante la vigencia de la ley 4550 que para que la perención produjera este efecto, era indispensable que ella hubiera sido declarada por el tribunal, no bastando que hubiese transcurrido el plazo legal de la perención (ver nota 30). Esta jurisprudencia es inaplicable después de la reforma introducida en la perención de instancia por la ley 14191 . A diferencia de lo que ocurría en el régimen de la ley 4550, hoy la perención se opera de pleno derecho por el solo vencimiento de los plazos (art. 3° ). Basta, pues, la comprobación de dicho vencimiento para que la acción se tenga por perimida y, en consecuencia, por extinguida la interrupción de la prescripción.

Declarada la perención, los actos procesales posteriores no interrumpen la prescripción (ver nota 31).

Estos principios no se aplican en materia laboral. El art. 282 de la ley 20744 establece que la inactividad procesal no puede afectar por vía de prescripción, derechos indisponibles para el trabajador, debiendo los jueces suplir aquélla.

1116/1057

1057.— Finalmente nos queda a considerar el rechazo de la demanda. El art. 3987 Ver Texto dice que la interrupción se tendrá por no sucedida si el demandado es absuelto definitivamente. ¿Qué debe entenderse por sentencia definitiva a estos efectos? Desde luego, debe tratarse de una sentencia firme, es decir, contra la cual no hay recursos. Pero hay sentencias que si bien no autorizan recursos procesales, en cambio permiten intentar nuevamente la acción, sea por otra vía, sea luego de subsanar defectos de planteo que motivaron el rechazo de la primera. El supuesto más importante es el del juicio ejecutivo. La jurisprudencia ha decidido que, a los efectos que estamos tratando, las sentencias dictadas en estos pleitos no tienen carácter definitivo; por consiguiente, la sentencia que rechaza la ejecución no obsta a los efectos interruptivos de la demanda, que podrá hacerse valer en el juicio ordinario ulterior (ver nota 32).

Con criterio semejante se ha resuelto que no tiene carácter definitivo la sentencia cuando el rechazo de la demanda se funda en la incompetencia del juez o en defectos formales (ver nota 33), cuando se rechaza la demanda por haberse errado al elegir la acción (ver nota 34), cuando se resuelven puntos incidentales y no el fondo del asunto (ver nota 35), cuando se rechaza una acción de simulación por no haberse promovido conjuntamente contra todas las

partes que intervinieron en el negocio simulado (ver nota 36). En todos estos casos, la interrupción de la prescripción puede hacerse valer en el juicio ulterior, que se ha promovido subsanando los defectos o errores cometidos en la primera demanda. Está discutido si la demanda rechazada como consecuencia de haberse opuesto la exceptio non adimpleti contractus, interrumpe o no la prescripción. Nos inclinamos por la afirmativa, pues, según se dijo, sólo la absolucón definitiva del demandado borra los efectos de la interrupción (ver nota 37).

(nota 1) C. Civil Cap., Sala F, 10/3/1964, Doct. Jud., nº 2214; C. Civil 1ª Cap., 2/5/1947, L. L., t. 46, p. 702; C. Civil 2ª Cap., 22/5/1947, L. L., t. 46, p. 752; C. Com. Cap., Sala B, 30/9/1955, L. L., t. 82, p. 254; C. Paz Let. Cap., Sala II, 2/2/1948, G.P., t. 78, p. 238; C. Apel. Rosario, 30/4/1943, L. L., t. 30, p. 524. Debe recordarse, empero, un antecedente similar en el que la C. S. N. admitió la interrupción de la prescripción por telegrama del que se desprende la intención de reclamar la pensión. El tribunal tuvo en cuenta que el trámite de jubilaciones y pensiones ferroviarias está casi siempre a cargo de personas de pocas luces y recursos y alejados de la sede de la Caja (4/9/1939, J. A., t. 67, p. 668).

(nota 2) C. S. N., 1/9/1955, L. L., t. 81, p. 500; íd., 10/7/1940, J. A., t. 71, p. 304 y fallos allí citados; C. Civil Cap., Sala A, 22/6/1956, J. A., 1957-I, p. 168; Sala B, 25/8/1953, L. L., t. 72, p. 111; Sala D, 18/2/1963, Doct. Jud., nº 1893; Sala F, 20/12/1960, Doct. Jud., nº 1518; Sup. Corte Buenos Aires, 9/9/1947, L. L., t. 49, p. 283.

(nota 3) C. S. N., 1/9/1955, L. L., t. 81, p. 500; íd., 21/8/1935, J. A., t. 51, p. 404 (en este caso se trataba de las gestiones tendientes a obtener la venia legislativa para demandar a la Nación). Salvo, claro está, que un texto legal expreso atribuya a las gestiones administrativas carácter interruptivo, como el art. 65 Ver Texto , ley 11683 (C. S. N., 26/4/1957, L. L., t. 87, p. 725).

(nota 4) C. S. N., 4/9/1940, J. A., t. 71, p. 916; C. Civil Cap., Sala B, 25/8/1953, L. L., t. 72, p. 111; C. Apel. Santiago del Estero, 11/5/1950, J. A., 1950-III, p. 386.

(nota 5) C. S. N., 4/9/1939, L. L., t. 16, p. 35; C. Civil 1ª Cap., 17/7/1940, L. L., t. 19, p. 470; Sup. Corte Buenos Aires, 9/9/1947, J. A., 1947-IV, p. 101; íd., 1/4/1950, J. A., 1950-III, p. 386.

(nota 6) C. Apel. Trab. Cap. en pleno, 19/6/1959, L. L., t. 95, p. 82.

(nota 7) C. Civil Cap., Sala E, 25/10/1963, E. D., t. 8, p. 509; C. Civil 1ª Cap., 22/7/1938, L. L., t. 11, p. 679; C. Civil 2ª Cap., 14/6/1937, L. L., t. 7, p. 1; C. Com. Cap., 12/9/1952, L.

L., t. 71, p. 75; Sup. Corte Buenos Aires, 15/4/1958, J. A., 1959-III, p. 389; íd., 17/12/1963, E. D., t. 8, p. 510; C. Apel. Rosario, 13/5/1955, J. A., 1956-I, p. 409; y fallos citados en notas siguientes.

(nota 8) C. Com. Cap., Sala C, 12/4/1984, L. L., fallo n° 83.324.

(nota 9) C. Civil 1ª Cap., 13/12/1940, J. A., t. 72, p. 837; íd., 11/3/1941, L. L., t. 25, p. 241; C. Com. Cap., 29/10/1952, J. A., 1953-I, p. 72; LLAMBÍAS, Obligaciones, t. 3, n° 2018; SPOTA, t. 10, n° 2208.

(nota 10) C. Civil 2ª Cap., 5/12/1947, L. L., t. 49, p. 190; Sup. Corte Buenos Aires, 7/3/1944, J. A., 1944-II, p. 60.

(nota 11) C. Civil 1ª Cap., 21/8/1931, J. A., t. 36, p. 591; C. Civil 2ª Cap., 14/6/1937, L. L., t. 7, p. 1.

(nota 12) C. Civil Cap., Sala D, 30/10/1953, L. L., t. 74, p. 385; C. Civil 1ª Cap., 30/12/1940, L. L., t. 21, p. 277; C. Com. Cap., 30/12/1944, J. A., 1945-I, p. 458; íd., 18/7/1939, L. L., t. 15, p. 390; C. Com. Cap., Sala A, 21/5/1975, J. A., 1976-I, p. 178; C. Fed. Cap., 7/11/1934, J. A., t. 48, p. 363, con nota aprobatoria de ACUÑA ANZORENA; Sup. Corte Buenos Aires, 11/12/1945, J. A., 1946-I, p. 190; íd., 11/3/1941, L. L., t. 21, p. 857; C. Apel. Rosario, 15/12/1944, L. L., t. 38, p. 21; C. Fed. Mendoza, 20/2/1947, J. A., 1947-I, p. 463, etc. Esta jurisprudencia, que puede considerarse constante, ha tenido sin embargo alguna expresión contraria. Así, se ha decidido que las medidas precautorias no interrumpen la prescripción: C. Civil 2ª Cap., 23/5/1949, J. A., 1949-II, p. 555; C. Com. Cap., Sala B, 27/3/1953, L. L., t. 70, p. 280.

(nota 13) C. Civil 2ª Cap., 26/8/1941, L. L., t. 24, p. 99; Sup. Corte Buenos Aires, 30/9/1947, J. A., 1947-IV, p. 8 y L. L., t. 48, p. 865; íd., 14/7/1970, E. D., t. 35, p. 161; Sup. Corte Buenos Aires, 21/9/1976, E. D., t. 70, p. 294. En contra: C. Civil 1ª Cap., 3/6/1937, J. A., t. 58, p. 798; C. Fed. Cap., 12/6/1943, J. A., 1943-II, p. 369.

(nota 14) C. Civil Cap., Sala E, 25/6/1963, E. D., t. 8, p. 509; C. Com. Cap., Sala C, 31/12/1959, causa 98.236 (inédita); C. Com. Cap., 25/11/1932, J. A., t. 40, p. 247; Sup. Corte Buenos Aires, 30/9/1947, J. A., 1947-IV, p. 8 y L. L., t. 48, p. 865.

(nota 15) Sup. Corte Buenos Aires, 15/4/1958, J. A., 1959-III, p. 389; íd., 19/8/1952, J. A., 1952-IV, p. 70 y L. L., t. 67, p. 692.



(nota 16) C. Fed. Cap., 29/7/1960, J. A., 1960-VI, p. 223.

(nota 17) C. Com. Cap., Sala D, 10/11/1980, E. D., t. 92, p. 109.

(nota 18) De acuerdo: SPOTA, t. 10, n° 2218. En contra: PLANIOL-RIPERT-RADOUANT, t. 7, n° 1361.

(nota 19) C. S. N., 9/10/1940, J. A., t. 72, p. 505; C. Civil Cap., Sala D, 21/9/1964, J. A., 1964-VI, p. 431 y E. D., t. 9, p. 881; C. Civil 1ª Cap., 17/6/1942, J. A., 1942-III, p. 306; C. Civil 2ª Cap., 28/12/1937, L. L., t. 9, p. 369; C. Com. Cap., Sala A, 12/9/1952, L. L., t. 71, p. 75; Sup. Corte Buenos Aires, 30/3/1943, J. A., 1943-I, p. 843; C. Apel. Rosario, 1/12/1944, J. A., 1945-II, p. 126. De acuerdo: MACHADO, t. 11, p. 139; SALVAT, Obligaciones, núms. 2133 y s.; LLAMBÍAS, Parte General, n° 2135; COLOMBO, nota en L. L., t. 101, p. 1083. En contra: C. Fed. Paraná, 25/8/1944, J. A., 1944-IV, p. 89. SPOTA dedica a este problema largos desarrollos y se inclina, dentro de nuestro derecho positivo, a la solución seguida por nuestra jurisprudencia, aunque opina que, de lege ferenda, es preferible el sistema que exige la notificación (t. 10, n° 2217).

(nota 20) C. S. N., 30/10/1922, J. A., t. 9, p. 513; C. Civil Cap., Sala C, 18/5/1962, Doct. Jud., n° 1677; íd., 21/5/1965, E. D., t. 12, p. 306; C. Civil Cap., Sala D, 12/5/1955, L. L., t. 79, p. 578; Sup. Corte Buenos Aires, 26/8/1947, J. A., 1947-IV, p. 203; C. Paz Let. Cap., 19/4/1948, L. L., t. 51, p. 246. El Gobierno Nacional no es un tercero respecto de E.F.E.A. y, por tanto, la demanda contra aquél interrumpe la prescripción contra ésta; el tribunal dijo que en este caso es lícito atravesar el velo de la personería (C. Civil Cap., Sala A, 31/6/1966, L. L., t. 122, fallo n° 55.621).

(nota 21) C. Civil 2ª Cap., 2/11/1949, L. L., t. 56, p. 611; C. Apel. 1ª La Plata, 5/4/1945, J. A., 1945-II, p. 178; LLAMBÍAS, Obligaciones, t. 3, n° 2058.

(nota 22) C. Civil Cap., Sala C, 18/6/1970, E. D., t. 33, fallo n° 16.302. Se trataba de una acción dirigida contra una empresa que en definitiva no resultó adjudicataria de la línea de transportes, razón por la cual luego se amplió la demanda a Transportes de Buenos Aires y al Estado.

(nota 23) C. Paz Cap., en pleno, 16/11/1954, L. L., t. 76, p. 622; C. Civil Cap., Sala F, 24/4/1962, Doct. Jud., n° 1653.

(nota 24) C. S. N., 12/10/1976, L. L., 1976-D, p. 465; íd., 11/9/1984, L. L., fallo n°

84.099 (con disidencia de BELLUSCIO); C. Civil Cap., en pleno, 28/9/1976, L. L., 1976-D, p. 296 y J. A., 1977-I, p. 548 Ver Texto ; C. Esp. C. y C. Cap., Sala 1ª, 25/3/1974, J. A., t. 23-1974, p. 51; C. Fed. Cap., 10/3/1986, L. L., fallo n° 85.273 y E. D., fallo n° 39.760; Sup. Corte Buenos Aires, 30/8/1983, E. D., fallo n° 37.934; C. Apel. San Nicolás, 1/10/1970, E. D., t. 35, p. 162; C. Fed. Mendoza, 22/6/1977, J. A., 1978-I, p. 289. De acuerdo: CAZEAUX y TRIGO REPRESAS, Obligaciones, 2ª ed., t. 3, p. 594.

(nota 25) C. Civil Cap., Sala A, 21/12/1971, L. L., t. 147, p. 729, 29.209-S.

(nota 26) C. Esp. C. y C. Cap., 2/2/1977, rep. L. L., t. XXXIX, J-Z, p. 1603, sum. 68; C. Fed. Córdoba, 25/7/1980, L. L., 1980-D, p. 603. La jurisprudencia de la Sup. Corte Buenos Aires ha sido vacilante, cambiando con la composición del tribunal. Primero se pronunció en el sentido de que no era válida para interrumpir la prescripción la demanda iniciada al día siguiente de la expiración del término (30/5/1972, E. D., t. 43, p. 266); luego admitió su validez (27/8/1974, J. A., t. 26-1975, p. 385); pero en la sentencia del 29/3/1977 (rep. L. L., t. XXXVII, J-Z, p. 1185, sum. 45) ha vuelto a su anterior jurisprudencia declarando inválida a los efectos de interrumpir la prescripción la demanda presentada al día siguiente. En sentido concordante con esta solución: YÁÑEZ ÁLVAREZ, nota en J. A., t. 6-1970, p. 484; KEMELMAJER DE CARLUCCI, nota en J. A., 1977-I, p. 553.

(nota 27) C. Civil Cap., Sala A, 18/6/1965, J. A., 1965-V, p. 210, L. L., t. 120, p. 220 y E. D., t. 12, p. 626; C. Civil 1ª Cap., 12/6/1939, L. L., t. 14, p. 1040; C. Civil 2ª Cap., 28/12/1937, J. A., t. 60, p. 953; C. Apel. 1ª La Plata, 13/3/1945, J. A., 1945-II, p. 439; SPOTA, t. 10, ps. 399 y s.; GALLI, en SALVAT, Obligaciones, t. 3, n° 2138-A.

(nota 28) C. Civil Cap., Sala A, 18/6/1965, J. A., 1965-V, p. 210 y L. L., t. 120, p. 220; C. Civil 1ª Cap., 22/10/1945, J. A., 1945-IV, p. 653.

(nota 29) C. S. N., 5/10/1901, Fallos, t. 91, p. 434; C. Com. Cap., Sala C, 31/12/1959, L. L., t. 98, p. 242; Sup. Corte Buenos Aires, 21/5/1940, L. L., t. 18, p. 1052. En contra: C. Fed. Cap., 9/9/1927, J. A., t. 25, p. 1224. Esta jurisprudencia es coherente con la que citamos más adelante (nota 1653) en el sentido de que el rechazo de la demanda ejecutiva no borra los efectos de la interrupción.

(nota 30) C. S. N., 21/5/1948, Fallos, t. 210, p. 119; C. Civil y Com. Cap. en pleno, 12/3/1924, J. A., t. 12, p. 863.

(nota 31) C. Paz Cap., 24/4/1961, Doct. Jud., n° 1346.

(nota 32) C. Civil 2ª Cap., 31/3/1943, J. A., 1943-II, p. 333; C. Com. Cap., 9/5/1928, J. A., t. 27, p. 811; C. Paz Cap., 28/12/1957, L. L., t. 89, p. 555; Sup. Corte Buenos Aires, 2/9/1947, J. A., 1947-IV, p. 57. De acuerdo: SPOTA, t. 10, n° 2222; SALVAT, n° 2145.

(nota 33) C. Civil 1ª Cap., 9/11/1942, L. L., t. 28, p. 790; C. Apel. Rosario, 13/7/1951, L. L., t. 66, p. 782.

(nota 34) C. S. N., 26/2/1943, L. L., t. 29, p. 696; C. Com. Cap., Sala B, 24/12/1954, L. L., t. 77, p. 574.

(nota 35) S. T. Santa Fe, 2/7/1940, L. L., t. 20, p. 154.

(nota 36) C. Civil 1ª Cap., 9/11/1942, L. L., t. 28, p. 790.

(nota 37) De acuerdo: SALVAT, t. 2, p. 145. En contra: PIANTONI, Apuntes sobre la exceptio non adimpleti contractus, L. L., t. 123, p. 1083.

1116/1058

1058. RECONOCIMIENTO.— La prescripción se interrumpe también por reconocimiento hecho por el deudor de la obligación (art. 3989 Ver Texto ). El reconocimiento es un acto unilateral, que no necesita de la aceptación del acreedor (ver nota 1), lo que lo distingue claramente de la renuncia.

Para que sea válido, debe ser hecho por persona capaz de disponer del derecho al que se refiere el reconocimiento (ver nota 2).

1116/1059

1059.— ¿Es eficaz el reconocimiento hecho luego de vencido el plazo de la prescripción? Según una opinión muy generalizada, el reconocimiento, como hecho interruptivo de la prescripción, no puede tener lugar sino antes del vencimiento del plazo legal, pues no se concibe que pueda interrumpirse una prescripción ya cumplida (ver nota 3); sin perjuicio, se agrega, de que dicho reconocimiento podría eventualmente tener el significado de una renuncia a la prescripción ya ganada, si las circunstancias del caso demuestran que se trata de renuncia (ver nota 4).

Nos parece que esta opinión paga un tributo excesivo a la lógica formal. Estrictamente parecería un contrasentido hablar de interrupción de una prescripción ya cumplida; pero hay que considerar que la prescripción no se opera de pleno derecho por el solo vencimiento de los plazos. En verdad, el cumplimiento de éstos tiene solamente el efecto de poner al deudor en condiciones de oponerse a la demanda. Pero mientras no lo hace, no hay prescripción definitiva ganada. Y si el deudor, lejos de oponer oportunamente la prescripción, reconoce, por el contrario, la deuda, es obvio que se confiesa deudor, con lo que basta para interrumpir el curso de la prescripción.

Es verdad que el reconocimiento envuelve siempre una renuncia a hacer valer la prescripción, de donde el interés de esta cuestión resulta bastante relativo. Lo que no quiere significar que no lo haya: la renuncia puede retractarse antes de la aceptación del beneficiario (art. 875 Ver Texto ), lo que no ocurre con el reconocimiento (ver nota 5).

1116/1060

1060.— El reconocimiento puede ser expreso o tácito (art. 3989 Ver Texto ). Inclusive se admite que el silencio puede llegar a ser suficiente, teniendo en cuenta las circunstancias del caso (ver nota 6).

Se ha declarado que constituye reconocimiento del derecho del acreedor el cumplimiento parcial de la obligación (ver nota 7), el pedido de plazo para efectuar el pago (ver nota 8), la promesa de pago (ver nota 9) o el ofrecimiento de hacerlo cuando mejore de fortuna (ver nota 10), la posesión por el acreedor de la cosa dada en prenda para garantizar la deuda (ver nota 11), el otorgamiento de un mandato para cumplir la obligación (ver nota 12), el asiento en los libros de comercio del deudor (ver nota 13), la reserva hecha en el sucesorio para responder a honorarios aún no regulados (ver nota 14), las tratativas para establecer el monto de la deuda o para llegar a un arreglo respecto de su pago (ver nota 15). Asimismo, se ha declarado que la entrega de la posesión al comprador de un inmueble constituye una interrupción continuada de la obligación de escriturar (ver nota 16).

Es claro que debe tratarse de una tradición, es decir, de una entrega de la posesión por el vendedor; la posesión tomada unilateralmente no interrumpe la prescripción liberatoria de la obligación de escriturar, si bien puede tener efectos con relación a la prescripción adquisitiva (ver nota 17).

En cambio, se ha decidido que la oferta de transacción hecha por el deudor no interrumpe la prescripción si no es aceptada por el acreedor (ver nota 18). Nos parece una solución insostenible, pues la oferta de transacción envuelve un reconocimiento muy claro de la obligación. En cambio, las conversaciones mantenidas por las partes acerca de un reclamo de una de ellas, no constituyen actos interruptivos si no se traducen en un reconocimiento

del derecho (ver nota 19).

Finalmente, no hay que olvidar que el pago de los intereses interrumpe la prescripción del capital (art. 3958 Ver Texto ). Igualmente, el pago parcial implica reconocimiento, siempre que la obligación no estuviera ya prescrita; en este último caso, el pago parcial no obliga al pago del resto de la obligación natural (ver nota 20).

1116/1061

1061.— No es indispensable que el reconocimiento esté dirigido al acreedor (ver nota 21). Responden a esta orientación diversos fallos en los que se ha resuelto que vale como reconocimiento suficiente el asiento hecho en los libros de comercio del deudor (ver nota 22), el otorgamiento de un mandato para cumplir la obligación (ver nota 23), la manifestación hecha por el comprador de un inmueble al otorgar la escritura traslativa de dominio de que toma a su cargo la deuda de afirmados (ver nota 24), la hecha por el condómino al dividirse el condominio en el sentido de que toma a su cargo el crédito garantizado con hipoteca (ver nota 25).

1116/1062

1062.— En cuanto a la prueba del reconocimiento, cabe preguntarse si rige en el caso la limitación del art. 1193 Ver Texto . La cuestión está controvertida. De acuerdo a una primera opinión, la limitación del art. 1193 Ver Texto no rige en este caso pues no se trata de un contrato ni de un acto formal (ver nota 26). Según otros, rige la limitación del art. 1193 Ver Texto , pues de lo contrario las consecuencias patrimoniales de un contrato podrían venir a producirse por efecto de una prueba testimonial; en otras palabras, el contrato vendría a ser exigible, cualquiera fuera su cantidad, en virtud de dicha prueba (ver nota 27).

Por nuestra parte, creemos que el art. 1193 Ver Texto no rige formalmente en este caso y que, por tanto, el juez puede apartarse de sus prescripciones. Pero hará bien en tener en cuenta su espíritu, que es la desconfianza por la prueba testimonial. No deberá admitirse una prueba de este tipo para acreditar un reconocimiento de deuda sino cuando a juicio del magistrado sea suficientemente segura o esté apoyada en otras pruebas.

Se ha declarado en algunos fallos, que el reconocimiento no se puede probar con la confesión ficta (ver nota 28); pero no creemos que pueda sentarse en este punto una regla rígida. Por el contrario, si algún principio general ha de admitirse, es la aplicación del art. 127 Ver Texto , Código Procesal. Lo que no excluye que las circunstancias del caso pueden indicar la conveniencia o justicia de no atribuirle valor probatorio.

(nota 1) SPOTA, t. 10, n° 2223.

(nota 2) SPOTA, t. 10, n° 2223, quien cita en su apoyo la opinión de DE PAGE y DEKKERS, t. 7, n° 1193.

(nota 3) C. Civil Cap., Sala D, 14/11/1962, Doct. Jud., n° 1829; Sala E, 3/5/1960, Doct. Jud., del 21/6/1960; Sala F, 3/11/1960, causa 67.205 (inédita); SPOTA, t. 10, n° 2223; SALVAT, n° 2151 y su anotador GALLI, n° 2156, a.

(nota 4) Fallos y autores citados en nota anterior. La Sala III de la C. Paz Cap. declaró que habiendo transcurrido el término de la prescripción, para que la obligación adquiriera nuevamente su fuerza coercitiva, el reconocimiento del deudor debe ser expreso y categórico, con los alcances novatorios exigidos por el codificador en su nota al art. 515 Ver Texto C. Civil, ya que importa una verdadera remisión de la prescripción en los términos del art. 3965 Ver Texto , C. Civil (8/10/1958, causa 37.245, inédita).

(nota 5) SPOTA, t. 10, n° 2223.

(nota 6) C. Civil 2ª Cap., 1/12/1942, J. A., 1943-I, p. 111; SPOTA, t. 10, n° 2223; GALLI, n° 2154.

(nota 7) C. Apel. 2ª La Plata, 25/2/1947, L. L., t. 45, p. 626.

(nota 8) C. Com. Cap., 7/12/1939, L. L., t. 16, p. 1231.

(nota 9) C. Com. Cap., Sala B, 10/8/1961, J. A., 1962-II, p. 408.

(nota 10) C. Fed. Cap., 19/8/1927, J. A., t. 25, p. 847.

(nota 11) C. Fed. Cap., 4/8/1944, L. L., t. 35, p. 560. De acuerdo: SALVAT, n° 2187; SEGOVIA, t. 2, p. 727, nota 7. En contra: SPOTA, t. 10, n° 2227, b.

(nota 12) C. S. N., 3/12/1947, L. L., t. 48, p. 1010.

(nota 13) C. Civil Cap., Sala A, 6/12/1957, causa 33.589 (inérita); C. Civil Cap., 21/8/1934, J. A., t. 47, p. 552; C. Com. Cap., Sala A, 19/12/1952, L. L., t. 70, p. 629; C. Fed. Cap., 26/3/1957, causa 11.713 (inérita).

(nota 14) C. Civil 2ª Cap., 10/5/1936, L. L., t. 6, p. 543.

(nota 15) C. Fed. La Plata, 23/3/1924, J. A., t. 12, p. 692 (se proponía entregar otra fracción en lugar de la vendida). De acuerdo: SPOTA, t. 10, nº 2223; PLANIOL-RIPERT-RADOUANT, t. 7, nº 1366.

(nota 16) C. Civil Cap., Sala B, 15/8/1979, J. A., 1980-I, p. 88; íd., 20/12/1977, E. D., t. 79, p. 227, Sala F, 11/5/1961, Doct. Jud., nº 1345; Sala D, 27/12/1954, L. L., t. 78, p. 146; Sala E, 26/6/1958, L. L., t. 91, p. 526; C. Com. Cap., 10/6/1944, L. L., t. 35, p. 253.

(nota 17) C. Civil Cap., Sala B, 15/8/1979, J. A., 1980-I, p. 88.

(nota 18) De acuerdo: SPOTA, t. 10, nº 2223; REZZÓNICO, 9ª ed., p. 1148.

(nota 19) C. Civil Cap., Sala B, 30/9/1955, L. L., t. 82, p. 254.

(nota 20) C. Civil 1ª Cap., 29/10/1936, J. A., t. 56, p. 210; C. Com. Cap., 9/10/1933, J. A., t. 43, p. 1166; íd., 14/8/1943, J. A., 1943-III, p. 891; C. Paz Let. Cap., 6/9/1937, J. A., t. 59, p. 998.

(nota 21) C. Civil Cap., Sala D, 18/2/1963, Doct. Jud., nº 1893; C. Com. Cap., 10/3/1936, L. L., t. 1, p. 725; SPOTA (t. 10, nº 2223, nota 914) y REZZÓNICO, (9ª ed., p. 1150, nota 63) aprueban esta solución. En cambio, la desaprueba COLMO, nº 949.

(nota 22) Véanse fallos citados en la nota 1670.

(nota 23) C. S. N., 3/12/1947, L. L., t. 48, p. 1010.

(nota 24) C. Civil 2ª Cap., 8/3/1937, L. L., t. 6, 182.

(nota 25) C. Civil 1ª Cap., 24/7/1929, J. A., t. 30, p. 395.

(nota 26) C. Civil 1ª Cap., 7/9/1945, L. L., t. 40, p. 191; GALLI, en SALVAT, n° 2154, b; REZZÓNICO, 9ª ed., p. 1149; SPOTA, t. 10, n° 2223, autor que acepta esta solución como regla, pero deja de lado los reconocimientos que importan un acto jurídico bilateral de cumplimiento (como es el pago parcial o de intereses) que a su juicio están sujetos a la limitación del art. 1193 Ver Texto .

(nota 27) C. Civil 2ª Cap., 6/6/1930, J. A., t. 33, p. 534; C. 1ª Apel. La Plata, 14/5/9148, J. A., 1948-II, p. 190; SALVAT, n° 2154.

(nota 28) C. Civil 2ª Cap., 2/3/1943, J. A., 1943-I, p. 804; C. Apel. Rosario, 12/6/1942, L. L., t. 27, p. 249. En contra: C. Com. Cap., 15/12/1937, L. L., t. 9, p. 4.

1116/1063

1063. COMPROMISO ARBITRAL.— El compromiso entre las partes, sujetando la cuestión a juicio de árbitros, interrumpe la prescripción (art. 3988 Ver Texto ). Aunque la ley habla sólo de árbitros, deben considerarse comprendidos en la disposición tanto los árbitros propiamente dichos (arts. 763 Ver Texto y s., Cód. Procesal), como los arbitradores o amigables compondores (arts. 793 y s., Cód. Procesal) (ver nota 1).

El art. 3988 Ver Texto habla del compromiso hecho en escritura pública ¿Significa esto que el celebrado en instrumento privado no interrumpe la prescripción? Esta conclusión sería excesiva. Lo importante es que la forma elegida tenga validez legal; por tanto, en el supuesto de que los Códigos procesales admitan la forma privada, debe reconocerse a ese compromiso virtualidad suficiente para interrumpir la prescripción, pues en definitiva de lo que se trata es de que el compromiso obligue al deudor (ver nota 2). El Código Procesal para la Justicia Nacional admite la escritura pública, el instrumento privado o el acta judicial (art. 767); el celebrado en instrumento privado deberá elevarse a escritura pública si alguna de las partes lo reclama, conforme con lo dispuesto en los arts. 1185 Ver Texto y 1187 Ver Texto , Código Civil (ver nota 3).

1116/1064

1064.— Las causales de extinción de la interrupción previstas en el art. 3987 Ver Texto (desistimiento, perención de instancia, rechazo de la demanda) son aplicables a nuestra hipótesis porque en definitiva el juicio arbitral es una forma especial de juicio, que debe tramitarse conforme a la ley (ver nota 4).



(nota 1) SPOTA, t. 10, n° 2224; SALVAT, n° 2147.

(nota 2) De acuerdo: SPOTA, t. 10, n° 2224; GALLI, en SALVAT, n° 2148, a.

(nota 3) SPOTA, loc. cit. en nota anterior.

(nota 4) SALVAT, n° 2149.

1116/1065

## 2.— Efectos

1065. DESDE CUÁNDO EMPIEZA A CORRER NUEVAMENTE LA PRESCRIPCIÓN.  
— Hemos dicho ya que interrumpida la prescripción, queda borrado el tiempo transcurrido anteriormente y la prescripción empieza a correr de nuevo (art. 3998 Ver Texto ). Pero cabe preguntarse en qué momento comienza a computarse el nuevo plazo.

a) Si se trata de la interrupción producida por un reconocimiento, la prescripción empieza a correr inmediatamente después de dicho acto (ver nota 1).

b) Si se trata de la demanda, la nueva prescripción empieza a correr desde el momento en que se dictó la sentencia que acoge la demanda (ver nota 2). Pero cabe preguntarse si la misma solución es aplicable al supuesto de que no se trate de una demanda propiamente dicha sino de algunos de los actos de gestión procesal que la jurisprudencia ha asimilado a la demanda a los efectos de la interrupción de la prescripción. Algunos fallos han declarado, a nuestro juicio con razón, que en este supuesto, la prescripción corre nuevamente desde el momento en que se lleva a cabo el acto interruptivo (ver nota 3).

Si la demanda ha sido rechazada por incompetencia de jurisdicción o por defectos formales o por incapacidad del actor, la nueva prescripción empieza a correr desde la sentencia que rechaza la demanda (ver nota 4).

c) Finalmente, si se trata de compromiso arbitral, rigen las mismas soluciones que en el caso anterior: la prescripción empieza a correr nuevamente a partir del fallo del árbitro (ver nota 5).

1116/1066

1066.— Hay que agregar que el reconocimiento no produce novación de la obligación, por tanto, la prescripción empieza a correr por el mismo término que originariamente tenía la acción (ver nota 6). En cambio, la sentencia que pone fin al pleito produce una novación. El título del actor será ahora la sentencia, que está sujeta a la prescripción ordinaria de 10 años, cualquiera sea el término de la acción originaria (ver nota 7).

1116/1067

1067. QUIÉN PUEDE INVOCARLA Y CONTRA QUIÉN.— La interrupción tiene carácter personal; sólo aprovecha a quien ha interpuesto la demanda o a quien le ha sido reconocido su crédito y a sus sucesores universales (art. 3991 Ver Texto ). Aprovecha también a los acreedores que ejercen la acción subrogatoria, pues éstos ocupan el lugar del deudor.

En cuanto a los acreedores simplemente mancomunados este principio es riguroso: la interrupción hecha por uno de los acreedores no aprovecha a los demás ni la causada contra uno de los codeudores perjudica a los restantes (art. 3922 Ver Texto ). Este principio, de más está decirlo, es aplicable también al caso de que la mancomunación resulte de haber heredado varias personas al mismo acreedor o deudor (art. 3993 Ver Texto ). Pero es necesario considerar un supuesto especial: el de la deuda hipotecaria que se divide entre todos los herederos, habiéndose adjudicado el inmueble gravado a uno solo de ellos. Si la demanda es dirigida contra uno de los herederos no adjudicatarios, se aplica el principio general de que la interrupción es personal, de modo que no perjudica a los restantes herederos; pero si la acción se ha dirigido contra el adjudicatario del inmueble, la prescripción se interrumpe respecto de todos los coherederos deudores (art. 3993 Ver Texto ) (ver nota 8).

1116/1068

1068.— Los principios estudiados en el número precedente no se aplican a los coacreedores o codeudores solidarios. En tal caso, los efectos de la interrupción se transmiten entre ellos. En este sentido dispone el art. 3994 Ver Texto que la interrupción emanada de uno de los acreedores solidarios aprovecha a los coacreedores; y recíprocamente, la que se ha causado contra uno de los deudores solidarios puede oponerse a los otros.

El Código ha contemplado también el caso de que uno de los codeudores o coacreedores

solidarios haya muerto. En tal supuesto, la deuda o el crédito se divide entre todos los coherederos de acuerdo a su parte viril y sólo en esa parte mantiene su carácter solidario. En consonancia con esa solución, el art. 3995 Ver Texto dice que la demanda entablada por uno de los herederos de uno de los acreedores solidarios, no interrumpe la prescripción a beneficio de sus coherederos (lo que es lógico, porque entre ellos no hay solidaridad); y no la interrumpe (tampoco) a beneficio de los otros acreedores, sino por la parte que el heredero demandante tenía en el crédito (lo que se explica porque la solidaridad entre ese heredero y los restantes coacreedores no herederos, se limita a esa porción). Recíprocamente —dispone el mismo artículo—, la demanda interpuesta contra uno de los herederos del codeudor solidario, no interrumpe la prescripción respecto a sus coherederos; y no la interrumpe respecto a los otros deudores, sino en la parte que el heredero demandado tenía en la deuda solidaria.

1116/1069

1069.— Tratándose de obligaciones indivisibles, la transmisión de los efectos de la interrupción es plena. Se benefician con ella todos los coacreedores y puede oponerse a todos los codeudores (art. 3996 Ver Texto ). Y en este supuesto no cabe formular reserva alguna para el caso de fallecimiento de uno de los coacreedores o codeudores. La interrupción hecha por uno de los coherederos u opuesta a uno de los coherederos, favorece o perjudica a todos los demás; y a fortiori lo mismo ocurre con los restantes coacreedores y codeudores no herederos (ver nota 9).

1116/1070

1070.— En lo que atañe a la fianza, el art. 3997 Ver Texto dispone que la demanda interpuesta contra el deudor principal o el reconocimiento de su obligación, interrumpe la prescripción contra el fiador; pero la demanda interpuesta contra el fiador, o su reconocimiento de la deuda, no interrumpe la prescripción de la obligación principal. Es lo natural, pues la fianza, como accesorio, sigue la suerte de la obligación principal; en cambio, ésta no tiene por qué seguir la suerte de la fianza.

El art. 3997 Ver Texto se aplica aun en el caso de la fianza solidaria, porque ésta sigue teniendo el carácter de obligación accesorio; pero si el fiador se obliga como principal pagador, entonces son aplicables las soluciones relativas a las obligaciones solidarias (art. 2005 Ver Texto ); por consiguiente, la interrupción contra el fiador puede oponerse también al deudor principal (ver nota 10).

(nota 1) SALVAT, nº 2162.

(nota 2) C. S. N., 26/4/1957, L. L., t. 87, p. 725; SALVAT, n° 2160.

(nota 3) C. Civil Cap., Sala C, 7/6/1955, J. A., 1955-III, p. 279; Sup. Corte Tucumán, 30/4/1952, L. L., t. 71, p. 634.

(nota 4) C. Fed. Cap., 28/6/1961, Doct. Jud., n° 1394 (caso de incompetencia de jurisdicción).

(nota 5) SALVAT, n° 2161.

(nota 6) C. Civil Cap., Sala A, causa 54.800 (inérita).

(nota 7) SALVAT, n° 2163, y su anotador GALLI, n° 2163, a; REZZÓNICO, 9ª ed., p. 1153, in fine; PLANIOL-RIPERT, t. 7, n° 1369. En contra: COLMO, núms. 942 y s.

(nota 8) El acierto de esta disposición ha sido negado por SPOTA, t. 10, n° 2211, c. En cambio, véase en su apoyo, GALLI, en SALVAT, n° 2168, a.

(nota 9) GALLI, en SALVAT, n° 2172, a; SPOTA, t. 10, n° 2213, b; REZZÓNICO, 9ª ed., p. 1156.

(nota 10) SPOTA, t. 10, n° 2212, d.

1116/10060

### § 3.— Plazos de prescripción

1116/1071

1071. IDEA GENERAL DEL SISTEMA DEL CÓDIGO.— Como principio general, la ley establece que las acciones prescriben a los diez años (art. 4023 Ver Texto ). Pero a continuación prevé una serie de casos particulares en los que tales plazos se abrevian, a veces de modo notable. Es que muchas veces se siente urgencia de dar firmeza a ciertas situaciones o relaciones jurídicas; es bueno que si el acreedor ha de ejercer sus derechos lo haga en un término breve, de modo que el deudor sepa a qué atenerse.

También establece el Código plazos mayores que el ordinario; los arts. 4020 Ver Texto y 4021 lo fijan en veinte años. Pero como se verá en los párrafos que siguen, no se trata de prescripción liberatoria sino de usucapión, de donde se desprende que el plazo ordinario de diez años es el más prolongado para la prescripción extintiva.

1116/1072

1072.— El sistema del Código se resiente de una extraordinaria diversidad de plazos, que perjudica la claridad del régimen legal. Y llama la atención que los proyectos de reformas hayan insistido en esta inútil complejidad (Anteproyecto de BIBILONI, arts. 3426 y s.; Proyecto de 1936, arts. 324 y s.; Anteproyecto de 1954, arts. 323 y s.). Los regímenes legales —y particularmente cuando está en juego la pérdida de un derecho— deben ser, en lo posible, simples y claros, de tal modo que las personas sujetas a la ley no puedan ser sorprendidas por una norma que las priva de sus derechos. Nuestro régimen de plazos de prescripción es tan complicado, que sólo puede ser conocido por los especialistas. Y quizá ninguna materia como ésta debe ser puesta al alcance de los profanos.

Frente a la complejidad de nuestro régimen legal, brilla la simplicidad del Código alemán, que admite sólo tres plazos: uno general o común de treinta años (sin duda excesivo), uno de cuatro años para el cobro de prestaciones periódicas y uno de dos años para todos los restantes supuestos de prescripciones breves (arts. 195-197).

1116/11100

1072 bis.— La ley 17711 ha introducido en esta materia importantes reformas. Por lo pronto ha reducido los plazos de treinta años a veinte, lo que se conforma mejor con la dinámica de las sociedades modernas. Ha suprimido la distinción entre presentes y ausentes que resultaba realmente anacrónica en una época caracterizada por la facilidad de las comunicaciones y que, a veces, originaba complicados problemas de prueba para saber si una persona debía considerarse ausente y por cuánto tiempo. Ha clarificado el problema del plazo de la acción de simulación. Ha prolongado a dos años el plazo de la acción derivada de los hechos ilícitos, que en el Código era de un año.

1116/1073

1073. PLAZO DE VEINTE AÑOS.— Según el art. 4020 Ver Texto (ref. por ley 17711 ), la acción para pedir la partición de la herencia contra el coheredero que ha poseído el todo o parte de ella en nombre propio, se prescribe a los veinte años. Esta disposición está

vinculada al art. 3460 Ver Texto según el cual la acción de partición de herencia es imprescriptible, mientras que de hecho continúe la indivisión; pero es susceptible de prescripción, cuando la indivisión ha cesado de hecho, porque alguno de los herederos, obrando como único propietario, ha comenzado a poseerla de una manera exclusiva; en tal caso, concluye el art. 3460 Ver Texto , la prescripción tiene lugar a los veinte años de comenzada la posesión.

¿Prescribe, en verdad, la acción de partición? Supóngase subsistente la comunidad hereditaria. Cada coheredero puede reclamar, en cualquier tiempo, la partición. Para que su acción se paralice es indispensable que otro heredero posea a nombre propio y como exclusivo dueño los bienes de todos; es como consecuencia de esta interversión de su título que el poseedor puede usucapir. Es claro así, que no nos encontramos ante un caso de prescripción liberatoria sino de usucapión (ver nota 1).

1116/1074

1074.— Dispone el art. 4021 Ver Texto (ref. por ley 17711 ) que la acción del deudor para pedir la restitución de la prenda dada en seguridad del crédito después de hecho el pago, se prescribe a los veinte años, si la cosa ha permanecido en poder del acreedor o de sus herederos.

Adviértase que no se trata de la acción del acreedor prendario para exigir el pago de la deuda; esta acción no prescribe mientras la cosa se encuentre en su poder, porque este hecho obra como un reconocimiento constante del deudor de su obligación (véase n° 1060 y nota 1668). Se trata de la acción del deudor que ha pagado, para exigir la devolución de la cosa. Pero tampoco hay aquí prescripción liberatoria. La acción para reclamar la cosa nace del derecho de dominio que sobre ella tiene el deudor; esa acción es imprescriptible, sin perjuicio de que el acreedor que la ha poseído durante veinte años pueda oponerle la usucapión (ver nota 2).

1116/1075

1075.— Como síntesis final, diremos que no hay en nuestro Derecho plazos de prescripción extintiva, mayores a la común de diez años establecida en el art. 4023 Ver Texto (ver nota 3).

1116/10070

## A.— PRESCRIPCIÓN ORDINARIA

1116/1076

1076. EL ART. 4023.— Establece esta norma que toda acción personal por deuda exigible se prescribe por diez años salvo disposición especial.

Este es, pues, el plazo ordinario, que se aplica a toda acción a la que la ley no atribuya un plazo menor. Y siendo éste el principio general, las normas relativas a prescripciones cortas son de interpretación restrictiva (ver nota 4). Veamos a continuación algunos casos dudosos.

a) En su anterior redacción, el art. 4023 Ver Texto aludía expresamente a la acción hipotecaria a la que declaraba aplicable el plazo en él establecido. La ley 17711 suprimió esta referencia, pues bastaba con aplicarle el principio general. El derecho real que garantiza el crédito no altera la naturaleza de éste ni modifica su prescriptibilidad. En cuanto a la acción prendaria o a la derivada de la anticresis, la tenencia de la cosa por el acreedor obra como interrupción continua de la prescripción (véase nº 1060, nota 1668).

b) Supuesto que la acción tenga un plazo menor y el acreedor haya demandado su cobro y obtenido sentencia favorable, se produce una interversión del título del acreedor; la actio iudicati fundada en la sentencia, prescribe en el plazo del art. 4023 Ver Texto (ver nota 5). A tales efectos es indiferente que la sentencia se haya dictado en juicio ordinario o ejecutivo (ver nota 6).

c) La acción para la repetición de impuestos ilegales no tiene plazo especial de prescripción, por lo que se aplica el art. 4023 Ver Texto . Carecen de valor legal las leyes provinciales que establecen términos menores, porque una disposición local no podría hacerse prevalecer sobre lo dispuesto por una ley nacional como es el Código Civil (ver nota 7).

d) La acción derivada del transporte de personas prescribe a los diez años (ver nota 8) (véase nº 1572).

1116/1077

1077-1081.— La prescripción se opera por diez años. Según ya lo dijimos se ha suprimido

la distinción entre presentes y ausentes. Es la solución que cuadra a una época caracterizada por la facilidad de las comunicaciones y que, en coincidencia con las legislaciones modernas, fue propiciada por todos los proyectos de reformas (Anteproyecto de BIBILONI, art. 3426; Proyecto de 1936; art. 324, inc. 4º; Anteproyecto de 1954, art. 323).

1116/1082

1082-1083.— LA PRESCRIPCIÓN ORDINARIA EN LA LEGISLACIÓN COMPARADA.— Algunas leyes fijan el plazo de la prescripción liberatoria común en treinta años (Cód. Civil francés, art. 2262; alemán, art. 195; brasileño, art. 177); el Código portugués distingue entre el deudor de mala o buena fe, estableciendo plazos de treinta y veinte años respectivamente (art. 535). Otros Códigos lo fijan uniformemente en veinte años (uruguayo, art. 1216; colombiano, art. 2536; chileno, art. 2515); otros en quince (español, art. 1964; peruano, art. 1168); finalmente, lo fijan en diez años el Código italiano, art. 2946; el venezolano, art. 1977; el suizo, art. 127; el mexicano, art. 1159; el boliviano, art. 1562.

Se advierte así, en los Códigos más modernos una tendencia a reducir los plazos demasiado largos del derecho antiguo. El dinamismo que caracteriza la sociedad contemporánea exige no prolongar demasiado la incertidumbre que se cierne sobre los derechos no ejercidos.

1116/10080

B.— PLAZO DE CINCO AÑOS

1116/1084

1084. EL ART. 4027; FUNDAMENTO.— Según este artículo, se prescribe por cinco años, la obligación de pagar los atrasos: 1) De pensiones alimenticias; 2) Del importe de los arriendos, bien sea la finca rústica o urbana; 3) De todo lo que debe pagarse por años, o plazos periódicos más cortos.

La ley ha juzgado, muy razonablemente, que cuando se trata de obligaciones de vencimientos periódicos, es mayor la negligencia del que abandona el ejercicio de su derecho; no se trata ya de una sola obligación vencida, sino de una serie de obligaciones con vencimiento sucesivo. La inercia del acreedor es en este caso más significativa. Y por ello, no se aplica el plazo ordinario de diez años, sino que se lo reduce a cinco.



(nota 1) De acuerdo: LAFAILLE, Sucesiones, t. 1, n° 438; SEGOVIA, t. 2, art. 3462 de su numeración, nota 33; MACHADO, t. 9, p. 73; FORNIELES, Sucesiones, t. 1, n° 257; SPOTA, t. 10, n° 2227, a; LLAMBÍAS, Obligaciones, t. 3, n° 2038.

(nota 2) De acuerdo: SPOTA, t. 10, n° 2227, b; LLAMBÍAS, Obligaciones, t. 3, n° 2039.

(nota 3) De acuerdo; SPOTA, t. 10, n° 2227.

(nota 4) C. Civil Cap., Sala B, 18/5/1960, causa 61.549 (inédita).

(nota 5) La jurisprudencia es reiteradísima: C. Civil Cap., Sala A, 13/7/1954, L. L., t. 75, p. 766; Sala B, 29/7/1955, J. A., 1955-IV, p. 103; Sala D, 6/8/1954, L. L., t. 76, p. 611; íd., 16/12/1965, L. L., t. 81, p. 429.

(nota 6) C. Civil Cap., Sala C, 24/5/1956, L. L., t. 83, p. 131.

(nota 7) C. S. N., 31/3/1944, Fallos, t. 198, p. 139 y L. L., t. 34, p. 290; íd., 17/11/1939, L. L., t. 6, p. 756; íd., 20/7/1936, L. L., t. 3, p. 292.

(nota 8) C. Civil Cap., en pleno, 19/10/1976, J. A., 1976-IV, p. 390 Ver Texto y E. D., t. 70, p. 189.

1116/1085

1085. PENSIONES ALIMENTICIAS.— El alimentado que no ejerce durante cinco años el derecho a cobrar la pensión por ausencia o convenio, se hace pasible del decaimiento de su acción. Quizá la reducción del plazo decenal a cinco años se justifica en este caso más que en ningún otro. Porque es evidente que cuando la persona alimentada deja transcurrir tanto tiempo sin accionar por el cobro de su pensión, es porque no la necesita. Por ello es que los tribunales han avanzado más allá del art. 4027 Ver Texto y han resuelto que la inactividad procesal prolongada del alimentado que no urge los trámites del juicio o no reclama los alimentos ya fijados, provoca la caducidad de las cuotas vencidas (remitimos al desarrollo que de este tema hacemos en Tratado de Derecho Civil, Familia, 9ª ed., t. 2, n° 1217).

Debe aclararse que el plazo de prescripción fijado en el art. 4027 Ver Texto se refiere a las cuotas alimenticias ya fijadas por sentencia o convenio; porque el derecho de reclamar la

pensión es imprescriptible, por más que el necesitado haya dejado transcurrir largos años sin hacerlo valer (véase Tratado de Derecho Civil, Familia, 9ª ed., n° 1197, c); y es lógico que así sea, porque la acción por alimentos no se funda en necesidades pasadas sino en las actuales del accionante. Son éstas las que le dan base; en otras palabras el fundamento de la acción se renueva constantemente mientras dura el estado de necesidad, por lo que la prescripción sería inconcebible.

1116/1086

1086. ALQUILERES.— También se prescribe por cinco años el importe de los alquileres o arrendamientos, sea la fina rústica o urbana (art. 4027 Ver Texto , inc. 2°).

Dentro de esta prescripción caen no sólo los arrendamientos o alquileres propiamente dichos, sino también aquellas prestaciones que el locatario asume y que se pagan periódicamente, como ocurriría si toma a su cargo el pago de los impuestos a la finca o el pago de las expensas comunes de una propiedad horizontal (ver nota 1). En cambio, no están comprendidos otros pagos no periódicos que eventualmente esté obligado a hacer el arrendatario, como podrían ser las sumas debidas por deterioros causados en la finca, que prescriben a los diez años (ver nota 2).

Dentro de esta norma debe considerarse incluida la locación de piezas amuebladas, con o sin pensión, por quien no tiene la profesión de dar casa y comida por precio (ver nota 3); pero si esta actividad fuera el ejercicio de la profesión de quien cede la habitación o la habitación y la comida (hotelero, posadero, dueño de casa de pensión), la deuda se prescribe por un año (art. 4035 Ver Texto , inc. 1°).

Debe agregarse que tratándose de pagos en concepto de alquileres o arrendamientos, aunque lo normal es que ellos se paguen periódicamente, puede muy bien ocurrir que no sea así. Ello suele suceder en los arrendamientos breves, como por ejemplo, en los contratos de pastoreo, que con frecuencia se pagan en una sola vez, ya sea al empezar o al terminar el arriendo o los contratos por temporada. Nada de ello impide la aplicación de este término breve de prescripción, pues de cualquier modo se trata de arrendamientos, que es el supuesto aprehendido por la norma (ver nota 4).

También se aplica la prescripción de cinco años a las aparcerías y medierías rurales (art. 28 Ver Texto , ley 13246).

1116/1087

1087.— Los cinco años empiezan a correr desde que el alquiler o arrendamiento es exigible

(ver nota 5).

(nota 1) SALVAT, n° 2197; SPOTA, t. 10, n° 2235; REZZÓNICO, 9ª ed., p. 1169; PLANIOL-RIPERT-RADOUANT, t. 7, p. 662.

(nota 2) SPOTA, loc. cit., en nota anterior; SALVAT, n° 2198; REZZÓNICO, 9ª ed., p. 1169.

(nota 3) C. Civil 2ª Cap., 3/6/1948, J. A., 1948-II, p. 720; C. 1ª Apel. La Plata, 20/4/1951, J. A., 1951-III, p. 289; C. Paz Santiago del Estero, 12/3/1947, L. L., t. 46, p. 42. De acuerdo: GALLI en SALVAT, n° 2196, a. SPOTA, siguiendo a DE PAGE y DEKKERS sostiene que el contrato de hospedaje se convierte en arrendamiento y, por consiguiente, pasa a prescribir en cinco años en vez de uno, cuando el que arrienda una habitación, un departamento en un hotel, se establece permanentemente en él (n° 2236), especialmente nota 205 ter). Pero este criterio nos parece confuso y discutible. En la práctica, es muy frecuente que una persona viva largo tiempo, quizás años, en un hotel. ¿Cuándo ha de considerarse que el hospedaje ha tomado carácter permanente? ¿Por qué ha de aplicarse una prescripción distinta a la persona que está, por ejemplo, dos meses en un hotel, y a la que está seis meses o un año? Todo ello sin perjuicio del derecho del cliente de demostrar que la voluntad de las partes ha sido ajustar un arrendamiento propiamente dicho. Lo que negamos es que la mera prolongación del hospedaje lo convierta en arrendamiento.

(nota 4) En contra: C. Civil 2ª Cap., 29/12/1942, J. A., 1943-III, p. 577; LLAMBÍAS, Obligaciones, t. 3, n° 2067, quien opina que en este caso la prescripción es decenal.

(nota 5) GALLI, n° 2197, a.

1116/1088

1088.— PRESTACIONES PERIÓDICAS EN GENERAL.— Finalmente, el art. 4027 Ver Texto , inc. 3º, dispone que prescribe por cinco años todo lo que debe pagarse por años o por plazos periódicos más cortos.

Los principales supuestos de aplicación de este inciso son los siguientes:

1116/1089

1089.— a) Los intereses correspondientes a un capital prescriben a los cinco años, sean

compensatorios o moratorios (ver nota 1), estén o no garantizados por hipoteca (ver nota 2), correspondan ellos a un mutuo o un saldo de precio (ver nota 3).

Pero supongamos que se ha convenido que los intereses se pagarán junto con el reintegro del capital. La norma que comentamos exige, para que la prescripción se reduzca a cinco años, que la prestación sea pagadera por años o períodos más cortos. Pensamos, pues, que en tal caso deberá aplicarse la prescripción decenal. Lo mismo ocurriría en el supuesto poco frecuente, de que se conviniera el pago periódico de los intereses cada dos o más años (ver nota 4).

En cuanto a los intereses que se pagan junto con cuotas del capital, remitimos a lo que decimos más adelante en el n° 1094.

Es necesario agregar que en materia comercial, el plazo de prescripción para los intereses es de cuatro años (art. 847 Ver Texto , inc. 2°, Cód. Comercio).

(nota 1) C. Civil Cap., Sala D, 30/10/1953, L. L., t. 74, p. 385; C. Civil 1ª Cap., 1/8/1924, J. A., t. 13, p. 700; SALVAT, n° 2199; SPOTA, t. 10, n° 2239, MACHADO, t. 11, p. 299; COLMO, n° 958 y 959.

(nota 2) C. Fed. La Plata, 18/11/1927, J. A., t. 26, p. 519; SALVAT, n° 2199.

(nota 3) Unanimidad en la doctrina.

(nota 4) De acuerdo: SALVAT, n° 2202. En contra: SPOTA, t. 10, n° 2239; LLAMBÍAS, Obligaciones, t. 3, n° 2068.

1116/1090

1090.— En cuanto a los sueldos y salarios que antes estaban, en principio, regidos por esta norma (ver nota 1), actualmente prescriben a los cuatro años (véase n° 1127).

(nota 1) C. S. N., 23/10/1942, L. L., t. 28, p. 518 (empleados públicos); C. Civil 2ª Cap., 10/6/1936, L. L., t. 2, p. 995 (mayordomo de establecimiento de campo); Sup. Corte Buenos Aires, 22/3/1955, J. A., 1955-III, p. 45 (peones); C. Civil 2ª Cap., 7/5/1928, J. A., t. 27, p. 778 (ama de llaves); C. Trab. Cap., 21/4/1953, L. L., t. 71, p. 607.

1116/1091

1091.— En lo que atañe a las jubilaciones y pensiones, a pesar de ser prestaciones periódicas, no prescriben a los cinco años. El beneficio en sí mismo es imprescriptible (arts. 1º y 3º, ley 13561); pero el derecho a las mensualidades ya concedidas y no cobradas se prescribe al año, bien entendido que la prestación del pedido ante la caja respectiva interrumpe la prescripción (art. 30, ley 14373), sin necesidad de demanda judicial.

1116/1092

1092.— b) Prescriben igualmente por cinco años las multas periódicas (ver nota 1).

(nota 1) SALVAT, nº 2199; COLMO, nº 959.

1116/1093

1093.— c) Las tasas de Obras Sanitarias (ver nota 1) y las multas por infracción a las leyes fiscales (art. 1º, ley 11585); pero los impuestos prescriben a los diez años (art. 1º, ley 11585).

(nota 1) C. S. N., 11/12/1990, E. D., fallo nº 43.136 (el Tribunal revió su anterior jurisprudencia que fijaba un plazo de 10 años: 2/4/1985, E. D., t. 114, p. 128); C. Civil Cap., en pleno, 30/3/1983, causa 282.909.

1116/1094

1094.— El capital que debe devolverse o pagarse en cuotas periódicas, ¿está sujeto a la prescripción quinquenal o a la común? Prevalece el criterio de que rige la prescripción ordinaria. Es lo razonable. Entre el capital que se paga en cuotas y los intereses de ese capital, hay una distinción esencial. Como dice SPOTA, las rentas tienden a ser fluyentes, a renovarse en cada período previsto, en tanto que el capital se agota con los pagos parciales convenidos (ver nota 1). Por otra parte, no se ve por qué la forma de pago ha de influir tan sustancialmente en el plazo de prescripción; lo cierto es que en un caso u otro, lo que está en juego es la devolución del capital. Por ello corre la prescripción decenal (ver nota 2).

Supongamos ahora que en cada cuota convenida hay parte de amortización de capital y parte de intereses. ¿Estos últimos prescriben por diez años o debe hacerse una distinción

entre la suma correspondiente a unos y otros y aplicar al capital la prescripción de diez años y a los intereses la de cinco? Sin duda la solución más práctica sería sujetar el pago de toda la cuota a una misma prescripción (ver nota 3), sobre todo porque muchas veces la distinción entre lo que corresponde a capital y a intereses exige complicados cálculos, ya que ambos rubros suelen aparecer confundidos y varían de mes a mes. Sin embargo, los textos legales no parecen permitir tal solución. La cuestión ha dado lugar a divergencias jurisprudenciales y doctrinarias (ver nota 4).

(nota 1) SPOTA, t. 10, n° 2240.

(nota 2) En este sentido: C. S. N., 30/10/1934, J. A., t. 48, p. 347; C. Civil Cap., Sala C, 31/3/1960, causa 62.345 (inérita); C. Civil Cap., Sala D, 20/8/1954, L. L., t. 76, p. 616; Sala F, 19/6/1962, causa 81.634 (inérita); C. Civil 1ª Cap., 23/12/1940, J. A., t. 73, p. 623; C. Civil 2ª Cap., 18/2/1948, L. L., t. 49, p. 931 y J. A., 1948-I, p. 505; C. Fed. Cap., 12/4/1961, causa 14.361 (inérita); SPOTA, loc. cit. en nota anterior; SALVAT, n° 2200 y su anotador GALLI, n° 2202, c; MACHADO, t. 11, p. 298.

(nota 3) Esta es la solución del art. 197, Código Civil alemán.

(nota 4) En el sentido de que se aplica la prescripción decenal tanto al capital como a los intereses: C. Civil 2ª Cap., 23/4/1942, J. A., 1942-II, p. 819; C. Civil 1ª Cap., 1/8/1924, J. A., t. 13, p. 700 (con la salvedad de que los intereses punitivos están regidos por la prescripción de cinco años, ya que funcionan separadamente en cada servicio: C. Apel. 2ª La Plata, 27/6/1947, J.A., 1947-II, p. 779; SALVAT, n° 2202; LLAMBÍAS, Obligaciones, t. 3, n° 2071. En el sentido de que se aplica la prescripción ordinaria al capital y la quinquenal a los intereses: C. Fed. La Plata, 18/11/1927, J. A., t. 26, p. 519; MACHADO, t. 11, p. 298; SPOTA, t. 10, n° 2238; GALLI, en SALVAT, n° 2202, d; PLANIOL-RIPERT-RADOUANT, t. 7, n° 1338; BAUDRY LACANTINERIE y TISSIER, Prescription, n° 789.

1116/1095

1095.— De igual modo, es aplicable la prescripción decenal al pago del precio de una locación de obra, aunque se hubiera dividido el total en varias cuotas (ver nota 1). Se trata en verdad de una deuda de capital, que se subsume en el supuesto considerado en el párrafo anterior. Por el mismo motivo, corre la prescripción ordinaria para la contribución por mejoras resultantes de obras públicas, aunque su pago se haga en cuotas (ver nota 2).

(nota 1) SPOTA, t. 10, n° 2240, b.

(nota 2) SPOTA, t. 10, n° 2240, c; SALVAT, n° 2200.

1116/11110

1095 bis. LESIÓN.— Las acciones derivadas de la lesión prescriben a los cinco años, contados desde la fecha del acto (art. 954 Ver Texto , ref. por ley 17711 ).

1116/10090

### C.— PLAZO DE CUATRO AÑOS

1116/1096

1096. EL ART. 4028.— Dispone esta norma que se prescribe por cuatro años, la acción de los herederos para pedir la reducción de la porción asignada a uno de los partícipes, cuando éste, por la partición hecha por los padres, hubiese recibido un excedente de la cantidad de que la ley permite disponer al ascendiente.

Esta acción no debe confundirse con la de rescisión, que brinda el art. 3586 Ver Texto , que no tiene plazo de prescripción asignado, por lo cual corre para ella el decenal (ver nota 1).

El plazo de ambas acciones empieza a correr desde la fecha de la muerte del causante. El art. 3536 Ver Texto dice expresamente que la acción de rescisión sólo puede entablarse después de la muerte del causante; y es obvio que esta solución debe aplicarse también a la acción de reducción, puesto que es imposible saber si la partición lesiona o no la legítima hasta el momento del fallecimiento.

(nota 1) De acuerdo: LAJE, Las acciones de rescisión y reducción de la partición por ascendientes. Revista Facultad de Derecho de Buenos Aires, oct.-dic. 1947, p. 701, n° 14. En contra, sosteniendo que en ambos casos rige la prescripción de cuatro años. SPOTA, t. 10, n° 2241.

1116/11120

1096 bis. ACCIONES DERIVADAS DEL CONTRATO DE TRABAJO.— El Código Civil disponía en su art. 4035 Ver Texto , inc. 5°, que se prescribía por un año la acción de los criados de servicios, que se ajusten por un año o menos tiempo, de los jornaleros y oficiales

mecánicos. Era una redacción poco afortunada, que daba lugar a graves dificultades, pues mientras algunos fallos tendían a generalizar el alcance de su aplicación, otros, por el contrario, aplicaban un criterio estricto, con lo que se tendía a favorecer a los trabajadores, pues regía entonces el plazo quinquenal del art. 4035 Ver Texto , inc. 5º (ver nota 1).

La ley 17709 puso orden en esta materia, estableciendo un plazo de dos años para todas las acciones derivadas del contrato de trabajo (art. 1º ); plazo que fue llevado a cuatro años por la ley 20744 (arts. 278 y 279). Se exceptúa la acción derivada de accidentes de trabajo o enfermedades profesionales, las que prescriben a los dos años (art. 280 ).

El término de la prescripción empieza a correr desde que la prestación se ha hecho exigible; y sigue corriendo aunque los servicios se hayan continuado prestando (art. 4036 Ver Texto ).

(nota 1) Sobre la jurisprudencia anterior a la ley 17709 , véase nuestra 1ª y 2ª edición, nº 1129.

1116/10100

#### D.— PLAZO DE DOS AÑOS

1116/1097

1097. DISTINTOS SUPUESTOS LEGALES.— En los arts. 4029 Ver Texto a 4032 se prevén distintos supuestos de prescripción bienal: la acción del hijo para contestar la filiación, ciertas acciones de nulidad de cobro de honorarios profesionales. Por último, la ley 17711 ha establecido este plazo para las acciones derivadas de los hechos ilícitos (art. 4037 Ver Texto ).

#### 1.— Acción de nulidad

1116/1098

1098. PRINCIPIO GENERAL.— El principio general en materia de nulidad, es que la acción prescribe en el plazo ordinario de diez años, salvo que la ley previese un plazo menor (art. 4023 Ver Texto ). En efecto, en los arts. 4030 Ver Texto y 4031 se establece un plazo de prescripción de dos años en ciertos casos particulares de nulidad (la derivada de



violencia, intimidación, dolo, error, falsa causa, de falta de autorización competente para las obligaciones contraídas por menores y personas que están bajo curatela); los supuestos no contemplados en estas normas caen bajo el imperio del principio general de la prescripción decenal (ver nota 1).

Todo lo dicho se refiere, claro está, a la nulidad relativa, puesto que la acción nacida de una nulidad absoluta es imprescriptible (Tratado de Derecho Civil, Parte General, t. 2, nº 1252).

(nota 1) De acuerdo: C. Civil Cap., Sala A, 18/4/1961, J. A., 1962-III, p. 373; Sala D, 1964-V, p. 357; Sala E, 16/9/1960, L. L., t. 101, p. 745; LLAMBÍAS, Parte General, t. 2, núms. 1992 y 1996; SALVAT, nº 2216.

(TRATADO DE DERECHO CIVIL - PARTE GENERAL - Tomo II)

1116/1099

1099. NULIDAD POR ERROR, DOLO O VIOLENCIA.— La acción de nulidad por los vicios de error, dolo o violencia se prescribe por dos años (art. 4030 Ver Texto ). Dejamos de lado la consideración del supuesto de error, pues según creemos haberlo demostrado, no es posible la invalidación de un acto jurídico por esta causa (Tratado de Derecho Civil, Parte General, t. 2, núms. 1130 y s.).

Es natural que tratándose de estos vicios, la ley fije un término breve de prescripción, pues conocido el dolo o cesada la violencia, no se justifica que la víctima no ejerza su acción de inmediato. Como en definitiva depende de su actitud la suerte del acto (puesto que ella puede confirmar el acto, si no obstante el vicio le conviene, o bien puede pedir la nulidad), es conveniente que se defina dentro de un plazo breve para no mantener la incertidumbre sobre la suerte del negocio.

1116/1100

1100.— El plazo de prescripción empieza a correr desde que el dolo fue conocido y desde que cesó la violencia (art. 4030 Ver Texto ).

Si la víctima del engaño sostiene que recién tuvo conocimiento de él en una fecha posterior al acto, debe probarlo; en otras palabras, el plazo de prescripción corre desde la fecha del acto a menos que quien invoca la prescripción pruebe que sólo conoció el dolo posteriormente (ver nota 1).

Lo mismo ocurre en el supuesto de violencia: quien sostenga que la violencia ha perdurado por algún tiempo posterior a la celebración del acto, debe probarlo (ver nota 2).

1116/1101

1101.— Supongamos ahora que no habiendo transcurrido dos años desde que se conoció el dolo o cesó la violencia, hayan transcurrido diez años desde que se realizó el acto ¿prescribe la acción de nulidad? La respuesta afirmativa ha sido sostenida en nuestro derecho por algunos autores (ver nota 3); pero frente al texto claro del art. 4030 Ver Texto no parece posible admitir dicha solución. Según esta norma la prescripción empieza a correr desde que se conoció el error o el dolo y desde que cesó la violencia; lo que significa que antes de que se den estas circunstancias, no corre la prescripción, sea corta o larga (ver nota 4). Por otra parte, en el caso de violencia sería inconcebible que el plazo de prescripción empezara a correr antes de que la violencia haya cesado; sería algo así como una incitación de la ley a quien ha ejercido violencia para que persista en ella.

1116/1102

1102.— La prescripción breve no juega en el caso de repetición del pago de lo indebido, aunque se alegue error. Para ese supuesto, rige el plazo común de diez años, porque la repetición no se funda en el error, sino en la falta de causa (ver nota 5).

(nota 1) C. Civil 2ª Cap., 30/12/1942, L. L., t. 29, p. 661; C. Fed. Cap., 18/3/1932, J. A., t. 37, p. 908; S. Trib. Santa Fe, 4/7/1939, L. L., t. 15, p. 222; C. Apel. Rosario en pleno, 31/12/1934, J. A., t. 49, p. 399; SALVAT, n° 2209; SPOTA, t. 10, n° 2245, a; COLMO, n° 1001; MACHADO, t. 11, p. 307; LLAMBÍAS, Obligaciones, t. 3, n° 2077. En contra: GALLI, en SALVAT, núms. 2209, a. y s.; REZZÓNICO, 9ª ed., p. 1175, nota 25.

(nota 2) Autores citados en nota anterior.

(nota 3) GALLI, en SALVAT, n° 2219, a; COLMO, n° 1001. Esta es la solución del Código alemán (art. 124); pero allí existe un texto expreso que nosotros no tenemos; a lo que hay que agregar que el plazo subsidiario es de treinta años, lo que justifica la solución legal pues es poco menos que inimaginable que durante tan largo lapso no se haya conocido el dolo o haya perdurado la violencia.

(nota 4) De acuerdo: SPOTA, t. 10, n° 2245, a; SALVAT, n° 2219; SEGOVIA, t. 2, p. 743, nota 26; MACHADO, t. 11, p. 308.

(nota 5) C. S. N., 30/7/1948, J. A., 1948-IV, p. 525; C. Civil 1ª Cap., 24/8/1935, J. A., t. 51, p. 556; C. Civil 2ª Cap., 22/11/1962, J. A., t. 23, p. 281; íd., 19/11/1943, J. A., 1944-I, p. 103; C. Civil Cap., Sala A, 13/7/1955, L. L., t. 80, p. 648; C. Com. Cap., Sala B, 10/7/1963, L. L., t. 114, p. 126; C. Fed. Cap., 1/11/1945, L. L., t. 37, p. 524; C. 2ª Apel. La Plata, 16/7/1946, J. A., 1946-IV, p. 768; C. Apel. Córdoba, 15/11/1974, L. L., 1975-C, p. 521, n° 32.752-S; SPOTA, t. 10, n° 2245, a; SALVAT, n° 2215.

1116/1103

1103. NULIDAD POR SIMULACIÓN; REMISIÓN.— Se discutía en nuestra doctrina y jurisprudencia, cuál era el plazo de prescripción de la acción de simulación, aunque predominaba decididamente la opinión de que era de dos años. Esta solución fue expresamente acogida por la ley 17711, que agregó al art. 4030 Ver Texto un párrafo que establece ese plazo, sea la simulación absoluta o relativa. De todo ello nos hemos ocupado en el Tratado de Derecho Civil, Parte General, t. 2, núms. 1190 y s., a donde remitimos.

1116/1104

1104. NULIDAD DE ACTOS REALIZADOS POR INCAPACES.— El art. 4031 Ver Texto trata dos supuestos que consideraremos por separado:

a) Dispone ante todo, que se prescribe por dos años la acción de nulidad de las obligaciones contraídas por mujeres casadas sin la autorización competente; y agrega que el tiempo de la prescripción corre a partir de la disolución del matrimonio.

Esta disposición tenía amplio campo de aplicación en el régimen del Código Civil. Su interés se ha reducido notablemente después de la sanción de las leyes 11357 y 17711. Pero a nuestro juicio, es aplicable al caso de actos realizados por cualquiera de los esposos en contravención de lo dispuesto en el art. 1277 Ver Texto, es decir, cuando falta el asentimiento del cónyuge para los actos previstos en dicho artículo.

Con respecto al comienzo del plazo de la prescripción, hay que asimilar al supuesto de disolución del matrimonio, previsto expresamente por la ley, el de nulidad; en consecuencia, la prescripción corre también desde la fecha de la declaración de nulidad (ver nota 1).

b) El segundo supuesto del art. 4031 Ver Texto es el de los menores y el de las personas que

se encuentran bajo curatela; también en este caso la acción de nulidad se prescribe a los dos años contados a partir del día de la mayor edad o desde que salieron de la curatela.

Se ha visto en esta norma una inconsecuencia con el principio de que la prescripción corre contra los incapaces, conforme con el nuevo art. 3966 Ver Texto (ver nota 2). No lo creemos así. Se justifica que la prescripción de un acto celebrado por un menor (quizá sin discernimiento) o un demente, no empiece a correr sino en el momento en que adquieren o recuperan su capacidad, porque de lo contrario bastaría que el acto se ocultase al representante legal para que el incapaz, transcurridos dos años, quedase inerte ante la otra parte, muy probablemente de mala fe. El principio de que la prescripción no se suspende en favor de los incapaces queda en pie para todos los actos no celebrados por él y desde luego, para los hechos ilícitos de que sea víctima.

Al referirse a los menores, la ley comprende tanto a los que están emancipados como a los que no lo están (ver nota 3). Pero cabe preguntarse si comprende también a los impúberes. En efecto, un importante sector de nuestra doctrina sostiene que tratándose de incapaces que carecen de discernimiento, la nulidad que afecta los actos por ellos celebrados es absoluta y, por consiguiente, imprescriptible. Pero ha terminado por prevalecer en la jurisprudencia la tesis contraria. No es exacto que la nulidad de los actos otorgados por incapaces absolutos sea absoluta; por el contrario, tiene carácter relativo, como que es establecida en beneficio del incapaz. Sobre este tema remitimos a lo que hemos dicho en otro lugar (Tratado de Derecho Civil, Parte General, t. 2, n° 1255). Ahora sólo queremos agregar que el art. 4031 Ver Texto brinda un decisivo argumento de derecho positivo en favor de la tesis de que tales nulidades son relativas y, por tanto, prescriptibles. En primer lugar, dice que la acción por nulidad de los actos otorgados por los menores prescribe a los dos años, sin distinguir entre impúberes o adultos; además, establece de modo expreso que prescribe por igual término la acción por invalidez de los actos celebrados por quienes están bajo curatela, es decir, de los dementes, que son también incapaces absolutos y que también están privados de discernimiento.

Y aquí hay que destacar, en lo que atañe a los incapaces no menores, que la ley alude sólo a los que están bajo curatela; es decir, a los dementes y sordomudos que no saben darse a entender por escrito y que han sido declarados tales en juicio y están sometidos a interdicción. ¿Quiere decir esto que los actos otorgados por los dementes no declarados no están comprendidos en esta disposición legal? La cuestión es dudosa. Algunos autores sostienen que, en definitiva, también en este supuesto media un vicio de la voluntad y parece lógico aplicar igual término que en el supuesto de los dementes no declarados; el plazo de dos años correría desde que cesó la enfermedad mental (ver nota 4). La jurisprudencia se inclina por otra solución. Dado que los dementes no declarados no están comprendidos en los términos del art. 4031 Ver Texto , debe aplicárseles la prescripción común, que es la regla general que rige todos los supuestos para los cuales una disposición específica no disponga otra cosa (ver nota 5). En tal caso, el término de la prescripción empieza a correr desde el momento del acto, pero el demente está amparado por el art. 3980 Ver Texto (art. 3966 Ver Texto ), es decir, que aunque la prescripción esté operada, cuenta

con tres meses para hacer valer sus derechos luego de recuperada la razón (ver nota 6).

(nota 1) SPOTA, t. 10, n° 2245, b.

(nota 2) LLAMBÍAS, Obligaciones, t. 3, n° 2080.

(nota 3) SPOTA, t. 10, n° 2245, b; SALVAT, n° 2214; LLAMBÍAS, Obligaciones, t. 3, n° 2080.

(nota 4) SPOTA, t. 10, n° 2246; GALLI, en SALVAT, n° 2214, c; MACHADO, t. 11, p. 313.

(nota 5) C. Civil Cap., Sala D, 4/9/1964, J. A., 1964-V, p. 357; Sala B, 15/12/1982, L. L., fallo n° 81.974 y E. D., fallo n° 36.865. De acuerdo: LLAMBÍAS, Parte General, t. 2, n° 1996; íd., Obligaciones, t. 3, n° 2081; SALVAT, n° 2214.

(nota 6) Antes de la reforma del art. 3966 Ver Texto por la ley 17711 se admitía una solución distinta: se consideraba que el término de la prescripción empezaba a correr recién el día en que el demente tenía capacidad necesaria para comprender el alcance de sus actos (C. Civil 1ª Cap., 16/3/1937, J. A., t. 57, p. 691).

1116/1105

## 2.— Honorarios profesionales

1105. PRINCIPIO GENERAL.— El art. 4032 Ver Texto enumera varios supuestos de honorarios profesionales (de abogados, procuradores, escribanos, médicos, agentes de negocios) que están sujetos a la prescripción bienal. Ello no quiere decir que esto sea la regla general en lo que atañe a los que ejercen una profesión liberal; por el contrario, todos los profesionales no mencionados en el art. 4032 Ver Texto se benefician con el plazo de prescripción decenal, que es la regla (ver nota 1). En esta condición se encuentran los arquitectos, ingenieros, agrimensores, contadores, martilleros, etcétera.

1116/1106

1106. EMPLEADOS EN LA ADMINISTRACIÓN DE JUSTICIA.— Se prescribe por dos

años la obligación de pagar a los jueces árbitros o conjueces, abogados, procuradores y toda clase de empleados en la administración de justicia (art. 4032 Ver Texto , inc. 1°). Dejaremos el supuesto de los abogados y procuradores para tratarlo por separado; por ahora nos ocuparemos de los empleados en la administración de justicia.

La disposición que comentamos se refiere ante todo a los jueces árbitros y conjueces. Por jueces árbitros, debe entenderse tanto los árbitros propiamente dichos como los arbitradores o amigables compondores.

En cuanto a los jueces de la carrera, sus retribuciones son pagadas por el Estado y no por los particulares, de modo que no rige respecto de ellos el art. 4032 Ver Texto . La mención a los conjueces es desafortunada. Se trata de los abogados de la matrícula designados para integrar un tribunal (en el orden nacional sólo la Corte Suprema designa anualmente los conjueces) para caso de impedimento, vacancia o licencia de los titulares. El desempeño del cargo debe considerarse como una carga pública o bien ser retribuido por el Estado, pero no por los litigantes (ver nota 2).

1116/1107

1107.— ¿Los peritos designados en un juicio pueden considerarse empleados de la administración de justicia y sujetos, por lo tanto, a la prescripción bienal? Esta fue una cuestión clásica en nuestra doctrina y jurisprudencia, pero hoy se la puede considerar zanjada. Los fallos de los tribunales se han uniformado en el sentido de que ellos no son empleados en la administración de justicia, por lo cual corresponde aplicarles la prescripción ordinaria del art. 4023 Ver Texto (ver nota 3).

Los diez años empiezan a correr desde que la pericia fue aprobada, porque entonces nace la acción por cobro de honorarios; y si no corresponde procesalmente la aprobación, desde que la pericia fue presentada en autos (ver nota 4). Pero hay que hacer la salvedad del caso de que en dicho momento no existan en autos elementos suficientes como para hacer la regulación, como ocurre en todos los supuestos en que la regulación depende del monto de la condena; en tal caso, la prescripción empezará a correr desde la sentencia firme que fije dicho monto (ver nota 5).

1116/1108

1108. HONORARIOS DE ABOGADOS Y PROCURADORES.— Prescriben por dos años los honorarios de abogados y procuradores; en cuanto al pleito no terminado y seguido por el mismo abogado, el plazo será de cinco años, desde que se devengaron los honorarios o

derechos, si no hay convenio entre las partes sobre el tiempo de pago (art. 4032 Ver Texto ).

Es importante destacar que la prescripción bienal sólo es aplicable a los honorarios no regulados; pues si lo están, rige la de diez años, como que estamos en presencia de una actio iudicati fundada en una sentencia firme (ver nota 6).

Hecha esta aclaración, veamos ahora cuál es el campo de aplicación de la prescripción de cinco años, a que se refiere el art. 4032 Ver Texto . La redacción originaria de este texto decía en este punto: En cuanto al pleito no terminado, el plazo será de cinco años, desde que se devengaron los honorarios o derechos, si no hay convenio entre las partes sobre el tiempo del pago. La ley Fe de Erratas agregó, después de pleito no terminado, las palabras y proseguido por el mismo abogado. ¿Cómo se entiende esta norma?

Según una primera opinión, este plazo de prescripción se aplica a todo juicio en trámite en el cual no ha terminado la labor del abogado; el derecho a cobrar cada uno de los trabajos o escritos presentados en el pleito se prescribiría a los cinco años de la fecha de su presentación (ver nota 7). Pero la jurisprudencia ha decidido, a nuestro juicio con razón, que la presentación sucesiva de escritos en un pleito obra a modo de interrupción de la prescripción, de tal modo que el plazo de cinco años debe computarse desde el último trabajo (ver nota 8).

De esta manera, el plazo de cinco años tiene una aplicación práctica extremadamente reducida. No se aplica, por lo pronto, a los pleitos terminados; tampoco a aquellos en los que el abogado ha sido sustituido por otro profesional; ni rige respecto a la labor en el mismo juicio, en tanto el profesional sigue presentando escritos en él. Por lo tanto, sólo tiene aplicación en el caso de que un pleito haya estado suspendido más de cinco años y siga luego atendido por el mismo letrado (ver nota 9). Si se agrega a esto que la perención se habrá operado al año en primera instancia y a los seis meses en segunda y que desde la declaración de la perención corre la prescripción bienal (véase nº 1110), se comprenderá que la prescripción quinquenal sólo juega en aquellos supuestos de excepción en que no corre la perención o que ella ha sido purgada por la reanudación del procedimiento con el consentimiento expreso o tácito de la contraria.

1116/1109

1109.— El plazo bienal se refiere a la labor de abogados y procuradores dentro del pleito; los trabajos extrajudiciales no están comprendidos en esta norma y prescriben a los diez años (ver nota 10). También rige el término decenal para el supuesto de trabajos judiciales si la remuneración ha sido convenida por el cliente y su letrado (ver nota 11), o si la deuda ha sido reconocida por el cliente (ver nota 12).

De igual modo prescribe por diez años el derecho que tiene una parte respecto de la vencida en costas, para cobrarle los honorarios que la primera hubiera pagado (ver nota 13).

Finalmente, corre también la prescripción común para la acción que tiene el abogado contra su cliente para el pago de gastos de juicio (ver nota 14).

1116/1110

1110.— El término de la prescripción empieza a correr desde que feneció el pleito por sentencia o transacción o desde la cesación de los poderes del procurador o desde que el abogado cesó en su ministerio (art. 4032 Ver Texto , inc. 1°).

La ley habla de la terminación del pleito por sentencia o transacción; a ellas debe equipararse el desistimiento (ver nota 15). En todos estos supuestos, el pleito queda concluido. El término empieza a correr desde que la sentencia, transacción o desistimiento han sido notificados al procurador o abogado (ver nota 16), siempre, claro está, que ellos no hubieren intervenido directamente en la transacción o desistimiento, firmando los correspondientes escritos, en cuyo caso la prescripción corre desde que dichos actos tuvieron lugar.

Iguales principios deben aplicarse a la perención de instancia (ver nota 17); también ella pone fin al pleito. ¿Pero cuál es el comienzo de la prescripción? Supeditar el curso del término a la notificación de la sentencia que la declara, parecería contrario al principio de que la perención se opera de pleno derecho, por el solo transcurso de los términos procesales. En cambio, la aplicación rigurosa de este principio llevaría a decidir que la prescripción debe correr desde que la perención se ha operado. Nos inclinamos a supeditarla a la notificación de la sentencia que la declara (ver nota 18). Muchas veces, en efecto, no es clara la situación procesal y no se puede tener la certeza de que la perención se ha operado sino después que lo decide una sentencia firme. En esas circunstancias, hacer correr el término de la prescripción desde el momento en que la perención se ha operado, independientemente del pronunciamiento judicial, puede ser excesivamente riguroso.

En lo que atañe al juicio sucesorio, el plazo de la prescripción no debe computarse desde la cesación de los poderes, sino desde el momento en que esté definitivamente fijado el haber sucesorio, ya que antes de esa oportunidad no existe base cierta para regular los honorarios (ver nota 19). Pero no sería necesaria la liquidación del impuesto sucesorio, cuando el acervo hereditario consista solamente en una suma de dinero, pues entonces dicha liquidación no es indispensable para practicar la regulación (ver nota 20).



El término de prescripción de los honorarios del abogado del concursado corre desde la declaración del concurso, a partir de la cual cesa su patrocinio letrado para asumir el síndico la representación patrimonial del deudor y de la masa de acreedores (ver nota 21).

1116/1111

1111.— Aun tratándose de honorarios devengados en actuaciones incidentales, el plazo de dos años debe computarse desde que se dictó sentencia definitiva en el juicio y no desde que se reguló la incidencia (ver nota 22).

1116/1112

1112.— Si el abogado o procurador cesan en sus ministerios antes de la terminación del juicio, el plazo de la prescripción empieza a correr desde ese momento (art. 4032 Ver Texto , inc. 1º). La labor cesa desde que el profesional ha renunciado o muere o ha devenido incapaz o ha sido revocado su poder o sustituido por otro letrado. En caso de revocación del poder o sustitución, la prescripción empieza a correr desde que el abogado o procurador ha sido notificado; en caso de renuncia, incapacidad o muerte, desde que estos hechos se han producido (ver nota 23).

Pero aun en estos supuestos, no comenzará a correr la prescripción si el estado del proceso no permite la fijación de los honorarios (ver nota 24), como ocurre cuando no se hubiere establecido el monto del juicio.

1116/1113

1113.— La paralización del proceso no significa su fenecimiento ni da pie a que comience a correr la prescripción bienal; sin perjuicio de que puede correr la quinquenal, conforme lo hemos dicho en otro lugar (nº 1108).

1116/1114

1114. HONORARIOS DE ESCRIBANOS.— También prescriben por dos años los honorarios de los escribanos por las escrituras o instrumentos que autorizaren (art. 4032 Ver Texto , inc. 2º).

Este término se aplica, dice la ley, a las escrituras o instrumentos que autorice. No es

indispensable que se trate de una escritura otorgada en su protocolo; también están ceñidos a esta prescripción breve otros instrumentos que pueden autorizar fuera de él, tales como la certificación de firmas, el cargo en los escritos judiciales, la expedición de segundas copias o certificados de escrituras (ver nota 25).

Igual término debe aplicarse a los actos preparatorios de una escritura no firmada (redacción de la escritura, gestión de certificados administrativos, etc.) (ver nota 26).

Pero los trabajos del escribano que no se vinculan directamente con su tarea específica de fedatario, tal como un estudio de títulos no vinculado al otorgamiento de la escritura, su intervención en la aproximación de las partes para la concertación de un negocio, la preparación de un proyecto de contrato que no ha de otorgarse por escritura pública, etcétera, están sujetos a la prescripción normal de diez años (ver nota 27).

1116/1115

1115.— La prescripción bienal empieza a correr desde la fecha del otorgamiento del acto en que el escribano intervino (art. 4032 Ver Texto , inc. 2º).

Pero supongamos que se trate de los actos preparatorios de una escritura que no llegó a firmarse. En tal caso, nos parece que el plazo debe empezar a correr desde que los actos se realizaron (ver nota 28).

1116/1116

1116. HONORARIOS DE LOS AGENTES DE NEGOCIOS.— Prescribe igualmente por dos años la obligación de pagar los honorarios de los agentes de negocios (art. 4032 Ver Texto , inc. 3º). Se entiende por agentes de negocios aquellas personas que se dedican a la gestión de negocios ajenos, como intermediarios o corredores, acercando a las partes (ver nota 29).

Quedan excluidos de este concepto el mandatario (ver nota 30), el administrador de bienes ajenos (ver nota 31), el gestor de negocios (tomada esta denominación en su sentido propio, arts. 2288 Ver Texto y s.) (ver nota 32). A todos estos supuestos se aplica, en caso de existir derecho a retribución (ver nota 33), la prescripción decenal.

Cabe añadir que el plazo de prescripción establecido en el Código de Comercio para los comisionistas, es también de dos años (arts. 87 Ver Texto , inc. 1º, y 88, Cód. Comercio). Es

una coincidencia afortunada, porque los agentes de negocios son por lo común corredores o comisionistas, sometidos, por consiguiente, a la legislación mercantil.

1116/1117

1117.— La prescripción empieza a correr desde que los honorarios se devengaron (art. 4032 Ver Texto , inc. 3º), es decir, desde que los trabajos se realizaron. Si la gestión ha concluido con la celebración del negocio, la prescripción debe correr desde la fecha de éste, que es la coronación del trabajo (ver nota 34).

1116/1118

1118.— HONORARIOS DE MÉDICOS Y PROFESIONALES DEL ARTE DE CURAR.  
— Prescribe por dos años la obligación de pagar a los médicos y cirujanos, boticarios y demás que ejercen la profesión de curar, sus visitas, operaciones y medicamentos (art. 4032 Ver Texto , inc. 4º).

Están comprendidos en esta disposición todos los profesionales auxiliares de la medicina, tales como dentistas, masajistas, parteras, enfermeros, etcétera (ver nota 35). También lo están los veterinarios (ver nota 36). Pero no se aplica este plazo a los profesionales del arte de curar que se encuentran en un relación de dependencia con su principal, que les paga por años o períodos más cortos (generalmente mensuales) en cuyo caso, conforme con lo dispuesto por el art. 278 , ley 20744, la prescripción es de cuatro años (ver nota 37).

¿Están comprendidas en esta disposición las cuentas de los sanatorios? Una cosa es clara: que cuando esa cuenta incluye honorarios por operaciones, atención médica, etcétera, estos servicios están indudablemente comprendidos en nuestra norma, pues no se ve en qué puede alterar el plazo de prescripción la circunstancia de que los honorarios sean cobrados directamente por el profesional o por intermedio del sanatorio (ver nota 38). Igualmente indudable es que se prescribe en este término la cuenta por medicamentos suministrados, ya que si ése es el término expresamente establecido en la ley para la provisión de medicamentos por los boticarios, no hay motivo para aplicar otra prescripción a este supuesto. No tan claro es lo relativo a la pensión del sanatorio. La cuestión ha dado lugar a pronunciamientos divergentes (ver nota 39); por nuestra parte nos sentimos inclinados a aplicar también en este supuesto la prescripción bienal, porque se trata de obligaciones indisolublemente ligadas al arte de curar. Quizás haya que hacer la excepción de los establecimientos de descanso o reposo, que tienen más el carácter de hotel que de sanatorio, aunque lleven este nombre.

1116/1119

1119.— La prescripción bienal deja de ser aplicable si ha mediado condena al pago de honorarios, pues ya sabemos que la *actio judicati* prescribe a los diez años (nº 1076). Debe aplicarse igualmente la prescripción común en el supuesto de que los honorarios médicos hayan sido documentados por escrito, por que este acto significa el ajuste de cuentas de que habla el art. 4036 Ver Texto (ver nota 40).

1116/1120

1120.— La prescripción empieza a correr desde los actos que crearon la deuda (art. 4032 Ver Texto , inc. 4º). El principio es, por lo tanto, que el término corre desde que se prestaron los servicios o desde que los medicamentos fueron suministrados. Pero respecto de los honorarios médicos se impone hacer la siguiente distinción:

a) Si se trata de servicios ocasionales, prestados aisladamente, la prescripción corre desde la fecha de cada servicio (ver nota 41). Tal es el caso de operaciones, visitas aisladas, etcétera.

b) Si ha habido tratamiento de una enfermedad breve, la prescripción corre desde que terminó el tratamiento (ver nota 42). Es la solución correcta. No se puede dividir en distintas deudas aisladas lo que tiene origen en un servicio continuado, que constituye un conjunto, un todo. Habrá que esperar su terminación para poder apreciar la importancia de la labor realizada, su eficacia, éxito, etcétera, factores éstos que han de contar en el momento de fijar los honorarios (véase Tratado de Derecho Civil, Contratos, t. 2, nº 1039).

c) Si se trata de una enfermedad crónica de larga duración, o de servicios habitualmente prestados a una persona o su familia por el médico de cabecera, aunque no se trate de una sola enfermedad, la prescripción empieza a correr a partir del 31 de diciembre del año en que fueron prestados los servicios (ver nota 43), porque es costumbre médica pasarlos en esa oportunidad.

1116/1121

1121.— La prescripción del crédito del farmacéutico por remedios suministrados a cada particular corre desde la fecha de cada entrega aunque la cuenta haya continuado (ver nota 44).

(nota 1) C. Civil 1ª Cap., 23/7/1918, G. F., t. 15, p. 173; C. Civil 2ª Cap., 14/9/1918, G. F.,

t. 18, p. 193; C. Com. Cap., 3/9/1923, J. A., t. 11, p. 608; Sup. Corte Buenos Aires, 3/11/1953, L. L., t. 74, p. 813; SALVAT, n° 2231.

(nota 2) De acuerdo: SPOTA, t. 10, n° 2249, texto y nota 318; LLAMBÍAS, Obligaciones, t. 3, n° 2084.

(nota 3) C. S. N., 7/10/1940, J. A., t. 72, p. 559, y L. L., t. 20, p. 205; íd., 29/11/1957, J. A., 1958-II, p. 170; C. Civil Cap., en pleno, 27/10/1937, J. A., t. 60, p. 189 y L. L., t. 8, p. 389; C. Civil Cap., Sala A, 18/3/1965, causa 103.648; C. Com. Cap., 30/9/1946; J. A., 1946-IV, p. 108; C. Fed. Cap., 15/5/1933, J. A., t. 42, p. 50; Sup. Corte Buenos Aires, 30/11/1937, Ac. y Sent., t. 16-I, p. 12; C. Apel. 1ª La Plata, 6/11/1942, J. A., 1942-IV, p. 715; C. Apel. 2ª La Plata, 30/9/1941, J. A., t. 76, p. 439; C. Apel. Córdoba, 12/5/1942, Justicia, t. 2, p. 189; S. C. Salta, 9/4/1965, J. A., 1965-V, p. 103. En contra: Sup. Corte Buenos Aires, 22/5/1945, L. L., t. 39, p. 673.

(nota 4) SPOTA, t. 10, n° 2250; DASSEN, nota en J. A., t. 44, p. 563; LLAMBÍAS, Obligaciones, t. 3, n° 2085.

(nota 5) SPOTA, loc. cit. en nota anterior. En contra: LLAMBÍAS, Obligaciones, t. 3, n° 2085, nota 274.

(nota 6) C. Civil 1ª Cap., 22/3/1946, J. A., 1946-I, p. 759; C. Civil 2ª Cap., 7/6/1937, J. A., t. 58, p. 842; Sup. Corte Buenos Aires, 7/5/1935, J. A., t. 51, p. 715.

(nota 7) SALVAT, n° 2234; MACHADO, t. 11, ps. 316 y s.; SEGOVIA, t. 2, p. 745, n° 33.

(nota 8) C. Civil Cap., Sala C, 9/4/1953, J. A., 1953-II, p. 339; C. Civil 1ª Cap., 22/6/1926, J. A., t. 20, p. 761; íd., 31/10/1930, J. A., t. 34, p. 427. De acuerdo: SPOTA, t. 10, n° 2249, c; GALLI, en SALVAT, n° 2234, a; LLAMBÍAS, Obligaciones, t. 3, n° 2088.

(nota 9) Sin embargo, la C. Civil Cap., Sala C, declaró que mientras no se haya presentado la parte asistida de otro profesional, debe presumirse la continuidad de los servicios del abogado interviniente; por ello, mientras esa sustitución no ocurra, tampoco empieza a correr el plazo de prescripción de sus honorarios (9/4/1953, J. A., 1953-II, p. 339). Pero con esta interpretación no habría ya posibilidad de aplicar en ningún caso el plazo de prescripción de cinco años.

SPOTA interpreta la norma de una manera diferente. Sostiene que la prescripción de cinco años sólo es aplicable al caso de que después de la última presentación no se hubieran vuelto a efectuar nuevas prestaciones profesionales, porque si hubiera nuevos escritos del

mismo profesional, este hecho significaría la interrupción de la prescripción anterior (t. 10, n° 2249).

(nota 10) C. Civil Cap., Sala A, 23/12/1957, L. L., t. 91, p. 531; íd., 22/3/1966, L. L., t. 123, p. 140; Sala C, 18/3/1964, J. A., 1964-III, p. 385; Sala D, 27/12/1960, J. A., 1961-II, p. 89; C. Apel. 1ª La Plata, 9/7/1949, J. A., 1949-III, p. 528; C. Apel. Córdoba, 24/4/1975, Repertorio, L. L., t. XXXVI, p. 1065, sum. 111; C. Apel. Rosario, 16/3/1974, Repertorio, L. L., t. XXXV, p. 1316, sum. 163; S. Trib. Entre Ríos, 27/4/1942, J. A., 1943-I, p. 169; SALVAT, n° 2230. En contra, juzgando que debe aplicarse la prescripción bienal también a los trabajos extrajudiciales: SPOTA, t. 10, n° 2249; GALLI, en SALVAT, n° 2230, a; COLMO, n° 965.

(nota 11) En este sentido, véase fallos y autores citados en la nota 1789.

(nota 12) C. Civil Cap., Sala C, 27/4/1965, E. D., t. 12, p. 305.

(nota 13) C. Civil Cap., Sala C, 21/8/1961, L. L., t. 104, p. 67; SALVAT, n° 2228; SPOTA, t. 10, n° 2249.

(nota 14) C. Civil 1ª Cap., 28/12/1937, L. L., t. 9, p. 137.

(nota 15) C. Civil 2ª Cap., 29/12/1945, L. L., t. 41, p. 550; SPOTA, 10, n° 2249; SALVAT, n° 2233 y su anotador GALLI, n° 2233, a.

(nota 16) C. Civil Cap., Sala A, 26/7/1979, E. D., t. 85, p. 302; C. Paz Cap., Sala III, 26/4/1944, G. P., t. 56, p. 25; C. Apel. 1ª La Plata, 6/11/1951, L. L., t. 65, p. 4; SPOTA, t. 10, n° 2249.

(nota 17) SPOTA, loc. cit., en nota anterior; GALLI, en SALVAT, n° 2233, a.

(nota 18) SPOTA, t. 10, n° 2249.

(nota 19) C. Civil Cap., Sala B, 30/4/1957, L. L., t. 89, p. 86; Sala C, 9/4/1953, J. A., 1953-II, p. 339; Sala D, 29/3/1955, L. L., t. 79, p. 28; íd., 21/4/1958, causa 44.336 (inérita); íd., 28/8/1978, L. L., t. 153, p. 16.

(nota 20) C. Civil Cap., Sala C, 3/7/1957, causa 40.710 (inédita); Sala D, 3/8/1957, causa 40.606 (inédita). Se ha declarado asimismo que el juicio sucesorio no termina con la declaración de herederos, ni con su inscripción en el Registro de la Propiedad, sino cuando se practica la partición (C. Civil 1ª Cap., 23/3/1944, L. L., t. 34, p. 90). Esta solución no puede, a nuestro juicio, erigirse en norma general, porque lo cierto es que muchas veces los herederos no tienen interés en llevar los procedimientos más allá de la inscripción de la declaratoria, que viene así a poner término al juicio. La partición en sí misma, es ajena al juicio sucesorio propiamente dicho.

(nota 21) C. Civil 1ª Cap., 5/5/1941, J. A., t. 74, p. 798.

(nota 22) C. Civil Cap., Sala D, 2/9/1964, Doct. Jud., n° 2367.

(nota 23) SPOTA, t. 10, n° 2249.

(nota 24) Véase jurisprudencia citada en nota 1770; de acuerdo: SPOTA, t. 10, n° 2249.

(nota 25) SPOTA, t. 10, n° 2251.

(nota 26) Sup. Corte Buenos Aires, 2/3/1937, J. A., t. 57, p. 870; SPOTA, loc. cit., en nota anterior; LLAMBÍAS, Obligaciones, t. 3, n° 2090.

(nota 27) SPOTA, t. 10, n° 2251; LLAMBÍAS, loc. cit. en nota anterior.

(nota 28) Un fallo de la Sup. Corte Buenos Aires decidió que la prescripción empieza a correr desde que el escribano fue sustituido por otro profesional (2/3/1937, J. A., t. 57, p. 870).

(nota 29) SALVAT, n° 2237; SPOTA, t. 10, n° 2252; LLAMBÍAS, Obligaciones, t. 3, n° 2091.

(nota 30) Autores y loc. cit., en nota anterior.

(nota 31) C. Civil 1ª Cap., 13/5/1927, J. A., t. 24, p. 793.

(nota 32) SPOTA, t. 10, n° 2252.

(nota 33) A veces, en efecto, puede tratarse de un mandato gratuito o bien de una gestión de negocios que no da lugar a retribución (art. 2300 Ver Texto ), a menos que haya sido ratificada por el dueño del negocio (art. 2304 Ver Texto ).

(nota 34) De acuerdo: LLAMBÍAS, Obligaciones, t. 3, n° 2091.

(nota 35) LLAMBÍAS, Obligaciones, t. 3, n° 2092; SALVAT-GALLI, t. 3, n° 2238; SPOTA, t. 10, n° 2253; Sup. Corte Buenos Aires, 29/5/1944, J. A., 1944-II, p. 346 (enfermero); C. Civil 2ª Cap., 16/5/1923, J. A., t. 10, p. 576 (partera).

(nota 36) COLMO, n° 972; SPOTA, t. 10, n° 2253, nota 417; LLAMBÍAS, Obligaciones, t. 3, n° 2092.

(nota 37) La ley 17709 había establecido un plazo de dos años.

(nota 38) En este sentido: C. Civil Cap., Sala D, 4/4/1951, L. L., t. 62, p. 341; Sala E, 6/7/1959, L. L., t. 95, p. 351; C. Civil 1ª Cap., 6/8/1941, J. A., t. 75, p. 870 y L. L., t. 23, p. 775; íd., 30/7/1943, J. A., 1943-III, p. 393; LLAMBÍAS, Obligaciones, t. 3, n° 2092.

(nota 39) En el sentido de que corre la prescripción bienal: C. Civil 2ª Cap., 3/10/1940, L. L., t. 20, p. 419; SPOTA, t. 10, n° 2259, nota 417; REZZÓNICO, 9ª ed., p. 1183, nota 35. En el sentido de que corresponde la prescripción decenal; C. Civil Cap., Sala D, 4/4/1951, L. L., t. 62, p. 341; Sala E, 6/7/1959, L. L., t. 95, p. 351; C. Civil 1ª Cap., 6/8/1941, J. A., t. 75, p. 870 y L. L., t. 23, p. 775; íd., 30/7/1943, J. A., 1943-III, p. 393. En el sentido de que corre la prescripción quinquenal del art. 4027, inc. 3º: C. Civil Cap., Sala F, 29/12/1960, causa 69.242 (inédita).

(nota 40) C. Civil Cap., Sala A, 13/7/1954, J. A., 1955-I, p. 110, con importante voto del doctor ARAUZ CASTEX; C. Civil Cap., Sala C, 23/3/1965, causa 102.762, Doct. Jud., n° 2535; MACHADO, t. 11, ps. 331 y s.; SALVAT, n° 2275; SPOTA, t. 10, n° 2258; LLAMBÍAS, Obligaciones, t. 3, n° 2092.

(nota 41) C. Apel. 2ª La Plata, 28/12/1951, J. A., 1952-II, p. 73; S. C. Tucumán, 11/8/1942, L. L., t. 31, p. 504; SALVAT, n° 2239; SPOTA, t. 10, n° 2253; LLAMBÍAS, Obligaciones, t. 3, n° 2093.



(nota 42) C. Civil Cap., Sala D, 26/8/1971, E. D., t. 43, p. 337; Sala E, 31/3/1966, E. D., t. 16, p. 502; Sala F, 14/10/1971, E. D., t. 39, p. 741; C. Civil 2ª Cap., 11/10/1920, G. F., t. 28, p. 357; C. Paz Let. Cap., 6/8/1936, G. P., t. 10, p. 210; C. 2ª Apel. La Plata, 30/10/1953, J. A., 1954-I, p. 169; S. Trib. Santa Fe, 24/3/1944, R. S. F., t. 6, p. 151; SALVAT, loc. cit. en nota anterior; SPOTA, loc. cit. en nota anterior; LLAMBÍAS, loc. cit. en nota anterior.

(nota 43) C. Civil Cap., Sala C, 26/7/1957, L. L., t. 89, p. 428; íd., 7/8/1956, J. A., 1957-I, p. 21; íd., 20/10/1990, L. L., fallo n° 89.885; Sala F, 5/9/1963, E. D., t. 6, p. 603; C. Civil 1ª Cap., 25/4/1947, J. A., 1947-II, p. 143; C. Apel. 2ª La Plata, 28/12/1951, J. A., 1952-II, p. 73; LLAMBÍAS, Obligaciones, t. 3, n° 2093; SPOTA, t. 10, n° 2253; COLMO, n° 972.

(nota 44) C. 2ª Apel. La Plata, 2/4/1940, J. A., t. 70, p. 229.  
1116/1122

### 3.— Responsabilidad extracontractual

1122. ACCIÓN DE INDEMNIZACIÓN POR RESPONSABILIDAD EXTRA CONTRACTUAL.— Dispone el art. 4037 Ver Texto que se prescribe por dos años la acción por responsabilidad civil extracontractual. Esta redacción, dada a la norma por la ley 17711 , eleva el plazo anterior de un año, que era excesivamente breve, a dos. Reemplaza además una redacción confusa y poco feliz, por un texto breve y claro.

1116/1123

1123.— Queda fuera de duda que el art. 4037 Ver Texto alude a todo delito o cuasidelito, es decir, a todo supuesto en que haya dolo o culpa en el autor del hecho ilícito. Queda también comprendida en sus normas la responsabilidad derivada del hecho de terceros o del hecho de las cosas (responsabilidad objetiva) (ver nota 1).

En consecuencia, se lo ha declarado aplicable a la acción derivada de los daños ocasionados por el negligente desempeño de un escribano, cuando no había con el damnificado una relación contractual (ver nota 2); a la derivada de los daños provenientes de un pedido de embargo ilegítimo (ver nota 3) o de un pedido de quiebra indebido (ver nota 4); a la acción derivada de la violación de la propiedad intelectual (ver nota 5); a la acción por daños y perjuicios derivados de un informe erróneo del Registro de la Propiedad (ver nota 6).

1116/1124

1124.— En cambio, no se aplica este término breve de prescripción:

a) A la responsabilidad contractual, aunque la conducta del responsable configure también un hecho ilícito. Si el damnificado puede invocar una responsabilidad contractual, la acción prescribirá a los diez años (ver nota 7). La cuestión tiene especial importancia en el caso de daños ocasionados con motivo del contrato de transporte. Supongamos que por culpa del conductor de un ómnibus se produce un accidente y resulta herido un pasajero. La acción derivada del hecho ilícito prescribe a los dos años, pero la que surge de la obligación del transportista de reparar los daños sufridos por el pasajero como consecuencia del deber de seguridad inherente al contrato de transporte prescribe a los diez (ver nota 8).

b) A la acción por restitución de las cosas de las que indebidamente se hubiera apropiado el autor del hecho ilícito o por pago de su equivalente (ver nota 9). La acción de reivindicación es imprescriptible (salvo adquisición del dominio por un tercero), y en cuanto a la acción por pago del equivalente, prescribe por diez años (ver nota 10).

c) A la acción de daños derivados de la relación de vecindad (ver nota 11).

d) A la acción por daños a la propiedad con motivo de la realización de una obra pública (ver nota 12).

1116/1125

1125.— En principio, la prescripción empieza a correr desde el día en que el hecho ilícito se produjo (ver nota 13); pero si la víctima lo ignoraba, el plazo empieza a correr desde que el hecho (ver nota 14) y su autor (ver nota 15) llegaron a su conocimiento, a menos que la ignorancia provenga de una negligencia culpable (ver nota 16). Por conocimiento del hecho dañoso no debe entenderse la noticia subjetiva en sentido riguroso, sino más bien una razonable posibilidad de información por parte de la víctima (ver nota 17).

Si el daño sobreviene algún tiempo después del hecho ilícito, la acción empieza a correr desde que aparece el perjuicio (ver nota 18). Si la concreción del perjuicio es consecuencia de un proceso de duración prolongada, la prescripción corre desde que el daño es cierto y susceptible de apreciación (ver nota 19). Así ocurre, por ejemplo, cuando como consecuencia de un traumatismo, se origina al cabo de meses o quizá de años, un proceso demencial o la muerte (ver nota 20). Pero para que sea legítimo tomar un punto de partida distinto del momento en que ocurrió el hecho ilícito, es menester que se trate de un daño sobreviniente; no basta la prolongación, en cierta forma previsible, de un proceso ya

conocido, ni es preciso que las lesiones hayan curado de manera definitiva para que la prescripción empiece a correr (ver nota 21).

Algunos fallos han declarado que el conocimiento del hecho ilícito y de su autor debe reputarse concomitante con la comisión del hecho, salvo prueba en contrario que debe aportar el damnificado (ver nota 22). Pero esta jurisprudencia debe entenderse referida al supuesto de que el daño ha sido directa e inmediatamente perceptible por el damnificado; por el contrario, si las circunstancias del hecho demuestran que no hay motivos para presumir ese conocimiento, es el autor del hecho ilícito el que debe demostrar que la víctima lo conoció. Así, en un supuesto de reproducción ilegítima de una poesía en un libro de versos, se declaró que la prescripción empezaba a correr sólo desde el momento que se probó que el damnificado tuvo conocimiento del hecho y no desde que el libro de versos que la incluyó ilegítimamente fue inscripto en el Registro de la Propiedad Intelectual (ver nota 23).

Respecto de la influencia de la sentencia criminal en el curso de la prescripción de la acción civil, véase n° 1614.

1116/1126

1126.— No se aplica este término breve de prescripción a la acción de repetición que tiene el principal contra el dependiente y el propietario de la cosa contra el culpable directo del daño; ni la acción de contribución que tiene el coautor de un hecho ilícito culposo, que por efecto de la solidaridad ha indemnizado totalmente a la víctima contra su coautor. En estos casos corre la prescripción decenal, porque la acción de repetición o la de contribución no nacen del hecho ilícito, sino del pago por otro (ver nota 24).

Esta solución ha sido explícitamente establecida por el decreto-ley 3453/58 (art. 1°, 142) para el caso de las acciones del Estado contra los agentes de la administración por repetición de los daños y perjuicios pagados por aquél en razón de los actos u omisiones de los últimos. Pero esta ley incurre en un error inexplicable. Dispone que la prescripción empieza a correr desde la comisión del hecho ilícito; y no se concibe cómo una acción puede empezar a prescribir antes de haber nacido. En efecto, sólo después de haber pagado el principal puede accionar contra el responsable directo. Por ello, la solución del decreto-ley 3453/58 debe limitarse estrictamente al supuesto legal, es decir, a las relaciones entre el Estado y sus gentes responsables directos. En todos los demás supuestos de acción de repetición o contribución, el punto de partida es el momento del pago (ver nota 25). Bien entendido que si el pago fue posterior a la prescripción de la acción de la víctima contra el pagador, éste carece ya de acción de contribución (véase n° 599).

(nota 1) C. Civil 2ª Cap., 30/7/1937, J. A., t. 59, p. 220; SPOTA, t. 10, nº 2264.

(nota 2) C. Civil 2ª Cap., 29/5/1931, J. A., t. 35, p. 973.

(nota 3) C. Civil 2ª Cap., 20/12/1937, L. L., t. 8, p. 1171; C. Paz Cap., 27/5/1960, L. L., t. 101, p. 750, y J. A., 1961-II, p. 370.

(nota 4) C. Com. Cap., 30/12/1938, L. L., t. 13, p. 338; C. Civil 2ª Cap., 7/6/1937, J. A., t. 58, p. 845; Sup. Corte Buenos Aires, 23/9/1947, J. A., 1947-IV, p. 63.

(nota 5) C. Civil Cap., Sala A, 8/9/1959, L. L., t. 96, p. 552; C. Civil 1ª Cap., 7/7/1937, J. A., t. 59, p. 107; C. Civil 2ª Cap., 2/11/1942, J. A., 1942-IV, p. 999; C. Apel. 2ª La Plata, 2/3/1948, L. L., t. 50, p. 1027; etc.

(nota 6) C. S. N. 4/11/1975, L. L., 1976-C, p. 121.

(nota 7) SALVAT, nº 2261; SPOTA, t. 10, nº 2265.

(nota 8) C. Civil Cap., Sala A, 22/2/1972, E. D., t. 43, p. 254. En cambio, la Sala C declaró que la prescripción es de 1 año por aplicación del art. 855 Ver Texto , Código de Comercio (22/2/1972, E. D., t. 43, p. 253).

(nota 9) C. Civil Cap., Sala D, 27/12/1956, L. L., t. 86, p. 98; C. Com. Cap., 17/5/1950, L. L., t. 59, p. 618; Sup. Corte Buenos Aires, 13/8/1946, J. A., 1946-III, p. 724; SALVAT, nº 2261; SPOTA, t. 10, nº 2265.

(nota 10) Ver fallos citados en nota anterior.

(nota 11) C. Paz Cap., 7/10/1941, J. A., 1942-II, p. 41; C. Fed. Bahía Blanca, 20/12/1946, J. A., 1947-I, p. 182; SPOTA, t. 10, nº 2265; LLAMBÍAS, Obligaciones, t. 3, nº 2094.

(nota 12) C. S. N., 21/4/1947, J. A., 1947-I, p. 870; C. Civil 1ª Cap., 26/8/1942, J. A., 1942-IV, p. 417; C. Civil 2ª Cap., 24/6/1948, L. L., t. 51, p. 576; C. Apel. 1ª La Plata, 23/6/1947, J. A., 1947-III, p. 25; SPOTA, t. 10, nº 2265; LLAMBÍAS, Obligaciones, t. 3, nº 2094.

(nota 13) C. S. N., 22/6/1956, Fallos, t. 235, p. 145; C. Civil Cap., Sala A, 19/6/1956, L. L., t. 83, p. 683, y J. A., 1957-III, p. 119; *id.*, 8/9/1959, L. L., t. 96, p. 552; Sala B, 25/8/1953, L. L., t. 72, p. 111; Sala D, 3/2/1964, L. L., t. 113, p. 456; C. Civil 1ª Cap., 27/12/1920, J. A., t. 5, p. 648; C. Civil 2ª Cap., 17/4/1940, J. A., t. 70, p. 439; C. Paz Cap., Sala III, 14/4/1961, E. D., t. 1, p. 526; Sup. Corte Buenos Aires, 9/4/1957, Ac. y Sent. 1957-II, p. 112.

(nota 14) C. S. N., 28/11/1949, L. L., t. 57, p. 745; *id.*, 23/4/1941, L. L., t. 22, p. 418; C. Civil Cap., Sala A, 8/9/1959, L. L., t. 96, p. 552; *id.*, 5/4/1960, Doct. Jud., n° 1960; Sala D, 6/5/1957, J. A., 1957-III, p. 208; *id.*, 3/2/1964, L. L., t. 113, p. 456; C. Civil 1ª Cap., 7/7/1937, L. L., t. 7, p. 1106; C. Com. Cap., Sala A, 23/12/1953, J. A., 1954-II, p. 443; C. Paz Cap., Sala III, 14/4/1961, E. D., t. 1, p. 526; Sup. Corte Buenos Aires, 12/2/1946, J. A., 1946-I, p. 585; Sup. Corte Buenos Aires, 15/10/1937, L. L., t. 8, p. 949. De acuerdo: SEGOVIA, t. 2, p. 748, nota 49; MACHADO, t. 11, p. 338; LLERENA, t. 1, p. 546; COLOMBO, Culpa aquiliana, n° 285; CAMMAROTA, Responsabilidad extracontractual, t. 2, n° 536; RODRÍGUEZ, nota en J. A., t. 5, p. 648; SPOTA, t. 10, n° 2266; SALVAT, n° 2263; REZZÓNICO, t. 2, p. 1190. Comp.: LLAMBÍAS, quien piensa que en este supuesto debe aplicarse el art. 3980: Obligaciones, t. 3, n° 2095.

(nota 15) C. Civil Cap., Sala D, 6/5/1957, J. A., 1957-III, p. 208, y L. L., t. 88, p. 331; *id.*, 3/2/1964, L. L., t. 113, p. 456; C. Com. Cap., Sala A, 23/12/1953, L. L., t. 74, p. 64 y J. A., 1954-II, p. 443; Sup. Corte Buenos Aires, 12/2/1946, J. A., 1946-I, p. 585; *id.*, 15/10/1937, L. L., t. 8, p. 949.

(nota 16) C. Civil Cap., Sala A, 19/6/1956, J. A., 1956-III, p. 119; Sala D, 3/2/1964, L. L., t. 113, p. 456.

(nota 17) C. S. N., 14/8/1964, J. A., 1965-II, p. 137.

(nota 18) C. S. N., 21/4/1947, J. A., 1947-I, p. 870, y L. L., t. 46, p. 341; *id.*, 14/6/1943, L. L., t. 32, p. 58; C. Civil Cap., Sala A, 8/9/1959, L. L., t. 97, p. 692, y J. A., 1960-I, p. 163; Sala A, 4/5/1961, Doct. Jud., n° 1345; *id.*, 7/7/1961, Doct. Jud., n° 1400; C. Civil 1ª Cap., 12/7/1946, L. L., t. 43, p. 742; C. Com. Cap., Sala A, 23/12/1953, L. L., t. 74, p. 64, y J. A., 1954-II, p. 443; Sala C, 12/8/1982, E. D., fallo n° 36.484; Sup. Corte Buenos Aires, 11/9/1956, L. L., t. 85, p. 334; *id.*, 12/2/1946, J. A., 1946-I, p. 585.

(nota 19) C. S. N., 2/3/1978, E. D., t. 77, p. 222; C. S. N., 21/4/1947, L. L., t. 46, p. 341; C. Civil Cap., Sala E, 24/3/1972, L. L., t. 148, p. 155; Sala B, 12/9/1975, J. A., 1976-I, p. 174.

(nota 20) Así se dijo en el caso fallado por la C. Civil Cap., Sala A, 8/9/1959, L. L., t. 97, p. 692.

(nota 21) C. Civil Cap., Sala A, 8/9/1959, L. L., t. 97, p. 692; Sala C, 7/12/1987, L. L., fallo n° 80.702, con nota de MOSSET ITURRASPE.

(nota 22) C. Civil Cap., Sala D, 6/5/1957, L. L., t. 88, p. 331; C. Apel. 1ª La Plata, 2/12/1952, L. L., t. 69, p. 450; C. Fed. Mendoza, 7/10/1939, J. A., t. 68, p. 282.

(nota 23) C. Civil Cap., Sala A, 8/9/1959, L. L., t. 96, p. 552.

(nota 24) S. C. Buenos Aires, 12/4/1966, L. L., t. 122, p. 805 (acción del principal contra el responsable directo).

(nota 25) C. Fed. Paraná, 12/11/1965, J. A., 1966-II, p. 278.

1116/1127

#### 4.— Acciones derivadas de accidentes del trabajo o de enfermedades profesionales

1127. LEY 20744.— La ley de contrato de trabajo establece un plazo general de cuatro años para todas las acciones derivadas de dicho contrato (arts. 278 y 279) (ver nota 1), haciendo la excepción de las que surgen de accidentes del trabajo o enfermedades profesionales, las que prescriben a los dos años a contar desde la determinación de la incapacidad o el fallecimiento de la víctima (art. 280 ). Es decir, el punto de partida del término no es el accidente o la enfermedad, sino el momento en que puede considerarse definitiva la secuela del accidente o enfermedad.

(nota 1) Véase n° 1096 bis.

1116/10110

#### E.— PLAZO DE UN AÑO

1116/1128

1128. ACCIÓN PAULIANA.— Prescribe por un año la acción de los acreedores para pedir la revocación de los actos celebrados por el deudor en perjuicio o fraude de sus derechos (art. 4033 Ver Texto ).

La prescripción empieza a correr desde el día en que el acto tuvo lugar o desde que los acreedores tuvieron noticia del hecho (art. citado). En otras palabras: a falta de toda otra prueba, la prescripción corre desde la fecha del acto, pero el accionante tiene el derecho de acreditar que tuvo un conocimiento posterior del acto, en cuyo caso la prescripción corre desde entonces (ver nota 1). En rigor, la prueba del acreedor debería encaminarse a demostrar que no tuvo conocimiento del acto antes de cierta fecha; pero como esta prueba negativa es imposible, su tarea es mucho más simple: demostrar la fecha en que tuvo noticias del acto. Esta prueba, claro está, no demuestra que el acreedor no tuvo noticias anteriores; y el demandado tiene derecho a demostrar que las tuvo. Por cierto que no basta para tener por demostrado el conocimiento del fraude por el acreedor, la circunstancia de que el acto se haya otorgado en escritura pública, pues es bien sabido que en la práctica ni dicha escritura ni su inscripción en el Registro permite a los terceros tomar conocimiento de la realización del acto.

De cualquier modo, la fecha del acto sólo puede ser opuesta al accionante si consta en instrumento público o en instrumento privado con fecha cierta, únicos que pueden oponerse a terceros (ver nota 2).

(nota 1) C. Civil 2ª Cap., 18/12/1940, L. L., t. 21, p. 223; C. 2ª Apel. La Plata, 31/5/1938, L. L., t. 11, p. 159; S. T. Santa Fe, t. 15, p. 222; GALLI, en SALVAT, n° 2242, a; SPOTA, t. 10, n° 2255.

(nota 2) De acuerdo: GALLI, loc. cit., en nota anterior.

1116/1129

1129. ACCIÓN DE REVOCACIÓN DE LEGADOS O DONACIONES POR INGRATITUD.— La acción de revocación de un legado o donación por causa de ingratitud del beneficiario, prescribe por un año (art. 4034 Ver Texto ). Hay que advertir que el texto legal habla de injuria, pero es evidente que esta palabra está empleada en un sentido lato, aludiendo a todos los actos que configuren una ingratitud (ver nota 1), pues no habría motivo para distinguir entre las distintas ofensas que están sancionadas por la ley con la acción que se brinda al autor de la liberalidad o sus herederos para pedir la revocación.

1116/1130

1130.— El término de la prescripción empieza a correr desde el día que la injuria se hizo o que llegó a conocimiento del donante o de los herederos del testador (art. 4034 Ver Texto ). El accionante que pretende que el hecho llegó a su conocimiento tiempo después de haber acaecido, debe probarlo; a falta de esta prueba, el plazo empieza a correr desde el suceso (ver nota 2).

Se ha declarado, empero, que cuando la acción es intentada por herederos que tienen la posesión hereditaria ministerio legis, la prescripción empieza a correr a partir de la fecha en que judicialmente les fue otorgada (ver nota 3), porque hasta entonces carecían de acción para reclamar la revocación.

Finalmente, es preciso recordar que, en el supuesto de donación, la acción de revocación sólo puede intentarse contra el donatario y no contra sus herederos; pero intentada contra el primero, puede seguirse contra sus sucesores (art. 1865; véase Tratado de Derecho Civil, Contratos, n° 1617).

(nota 1) SEGOVIA, t. 2, nota 38 al art. 4034 de su numeración: MACHADO, t. 11, p. 323; GALLI, en SALVAT, n° 2244, a; SPOTA, t. n° 2256; REZZÓNICO, 9ª ed., p. 1185, nota 38; LLAMBÍAS, Obligaciones, t. 3, n° 2102.

(nota 2) SALVAT, n° 2245 y su comentarista GALLI, n° 2245, a; SPOTA, n° 2257.

(nota 3) C. Civil Cap., Sala B, 11/9/1953, J. A., 1954-II, p. 435. En contra: LLAMBÍAS, Obligaciones, t. 3, n° 2103.

1116/1131

1131. ACCIÓN POR HOSPEDAJE, SERVICIOS, SUMINISTROS.— Según el art. 4035 Ver Texto se prescribe por un año la obligación de pagar:

a) A los posaderos y fonderos, la comida, habitación, etcétera, que dieron (inc. 1º). Están comprendidos aquí los servicios de comida y habitación prestados simultáneamente, o los de habitación o comida prestados separadamente por hoteles, fondas, posadas, casas de pensión, restaurantes, etcétera, es decir, por establecimientos o personas que hacen de ello su profesión. Si, por el contrario, se tratara de alojamiento y comida que accidentalmente prestare una persona a otra, deja de ser aplicable este plazo de prescripción; regirá la de



cinco años si el pago debe verificarse en plazos periódicos, y la decenal si se ha estipulado una suma única (ver nota 1).

Están comprendidos en esta prescripción todos los servicios propios de hospedaje, tales como lavado de ropa, servicio telefónico, etcétera (ver nota 2), pero no lo que sea ajeno a ese contrato, como podría ser un préstamo hecho por el hotelero a su cliente (ver nota 3).

Hay que advertir que nada se opone a que el hotelero arriende una habitación a un cliente, en cuyo caso se aplica la prescripción de cinco años (art. 4027 Ver Texto , inc. 2º). Muchas veces será difícil establecer si se trata de un arrendamiento o de un servicio de hospedaje corriente; pero la duda debe resolverse, a nuestro juicio, en el sentido de que se está en presencia de un contrato de hospedaje, puesto que ésta es la actividad normal del hotelero; sin perjuicio de que el interesado pueda probar lo contrario (véase nota 1722).

(nota 1) SALVAT, nº 2247; SPOTA, t. 10, nº 2259; MACHADO, t. 11, p. 328; LLAMBÍAS, Obligaciones, t. 3, nº 2104.

(nota 2) GALLI, en SALVAT, nº 2249; SPOTA, t. 10, nº 2259; LLAMBÍAS, Obligaciones, t. 3, nº 2104.

(nota 3) SALVAT, nº 2349; SPOTA, nº 2259, nota 477; COLMO, nº 973; LLAMBÍAS, Obligaciones, t. 3, nº 2104.

1116/1132

1132. b) A los dueños de colegios o casas de pensión, el precio de la pensión de sus discípulos y a los otros maestros el del aprendizaje (inc. 2º).— Aquí la ley se refiere a tres situaciones distintas, todas ellas relacionadas con la enseñanza: a) a la pensión debida a los colegios, tengan o no internado, en concepto de retribución por enseñanza, alimentación y alojamiento. Deben también reputarse comprendidos los gastos por útiles de colegio (ver nota 1); b) el precio debido a las casas de pensión para estudiantes; debe advertirse que esta mención de las casas de pensión es inútil, porque también los establecimientos de este tipo no dedicados a los alumnos están sujetos a la prescripción anual, conforme con el inc. 1º de este artículo; c) lo debido a los maestros en concepto de aprendizaje. Esta disposición se superpone con la más genérica del inc. 3º y debería eliminarse (ver nota 2).

(nota 1) SALVAT, nº 2250; MACHADO, t. 11, p. 329.

(nota 2) Para salvar lo que, a nuestro juicio, es una evidente superposición de normas, algunos autores proponen esta interpretación: el inc. 2º se refería a los maestros que enseñan en colegios, respecto de los cuales debe aplicarse la prescripción anual, sea o no mensual su retribución; el inc. 3º se aplicaría a los maestros que enseñan particularmente, respecto de los cuales la prescripción anual sólo juega en caso de retribución mensual por períodos más cortos (SALVAT, nº 2250, y nota 439; SPOTA, t. 10, nº 2260). Es, nos parece, una interpretación forzada. El inc. 3º habla genéricamente de maestros y no hay razón suficiente para distinguir entre los que prestan su enseñanza en un colegio o particularmente.

1116/1133

1133. c) A los maestros de ciencias y artes, el estipendio que se les paga mensualmente (inc. 3º).— La ley alude al supuesto normal del pago mensual; pero es indudable que rige el mismo plazo para el pago convenido en períodos más breves, por ejemplo, por lección, o semanalmente o por quincena (ver nota 1). En cambio, si el pago es por períodos más largos (por trimestre, semestre, año), se aplica la prescripción quinquenal (art. 4027 Ver Texto , inc. 3º) (ver nota 2). Y si la retribución fuera única, corre la prescripción decenal (ver nota 3).

Esta prescripción no se aplica a los maestros nacionales o provinciales, porque si se admite que la prescripción de los sueldos de los empleados de la administración estatal es de cinco años, no se ve por qué los sueldos de los maestros habrían de perjudicarse con una prescripción menor (ver nota 4).

(nota 1) SALVAT, nº 2251; SPOTA, t. 10, nº 2261; REZZÓNICO, 9ª ed., p. 1186, nota 42; LLAMBÍAS, Obligaciones, t. 3, nº 2106.

(nota 2) SALVAT y SPOTA, loc. cit. en nota anterior; SEGOVIA, t. 2, p. 747, nota 41; REZZÓNICO, 9ª ed., p. 1186, nota 42; MACHADO, t. 11, p. 329; LLAMBÍAS, Obligaciones, t. 3, nº 2106.

(nota 3) SALVAT, nº 2251; SPOTA, t. 10, nº 2261; LLAMBÍAS, Obligaciones, t. 3, nº 2106.

(nota 4) SALVAT, loc. cit. en nota anterior; SPOTA, t. 10, nº 2261, texto y nota 482.

1116/1134

1134. d) A los mercaderes, tenderos o almaceneros, el precio de los efectos que venden a otros que no lo son, o que aun siéndolo no hacen el mismo tráfico (inc. 4º).— La aplicación de esta norma presenta un delicado problema de colisión con el art. 849 Ver Texto , Código de Comercio, según el cual la acción para demandar el pago de mercaderías fiadas, sin documento escrito, prescribe por dos años. ¿Qué término de prescripción habrá que aplicar?

Según una primera tesis, debe aplicarse el Código de Comercio por tratarse de una disposición especial que deroga la general establecida en el Código Civil y por tratarse de una ley posterior que deja sin efecto las anteriores (ver nota 1).

Pero en la jurisprudencia ha prevalecido otra solución: hay que distinguir entre la compra de objetos o cosas destinadas al consumo del comprador o su familia, respecto de las cuales rige el Código Civil, y las compras hechas entre comerciantes con un objeto mercantil; a las cuales se aplica el plazo del art. 849 Ver Texto , Código de Comercio (ver nota 2).

Se ha declarado aplicable el art. 4035 Ver Texto , inc. 4º, al crédito del sastre (ver nota 3); en cambio, no juega respecto del que provee los materiales de construcción, sea a la empresa constructora o al propio dueño (ver nota 4) o al crédito por suministro de nafta para un automotor destinado al transporte colectivo de pasajeros explotado por su propietario (ver nota 5).

1116/11130

1134 bis.— El inciso 5º del art. 4035 Ver Texto , fija en un año la prescripción de los salarios de los criados de servicio, jornaleros y oficiales mecánicos. Según ya lo hemos dicho, este plazo de prescripción ha sido llevado a cuatro años por la ley 20744 (véase nº 1096 bis).

(nota 1) C. Com. Cap., 7/7/1938, L. L., t. 11, p. 290; FERNÁNDEZ, Código de Comercio comentado, t. 3, ps. 663 y s.; RIVAROLA, Tratado de derecho comercial, t. 5, nº 1694; MALAGARRIGA, Tratado de derecho comercial, t. 5, nº 458.

(nota 2) C. Civil Cap., Sala B, 29/5/1956, L. L., t. 83, p. 147; C. Civil 2ª Cap., 14/9/1939, L. L., t. 16, p. 883; C. Com. Cap., 23/4/1952, J. A., 1953-I, p. 162; C. Paz Cap., Sala I, 18/11/1936, L. L., t. 4, p. 1024; Sup. Corte Buenos Aires, 1/2/1946, J. A., 1946-I, p. 592. De acuerdo: SPOTA, t. 10, nº 2262; REZZÓNICO, 9ª ed., p. 1187, nota 43; LLAMBÍAS, Obligaciones, t. 3, nº 2107.

(nota 3) C. Civil 1ª Cap., 8/8/1935, J. A., t. 49, p. 214; C. Paz Let. Cap., 17/11/1947, L. L., t. 50, p. 327; de acuerdo, SPOTA, loc. cit., en nota anterior. La jurisprudencia comercial se inclina por el término de dos años, por aplicación del art. 849 Ver Texto . C. Comercio: C. Com. Cap., 14/8/1943, J. A., 1943-III, p. 891.

(nota 4) C. Paz Cap., Sala IV, 17/7/1951, J. A., 1951-IV, p. 300; C. Apel. 1ª La Plata, 28/3/1950, J. A., 1950-III, p. 319.

(nota 5) C. Paz Cap., 26/7/1940, L. L., t. 19, p. 743.

1116/1135

1135. INTERVERSIÓN DE ESTOS TÉRMINOS DE PRESCRIPCIÓN.— Según el art. 4036 Ver Texto , en todos los casos de los tres artículos anteriores, corre la prescripción aunque se hayan continuado los servicios, y sólo dejará de correr cuando haya habido ajuste de cuenta aprobada por escrito, vale o escritura pública, o hubiese mediado demanda judicial que no haya sido extinguida. Son varias las observaciones que merece la redacción poco feliz de esta norma.

En primer lugar, alude a los tres artículos anteriores que se refieren uno a la acción revocatoria (art. 4033 Ver Texto ), otro a la acción de revocación de un legado (art. 4034 Ver Texto ) y otro al suministro de mercaderías, servicios, etcétera (art. 4035 Ver Texto ). Como el texto del art. 4036 Ver Texto habla de servicios y de ajuste de cuenta, es claro que la referencia a los arts. 4033 Ver Texto y 4034 se ha deslizado por error y que no están ellos comprendidos por sus disposiciones. En cambio, parece indudable que lo está el art. 4035 Ver Texto que se refiere a servicios (ver nota 1).

La segunda observación a formular es que nuestra norma dice que dejará de correr la prescripción cuando haya ajuste de cuentas o demanda. Es obvio que esta disposición no puede significar que, a partir de ese momento, el crédito se transforma en imprescriptible. No se trata, pues, de que la prescripción deje de correr, sino que la prescripción corta se convierte en común o decenal (ver nota 2).

La tercera observación se refiere a que esta norma parece hacer fincar la interversión en la demanda y no es así. La sola demanda no produce otro efecto que interrumpir la prescripción; si ella es desistida o se perime la instancia, no se produce la interversión, porque nuestro texto habla de demanda judicial no extinguida; si el juicio ha concluido con sentencia que acoge la demanda, la interversión se produce como efecto de la sentencia. La actio judicati, ya lo dijimos, tiene una prescripción común de diez años (véase nº 1076). De donde se sigue que la referencia a la demanda en el art. 4036 Ver Texto es inútil, porque aun

no existiendo esta disposición, la conclusión hubiera sido siempre la misma.

1116/1136

1136.— En cambio presenta un gran interés jurídico la interversión basada en el ajuste de cuentas. Basta este acto para que la prescripción anual del art. 4035 Ver Texto o la bienal del art. 4032 Ver Texto se transformen en común de diez años.

El ajuste de cuentas debe ser hecho por escrito (art. 4036 Ver Texto ), por lo que no son admisibles las pruebas de testigos o presunciones (ver nota 3); basta, en cambio, cualquier documento firmado por el obligado que implique reconocimiento de la obligación (ver nota 4).

(nota 1) C. Civil Cap., Sala A, 13/7/1954, J. A., 1955-I, p. 110; SALVAT, nº 2275; SPOTA, t. 10, nº 2258; MACHADO, t. 11, ps. 331 y s.; COLMO, nº 985; LLAMBÍAS, Obligaciones, t. 3, nº 2116.

(nota 2) C. Civil Cap., Sala A, cit. en nota anterior; C. Civil 1ª Cap., 6/8/1938, L. L., t. 10, p. 637; C. Paz Cap., 4/8/1948, J. A., 1950-I, p. 225; C. 1ª Apel. La Plata, 25/4/1947, J. A., 1947-II, p. 514; SALVAT, nº 2279; SPOTA, t. 10, nº 2258; REZZÓNICO, 9ª ed., p. 1195; MACHADO, t. 11, ps. 335 y s.; LLAMBÍAS, Obligaciones, t. 3, nº 2117.

(nota 3) SALVAT, nº 2278; SPOTA, t. 10, nº 2258. En contra, aunque no muy firmemente, GALLI, en SALVAT, nº 2278, nota 524.

(nota 4) SPOTA, loc. cit., en nota anterior.

1116/1137

1137. ACCIONES POSESORIAS.— Prescribe por un año la obligación de responder al turbado o despojado en la posesión, sobre su manutención o reintegro (art. 4038 Ver Texto ).

Cabe notar que el despojo origina dos acciones: una de daños y perjuicios, que prescribe por dos años por aplicación del art. 4037 Ver Texto ; otra por reintegro de la posesión, que es la acción aludida por la norma que ahora consideramos, y que prescribe por un año. Al disponerlo así, el art. 4038 Ver Texto concuerda con el art. 2493 Ver Texto (ver nota 1). La

norma es aplicable a los interdictos para mantener la posesión, de despojo o de reintegro y de obra nueva (ver nota 2).

1116/1138

1138.— La prescripción empieza a correr desde el momento de la turbación o despojo, si el despojado se encontraba personalmente en el goce y posesión de la cosa; o desde que se enteró del despojo, si otro poseía por él (art. 2493 Ver Texto ). En este último supuesto, el principio sigue siendo que la prescripción corre desde el día del hecho; pero el despojado puede probar que tuvo conocimiento de él en un momento posterior, en cuyo caso el plazo empezará a correr desde entonces.

(nota 1) Cabe recordar que el art. 2493 Ver Texto fijaba el plazo de seis meses para la prescripción de la acción de despojo, lo que daba lugar a una falta de concordancia con el art. 4038 Ver Texto , que fue subsanada por la ley Fe de Erratas.

(nota 2) SALVAT, n° 2264.

1116/10117

1138-1. ACCIÓN DE DAÑOS POR RUINA TOTAL O PARCIAL DEL EDIFICIO.— La acción por daños y perjuicios derivada de la ruina total o parcial de un edificio u obras en inmuebles destinados a larga duración, prescribe al año de producida la ruina (art. 1646 Ver Texto , ref. por ley 17711 ).

1116/10127

1138-2. ACCIÓN POR DAÑOS Y PERJUICIOS DERIVADOS DEL TRANSPORTE.— Las acciones derivadas de los daños ocasionados a personas o cosas en el transporte realizado en el interior de la República, prescriben al año (art. 855 Ver Texto , Cód. Comercio, ref. por ley 22096 ).

1116/10137

1138-3. ACCIÓN DERIVADA DEL CONTRATO DE SEGURO.— Esta acción prescribe al año contado desde el momento en que pueda hacerse valer el derecho en justicia (ver nota 1).

(nota 1) C. Com. Cap., Sala A, 30/7/1982, E. D., t. 102, p. 245; Sala E, 21/8/1990, L. L., fallo n° 89.146.

1116/10120

F.— PLAZO DE SEIS MESES

1116/1139

1139. ACCIÓN DERIVADA DE LA AVULSIÓN.— Según el art. 4039 Ver Texto se prescribe por seis meses la acción de los propietarios ribereños para reivindicar los árboles y porciones de terrenos, arrancados por las corrientes de los ríos.

Hay que tener presente que desde que las cosas desligadas por avulsión se adhieren naturalmente al terreno en que fueron a parar, su antiguo dueño pierde el derecho de reivindicarlas (art. 2584 Ver Texto ). La acción del art. 4039 Ver Texto sólo puede referirse, por lo tanto, a la hipótesis en que las cosas desprendidas de un fundo por avulsión, no se han adherido naturalmente al terreno donde fueron a parar y se conservan todavía separadas.

Pero para que el transcurso de seis meses haga perder el derecho de reivindicar esas cosas, es preciso que el propietario del fundo donde fueron a parar, haya hecho acto de posesión respecto de ellas, lo que demuestra que no se trata de una prescripción extintiva, sino de una adquisitiva (ver nota 1).

De ello se desprende que es inoperante, a los efectos de la prescripción de esta acción, el conocimiento que de los hechos tenga el anterior propietario; lo que interesa es el momento en que se empezaron a hacer actos de posesión sobre la cosa (ver nota 2).

(nota 1) SPOTA, t. 10, n° 2267 bis; LLAMBÍAS, Obligaciones, t. 3, n° 2109.

(nota 2) SPOTA, n° 2267 bis. GALLI está de acuerdo en que el conocimiento de la avulsión por parte del anterior propietario, es indiferente a los efectos del comienzo del plazo de la prescripción (en SALVAT, n° 2266 y n° 2266, a). En cambio, sostiene que depende de dicho conocimiento, SALVAT, n° 2266).

1116/1140

1140. ACCIÓN POR CARGAS O SERVIDUMBRES OCULTAS.— Se prescribe también por seis meses, la acción del comprador para rescindir el contrato, o pedir indemnización de

la carga o servidumbre no aparente que sufra la cosa comprada y de que no se hizo mención en el contrato (art. 4040 Ver Texto ).

Esta disposición rige sólo con relación a la compraventa; en cualquier otro contrato corre la prescripción decenal (ver nota 1). No abarca tampoco otras causas de evicción (ver nota 2); la norma debe aplicarse sólo al supuesto expresamente considerado en ella.

La prescripción corre desde que el comprador tuvo conocimiento de la carga o servidumbre (ver nota 3); normalmente, ese conocimiento resultará del hecho de que la carga se ha hecho aparente, pero el comprador tiene derecho a demostrar que lo conoció después.

(nota 1) SPOTA, t. 10, n° 2268; SALVAT, n° 2268; COLMO, n° 986; MACHADO, t. 11, p. 342.

(nota 2) Autores citados en nota anterior.

(nota 3) C. Fed. La Plata, 18/10/1943, J. A., 1943-IV, p. 447; SALVAT, n° 2269; SEGOVIA, t. 2, p. 749, nota 52.

1116/10130

G.— PLAZO DE TRES MESES

1116/1141

1141. ACCIONES REDHIBITORIAS Y QUANTI MINORIS; REMISIÓN.— Se prescribe por tres meses la acción redhibitoria para que se deje sin efecto el menor valor por el vicio redhibitorio (art. 4041 Ver Texto ). Hemos tratado de la prescripción de esta acción en otro lugar, al cual remitimos (Tratado de Derecho Civil, Contratos, t. 1, núms. 257 y s.).

1116/10140

H.— MODIFICACIÓN LEGAL DEL TÉRMINO DE PRESCRIPCIÓN



1116/1142

1142-1145. **DISTINTAS HIPÓTESIS.**— Puede ocurrir que después de empezado a correr el término de prescripción, se dicte una nueva ley que lo modifique. Veamos las distintas hipótesis:

a) La nueva ley prolonga el plazo de la anterior. El último artículo del Código Civil (4051 Ver Texto ) dispone que las prescripciones comenzadas antes de regir el nuevo Código, están sujetas a las leyes anteriores. Pero ésta es una disposición contenida en el Título Complementario, que alude al conflicto específico entre las leyes anteriores al Código Civil y éste. Luego de la reforma al art. 3º Ver Texto del Código (hecha por la ley 17711 ) resulta claro que si la nueva ley establece un plazo más extenso que la anterior debe aplicarse el plazo de la nueva ley y no el anterior, puesto que la mencionada norma dispone que a partir de su entrada en vigencia, las leyes se aplicarán aun a las consecuencias de las relaciones y situaciones jurídicas existentes.

A raíz de la sanción de la ley 17711 este problema se planteó frecuentemente con motivo de la prolongación del plazo de prescripción de la acción derivada de un hecho ilícito. La jurisprudencia es prácticamente unánime en el sentido de que se aplica el nuevo plazo de dos años a las prescripciones que empezaron a correr antes de la vigencia de la ley 17711 (ver nota 1).

b) La nueva ley acorta el plazo. La solución resulta clara cuando, a pesar de la abreviación, el acreedor tiene todavía tiempo de accionar; el nuevo plazo debe aplicarse, tanto más cuanto que el acreedor tiene a su disposición un recurso simple para suspender el curso de la prescripción por el término de un año, como es el de interpelar en forma auténtica al acreedor (art. 3986 Ver Texto ). Pero si la aplicación del nuevo plazo significa la pérdida del derecho para el acreedor (como ocurriría, por ejemplo, si la vieja establece dos años y la nueva, que acorta el plazo a un año, ha entrado en vigencia un año y medio después de empezar a correr el término), entonces habrá que reconocer al acreedor la posibilidad de accionar por todo el plazo primitivo, pues lo contrario significaría despojarlo irrazonablemente de un derecho y contrariar la garantía constitucional de la propiedad, que conforme a reiterada jurisprudencia de la Corte Suprema, protege a todos los derechos de orden patrimonial.

En estos casos, es aconsejable que la nueva ley resuelva expresamente el conflicto, tal como lo hizo la ley 17940 , complementaria de la ley 17711 , que dispuso: Si los plazos de prescripción que fija la ley 17711 fueren más breves que los del Código y hubieren vencido o vencieren antes del 30 de junio de 1970, se considerará operada la prescripción en esta fecha.

(nota 1) C. Civil Cap., Sala A, 16/3/1970, E. D., t. 32, p. 706; Sala B, 5/12/1969, E. D., t. 32, p. 709; Sala C, 16/12/1969, E. D., t. 32, p. 710; Sala E, 7/4/1970, E. D., t. 32, p. 708; Sala F, 12/5/1970, E. D., t. 32, p. 707; C. Paz Cap., 26/11/1969, J. A., t. 6, 1970, p. 232; C. Fed. Córdoba, 18/9/1970, in re “Ferrocarriles Argentinos c/Juliá y Bazán” (inédita). De acuerdo: MORELLO, J. A., t. 6, 1970, p. 590. En contra, sosteniendo la vigencia del art. 4051, Cód. Civil: C. Fed. C. y C. Cap., Sala II, 28/5/1970, E. D., t. 36, fallo n° 17.781.

1116/10150

§ 4.— Efectos

1116/1146

1146. CÓMO SE PRODUCEN.— El efecto esencial de la prescripción es, ya lo hemos dicho (n° 998), extinguir la acción y no el derecho del acreedor. Ahora bien: ese efecto no se produce ipso jure, por el solo transcurso del tiempo, ni puede el juez suplir de oficio la prescripción (art. 3964 Ver Texto ); es indispensable que ella sea invocada por el interesado (ver nota 1). Dos motivos esenciales explican esta solución: en primer lugar, el mero transcurso del plazo no es prueba suficiente de que la prescripción se haya operado, pues pueden haber mediado causas de suspensión o interrupción que el juez no tiene medio de conocer sino a través de los hechos invocados por las partes y de la prueba por ellas producida; en segundo lugar, porque hacer valer la prescripción es muchas veces un problema de conciencia, cuya decisión debe quedar librada al propio interesado.

1116/1147

1147. CÓMO DEBE Oponerse.— No hay fórmulas sacramentales exigidas por la ley; pero la prescripción debe oponerse en términos claros, que no dejen duda del propósito de acogerse a ella.

El problema más importante que se plantea en esta materia es el de si opuesta una determinada prescripción que los jueces estiman no cumplida, pueden ellos, en cambio, declarar prescripta la acción por aplicación de otros plazos y de otra norma legal. Supongamos, en efecto, que en un pleito se opone la prescripción común de diez años y en el trámite del juicio se demuestra que ella no se ha operado (por no haberse cumplido el término, haberse suspendido o interrumpido, etc.), ¿puede el juez declarar extinguida la acción en virtud de haberse cumplido una prescripción breve, no invocada?

Según la doctrina y la jurisprudencia predominante (ver nota 2), el juez puede y debe

aplicar al caso el plazo de prescripción que legalmente cuadre, aunque fuera distinto del invocado. Se arguye en favor de esta solución que lo esencial, a los efectos de declarar la prescripción, es la manifestación de la voluntad del deudor de acogerse a sus beneficios. Invocada la defensa, el juez debe aplicar la norma legal que corresponda, en virtud del principio *iura curia novit*.

Esta solución se presta a serios reparos. Hace notar GALLI que ningún litigante tiene obligación de organizar su defensa más allá de los extremos que le opone su contrario. Si sólo se ha opuesto la prescripción ordinaria, al acreedor le basta con demostrar que no se ha cumplido el plazo de aquélla. No tiene por qué colocarse en la hipótesis de que todas las prescripciones han sido opuestas, para referir a cada una de ellas la defensa adecuada. Si el juez, no obstante haberse invocado una prescripción larga, da por demostrada una de breve plazo, coarta las garantías de defensa del acreedor e importa la protección del deudor, más allá de lo que él mismo plantea (ver nota 3).

Desde otro punto de vista, parece muy vulnerable la opinión que ve en este caso un simple supuesto de aplicación del principio *iura curia novit*. No se trata aquí de que el juez aplique el derecho que cuadre a los hechos probados, cualquiera sea la norma invocada por las partes; porque aquí no se plantea una cuestión de derecho sino de hecho. Se trata de saber si puesto que no se ha operado la prescripción larga, se ha operado al menos otra breve.

Y ésta es una cuestión de hecho, cuya solución depende también de pruebas que las partes no tienen necesidad de aportar al expediente, mientras esa prescripción no haya sido invocada (ver nota 4).

1116/1148

1148.— ¿Qué ocurre si el demandado se limita a oponer la prescripción, sin indicar término, ni disposición legal en que se funda? Según la doctrina predominante a que nos hemos referido en el párrafo anterior, la solución es clara: si el juez puede hacer uso de una prescripción distinta de la invocada, a fortiori podrá aplicar la que estime corresponder, cuando no se ha invocado ninguna norma expresa. Admitiendo la solución contraria, habría que reconocer al acreedor el derecho a exigir que se determine la prescripción que se opone; y si no se hace uso de ese derecho, está claro que el acreedor tendrá que defenderse contra cualquier supuesto de prescripción, quedando el juez autorizado a declarar aquella que a su juicio cuadre (ver nota 5).

1116/1149

1149. CUÁNDO DEBE SER OPUESTA LA PRESCRIPCIÓN.— El art. 3962 Ver Texto

establecía que la prescripción puede oponerse en cualquier instancia, y en todo estado del juicio anterior al tiempo en que las sentencias hayan pasado en autoridad de cosa juzgada; pero ante los tribunales superiores no puede oponerse, sin no resulta probada por instrumentos presentados, o testigos recibidos en primera instancia. Esta disposición no era razonable. La prescripción, como cualquier defensa de fondo, debe oponerse al trabarse la litis: es lo que exige la lealtad procesal y la clara determinación ab initio de las cuestiones implicadas en el pleito. De lo contrario se expone al actor al riesgo de seguir un largo pleito, con todos los gastos consiguientes, para encontrarse de pronto, cuando ya el éxito parecía al alcance de su mano, que lo pierde por una defensa introducida al final del juicio. Por ello, la ley 17711 reemplazó aquel texto por el siguiente: la prescripción debe oponerse al contestar la demanda o en la primera presentación en el juicio que haga quien intente oponerla.

Cabe preguntarse: ¿qué debe entenderse por “primera presentación en juicio”? La cuestión consiste en saber si una presentación anterior a la contestación de la demanda (por ejemplo, para oponer excepciones de previo y especial pronunciamiento o presentándose por parte por cualquier motivo) obliga al demandado a plantear la prescripción en esa oportunidad o si, no obstante esa presentación, puede oponerse esta defensa hasta el momento de contestar la demanda o en la primera presentación posterior a ésta.

La cuestión es dudosa. En favor de la primera solución puede aducirse que en definitiva lo que se ha querido es que en el momento de plantearse las defensas de fondo, que es el de la contestación de la demanda, se plantee también la prescripción; y que, en caso de duda, es preferible inclinarse por la solución que no implica la pérdida de un derecho.

Pero los argumentos en favor de la tesis contraria no son menos importantes. En primer lugar, la ley habla de la “primera presentación”; tales términos parecen inequívocos y, en principio, hay que atenerse a ellos. Además, admitir que pueda plantearse la prescripción después que la parte se ha presentado a juicio, puede llevar a la siguiente situación: que presentado el demandado antes de contestar la demanda, luego no la conteste y se prolongue así la incertidumbre sobre las defensas que ha de esgrimir hasta el momento de la sentencia definitiva. Y que en segunda instancia, cuando el actor ha hecho todo el esfuerzo y los gastos del juicio, se encuentre ante esa defensa. La cuestión es, por lo tanto, dudosa y ha originado pronunciamientos contradictorios (ver nota 6). Pero en lo que atañe a los tribunales nacionales, ha quedado zanjada por la reforma introducida por la ley 22434 al art. 346 Ver Texto del Código Procesal para la Justicia nacional, que permite oponer la prescripción hasta la contestación de la demanda aunque exista presentación previa (ver nota 7).

1116/1150

1150.— Puede ocurrir que el demandado no se presente a contestar la demanda y el juicio

se siga en su rebeldía. ¿Puede luego oponer la prescripción? En lo que atañe a la Capital Federal y demás Tribunales Nacionales, la cuestión ha quedado también resuelta por el art. 346 Ver Texto , Código Procesal (ref. por ley 22434 ), que dispone que el rebelde no puede oponer la prescripción después de contestada la demanda, salvo que demuestre que ha incurrido en rebeldía por causas que no hayan estado a su alcance superar. Es, nos parece, la solución correcta, que debería generalizarse en los tribunales de todo el país (ver nota 8).

1116/1151

1151.— En el juicio ejecutivo la prescripción debe ser alegada al oponer excepciones (ver nota 9). Pero hay que agregar que como la sentencia ejecutiva no tiene carácter de cosa juzgada, quien ha sido ejecutado tiene la facultad de plantear la prescripción por vía de acción en el juicio ordinario subsiguiente (ver nota 10).

1116/1152

1152.— ¿Puede oponerse la prescripción al interponer el recurso extraordinario o el de la inaplicabilidad de la ley? Desde ya que frente a la reforma del art. 3962 Ver Texto , la cuestión ha perdido gran parte de su interés porque es muy poco probable que la primera intervención del demandado en el juicio sea con motivo de la interposición de estos recursos. Pero como la posibilidad existe, es necesario considerar lo resuelto por la jurisprudencia antes de la reforma.

La Corte Suprema de la Nación ha rechazado la excepción de prescripción opuesta al plantearse el recurso extraordinario, fundada en dos motivos esenciales: que la prescripción es cuestión de derecho común, ajena al recurso extraordinario y que este recurso sólo permite rever las cuestiones debatidas en la instancia ordinaria del juicio (ver nota 11).

Con relación al recurso de inaplicabilidad de la ley, la jurisprudencia de la Suprema Corte de Buenos Aires ha seguido la siguiente evolución: en una primera etapa, se admitía la defensa de prescripción opuesta al sustanciarse el recurso, pero como el tribunal sólo podía decidir sobre cuestiones ya debatidas en los tribunales inferiores, enviaba el expediente a la Cámara para que resolviera sobre la nueva defensa planteada (ver nota 12). A partir de 1948 se modificó esta jurisprudencia. Decidió que la prescripción no puede ser opuesta ante la Corte y que tampoco es procedente volver el juicio a los tribunales de instancia, porque éstos no tienen facultades para rever sus pronunciamientos (ver nota 13).

1116/1153

1153. QUIÉNES PUEDEN Oponer LA PRESCRIPCIÓN.— La prescripción no sólo puede ser opuesta por el deudor, sino también por cualquier interesado y, particularmente, por los acreedores (art. 3963 Ver Texto ). Más aún: ellos pueden hacerla valer a pesar de la renuncia expresa o tácita del deudor (art. citado).

El acreedor que opone la prescripción ante la inactividad o silencio de su deudor (deudor también de una obligación prescripta) obra en ejercicio de la acción oblicua. Pero si el deudor ha renunciado ya expresa o tácitamente a la prescripción, sus acreedores pueden hacer valer esta defensa por vía de la acción pauliana o revocatoria (ver nota 14). Por consiguiente, la revocación de la renuncia sólo podrá decretarse si se dan las condiciones de procedencia de dicha acción: será indispensable que la renuncia provoque o agrave la insolvencia del deudor y que el crédito en virtud del cual se intenta la acción sea de fecha anterior al acto impugnado (ver nota 15) (art. 962 Ver Texto ; véase Tratado de Derecho Civil, Parte General, t. 2, núms. 1202 y s.); y si la renuncia a la prescripción hubiese sido onerosa, será también necesario probar el *consilium fraudis* (art. 968 Ver Texto ).

Todas estas exigencias juegan, como se ha dicho, respecto de los acreedores, no así respecto de otros interesados, tales como el fiador, el codeudor solidario. El fiador puede oponer todas las excepciones que atañen a su deudor aun contra la voluntad de éste (art. 2021 Ver Texto ), por lo cual la renuncia que haga el deudor de la prescripción no impide que el fiador la haga valer (art. 2022 Ver Texto ). El codeudor solidario, a su turno, puede oponer todas las excepciones que sean comunes a todos los codeudores (art. 715 Ver Texto ). Ellos no obran por vía de acción revocatoria, sino en virtud de una acción personal y directa que les brinda la ley en virtud de su carácter de fiadores o codeudores solidarios.

1116/1154

1154.— Parecería que la renuncia a una prescripción debiera escapar a la acción pauliana, porque en verdad el que renuncia cumple con un deber de conciencia y, como tal, su conducta es plausible. Pero si bien se mira el problema, lo cierto es que el deudor insolvente que renuncia a una prescripción está haciéndolo en perjuicio de otros acreedores. En definitiva serán éstos y no él quienes carguen con el peso de su conducta. Así, ésta deja de ser valiosa del punto de vista moral (véase Tratado de Derecho Civil, Parte General, t. 2, n° 1216, texto y nota 1571); y, por lo tanto, la renuncia de la prescripción no escapa a la acción pauliana.

(nota 1) La doctrina según la cual la prescripción no se opera de pleno derecho, que en nuestra legislación tiene a nuestro juicio un claro apoyo en el art. 3964 Ver Texto , es compartida por la mayoría de los autores: SALVAT, n° 2286, y su anotador GALLI, n° 2286, a; COLMO, n° 913; REZZÓNICO, 9ª ed., p. 1198; BUSSO, t. 3, p. 354, n° 164; MACHADO, t. 2, p 180; BIBILONI, nota al art. 3389 del Anteproyecto; CAZEAUX y

TRIGO REPRESAS, Obligaciones, t. 2, vol. 2, p. 511. En contra, sosteniendo que la prescripción opera de pleno derecho: BARRAQUERO, Del efecto ipso jure de la prescripción liberatoria, J. A., 1952-I, p. 285; SPOTA, t. 10, núms. 2172 y s.; y LLAMBÍAS, Obligaciones, t. 3, n° 2121.

(nota 2) C. Civil Cap., Sala A, 4/8/1970, L. L., t. 143, p. 32, con nota aprobatoria de RUSSO (el tribunal aceptó un plazo más largo, siendo que se invocó uno más breve); Sala D, 27/12/1956, L. L., t. 86, p. 98; Sala B, 14/11/1966, L. L., t. 126, p. 152; C. Civil 2ª Cap., 17/4/1941, J. A., t. 74, p. 526; C. Fed. Cap., 3/7/1933, J. A., t. 42, p. 978; íd., 31/10/1947, L. L., t. 49, p. 187; C. Com. Cap., 30/12/1942, L. L., t. 29, p. 309; C. Fed. Cap., Sala I, 11/12/1990, E. D., fallo n° 43.448; Sup. Corte Buenos Aires, 21/6/1955, J. A., 1956-I, p. 172; C. Apel. Rosario, 16/3/1945, J. A., 1945-IV, p. 65; Sup. Trib. Entre Ríos, 4/10/1954, J. A., 1955-III, p. 316, con nota de SALAS, que disiente. De acuerdo: SPOTA, t. 10, n° 2172 ter; MACHADO, t. 11, p. 70; COLMO, n° 913; ACUÑA ANZORENA, El principio iura curia novit y su aplicabilidad en materia de prescripción, L. L., t. 70, p. 870; ALCONADA ARAMBURÚ, Prohibición de aplicar de oficio la prescripción liberatoria, J. A., 1951-II, p. 80; LLAMBÍAS, Obligaciones, t. 3, n° 2122. Empero, algunos fallos en disidencia han resuelto que no puede declararse otra prescripción que la opuesta: C. Civil 1ª Cap., 27/2/1924, J. A., t. 12, p. 118; C. Civil 2ª Cap., 15/11/1938, L. L., t. 12, p. 750; C. Apel. 1ª La Plata, 28/3/1950, J. A., 1950-III, p. 319.

(nota 3) GALLI, en SALVAT, núms. 2289, c. y s.; de acuerdo: SALAS, La prescripción y el adagio iura novit curia, J. A., 1955-III, p. 316.

(nota 4) Así lo hace notar SALAS, artículo citado en nota anterior.

(nota 5) En este sentido: GALLI, en SALVAT, n° 2289, f.

(nota 6) De acuerdo con nuestra tesis: C. Civil Cap., en pleno, 14/4/1976, L. L., 1976-B, p. 285 y E. D., t. 67, p. 311 (dejado sin efecto por el plenario citado en nota siguiente); C. Civil Cap., Sala C, 17/5/1970, E. D., t. 32, p. 730 (se trataba de un escrito en el que el demandado se presentaba por parte y pedía ampliación del término para contestar la demanda); Sup. Corte Buenos Aires, 24/4/1973, E. D., t. 50, p. 559 y J. A., t. 20, 1973, p. 573 (escrito presentándose por parte y recurriendo del traslado de la demanda). En contra; C. Civil Cap., Sala D, 6/7/1972, E. D., t. 44, p. 279; MOISSET DE ESPANÉS, La oportunidad para hacer valer la prescripción y el derecho transitorio, J. A., diario del 15/7/1975; LLAMBÍAS, Obligaciones, t. 3, n° 2123.

(nota 7) C. Civil Cap., en pleno, E. D., t. 140, p. 728.

(nota 8) En nuestra 6ª edición habíamos sostenido la opinión opuesta, pero una nueva reflexión nos mueve a cambiar de criterio.

(nota 9) Esta era la solución predominante aun antes de la reforma: C. Civil 1ª Cap., 26/4/1926, J. A., t. 19, p. 780; C. Com. Cap., Sala B, 27/12/1957, L. L., t. 91, p. 530; C. Com. Cap., 29/3/1939, J. A., t. 65, p. 909; C. Apel. La Plata, 9/5/1947, J. A., 1947-II, p. 447; S. C. Tucumán, 7/12/1951, L. L., t. 67, p. 546; ALSINA, Tratado de derecho procesal, t. 3, p. 200, n° 44; FERNÁNDEZ, Código de procedimientos comentado, p. 417, nota 35; JOFRE, t. 4, p. 66. En contra, es decir, por la aplicación del art. 3962 Ver Texto también al juicio ejecutivo: C. Civil 2ª Cap., 3/11/1930, J. A., t. 34, p. 830; Sup. Trib. San Luis, 26/10/1944, J. A., 1945-I, p. 591.

(nota 10) Sup. Corte Buenos Aires, 1/12/1939, L. L., t. 17, p. 87; C. 2ª Apel. La Plata, 9/10/1951, J. A., 1952-II, p. 149. En contra: C. Com. Cap., 30/10/1941, J. A., t. 76, p. 492 (pero hay que tener en cuenta que en este caso, el ejecutado había dado en pago la cantidad reclamada).

(nota 11) C. S. N., 5/11/1928, J. A., t. 28, p. 771. En igual sentido se ha pronunciado la C. S. Mendoza con relación al recurso extraordinario abierto al solo efecto de asegurar la supremacía de la Constitución provincial (25/8/1944, J. A., 1944-IV, p. 454).

(nota 12) Sup. Corte Buenos Aires, 27/2/1920, Ac. y Sent. Serie 9, t. 6, p. 169; 13/12/1927, Ac. y Sent., Serie 12, t. 1, p. 299; 15/6/1941, Ac. y Sent., Serie 17, t. 9, p. 305 (fallos cit. por GALLI, en SALVAT, n° 2292, c., nota 564, c).

(nota 13) Sup. Corte Buenos Aires, 27/8/1948, L. L., t. 52, p. 223, con nota de ARGANARÁZ.

(nota 14) C. Civil 1ª Cap., 11/3/1942, J. A., 1942-II, p. 260; SALVAT, n° 2298, y su anotador GALLI, n° 2298, a; SPOTA, t. 10, n° 2177.

(nota 15) Coincidiendo con la opinión que sustentamos en el texto, se ha decidido que quien impugna la renuncia debe probar que experimenta un daño como consecuencia de ella (C. Civil 1ª Cap., 3/8/1942, L. L., t. 27, p. 827).

1116/10160

§ 5.— Renuncia a la prescripción



1116/1155

1155. PRINCIPIO LEGAL.— Puede renunciarse la prescripción ya ganada, pero no el derecho de prescribir para lo sucesivo. Este principio, consagrado por el art. 3965 Ver Texto , está plenamente justificado. Nada impide que una persona renuncie a oponer una prescripción cumplida o, más aún, pague una deuda prescripta. Está en sus atribuciones hacerlo; y para muchos, será incluso un deber de conciencia. Pero lo que no puede hacer es renunciar a oponer la prescripción futura. Para emplear palabras del mismo VÉLEZ SARSFIELD, ello significaría derogar por pactos una ley que interesa al orden público y autorizar convenciones que favorecen el olvido de los deberes de un buen padre de familia, fomentando la incuria en perjuicio de la utilidad general; si se permitiesen tales renunciaciones, vendrían a ser de estilo en los contratos, con lo que se burlaría el fundamento de la institución (nota al art. 3965 Ver Texto ).

1116/1156

1156. NATURALEZA JURÍDICA.— Nuestro Código habla de remisión o renuncia de la prescripción (ver nota 1), utilizando una terminología generalizada en la legislación y la doctrina. Es, a nuestro juicio, una terminología inadecuada. No se trata de la renuncia a un derecho adquirido, incorporado ya al patrimonio del deudor, porque la obligación no puede considerarse prescripta mientras la prescripción no se haya opuesto. Se trata más bien de una decisión de no hacer valer esa defensa. No hay propiamente un derecho que se renuncia; hay una facultad que caduca como consecuencia de actos que revelan la voluntad de no ejercerla.

La cuestión no es meramente terminológica. Si se tratara de una verdadera renuncia, sería aplicable el art. 875 Ver Texto , según el cual la renuncia puede ser retractada mientras no haya sido aceptada (ver nota 2). Pero no es así. Se acepta algo que se ofrece. Aquí nadie ofrece nada. El deudor no hace otra cosa que conducirse como quien está dispuesto a pagar lo que debe. Y desde que realiza actos que ponen de manifiesto esa intención, se produce la caducidad de su facultad de oponer la prescripción. Tampoco el acreedor acepta nada. Se limita a conducirse como titular de un derecho y a ejercer ese derecho.

1116/1157

1157. CAPACIDAD; LEGITIMACIÓN.— Para renunciar a la prescripción se necesita capacidad para enajenar (art. 3965 Ver Texto ). No se trata de la capacidad de disponer a título gratuito, sino sólo de enajenar. Es necesario concluir, por lo tanto, que el cónyuge que carece de atribuciones para donar sus bienes inmuebles gananciales sin autorización del otro cónyuge (véase Tratado de Derecho Civil, Familia, 9ª ed., t. 1, nº 388), tiene, no

obstante ello, facultad para renunciar a la prescripción en lo que atañe a dichos bienes (ver nota 3).

En cuanto a los menores emancipados, ellos tienen capacidad para renunciar a la prescripción de los derechos de que pueden disponer libremente, pero no de aquellos para cuya disposición se requiere la autorización del cónyuge o del juez o menos aún, de aquellos de que no pueden disponer en ningún caso (arts. 131 Ver Texto y 134 Ver Texto ) (ver nota 4).

1116/1158

1158.— Para que el mandatario pueda renunciar a la prescripción adquirida por su mandante, se requieren poderes especiales (art. 1881 Ver Texto , inc. 3°).

Los tutores y curadores no pueden renunciar a la prescripción, ni aun con autorización judicial. Esta solución surge por aplicación analógica del art. 450 Ver Texto , inc. 6°, que les prohíbe hacer remisión voluntaria de los derechos de sus pupilos. Aunque, ya lo hemos dicho, no hay aquí propiamente una remisión de derechos, lo cierto es que la analogía es evidente: en ambos casos hay abdicación voluntaria y gratuita de una facultad legal (ver nota 5). Pero si la renuncia hubiere sido negociada y se hiciera a cambio de una contraprestación, es indudable que el representante legal podría hacerla con autorización del juez. Iguales soluciones son aplicables a los padres (ver nota 6).

Pero puede ocurrir que los padres, tutores o curadores se limiten a no oponer la prescripción y que tampoco lo haga el Ministerio de Menores. En tal caso, los jueces no podrían declararla de oficio y el incapaz vería definitivamente perdido su derecho a oponerla; pero le queda una acción de daños y perjuicios contra su representante legal (ver nota 7).

1116/1159

1159. FORMA.— La llamada renuncia a la prescripción no es un acto formal. Puede ser expresa, pero difícilmente se concibe que lo sea, a menos que se trate de una renuncia negociada y onerosa. Ordinariamente, la “renuncia” resultará de actos que revelan el propósito del deudor de no acogerse a los beneficios de la prescripción. Se ha considerado suficiente para tener por operada la caducidad del derecho a oponer la prescripción, el reconocimiento de deuda y la promesa de pago (ver nota 8), el pago parcial (ver nota 9) (bien entendido que debe tratarse del pago parcial de una obligación aún no prescripta, porque si el término de la prescripción hubiera ya corrido, el pago parcial de la obligación natural no significa renuncia a la prescripción del resto de la deuda, ni obligación de pagarla) (ver nota 10), el pedido de plazo para pagar la deuda prescripta (ver nota 11), la

conformidad del deudor para que se reinscriba la hipoteca (ver nota 12), la verificación del crédito con la conformidad del síndico y de los acreedores (ver nota 13).

En cambio, no significan “renuncia” a oponer la prescripción las propuestas de arreglo hechas por el deudor (ver nota 14); el pago efectuado bajo protesta (ver nota 15); la incomparecencia a absolver posiciones, aunque de las posiciones puestas pueda resultar que el deudor había reconocido la deuda (ver nota 16); el no haber opuesto la excepción en el juicio ejecutivo, pues ella puede oponerse mientras no haya sentencia definitiva, lo que significa que puede hacerla valer en el juicio ordinario posterior (ver nota 17).

1116/1160

1160. CLÁUSULAS QUE MODIFICAN EL PLAZO DE PRESCRIPCIÓN.— ¿Pueden las partes, en sus convenciones privadas, modificar los plazos legales de la prescripción? De lo que no cabe duda, es de que no pueden alargarlos; las mismas razones que abonan la imposibilidad de renunciar a una prescripción futura, pueden hacerse valer para rechazar estas cláusulas, porque bastaría a las partes fijar términos muy dilatados de prescripción, para originar una incertidumbre análoga a la que se derivaría de la renuncia a la prescripción futura. Se ha dicho ya que esta institución tiene un fundamento de orden público, que se vería burlado por plazos más extensos que los legales.

Si sobre esta cuestión no existen dudas, en cambio se discute la legitimidad de las cláusulas que abrevian los plazos legales de prescripción.

Según una opinión muy difundida de nuestra doctrina y jurisprudencia (ver nota 18), tales cláusulas son legítimas. Esta postura se funda en el siguiente raciocinio: los plazos de prescripción son un equitativo equilibrio entre el interés individual del acreedor de contar con un término razonable para ejercer su derecho y el interés social en no prolongar excesivamente la incertidumbre en las relaciones jurídicas. Por ello no pueden prolongarse: ello chocaría con un interés social. Pero nada impide que el acreedor disponga de su derecho reduciendo el beneficio de un plazo prolongado.

Es un razonamiento vicioso. El problema de los plazos de prescripción puede ser presentado como un conflicto entre dos intereses privados (el del deudor y el del acreedor) o bien entre dos intereses de orden público: no prolongar la incertidumbre sobre el ejercicio de los derechos y no coartar ese ejercicio más allá de lo razonable. Los plazos de prescripción son la solución legal de ese conflicto, marcan el justo medio. Todo acortamiento o prolongación afecta el equilibrio del sistema y debe ser repudiado. La abreviación de los plazos resulta particularmente peligrosa en los contratos de adhesión, en los que una de las partes impone todas las condiciones del contrato, que la otra debe aceptar o rechazar en bloque; de ahí puede derivar un abreviación abusiva de prescripción.

No es extraño, pues, que la tendencia del derecho moderno sea la de prohibir toda modificación convencional de los términos de la prescripción, sea para ampliarlos o abreviarlos (ver nota 19); esta tendencia cuenta en nuestra doctrina con importantes apoyos (ver nota 20) y ha sido consagrada por un plenario de la Cámara Comercial de la Capital (ver nota 21).

En materia laboral, la ley 17709 declaró que el plazo de prescripción es de orden público y no puede ser modificado por convenio individual o colectivo; y aunque esta ley quedó derogada por la 20744 que no contiene ninguna disposición especial sobre este punto, es claro que la solución se mantiene pues son nulas y sin valor las convenciones que supriman o reduzcan los derechos previstos en la ley (art. 12 Ver Texto ). También prohíbe expresamente la abreviación de los plazos de prescripción la ley 17418 sobre seguros (art. 59 Ver Texto ).

(nota 1) En el art. 3965 Ver Texto se habla de remisión; en los arts. 3963 Ver Texto y 1881 Ver Texto , inc. 3º, y en la nota al art. 3965 Ver Texto , de renuncia.

(nota 2) En efecto, así lo sostiene GALLI, en SALVAT, nº 2303. En cambio, sostienen que la renuncia a la prescripción es un acto unilateral que no exige la aceptación del acreedor; SALVAT, nº 2302; SPOTA, t. 10, nº 2175; BAUDRY LACANTINERIE y TISSIER, nº 83.

(nota 3) De acuerdo: SPOTA, t. 10, nº 2176. Este autor se refiere al supuesto de la mujer que dona bienes propios, lo que estaba prohibido por la ley 11357, art. 3º Ver Texto , inc. 2º, disposición que nosotros consideramos derogada por la Convención de Bogotá. Pero, claro está, su opinión es perfectamente aplicable al supuesto al cual nos referimos en el texto, porque la prohibición que pesa sobre cualquiera de los cónyuges para donar inmuebles gananciales sin el consentimiento del otro cónyuge, es exactamente de la misma naturaleza que la prohibición que la ley 11357 hacía pesar sobre la mujer casada con relación a la donación de sus bienes propios, que sólo podía hacer con la autorización del marido.

(nota 4) Antes de la sanción de la ley 17711 habíamos sostenido una solución distinta. Véase 1ª edición, nº 1157.

(nota 5) C. Civil 1ª Cap., 9/10/1920, J. A., t. 5, p. 359; Sup. Corte Buenos Aires, 11/8/1953, J. A., 1954-I, p. 90; C. Fed. Rosario, 26/8/1947, L. L., t. 48, p. 142; SPOTA, t. 10, nº 2176; SALVAT, nº 2305.

(nota 6) C. S. N., 11/6/1948, L. L., t. 52, p. 123; C. Fed. Rosario, 26/8/1947, L. L., t. 48, p. 142; SPOTA y SALVAT, loc. cit., en nota anterior.

(nota 7) SALVAT, n° 2305.

(nota 8) C. Com. Cap., 16/3/1943, G. F., t. 163, p. 164; C. Paz Let. Cap., 15/11/1941, G. P., t. 41, p. 33; S. C. Tucumán, 30/4/1947, L. L., t. 49, p. 608. En contra, negando el significado de renuncia a la prescripción, al reconocimiento de deuda; C. Com. Cap., 14/8/1943, J. A., 1943-III, p. 891; C. Apel. 2ª La Plata, 28/3/1952, J. A., 1952-II, p. 370 (con voto del doctor LEGÓN); C. Apel. Rosario, 12/6/1942, L. L., t. 27, p. 248 (fallo este último en que se reconoce el efecto interruptivo de la prescripción surgido del reconocimiento hecho durante el curso de la prescripción, pero no le atribuye el valor de renuncia si la prescripción está ya ganada).

(nota 9) C. Apel. 2ª La Plata, 23/5/1947, L. L., t. 47, p. 3.

(nota 10) C. Civil 1ª Cap., 29/10/1936, J. A., t. 56, p. 210; C. Com. Cap., 9/10/1933, J. A., t. 43, p. 1166; íd., 14/8/1943, J. A., t. 1943-III, p. 891; C. Paz Cap., 6/9/1937, J. A., t. 59, p. 998.

(nota 11) S. C. San Juan, 6/2/1941, L. L., t. 23, p. 901.

(nota 12) C. Civil 2ª Cap., 24/7/1944, L. L., t. 35, p. 455.

(nota 13) C. Civil 2ª Cap., 26/11/1945, L. L., t. 40, p. 941.

(nota 14) C. Apel. 2ª La Plata, 29/5/1928, J. A., t. 27, p. 885.

(nota 15) SALVAT-GALLI, t. 3, n° 2306; LLAMBÍAS, Obligaciones, t. 3, n° 2129.

(nota 16) C. Civil 2ª Cap., 2/3/1943, J. A., 1943-I, p. 804; C. Apel. Rosario, 12/6/1942, L. L., t. 27, p. 249. En contra: C. Com. Cap., 15/12/1937, L. L., t. 9, p. 4.

(nota 17) Sup. Corte Buenos Aires, 1/2/1939, L. L., t. 17, p. 87; C. Apel. 2ª La Plata, 9/10/1951, J. A., 1952-II, p. 149; íd., 18/9/1939, L. L., t. 16, p. 1214. En contra: C. Civil 2ª Cap., 7/12/1939, L. L., t. 6, p. 1202.

(nota 18) C. Civil 1ª Cap., 2/5/1941, J. A., t. 74, p. 495; C. Com. Cap., Sala B, 24/8/1955, L. L., t. 80, p. 365; C. Paz Cap. 11/7/1956, L. L., t. 83, p. 517; Sup. Corte Buenos Aires, 16/6/1964, E. D., t. 14, p. 317; íd., 23/7/1963, E. D., t. 9, p. 893; C. Apel. Rosario, 21/9/1945, L. L., t. 40, p. 778; SALVAT, n° 2310; COLMO, n° 906 y 908; LAFAILLE, Curso de obligaciones, t. 1, n° 937; BUSSO, t. 1, p. 207, n° 145; CASTILLO, Curso de derecho comercial, t. 4, n° 140; SPOTA, si bien adhiere a este criterio, hace la salvedad de la invalidez de las abreviaciones que puedan colocar a una de las partes en una situación de indefensión o imposibiliten o dificulten deducir la pretensión referente al hecho extintivo legalmente producido; el ejercicio abusivo, persiguiendo finalidades antisociales, de la libertad jurídica de contratar, debe impedirse (t. 10, n° 2178).

De acuerdo con todas las referencias señaladas en este número entre prescripción y caducidad, C. Civil Cap., Sala A, 1/3/1990, E. D., fallo n° 42.420.

(nota 19) Esta es la solución del Código italiano, art. 293; del Código suizo de las obligaciones, art. 129; del Código polaco, art. 274. Es también la solución propuesta por BIBILONI, art. 3397, por el Proyecto de 1936, art. 308, y por el Anteproyecto de 1954, art. 307. En cambio, el Código alemán permite abreviar el plazo (art. 225).

(nota 20) FARGOSI, La ilicitud de los pactos de abreviación de los plazos de prescripción, J. A., 1960-VI, p. 657; FERNÁNDEZ, Código de Comercio comentado, t. 3, p. 638; MALAGARRIGA, Código de Comercio comentado, t. 5, n° 421; GARO, Compraventa, t. 1, n° 347; REZZÓNICO, 9ª ed., p. 1205, nota 66; MACHADO, t. 11, p. 27; RIVAROLA, Tratado de derecho comercial, t. 5, n° 1684; DÍAZ DE GUIJARRO, La abreviación convencional del término de la prescripción, J. A., t. 22, p. 419; HALPERIN, nota en L. L., t. 5, p. 516. En la doctrina francesa siguen este criterio PLANIOL-RIPERT, t. 7, n° 1349; JOSSERAND, t. 2, vol. 1, n° 991.

(nota 21) C. Com. Cap., en pleno, 27/11/1950, J. A., 1960-VI, p. 657, y L. L., t. 96, p. 674. En igual sentido: C. Fed. Cap., 12/4/1939, L. L., t. 15, p. 334, y J. A., t. 66, p. 60, con nota de VITERBO.

1116/10170

## § 6.— Caducidad

1116/1161

1161. CONCEPTO Y NATURALEZA.— La caducidad como concepto distinto de la prescripción, es una idea moderna, desconocida en el derecho romano. Todavía hoy es una

noción poco precisa. No es fácil dar un concepto claro de caducidad. Como en la prescripción liberatoria, aquí hay también la pérdida de un derecho como consecuencia de la inacción del titular durante el término fijado por la ley. ¿En qué consiste la diferencia? Algunos autores, como, por ejemplo, BAUDRY LACANTINERIE Y TISSIER (ver nota 1) han negado que la haya; pero la doctrina moderna es casi unánime en admitir que se trata de instituciones distintas.

Aunque sutil y en muchos casos difusa, la diferencia existe:

a) La prescripción extingue la acción, pero la obligación permanece como natural; la caducidad afecta el derecho mismo.

b) La prescripción resulta siempre y exclusivamente del transcurso del tiempo; la caducidad, aunque generalmente se opera también por el transcurso del tiempo, suele resultar de actos positivos del titular del derecho (ver nota 2). Así, por ejemplo, la acción por nulidad del matrimonio en caso de error, dolo o violencia, caduca si ha habido cohabitación después de treinta días de conocido el error o cesada la violencia (art. 220 Ver Texto , inc. 4º). Es decir, la caducidad requiere no sólo el transcurso del tiempo, sino también un acto positivo del cónyuge (la cohabitación). El derecho a arrepentirse de un contrato en el cual se ha dado señal, caduca cuando una de las partes realiza actos que significan principio de ejecución (ver nota 3). En este supuesto, no juega el transcurso del tiempo sino solamente la conducta del interesado.

c) El término de prescripción resulta siempre de la ley, en tanto que el de caducidad puede ser fijado también por el contrato o por disposición de última voluntad (ver nota 4).

d) La prescripción puede ser renunciada y debe ser alegada por la parte interesada; la caducidad es irrenunciable y puede y debe ser aplicada de oficio cuando en el problema juega un interés de orden público (ver nota 5).

e) Las causas de la suspensión de la prescripción no juegan en caso de caducidad (ver nota 6).

f) La caducidad tiene por objeto consolidar ciertos derechos o situaciones legales que la ley mira con simpatía y que está interesada en amparar; de ahí que los plazos de caducidad sean generalmente brevísimos. En cambio, al fijar un plazo para la prescripción liberatoria el legislador guarda una posición neutral; no se propone proteger al deudor en perjuicio del acreedor, sino simplemente poner en orden sus relaciones jurídicas.

(nota 1) Prescripción, núms. 36 y s.

(nota 2) SPOTA, t. 10, nº 2271.

(nota 3) La C. Civil Cap., Sala A, ha dicho que éste es un supuesto de caducidad del derecho: 20/5/1964, L. L., t. 115, p. 236, y E. D., t. 8, p. 502.

(nota 4) SPOTA, t. 10, nº 2271; LLAMBÍAS, Parte General, nº 214; GIORGI, t. 8, p. 338.

(nota 5) C. Civil Cap., Sala A, 12/7/1960, J. A., 1961-VI, p. 449; Sala E, 21/3/1961, J. A., 1961-V, p. 372.

(nota 6) C. Civil Cap., Sala A, 12/7/1960, J. A., 1961-V, p. 449; C. Fed. Cap., 2/8/1977, E. D., t. 76, p. 188. La doctrina es unánime.

1116/10180

## FUENTES DE LAS OBLIGACIONES. DE LOS CONTRATOS EN GENERAL

1116/10190

## CAPÍTULO VIII - DE LOS CONTRATOS EN GENERAL (ver nota 1)

1116/10200

§ 1.— Concepto

1116/1162

1162. DEFINICIÓN.— Según el art. 1137 Ver Texto , hay contrato cuando varias personas se ponen de acuerdo sobre una declaración de voluntad común, destinada a reglar sus derechos.



Cabe preguntarse si contrato y convención son sinónimos en la terminología jurídica. Del punto de vista etimológico contrato deriva de contraer (obligaciones); parece apropiado, por consiguiente, circunscribir este concepto a los acuerdos de voluntades cuyo objeto es crear o modificar obligaciones entre las partes. Convención, en cambio, comprende todo acuerdo destinado a crear, modificar, transferir o extinguir derechos y obligaciones; éste sería el género, contrato la especie. En este sentido se pronuncian algunos de los autores citados por VÉLEZ en la nota al art. 1137 Ver Texto (FREITAS, AUBRY Y RAU) y es la idea del Código Napoleón (art. 1101) y de POTHIER, que también le sirvieron de fuente. Pero VÉLEZ se inclinó en definitiva por el concepto de SAVIGNY, de MAYNZ y DOMAT, también citados en dicha nota, para los cuales contrato y convención jurídica son términos equivalentes.

¿Está limitado en nuestro Código el concepto de contrato a las convenciones que tienen un contenido patrimonial? La cuestión se plantea porque el art. 1169 Ver Texto establece que la prestación objeto de un contrato, puede consistir en la entrega de una cosa o en el cumplimiento de un hecho positivo o negativo susceptible de una apreciación pecuniaria. Pero adviértase que la norma citada dice puede y no debe. Por ello pensamos que el mencionado artículo no limita el concepto de contrato a las convenciones de carácter patrimonial; en todo caso habría una colisión entre los arts. 1137 Ver Texto y 1169 Ver Texto, que a nuestro juicio debe resolverse en el sentido amplio que le asigna al concepto de contrato la norma en la cual se lo define, que es el art. 1137 Ver Texto. Pero también es verdad que en la terminología corriente, la expresión contrato se reserva a los negocios de contenido patrimonial, en tanto que convención se aplica no sólo a los negocios patrimoniales sino también a los extrapatrimoniales.

Por lo demás, la cuestión sólo tiene un interés de técnica jurídica y, aun así, muy limitado. El nombre con que se designa un concepto o institución jurídica es, en el fondo, una cuestión convencional, que no hace al concepto mismo.

Bien entendido que cuando hablamos de convención nos referimos a la que tiene carácter jurídico, es decir, aquella que tiene por objeto reglar los derechos de las partes y no a la convención simple o no jurídica, que es un acuerdo de partes sobre relaciones ajenas al campo del Derecho, como puede ser un acuerdo para jugar un partido de pelota o para formar un conjunto de música entre aficionados.

1116/1163

1163.— Dice el art. 1137 Ver Texto que hay contrato cuando varias personas se ponen de acuerdo sobre una declaración de voluntad común; lo que está en la esencia del contrato es, en efecto, la coincidencia de varias voluntades. Pero ello no excluye la peculiar figura del

autocontrato, en que una misma persona hace la oferta y la acepta (véase nº 1196).

Agreguemos, finalmente, que puede haber una declaración de voluntad común que no implique contrato. Ello ocurre, por ejemplo, cuando los condóminos de un inmueble se ponen de acuerdo para ofrecerlo en venta a un tercero. La oferta supone una declaración de voluntad común pero no un contrato, porque ella (en cuanto oferta aún no aceptada) no crea, modifica ni extingue los derechos de los declarantes.

1116/1164

1164. MÉTODO DEL CÓDIGO CIVIL.— La Sección Tercera, del Libro Segundo lleva por título De las obligaciones que nacen de los contratos; en los primeros artículos se reúnen las disposiciones generales sobre contratos y luego se trata de los contratos en particular, entre los que se incluye la sociedad conyugal.

Lo más importante del método del Código es la reunión de las disposiciones comunes a todos los contratos en un título preliminar que constituye una verdadera teoría general de los contratos. Este título se ha separado del conjunto de las obligaciones en general, inspirándose en el Código francés y en FREITAS, criterio seguido luego por el Código Civil brasileño y el italiano.

En otros Códigos estas reglas comunes no están tratadas inmediatamente antes de los contratos, sino en la parte de las obligaciones en general, junto con las restantes fuentes (Código alemán, suizo); y ésta es la idea seguida en el Anteproyecto de BIBILONI y en el Proyecto de 1936, que nosotros adoptamos en el desarrollo de este Tratado.

Lo que no se justifica es que siguiendo el método del Código francés, el régimen de la sociedad conyugal se haya legislado en esta Sección; ésta es materia propia del derecho de familia y es allí donde encuentra su ubicación adecuada.

Por último, llama la atención que la evicción y los vicios redhibitorios no se hayan tratado en el Título I, relativo a los contratos en general, o en todo caso, en el contrato de compraventa que es donde tienen aplicación más frecuente, sino en los Títulos XIII y XIV de esta misma Sección, entre los contratos de renta vitalicia y de depósito, lo que no tiene sentido.

1116/10210

## § 2.— Evolución del contrato

1116/1165

1165. EL PROBLEMA DE LA VOLUNTAD Y EL CONTRATO.— Hemos dicho ya que el contrato es un acuerdo de voluntades capaz de crear, modificar o extinguir derechos. Ahora bien: ¿cuáles son los alcances y límites de la voluntad como poder jurígeno, o sea, como fuente de derechos y obligaciones? Este es un delicado problema que ha recibido diversas soluciones a lo largo del transcurso de la civilización humana. Y es actualmente uno de los problemas más vivos del derecho civil, puesto que tiene contactos con la economía y la política. Conviene por lo tanto detenerse en él y hacer una reseña histórica de su evolución.

1116/1166

1166. ANTECEDENTES HISTÓRICOS; EL DERECHO ROMANO. (ver nota 2)— En el derecho romano, primitivo, lo que nosotros designamos como contrato era el pactum o convenio. Contractus, por el contrario, derivaba de contrahere y se aplicaba a toda obligación contraída como consecuencia de la conducta humana, fuera lícita o ilícita, pactum o delictum. Sin embargo, el uso fue limitando la palabra contractus a los acuerdos de voluntad y ése es el significado que tiene ya en el derecho clásico.

Pero en Roma la voluntad nunca tuvo el papel soberano que más tarde adquiriría. No bastaba por ella misma; era indispensable el cumplimiento de las formas legales, la más importante y difundida de las cuales era la stipulatio. No era esto sólo una cuestión de prueba; primaba el concepto de que la mera voluntad no bastaba para crear obligaciones si no recibía el apoyo de la ley, para lo cual debían cumplirse las formalidades que ésta establecía. Fuera de los contratos formales, se reconocía la validez de los siguientes: los contratos reales, que eran cuatro (depósito, comodato, mutuo y prenda) y los consensuales, limitados también a cuatro (venta, arrendamiento, mandato y sociedad). Más tarde se fueron reconociendo otros pactos, pero se trataba siempre de pactos de contenido típico; vale decir, que se atendía más bien al interés económico-social de ciertos negocios y se les prestaba protección legal, no porque fueran solamente el fruto de un acuerdo de voluntades, sino porque eran socialmente útiles. En el derecho posclásico y justiniano se acordó también una acción contractual (la actio prescriptis verbis) para cualquier promesa y convención sinalagmática no típica (contratos innominados) siempre que una de las partes hubiera entregado la cosa o cumplido la prestación convenida; es decir, no bastaba el mero acuerdo de voluntades sino que era necesario probar el cumplimiento de la prestación. Una prueba más de que la obligatoriedad del contrato no dependía de la pura voluntad sino de la protección de ciertos intereses legítimos.

La pollicitatio era una promesa unilateral; mientras ella no era aceptada carecía de fuerza obligatoria salvo dos supuestos en que valía por sí misma: cuando era hecha en favor de una comuna o se trataba de consagrar una cosa a Dios. También aquí se ve claro que la obligatoriedad dependía más del interés protegido que de la pura voluntad.

1116/1167

1167. EL CONTRATO EN EL MOMENTO DE LA CODIFICACIÓN CIVIL.— El siglo XIX fue testigo de la máxima exaltación de la voluntad individual como poder jurígeno. El nuevo orden instaurado por la Revolución Francesa hizo concebir a sus teóricos la ilusión de una sociedad compuesta por hombres libres, fuertes y justos. El ideal era que esos hombres regularan espontáneamente sus relaciones recíprocas. Toda intervención del Estado que no fuere para salvaguardar los principios esenciales del orden público, aparecía altamente dañosa, tanto del punto de vista individual como social. Los contratos valían porque eran queridos; lo que es libremente querido es justo, decía FOUILLE. Esta confianza en el libre juego de la libertad individual, en el contractualismo, trascendió del derecho privado al público. La sociedad fue concebida como el resultado de un acuerdo entre los hombres. La obra fundamental de ROUSSEAU —una de las que mayor influencia haya tenido en el pensamiento político de su época— se llamó precisamente El Contrato Social.

El Código Napoleón recogió ese pensamiento y así ha podido decirse de él que es “un monumento levantado a la gloria de la libertad individual” (ver nota 3). En el art. 1134 Ver Texto dice: “las convenciones legalmente formadas sirven de ley para las partes”. VÉLEZ recogió esta idea en el art. 1197 Ver Texto , que modificó ligeramente, mejorándolo, el texto francés: Las convenciones hechas en los contratos forman para las partes una regla a la cual deben someterse como a la ley misma. Es el reconocimiento pleno del principio de la autonomía de la voluntad: el contrato es obligatorio porque es querido; la voluntad es la fuente de las obligaciones contractuales. Reina soberana en todo este sector del Derecho. No hay otras limitaciones que aquellas fundadas en un interés de orden público. Así, el art. 21 Ver Texto dispone que las convenciones particulares no pueden dejar sin efecto las leyes en cuya observancia estén interesados el orden público y las buenas costumbres; y el art. 953 Ver Texto establece que el objeto de los actos jurídicos no debe estar legalmente prohibido, ni ser contrario a las buenas costumbres, ni oponerse a la libertad de acciones o de conciencia ni perjudicar a terceros (disposición que el art. 1167 Ver Texto declara aplicable a los contratos). Salvado este interés de orden público, la voluntad contractual imperaba sin restricciones en nuestro Código.

1116/1168

1168. LA CRISIS DEL CONTRATO; SUS CAUSAS. (ver nota 4)— Uno de los fenómenos más notorios (y para muchos más alarmantes) del derecho contemporáneo, es la llamada

crisis del contrato. La voluntad ya no impera soberana como otrora; el Estado interviene en los contratos, modificando sus cláusulas, prorrogando su vigencia, forzando a veces a celebrarlos a pesar de la voluntad contraria de los interesados, o dispensándolos, otras, de cumplir sus promesas. Para muchos, ha dejado ya de ser una cuestión de honor el respeto por la palabra empeñada.

Muchas son las causas que han contribuido a desencadenar esta crisis. Ante todo, causas económicas. El reinado del contractualismo nace del supuesto de la libertad y la igualdad de las partes. Para que el contrato sea justo y merezca respeto, debe ser el resultado de una negociación libre. Pero la evolución del capitalismo ha concentrado cada vez mayores fuerzas en manos de pocos (sean particulares o empresas); la igualdad y la libertad subsisten hoy en el plano jurídico, pero tienden a desaparecer en el económico. Quien compra en nuestros días una máquina valiosa, un televisor, una radio, un automóvil, no discute con el industrial las condiciones del contrato; tampoco puede hacerlo quien adquiere algo en los grandes almacenes o quien toma un medio de transporte colectivo. El no tiene sino una opción: lo toma o lo deja. Y si lo necesita, lo toma, por más inconvenientes que sean las condiciones del contrato. No hay igualdad entre el dueño de una gran industria y el obrero que suscribe con él un contrato de trabajo; la plena libertad para que ambos concluyan las condiciones que les plazca, no puede sino tener como resultado el sometimiento del obrero al arbitrio del patrón. Una exigencia de justicia reclama la intervención del Estado para evitar el aprovechamiento de una parte por la otra. No se cree ya que lo libremente querido sea necesariamente justo. El campo de acción de las llamadas leyes de orden público (contra las cuales el acuerdo de voluntades es impotente) tiende a ensanchar paulatinamente su radio de acción en la vida de los contratos.

Hay razones técnicas. Los problemas económicos devienen día a día más complejos y técnicos. Esto hace necesario que intervengan en la redacción expertos economistas y legales, que para situaciones análogas proyectan tipos de contratos análogos. Contratos a cuyas fórmulas miles de personas se someten, bien sea por comodidad, por desconfianza en su propio conocimiento de la materia técnica o jurídica que está en la esencia del contrato o para lograr la adquisición de un bien o servicio que le es indispensable. El contrato tiende así a hacerse menos individual (ver nota 5), a expresar menos la voluntad de los que lo suscriben.

Hay también causas políticas. El individualismo está dejando paso a una concepción social de los problemas humanos. Hay países en los que triunfa el colectivismo. Aun sin llegar a ese extremo, hay una mayor preocupación por la justicia distributiva, por la socialización paulatina de la economía. El individuo (y su voluntad) ceden ante consideraciones sociales.

Hay razones de filosofía jurídica. Se ha puesto en duda el poder jurígeno de la voluntad. Si ella fuera la justificación exclusiva de la obligación contractual, no se explicaría que los contratos siguieran obligando cuando ya no se desea continuar ligado a él. “No es difícil — dice SCHLOSSELMANN— probar la falsedad de la doctrina de la voluntad. Nada hay más

viable que la voluntad y el deseo. Mañana yo tendré más experiencia ¡y, sin embargo, será mi voluntad de hoy la que me dirigirá! ¡Yo estaré obligado a obedecer a un pasado que repudio, del que me arrepiento y que tal vez encuentro absurdo! Pero ¿con qué derecho este predominio de mi personalidad de un día sobre la del día siguiente? Si no se hace intervenir la idea de la necesidad social, no se encontrará ningún lazo entre la voluntad individual y la obligación: tan falso es que la una engendra la otra” (ver nota 6). Y en el mismo orden de ideas dice TARDE: “En el momento en que se dice que mi voluntad me obliga, esta voluntad ya no existe: ella me ha devenido, extraña, de tal modo que es exactamente como si yo recibiera una orden de otro” (ver nota 7).

Esta crítica no demuestra que la voluntad carezca de poder jurígeno; en verdad la obligación contractual nace cuando y porque las partes lo quieren. Pero para poder explicar la permanencia de la obligatoriedad de este vínculo cuando la voluntad que le dio vida ya no existe, hay que recurrir a la idea de la necesidad y la seguridad económico-sociales. No sería posible que los hombres tejieran la intrincada red de sus relaciones recíprocas si pudieran desligarse de sus compromisos a capricho. No se trata sólo de la voluntad; hay también una cuestión de interés general comprometida en el respeto de los contratos.

Finalmente, hay razones de orden moral. La fuerza obligatoria de los contratos no se aprecia ya tanto a la luz del deber moral de hacer honor a la palabra empeñada, como desde el ángulo de que ellos deben ser instrumento de la realización del bien común. No es que haya una declinación de la moral individual; es que esa moral tiene una mayor sensibilidad que otrora para la justicia conmutativa. El hombre contemporáneo no está ya dispuesto a aceptar como verdad dogmática que lo que es libremente querido es justo. Quiere penetrar en lo hondo de la relación y examinar si la equidad —esa ley esencial de los contratos— ha sido respetada.

1116/1169

1169. PRINCIPALES MANIFESTACIONES DE LA CRISIS DEL CONTRATO.— La llamada crisis del contrato se manifiesta particularmente a través de tres fenómenos: el dirigismo contractual, las nuevas formas del contrato y la intervención judicial en las relaciones contractuales para dejar a salvo la equidad de las contraprestaciones.

1116/1170

1170. a) Dirigismo contractual.— La experiencia social ha puesto de manifiesto que no es posible dejar librados ciertos contratos al libre juego de la voluntad de las partes sin perturbar la pacífica convivencia social. Este motivo de interés público ha movido al Estado a dictar leyes que reglamentan minuciosamente el contrato de trabajo, las locaciones urbanas y rurales y aun la compraventa. Estas leyes fijan la jornada de trabajo, el horario en

que éste ha de cumplirse, los sueldos y salarios mínimos, las condiciones de salubridad que deben llenar los locales donde se trabaja, las indemnizaciones de despido y preaviso, o por accidentes sufridos durante el trabajo. Toda esta legislación está completada con los convenios colectivos, a los cuales la ley confiere fuerza obligatoria para todos los obreros pertenecientes al mismo gremio y para todos los industriales de ese ramo. En verdad, tanto patrón como obrero no pueden ya hacer otra cosa que proponer o aceptar el trabajo; todo lo demás está regido por la ley o los convenios colectivos. El Estado interviene en las locaciones, fijando muchas de sus disposiciones, y estableciendo un derecho a suceder en la locación en caso de muerte del inquilino o de abandono de la locación por él. Las leyes dictadas para combatir la especulación obligaban al comerciante o industrial a vender la mercadería que no pueden retener en sus depósitos y fijan los precios máximos de venta.

1116/1171

1171. b) Nuevas formas contractuales.— La forma típica del contrato es aquella que supone una deliberación y discusión de sus cláusulas, hechas por personas que gozan de plena libertad para consentir o disentir. Este esquema típico del contrato aparece desvirtuado en sus nuevas modalidades.

1116/1172

1172.— 1) El contrato de adhesión (llamado también con cláusulas predispuestas) es aquel en el cual una de las partes fija todas las condiciones, en tanto que la otra sólo tiene la alternativa de rechazar o consentir. Es el caso de los contratos de transporte celebrados con una empresa de servicios públicos, que fija el precio del pasaje, el horario, las comodidades que se brindan al pasajero, etcétera; éste sólo puede adquirir o no adquirir el boleto. Es también el supuesto de los contratos de seguros, en los que la compañía fija todas las condiciones en la póliza. Lo mismo ocurre con las mercaderías que se adquieren en las grandes tiendas o con las maquinarias fabricadas por una gran empresa; todas las condiciones de la venta están prefijadas: el comprador lo toma o lo deja.

Como dice POLO, los contratos por adhesión son hijos de la contratación en masa, por lo que son elaborados en serie, sometidos a una estandarización rigurosa por un proceso de tipificación contractual que reduce al mínimo el esfuerzo de las partes y la pérdida de tiempo (ver nota 8).

MOSSET ITURRASPE señala las siguientes ventajas de los contratos por adhesión: 1) Los formularios o condiciones generales eliminan trámites y etapas precontractuales, simplificando el proceso de formación del contrato y favoreciendo la rapidez de los negocios; 2) La determinación más exacta de los derechos y obligaciones de la empresa le permiten a ésta un cálculo más exacto de sus gastos y costos, facilitando fijar precios más

reducidos; 3) Permiten a la empresa unificar el contenido de sus relaciones contractuales, facilitando la concertación de negocios por medio de representantes o agentes en diversos lugares a veces distantes de la sede de la empresa (ver nota 9).

Todo ello explica que la contratación en masa ha pasado de ser excepcional a ser corriente, normal.

Se ha puesto en cuestión la naturaleza contractual de tales relaciones jurídicas. Algunos autores la han negado, sosteniendo que se trata de un acto unilateral de una persona o institución privada, cuyos efectos, una vez ocurrida la aceptación, continúan produciéndose por la sola voluntad del ofertante (ver nota 10). Pero la doctrina predominante le reconoce carácter contractual; la circunstancia de que no haya discusión de las condiciones y de que una de las partes sólo pueda aceptar o rechazar, no elimina el acuerdo de voluntades; porque la discusión no es de la esencia del contrato; lo esencial es que las partes coincidan en la oferta y la aceptación o, para decirlo con los términos de nuestro Código, en la declaración de voluntad común.

1116/1173

1173.— 2) Los contratos colectivos son en nuestros días el instrumento de regulación de las relaciones entre patrones y obreros. Y como de un buen ordenamiento de dichas relaciones dependen la justicia y la paz social, estos convenios han adquirido en las sociedades contemporáneas una importancia de primer orden. El desarrollo del capitalismo y de la gran industria puso de relieve una verdad evidente: que el obrero no puede tratar aisladamente con el industrial, sus condiciones de trabajo; no hay posibilidad de que las discutan en un plano de igualdad y libertad. El resultado de estas tratativas aisladas no podría ser otro que el sometimiento del obrero. De ahí surgió la idea de la agremiación y de que fuera el gremio quien asumiera la representación de los trabajadores, fortificando así su posición frente a los patrones. Ante esta nueva fuerza, también los patrones sintieron la conveniencia de unirse, de tal modo que las convenciones sobre trabajo se discuten y firman entre los representantes de los gremios y de las entidades patronales.

Los resultados obtenidos con estos convenios fueron tan positivos, que la institución fue extendiendo cada vez más su esfera de acción, a la par que acentuando paulatinamente sus diferencias con el contrato clásico. Originariamente los contratos colectivos sólo obligaban a los obreros agremiados en el sindicato que había suscripto el convenio colectivo y a los patrones representados en él; pero cediendo a la aspiración obrera de que todos los trabajadores de un gremio gocen de igual situación, hoy los convenios colectivos suscriptos por las entidades obreras con personería gremial, son obligatorios para todos los obreros y patrones de esa actividad, estén o no afiliados a la asociación que suscribió el contrato (arts. 3º, 8º y 9º, ley 14250).



En su configuración actual, los convenios colectivos han dejado de ser contratos en su significado clásico. El proceso de formación es todavía contractual, porque las tratativas se hacen sobre la base de discusiones y concesiones recíprocas; pero una vez concluida la convención, se convierte en una verdadera norma jurídica a la que está sujeto todo el régimen del trabajo. En nuestro sistema legal, esas convenciones no tienen fuerza obligatoria mientras no sean homologadas por el Ministerio de Trabajo (art. 3º, ley 14250), lo que pone aún más en evidencia su carácter de norma jurídica, ya que la fuerza obligatoria no dimana de la voluntad de las partes, sino de un acto emanado de autoridad competente.

1116/1174

1174.— 3) El autocontrato o contrato consigo mismo es otra de las nuevas formas del contrato. Sobre este tema remitimos al nº 1196.

1116/1175

1175.— 4) Los contratos forzados son quizá la expresión extrema del dirigismo contractual pues ¿cómo puede hablarse de consentimiento cuando la ley obliga a vincularse jurídicamente con otras personas, en contra de la voluntad del interesado? Las leyes del agio obligaban a alquilar los departamentos desocupados y a los comerciantes e industriales a vender las mercaderías almacenadas; y no sólo a vender, sino a hacerlo por los precios que la ley fijaba. Lo único que el interesado podría elegir era la persona del comprador.

También se da un supuesto de contrato forzoso en el que deben suscribir las compañías concesionarias de un servicio público (electricidad, gas, teléfonos, transportes) con los usuarios; ellas no pueden negarse a contratar con quien, sujetándose a las reglamentaciones generales, lo pretende. Claro está que esto no es una manifestación del dirigismo contractual sino una consecuencia inevitable del privilegio que les ha concedido el Estado; negarse a prestar el servicio a determinada persona, equivale a privar a ésta de un servicio esencial, que la ley de concesión ha querido garantizar a todos.

Se han señalado también ciertas situaciones en las que la negativa a contratar importaría un abuso de derecho, como ocurriría en los supuestos de hospedaje, depósito necesario, salvamento y asistencia en derecho marítimo y hasta en el caso del médico que se niega injustificadamente a prestar su asistencia profesional (ver nota 11). Pero en verdad lo que se exige en estos supuestos no es dar el consentimiento a un contrato, sino prestar un servicio que por las circunstancias particulares del caso, sólo puede hacerlo determinada persona. Por lo demás, la conducta de quien se niega a prestar dicho servicio podrá ser desvaliosa del punto de vista moral, pero, a nuestro juicio, no acarrea consecuencias jurídicas a quien se negase. No hay responsabilidad contractual ni tampoco hecho ilícito.

1116/1176

1176. c) Intervención de los jueces en la vida de los contratos.— Ya dijimos que la sensibilidad moderna se resiste a admitir que lo libremente querido sea, sólo por ello, justo. El valor equidad, oscurecido temporariamente bajo la influencia de la concepción puramente voluntarista del derecho, ha vuelto a renacer. Y es el juez el que desempeña el papel de guardián de la equidad en los contratos. Su contralor se desenvuelve a través de los siguientes recursos:

1) La teoría de la lesión enorme le permite reducir las prestaciones excesivas y, a veces, anular los contratos en los que las contraprestaciones resultan groseramente desproporcionadas. Esta teoría que VÉLEZ repudió en la nota al art. 943 Ver Texto , se abrió paso dificultosamente en la jurisprudencia y fue finalmente consagrada por la ley 17711 (art. 954 Ver Texto ).

2) La teoría de la imprevisión permite a los jueces restablecer la equidad gravemente alterada por acontecimientos extraordinarios e imprevisibles, que han transformado las bases económicas tenidas en mira al contratar. Sobre este punto remitimos a los núms. 131 y siguientes.

3) El principio de la buena fe y la condena del abuso del derecho brindan a los jueces un recurso importante para intervenir en las relaciones contractuales, porque como lo dispone el art. 1198 Ver Texto , los contratos deben celebrarse, interpretarse y ejecutarse de buena fe, de tal modo que si una de las partes no se ajustare a estos principios, pretendiendo hacer valer abusivamente la letra escrita del contrato, el juez debe amparar a la otra parte e interpretar el contrato de acuerdo con lo que indique la buena fe, a cuyo efecto puede inclusive tener por no escritas ciertas cláusulas abusivas, lo que es especialmente importante en los contratos de adhesión.

1116/1177

1177. JUICIO CRÍTICO SOBRE LA LLAMADA CRISIS DEL CONTRATO.— Muchos civilistas han acogido con alarma este fenómeno de la crisis de la noción clásica del contrato. Señalan que el dirigismo contractual y la intervención de los jueces en la vida de los contratos generan la confusión, el desorden, la falta de confianza en la palabra empeñada. Todo ello va en desmedro de la seguridad jurídica y paraliza el esfuerzo creador. Bueno es que los hombres puedan contar con que han de ser amparados en el ejercicio de sus derechos y estén garantizados contra el riesgo de que sus previsiones no sean más tarde defraudadas por el intervencionismo legal o judicial (ver nota 12).

Pero tales temores, basados en un liberalismo riguroso, no han impedido la creciente intervención del Estado en procura de lograr una mayor justicia en las relaciones contractuales. Es evidente que en la contratación en masa hay un fuerte y un débil contractual. Es por ello que en el mundo entero se han dictado leyes de protección al consumidor (tratamos el tema en los núms. 1493 y s.).

En verdad, la llamada crisis del contrato es más bien una evolución reclamada por las circunstancias (particularmente económicas) en que actualmente se desenvuelven las relaciones jurídicas y por una mayor sensibilidad del espíritu moderno, que se rebela contra toda forma de injusticia. El intervencionismo del Estado en el contrato de trabajo ha restablecido la igualdad entre las partes; las nuevas formas contractuales permiten un ajuste más realista de las relaciones jurídicas a las circunstancias económicas; el contralor judicial por vía de la lesión o de la teoría de la imprevisión permiten una mejor realización de la justicia conmutativa. No se ha producido ni inseguridad, ni pérdida de confianza en el contrato como instrumento de regulación espontánea de las relaciones interpersonales. En ningún momento de la historia humana ha sido más activa e importante la contratación privada. De más en más se vive contractualmente, dice JOSSERAND (ver nota 13). No hay crisis del contrato; hay más bien una crisis del principio de la autonomía de la voluntad; ya no se cree que todo lo libremente querido sea justo; hay una evolución que debe ser saludada como un hecho auspicioso porque procura una más perfecta realización de la justicia.

(nota 1) BIBLIOGRAFÍA ESPECIAL: LÓPEZ DE ZAVALÍA, Teoría general de los contratos. Parte General, Buenos Aires, 1971; MOSSET ITURRASPE, Teoría general del contrato, Rosario, 1970; FERREYRA, Principales efectos de la contratación civil, Buenos Aires.

(nota 2) Seguimos de cerca en este párrafo, la erudita y vívida exposición de PUIG BRUTAU, Fundamentos de derecho civil, t. 2, vol. 1, ps. 5 y s., y 10 y s.; asimismo véase BONFANTE, Instituciones de derecho romano, § 127; ARANGIO-RUIZ, Instituciones de derecho romano, ps. 325 y s.

(nota 3) PONCEAU, La volonté dans le contrat suivant le Code Civil, París, 1921, p. 2.

(nota 4) BIBLIOGRAFÍA: RISOLÍA, Soberanía y crisis del contrato, 2ª ed., Buenos Aires, 1968; MASNATTA, Las nuevas fronteras del contrato, Buenos Aires, 1965; SARAVIA, Crisis del principio de la libertad de contratar, Revista de Derecho Civil, t. 1, p. 341; AFTALIÓN, Del status al contrato: ida y vuelta, E. D., t. 46, p. 853; MORIN, Le loi et le contrat. La décadence de leur souveraineté, París, 1927; PONCEAU, La volonté dans le

contrat suivant le Code Civil, París, 1921; TOULEMON, Le mépris du contrat et la crise, París; ROYO MARTÍNEZ, Transformación del concepto de contrato en el derecho moderno, Revista de Legislación y Jurisprudencia, Madrid, febrero de 1945, p. 113; SAVATIER, Les métamorphoses économiques et sociales du droit civil d'aujourd'hui, París, 1952; RIPERT, Le régime démocratique et le droit civil moderne, París, 1937.

(nota 5) JOSSERAND, cit. por MASNATTA, Las nuevas fronteras del contrato, p. 36.

(nota 6) SCHLOSMAAN, Der Vertrag, cit. por DEREUX, De l'interprétation des actes juridiques privées, París, 1905, p. 328.

(nota 7) TARDE, Les transformations du droit, 2ª ed., París, 1894, p. 121.

(nota 8) POLO, Revista de Derecho Privado, vol. XXVI, Madrid, ps. 708 y s.; en igual sentido, MOGLIA CLAPS, L. L., 1994-C, p. 1072.

(nota 9) MOSSET ITURRASPE, Contratos, 2ª ed., p. 155.

(nota 10) COLMO, Obligaciones, nº 44; SALEILLES, De la déclaration de volonté, nº 89; MORIN, Les tendances actuelles de la théorie des contrats, ps. 559 y s.; HAURIOU, Les principes généraux du droit administratif, ps. 206 y s.; DUGUIT, L'état, le droit objectif et la loi positive, t. 1, ps. 54 y s.

(nota 11) SPOTA, Contratos en el derecho civil, nº 16; LARENZ, Obligaciones, t. 1, p. 70; MASNATTA, El contrato necesario, Buenos Aires, 1964, nº 17.

(nota 12) Véase autores citados en nota 1906.

(nota 13) JOSSERAND, Aperçu général des tendances actuelles de la théorie des contrats, Revue Trimestrielle de Droit Civil, 1937, t. 36, p. 1.

1116/10220

§ 3.— Clasificación de los contratos

1116/10230

## A.— CONTRATOS UNILATERALES Y BILATERALES

1116/1178

1178. CONCEPTO.— Se llaman contratos unilaterales aquellos en los que una sola parte resulta obligada, como ocurre en la donación, que sólo significa obligaciones para el donante; bilaterales son los que engendran obligaciones recíprocas (art. 1138 Ver Texto ), como ocurre en la compraventa, la permuta, la locación.

Algunos autores (ver nota 1) aceptan una tercera categoría: contratos bilaterales imperfectos (o sinalagmáticos) en los cuales sólo se prevén obligaciones a cargo de una de las partes; no hay contraprestación, pero la otra parte puede eventualmente resultar obligada por el acaecimiento de hechos posteriores: así, por ejemplo, en el mandato gratuito no hay obligaciones a cargo del mandante a menos que luego surja una obligación a su cargo de reparar los perjuicios sufridos por el mandatario con motivo del ejercicio del mandato. Nuestra doctrina es generalmente adversa a la admisión de esta categoría intermedia, que no figura reconocida por los textos del Código ni parece justificarse teóricamente (ver nota 2).

1116/1179

1179. CONSECUENCIAS.— La doctrina clásica atribuye a esta clasificación las siguientes consecuencias: 1) En los contratos unilaterales no se exige la formalidad del doble ejemplar que, en cambio, es requerida en los bilaterales (art. 1021 Ver Texto ); 2) En los contratos bilaterales una de las partes no puede exigir el cumplimiento de las obligaciones contraídas por la otra si ella misma no probare haber cumplido las suyas u ofreciere cumplirlas (art. 1201 Ver Texto ); caso contrario, la demandada puede oponerse al progreso de su acción fundada en el incumplimiento de la actora: es la exceptio non adimpleti contractus. En los contratos unilaterales esta excepción no se concibe, ya que una de las partes nada debe; 3) El pacto comisorio, es decir, la resolución del contrato por efecto del incumplimiento de las obligaciones en que ha incurrido la otra parte, sólo funciona en los contratos bilaterales (ver nota 3).

1116/1180

1180. CRÍTICA DE ESTA CLASIFICACIÓN.— La clasificación de los contratos en unilaterales y bilaterales, en apariencia clara, es de las más confusas. Las cosas se

complican no bien se pretende encasillar algunos contratos nominados dentro de estos conceptos. Tomemos el ejemplo del mutuo. ¿Es un contrato unilateral o bilateral? La doctrina muestra una verdadera anarquía: a) Para la opinión que puede considerarse mayoritaria, es un contrato unilateral porque una vez que el prestamista ha entregado la cosa (y debe hacerlo en el momento mismo de celebrar el contrato, art. 2242 Ver Texto ), el único que queda obligado es el mutuuario (ver nota 4); b) Para otros autores se trata de un contrato bilateral imperfecto (ver nota 5); c) En la doctrina alemana prevalece el criterio de que se trata de un contrato bilateral, porque en la sustancia del contrato está el acuerdo de que una de las partes dé algo (el capital) para recibir otra cosa (los intereses) (ver nota 6); d) Finalmente, hay quienes entienden que el contrato es bilateral si es oneroso y unilateral si es gratuito (ver nota 7).

Este desacuerdo se pone de manifiesto en casi todos los contratos reales; y hace sospechar que algo falla en la lógica de la clasificación. Por lo menos habrá que admitir que ella está fundada en ideas poco claras.

No sólo la idea es poco clara. Mucho peor: es estéril. Volvamos sobre los efectos que a esta clasificación se le atribuyen:

a) En los contratos bilaterales se exige el doble ejemplar, que no es requerido en los unilaterales (art. 1021 Ver Texto ). Pero como esta exigencia no se mantiene cuando una de las partes llena sus obligaciones en el momento de celebrar el contrato (art. 1022 Ver Texto ), resulta que lo mismo da que los contratos reales se reputen unilaterales o bilaterales: en ningún caso será necesario el doble ejemplar. Y con respecto a los contratos bilaterales no reales, hay que señalar que el doble ejemplar es una exigencia prácticamente sin relieve jurídico, desde que la jurisprudencia ha admitido, con razón, que el ejemplar único puede servir de principio de prueba por escrito (ver nota 8).

b) En los contratos bilaterales una de las partes no puede exigir cumplimiento si no probase haber cumplido la obligación u ofreciere cumplirla (art. 1201 Ver Texto ). Es una regla elemental de seriedad y buena fe. Si una persona no cumple, no puede exigir de la otra parte el cumplimiento. Claro es que el problema no se presenta en los contratos unilaterales: en éstos una parte no debe nada y puede exigir de la otra el cumplimiento sin que pueda oponérsele la exceptio non adimpleti contractus, precisamente porque nada debe. En otras palabras: no se trata de que se apliquen distintas reglas a los contratos unilaterales y bilaterales; se trata, por el contrario, de idénticos principios que en su incidencia en los unilaterales hace inaplicable la exceptio. No hay diferencia de tratamiento legal.

c) El pacto comisorio sólo podría aplicarse a los contratos bilaterales y no a los unilaterales. Tampoco esta diferencia es exacta. En verdad, el pacto comisorio es aplicable siempre que haya obligaciones pendientes y que las partes que pretende hacerlo valer esté interesada en la resolución. Así, por ejemplo, el préstamo es, según la doctrina clásica, un contrato

unilateral, pero si el prestatario no paga oportunamente los intereses, el prestamista puede reclamar el capital haciendo funcionar el pacto comisorio; también tiene ese carácter en la opinión tradicional, el comodato y, sin embargo, si el comodatario no cumple con su obligación de limitarse al uso convenido o al que surge de la naturaleza de la cosa, el comodante puede poner fin al contrato y reclamar la devolución (art. 2268 Ver Texto ).

De lo dicho resulta que la clasificación entre contratos unilaterales y bilaterales no presenta interés jurídico alguno o, para decirlo con mayor exactitud, no es una clasificación propiamente jurídica, pues no merecen ser consideradas como categorías legales autónomas sino aquellas a las cuales se pueden imputar efectos o consecuencias jurídicos.

Apesar de que nuestro convencimiento es en este punto muy firme, al tratar de los contratos en particular hemos procurado ubicar dentro de esta clasificación a cada uno de ellos, respetando así la tradición jurídica que el Código recoge en el art. 1138 Ver Texto , en el que define cada una de esas categorías.

1116/10240

## B.— CONTRATOS ONEROSOS Y GRATUITOS

1116/1181

1181. CONCEPTO.— Contratos onerosos son aquellos en los cuales las partes asumen obligaciones recíprocas, de modo que se promete una prestación para recibir otra; tales son la compraventa (cosa por dinero), la permuta (cosa por cosa), el contrato de trabajo (servicio por dinero), la locación (goce de la cosa por dinero). Contratos gratuitos son aquellos en que una sola de las partes se ha obligado: donación, comodato, depósito gratuito, etcétera. No deja de ser gratuito el contrato por la circunstancia de que eventualmente puedan surgir obligaciones a cargo de la parte que nada prometió; así, por ejemplo, el donatario está obligado a no incurrir en ingratitud. Pero esta obligación no tiene el carácter de contraprestación; no es, en el espíritu de las partes, una compensación más o menos aproximada de lo que prometió el donante, ni la razón por la cual éste se obligó. Lo mismo ocurre con la obligación que tiene el mandante gratuito de pagar los gastos que el desempeño del mandato haya ocasionado al mandatario. Esto no priva al mandato de su carácter gratuito; pero sí lo privaría la circunstancia de que se hubiera estipulado una retribución, porque en el espíritu de las partes esta compensación tiene su causa en el servicio que se presta.

1116/1182

1182. CONSECUENCIAS.— La distinción entre contratos gratuitos y onerosos tiene una gran repercusión jurídica.

Las principales consecuencias son las siguientes:

a) Los adquirentes de un derecho por título oneroso están mejor protegidos por la ley que los adquirentes por título gratuito. Por consiguiente: 1) Las acciones de reivindicación (véase Tratado de Derecho Civil, Parte General, t. 2, nº 1283) y de petición de herencia (véase Tratado de Derecho Civil, Sucesiones, t. 1, nº 495) tienen menores exigencias cuando se dirigen contra quien adquirió la cosa por título gratuito; 2) La acción revocatoria no exige la prueba del *consilium fraudis* (conocimiento del fraude por el tercer adquirente) cuando el tercero adquirió la cosa por título gratuito; pero es indispensable si la hubo por título oneroso (véase Tratado de Derecho Civil, Parte General, t. 2, núms. 1208 y s.); 3) La acción de reducción procede contra las enajenaciones hechas por el causante a título gratuito, pero no contra las onerosas (véase Tratado de Derecho Civil, Sucesiones, t. 2, nº 972); 4) La garantía de evicción (véase Tratado de Derecho Civil, Contratos, t. 1, núms. 151 y s.) y contra los vicios redhibitorios (véase Tratado de Derecho Civil, Contratos, t. 1, núms. 220 y s.) sólo proceden, en principio, en los contratos onerosos; 5) La acción de nulidad de los actos jurídicos no tiene efecto respecto de los subadquirentes de buena fe, siempre que la adquisición fuere por título oneroso (art. 1051 Ver Texto ); 6) La nulidad fundada en la demencia, no puede hacerse valer contra el adquirente de buena fe y a título oneroso (art. 473 Ver Texto ).

b) La acción de colación sólo funciona respecto de los actos a título gratuito (véase Tratado de Derecho Civil, Sucesiones, t. 1, núms. 639 y s.).

c) La aplicación de la lesión enorme no se concibe en los contratos a título gratuito (véase Tratado de Derecho Civil, Parte General, t. 2, nº 869).

d) Las cláusulas dudosas en los contratos onerosos deben ser interpretadas en el sentido que más favorezca el equilibrio de las contraprestaciones; en los gratuitos, en el sentido más favorable al deudor (Tratado de Derecho Civil, Parte General, t. 2, nº 908).

e) Finalmente, los actos de transmisión de bienes, hechos por título gratuito están gravados con un impuesto mucho más gravoso que el que corresponde a los onerosos.



## C.— CONTRATOS CONMUTATIVOS Y ALEATORIOS (ver nota 9)

1116/1183

1183. CONCEPTO.— Son contratos conmutativos aquellos en los cuales las contraprestaciones mutuas se suponen económicamente equivalentes. De ahí la calificación de conmutativos, con la que se requiere expresar que las partes truecan o conmutan valores análogos. La vida del contrato puede demostrar luego que las obligaciones asumidas por una de las partes resultaron más gravosas de lo previsto; eso no quita al contrato su esencia de conmutatividad, porque lo esencial es que en el momento de contratar esa parte haya entendido prometer valores análogos a los que recibe. Ejemplo: la compraventa (salvo la hipótesis que luego veremos), la permuta, el contrato de trabajo, la locación de cosas, la locación de obra, etcétera. Son aleatorios los contratos en los que el monto de una de las prestaciones o de ambas no está determinado de una manera fija, sino que depende de un acontecimiento incierto (art. 2051 Ver Texto ). Tal es el caso de la renta vitalicia, en la cual una de las partes entrega un capital a cambio de una renta que durará toda la vida del que la recibe. El alcance económico de la promesa hecha por el deudor de la renta es impreciso; depende de la duración de la vida de la otra parte. Y el contrato será más o menos ventajoso según ésta viva poco o mucho tiempo. Otros ejemplos de contratos aleatorios son los siguientes: la venta de una cosa futura, cuando el comprador toma sobre sí el riesgo de que la cosa no llegare a existir; la venta de cosa existente pero sujeta a un riesgo, cuando el comprador toma el riesgo a su cargo (art. 1332 Ver Texto ), el contrato de seguro, el de apuesta o juego, etcétera.

Hay una estrecha analogía entre condición y contrato aleatorio; en ambos casos los derechos de las partes dependen de un acontecimiento futuro e incierto. Pero lo que está en juego en la condición es la existencia misma de los derechos, en tanto que en los contratos aleatorios es la mayor o menor extensión de esos derechos. Aun esta diferencia desaparece en algunos casos; así, por ejemplo, en el contrato de seguro, la indemnización se debe si ocurre la condición prevista; lo mismo pasa en el caso del juego o apuesta, en la venta de una cosa futura, etcétera.

Los contratos conmutativos y aleatorios son una subespecie de los onerosos.

1116/1184

1184. IMPORTANCIA.— En principio, sólo los contratos conmutativos están sujetos a resolución o reducción de las prestaciones excesivas por causa de lesión. En los contratos aleatorios, las partes asumen deliberadamente el riesgo de que el contrato pueda resultar

desventajoso, especulando con la posibilidad contraria. Nadie puede quejarse, por lo tanto, de la falta de equilibrio económico de las contraprestaciones definitivamente resultantes. Por excepción, puede admitirse la aplicación de la lesión a los contratos aleatorios, cuando la diferencia de las contraprestaciones sea de tal carácter que ni la misma alea pueda justificarla. Así, por ejemplo, cuando se compra una cosa que puede o no llegar a existir y se paga mucho más de lo que ella valdría, aun existiendo. En efecto, cuando el comprador asume el alea de que la cosa no exista, se supone que ofrecerá menos precio de lo que ella vale. Pedro ofrece 100 por una cosa que, de existir, valdrá 200. El contrato es normal; ninguna de las partes podrá invocar la lesión. Pero si ofrece 200 por lo que aun existiendo vale 100, el contrato puede resolverse por lesión, porque desde el punto de vista del vendedor no ha habido alea: el contrato le será siempre ventajoso.

Tampoco es aplicable a los contratos aleatorios, en principio, la teoría de la imprevisión, cuando el desequilibrio ha resultado del alea normal del contrato. Supongamos que se suscribe un contrato de renta vitalicia con una persona de 70 años, calculando que ha de vivir unos 10 o 15 años más. Luego resulta que vive 30 años más. El contrato resultará desastroso para el deudor de la renta, pero no podrá hacer jugar la teoría de la imprevisión. En cambio, si se ha producido durante ese tiempo una inflación de ritmo violento e imprevisible, que convierte la renta en un valor despreciable, el juego de la teoría de la imprevisión permite reclamar un reajuste de ella.

1116/10260

D.— CONTRATOS CONSENSUALES Y REALES (ver nota 10)

1116/1185

1185. CONCEPTO; ANTECEDENTES DEL DERECHO ROMANO; EL DERECHO MODERNO.— Son contratos consensuales los que quedan concluidos por el mero consentimiento, sea o no formal (art. 1140 Ver Texto ). Son reales los que quedan concluidos sólo con la entrega de la cosa sobre la cual versa el contrato (art. 1141 Ver Texto ). Esta entrega no forma parte de la etapa de cumplimiento del contrato, sino de la etapa constitutiva de él (ver nota 11). En nuestro Código son contratos reales la renta vitalicia (art. 2071 Ver Texto ), el depósito, el mutuo y el comodato (art. 1142 Ver Texto ). El art. 1142 Ver Texto enumera también la constitución de prenda y de anticresis; pero éstos son derechos reales, por lo que quedan fuera del marco de nuestro estudio.

De acuerdo a los conceptos antes expresados, los contratos reales requieren, como condición de su existencia, la entrega de la cosa. El mero acuerdo de voluntades es ineficaz para obligar a las partes. ¿Se justifica en el derecho moderno la subsistencia de esta

categoría? Resulta difícil entender el problema si no se acude a los antecedentes históricos.

Hemos dicho en otro lugar (nº 1166) que en el derecho romano el acuerdo de voluntades no bastaba por sí mismo para engendrar obligaciones. Para que se le reconociera carácter obligatorio era necesario: a) o que se apoyara en el cumplimiento de alguna de las formalidades establecidas en la ley; b) o que se tratara de uno de los cuatro contratos consensuales típicos; c) o, finalmente, que una de las partes hubiera entregado a la otra una cosa. Este desplazamiento patrimonial, sin causa jurídica que permitiera retener la cosa al que la detentaba, era justificación suficiente para reconocer validez al contrato que regularizaba o legitimaba esa posesión, así como el derecho del dueño de reclamar la restitución a su tiempo.

Pero esto no tiene sentido en el derecho moderno, en el que impera el principio de la autonomía de la voluntad; basta el acuerdo de voluntades, expresado en la forma señalada por la ley, para que el contrato tenga fuerza obligatoria, sin otro límite que la legitimidad de la causa y el objeto. La categoría de los contratos reales es hoy un anacronismo (ver nota 12). Por eso, allí donde el legislador la ha mantenido, la jurisprudencia y la doctrina admiten la validez de las promesas de contratos reales que permiten exigir la entrega de la cosa y formalizar así el contrato real como lo quiere la ley (ver nota 13). En nuestro derecho debe aceptarse igual solución, a menos que la ley dispusiera expresamente lo contrario. Esta solución se desprende fácilmente por analogía de lo dispuesto por la ley en materia de forma. Cuando un contrato formal no solemne ha sido otorgado con una formalidad distinta a la ordenada por la ley, ese contrato sirve como promesa que obliga a los otorgantes a llenar las formalidades legales (art. 1185 Ver Texto ). La entrega de la cosa, en cuanto elemento constitutivo del contrato, es también una formalidad que cae así en el régimen del art. 1185 Ver Texto .

A veces, empero, la solución contraria está expresamente dispuesta en la ley. Así, por ejemplo, el art. 2244 Ver Texto establece que la promesa aceptada de hacer un mutuo gratuito, no da acción contra el promitente; pero la promesa aceptada de hacer un mutuo oneroso, da derecho a demandar los daños y perjuicios, aunque no la entrega del capital (véase Tratado de Derecho Civil, Contratos, t. 2, nº 2082). En lo que atañe al comodato o préstamo de uso, que es siempre gratuito, la promesa de hacerlo no da derecho a reclamar la cosa ni a pedir daños y perjuicios (art. 2256 Ver Texto ). Ya hemos dicho en otro lugar por qué esta solución debe aprobarse (Tratado de Derecho Civil, Contratos, t. 2, nº 2107).

La promesa de depósito plantea problemas distintos según sea gratuito u oneroso. Si es gratuito, la promesa obliga al depositario, pero no al depositante, en cuyo beneficio se supone hecho el contrato y que puede desistir libremente de su promesa, salvo la indemnización de los daños que pruebe haber sufrido el depositario (como ocurriría, por ejemplo, si hizo gastos para recibir la cosa cuya entrega se le prometió). Si es oneroso, la promesa obliga a ambas partes; pero el depositante sólo podrá ser demandado por daños y perjuicios, y no por la entrega de la cosa, ya que el depósito se funda en una relación de

confianza del depositante en el depositario, y cuando aquél la ha perdido no puede ser obligado a realizar el depósito (veáse Tratado de Derecho Civil, Contratos, t. 2, nº 2015).

La promesa de renta vitalicia obliga a ambas partes a cumplir en especie las prestaciones convenidas.

Según se puede advertir del anterior análisis, la falta de fuerza obligatoria de la promesa de contrato no deriva de que la ley lo califique de real, sino de la peculiaridad propias de algunos contratos reales. En conclusión: sólo el comodato y el mutuo gratuito requieren la entrega de la cosa como condición de validez; en todos los demás casos, la promesa de contrato produce efectos más o menos extensos.

1116/10270

#### E.— CONTRATOS FORMALES Y NO FORMALES

1116/1186

1186. CONCEPTO; DISTINTAS CLASES DE FORMAS.— Se llaman contratos no formales o puramente consensuales, aquellos cuya validez no depende de la observancia de una forma establecida en la ley; basta el acuerdo de voluntades, cualquiera sea su expresión: escrita, verbal, y aun tácita. Son formales los contratos cuya plena validez depende de la observancia de la forma establecida en la ley.

Dentro de la categoría de contratos formales, hay que hacer una distinción de gran importancia: los contratos cuya forma es exigida por la ley *ad probationem* y aquellos en los cuales la formalidad tiene carácter constitutivo o solemne. Esta última es rigurosa: si no se cumple, el acto carece de todo efecto, aun como promesa de contrato. Este es el caso de las donaciones del art. 1810 Ver Texto ; es también el supuesto de la transacción, que no tiene ningún valor jurídico mientras ella no haya sido presentada ante el juez del litigio (art. 838 Ver Texto ). En cambio, la formalidad sólo exigida *ad probationem* tiene un régimen más favorable a la validez del acto: cuando el contrato se ha celebrado sin cumplir las formas legales, la parte interesada puede demandar a la otra para que el acto se otorgue en debida forma (art. 1185 Ver Texto ); hecho lo cual el contrato produce plenos efectos. En caso de duda sobre si la forma ha sido exigida *ad solemnitatem* o *ad probationem* hay que inclinarse por la última solución, que es más favorable a la validez de los actos y más conforme con el consensualismo que domina el derecho moderno.

1116/1187

1187.— Las formas tienen carácter excepcional en nuestro Derecho. Salvo disposición en contrario, los contratos no requieren forma alguna para su validez. Este principio tiene, sin embargo, una importante limitación en el art. 1193 Ver Texto , según el cual los contratos que tengan por objeto una cantidad de más de diez mil pesos deben hacerse por escrito y no pueden ser probados por testigos. Ya volveremos más adelante sobre esta disposición (núms. 1261 y s.); por ahora sólo deseamos hacer notar que ella es una de las manifestaciones más importantes del neoformalismo (ver nota 14), tendiente a poner orden y claridad en las relaciones entre las partes, para lo cual es tan eficaz la forma escrita.

1116/10280

F.— CONTRATOS NOMINADOS E INNOMINADOS (ver nota 15)

1116/1188

1188. CONCEPTO.— Son contratos nominados o típicos los que están previstos y legislados en el Código. Son los contratos más importantes y frecuentes y por ello han merecido una atención especial del legislador. Su regulación legal, salvo disposiciones excepcionales, sólo tiene carácter supletorio; esto es, se aplica en caso de silencio del contrato, pero las partes tienen libertad para prescindir de la solución legal y regular de una manera distinta sus relaciones legales. Por lo tanto, el propósito del legislador no es sustituir la voluntad de las partes por la de la ley; simplemente, desea evitar conflictos para el caso de que las partes no hayan previsto ciertas situaciones o consecuencias del contrato, lo que es muy frecuente. Para ello dicta normas inspiradas en lo que es costumbre convenir o “fundadas en una larga experiencia y, a través de ella, en ideas conciliadoras del tráfico o en una detenida consideración acerca de cómo puede ser hallado un equilibrio tolerable entre ambas partes y exigible en justicia a cada una de ellas” (ver nota 16).

Los contratos innominados o atípicos no están legislados en el Código y resultan de la libre creación de las partes. No pierden su carácter de innominados por la circunstancia de que en la vida de los negocios se los denomine de alguna manera, tal como ocurre, por ejemplo, con el contrato de garaje, el de espectáculo público, el de excursión turística, etcétera. Lo que los configura jurídicamente como nominados es la circunstancia de que estén legislados. Muchas veces ocurre que nuevas necesidades van creando formas contractuales que tienden a tipificarse espontáneamente y a llevar una denominación común; cuando esa forma contractual adquiere importancia suficiente como para merecer la atención del legislador, éste la reglamenta: el contrato queda transformado en nominado (ver nota 17).

1116/1189

1189. CONTRATOS MIXTOS.— Puesto que en materia contractual impera el principio de la libertad de las convenciones, nada se opone a que las propias partes acuerden contratos mixtos, vale decir, contratos con elementos de varios contratos típicos o de contratos típicos e innominados. Esas combinaciones pueden asumir las formas más complejas:

a) Contratos combinados o gemelos: Una de las partes se obliga a distintas prestaciones, que corresponden cada una de ellas a un contrato típico distinto a cambio de una prestación unitaria. Por ejemplo: se promete vender una cosa y prestar un servicio a cambio de un solo precio en dinero, como ocurre con los vendedores de máquinas valiosas que prometen garantía de buen funcionamiento por un cierto tiempo durante el cual asumen el compromiso de llevar a cabo todas las reparaciones necesarias; b) Contratos mixtos en sentido estricto, son los que contienen un elemento de otro tipo contractual. Ejemplos: un contrato de trabajo que a la vez supone una sociedad; una *emptio cum donacione*, esto es, una venta por precio vil en que aparece mezclada la venta y la donación (véase Tratado de Derecho Civil, Contratos, t. 2, n° 1503). En este caso, la tarea del intérprete consiste en precisar la verdadera naturaleza del contrato por encima del lenguaje utilizado por las partes y aplicarle el régimen legal correspondiente; c) Contratos de doble tipo. Se trata de contratos que pueden encajar tanto dentro de un tipo de contrato nominado como de otro. Esta situación se suele producir en esa zona gris en que los distintos contratos suelen tocarse y confundirse; d) Contratos típicos con prestaciones subordinadas de otra especie. Se trata de un contrato nominado al cual las partes han añadido obligaciones accesorias que no corresponden a ese tipo. El ejemplo clásico es el contrato de locación de un departamento, en el que el dueño toma a su cargo proveer de calefacción, agua caliente, servicio de portería, etcétera. Estas prestaciones accesorias no desdibujan la tipicidad del contrato principal, cuya reglamentación legal debe aplicarse (ver nota 18).

1116/1190

1190. INTERÉS DE LA DISTINCIÓN.— En el derecho romano esta clasificación tenía una enorme importancia porque sólo los contratos nominados tenían fuerza obligatoria (véase n° 1166); no ocurre eso en nuestros días, pues los contratos innominados obligan lo mismo que los típicos. La importancia de la distinción reside hoy en que si el acuerdo celebrado entre las partes configura una de las variedades previstas en la ley, le es aplicable el conjunto de normas que lo regulan; en tanto que no hay normas supletorias para los contratos innominados. En definitiva, esta diferencia se traduce en el mayor alcance del arbitrio judicial cuando se trata de contratos atípicos (ver nota 19).

1116/1191

1191. REGLAS APLICABLES A LOS CONTRATOS INNOMINADOS.— ¿Qué reglas han de aplicarse a los contratos innominados, puesto que la ley no lo ha previsto? Que el arbitrio judicial tenga en este supuesto un mayor alcance, tal como lo hemos destacado en el párrafo anterior, no significa que no puedan suministrarse algunas reglas y directivas a las que el juez ha de ajustar su decisión. En primer lugar, no hay que olvidar que estamos en un terreno en el cual el principio rector debe ser el respeto de la voluntad expresa o tácita de los contratantes. Por consiguiente, el silencio del contrato debe ser llenado por los jueces de la manera que mejor se conforme con el fin económico o práctico perseguido por el contrato. Si éste no fuera claro o no bastare con él para resolver el caso, habrá que aplicar las reglas relativas a los contratos típicos más afines al innominado de que se trata y las reglas relativas a las obligaciones y contratos en general (ver nota 20). Finalmente, será muy importante en relación a los contratos que han adquirido con el uso una tipicidad social pero no están todavía legislados, tener en cuenta la costumbre en lo que atañe a dicho contrato y cómo se resuelven en la práctica social los conflictos que ahora se llevan a la decisión judicial.

Pero respecto del principio de la aplicabilidad de las reglas de los contratos típicos más afines, queremos formular una advertencia: el juez debe guardarse de forzar la esencia económico-social del contrato atípico para encajarlo dentro del molde de un contrato típico que tenga con él alguna afinidad o analogía, si al hacerlo se desvirtúa la finalidad que los contratantes se propusieron (ver nota 21).

Si se trata de una unión de contratos, se aplicarán las reglas relativas a cada uno de los contratos unidos. En los contratos mixtos, el juez debe sobre todo atender a una sana composición de los intereses legítimos de las partes (ver nota 22). No se puede reducir a reglas fijas, la materia fuida y múltiple sobre la que se proyecta la interpretación judicial. La equidad y el resultado valioso de la solución (mirado tanto del punto de vista individual de los contratantes, como del social) serán, en definitiva, decisivos en el espíritu del juez. Claro está que si uno de los contratos mixtos predomina intensamente en el conjunto del contrato en cuestión, deben aplicarse preferentemente las reglas legales relativas a él (ver nota 23).

1116/10290

G.— CONTRATOS DE CUMPLIMIENTO INSTANTÁNEO, DIFERIDO, SUCESIVO O PERIÓDICO

1116/1192

1192. CONCEPTO.— Con respecto al momento del cumplimiento, los contratos pueden clasificarse de la siguiente manera:

a) De ejecución instantánea: las partes cumplen con todos sus derechos y obligaciones en el momento mismo del contrato; tal es el caso de la compraventa manual, en que la cosa y el precio se entregan en el mismo instante.

b) De ejecución diferida: las partes postergan el cumplimiento de sus obligaciones para un momento ulterior; así ocurre en el caso de la venta hecha con condición suspensiva y aun con la venta a plazo, sea que éste se conceda para la entrega de la cosa o para el pago del precio.

c) De ejecución sucesiva, continuada o periódica: las relaciones entre las partes se desenvuelven a través de un período más o menos prolongado; tal el contrato de trabajo, la locación, la sociedad, etcétera. Sobre estos contratos se proyecta preferentemente el dirigismo contractual (en especial sobre el contrato de trabajo y la locación).

Algunos contratos se encuentran a caballo entre estas dos últimas categorías. Así, por ejemplo, la venta de un inmueble a 120 mensualidades ¿es contrato de ejecución diferida o de tracto sucesivo? La cuestión tiene un interés puramente conceptual; desde el punto de vista jurídico es indiferente, pues el régimen legal de ambas categorías de contratos no difiere.

Los contratos de tracto sucesivo o de cumplimiento diferido constituyen el campo de acción de la teoría de la imprevisión: una convención cuyas cláusulas son equitativas en el momento de contratar, deviene injusta en razón de la transformación imprevisible de las condiciones económicas. Ya hemos visto en otro lugar cómo se resuelve este problema (véase núms. 131 y s.); ahora sólo queremos destacar el interés de esta clasificación, puesto que la teoría de la imprevisión es inaplicable a los contratos de ejecución instantánea.

1116/10300

## H.— OTRAS CLASIFICACIONES

1116/1193

1193. CONTRATOS PRINCIPALES Y ACCESORIOS.— Se llaman contratos principales



los que existen o pueden existir por sí solos; contratos accesorios son aquellos cuya existencia no se puede concebir sin el principal, de tal modo que si éste fuera nulo o quedara rescindido o resuelto, también quedaría privado de sus efectos el accesorio. El ejemplo típico de contrato accesorio es la fianza.

1116/1194

1194. CONTRATOS DISCRECIONALES Y DE ADHESIÓN.— Los contratos normales (que para distinguirlos de los contratos de adhesión llamaremos discrecionales) (ver nota 24) suponen la libertad, al menos relativa, de ambas partes en sus dos fases: en la negociación o discusión de las distintas cláusulas (fase de la preparación del contrato) y en la aceptación o rechazo final (fase de la conclusión del contrato). Decimos libertad al menos relativa, porque lo cierto es que en la realidad económica muchas veces falta en las personas una auténtica libertad de contratación, no obstante lo cual el acto es válido (sobre el tema remitimos a Tratado de Derecho Civil, Parte General, t. 2, núms. 817, 1127 y 1161). En los contratos de adhesión, en cambio, la fase de la negociación del contrato ha quedado eliminada; una de las partes fija prolijamente todas y cada una de las cláusulas, de tal modo que a la otra no queda otra libertad que la de dar su consentimiento o rechazar el contrato. Las más de las veces, esta libertad de decisión final será solamente teórica. La persona que necesita ser transportada de un lugar a otro y no puede hacerlo por sus propios medios, está obligada a aceptar las condiciones y el precio fijado unilateralmente por la empresa de transportes; el que necesite luz, teléfono, gas, aceptará las condiciones establecidas por la compañía. Otras veces, claro está, la libertad de decisión es mayor. Así, por ejemplo, una persona puede asegurarse o no; pero si lo hace debe aceptar las condiciones impuestas en la póliza.

Esta inferioridad en que se encuentra una de las partes, ha puesto en cuestión inclusive la naturaleza contractual de estas relaciones; sobre el punto remitimos a lo que tenemos dicho en el n° 1172.

1116/1195

1195. RELACIONES CONTRACTUALES DE HECHO; REMISIÓN.— Hemos tratado el tema en el n° 19, al que remitimos.

(nota 1) AUBRY y RAU, § 341; DEMOLOMBE, t. 24, n° 21 y 22.

(nota 2) SPOTA, Contratos en el derecho civil, n° 106; SALVAT, n° 19; LAFAILLE, t. 1, n° 24; MOSSET ITURRASPE, Teoría general del contrato, p. 57. Es de notar, sin embargo,

que el art. 1021 Ver Texto exige el doble ejemplar sólo en los contratos perfectamente bilaterales, lo que implica una clara alusión a la distinción a que aludimos. Esta no ha sido razón bastante para disuadir a nuestra doctrina de la falta de interés jurídico de la distinción. En el mismo sentido: BAUDRY LACANTINERIE y BARDE, t. 1, núms. 11 y s.; PLANIOL-RIPERT, t. 6, n° 35; JOSSERAND, n° 25.

(nota 3) Puede verse sobre estas pretendidas consecuencias: SALVAT, Contratos, t. 1, n° 18; LAFAILLE, Contratos, t. 1, n° 25; SPOTA, Contratos en el derecho civil, núms. 109 y s.

(nota 4) SPOTA, Contratos en el derecho civil, t. 2, n° 105; SALVAT, Contratos, t. 3, n° 2476 y su anotador ACUÑA ANZORENA; PLANIOL-RIPERT-SAVATIER, t. 2, n° 1137; BAUDRY LACANTINERIE y WAHL, Du société, du prêt, du dépôt, n° 711; PONT, t. 1, p. 144; PUIG PEÑA, t. 4, vol. 2, p. 153; CASTÁN TOBEÑAS, Derecho civil español, t. 4, p. 427; PUIG BRUTAU, Fundamentos de derecho civil, t. 2, vol. 2, p. 320; ENNECCERUS-LEHMANN, t. 2, vol. 2, § 139, y sus anotadores PÉREZ GONZÁLEZ y ALGUER.

(nota 5) JOSSERAND, t. 2, n° 1342; AUBRY y RAU, § 394.

(nota 6) SIBER, AFFOLTER, KHLER, LÜBBERT, GENZMER, HECK, ESSER y STAUDINGER, cit. por LARENZ, Obligaciones, t. 2, 47, p. 269.

(nota 7) LARENZ, loc. cit., en nota anterior; CARRESI, Il mutuo, n° 13.

(nota 8) C. Civil Cap., Sala A, 6/10/1953, L. L., t. 72, p. 486; Sala C, 30/8/1961, causa 74.382 (inérita); Sup. Corte Buenos Aires, 26/4/1955, J. A., 1955-I, p. 310. con nota de SPOTA; y L. L., t. 79, p. 428; C. Civil 2ª Cap., 15/9/1953, L. L., t. 73, p. 228; S. Trib. Corrientes, 18/9/1948, J. A., 1949-I, p. 590; de acuerdo: MACHADO, t. 3, p. 280; LLAMBÍAS, Parte General, t. 2, n° 1260; SEGOVIA, t. 1, nota 11 al art. 1024 de su numeración; DE GÁSPERI, Obligaciones, t. 1, n° 661.

(nota 9) BIBLIOGRAFÍA ESPECIAL: SCALFI, Corrispettività e alea nei contratti, Milano, 1960.

(nota 10) Sobre el punto, es especialmente recomendable la obra de JORDANO BAREA, La categoría de los contratos reales, Barcelona, 1958.

(nota 11) SPOTA, Contratos en el derecho civil, n° 123.

(nota 12) En este sentido véase: MOSSET ITURRASPE, Contratos, ed. actualizada, p. 69; LAFAILLE, Contratos, t. 1, nº 29; PLANIOL-RIPERT-SAVATIER, t. 6, nº 121; DEMOGUE, Obligaciones, t. 2, nº 602; LARENZ, Obligaciones, t. 1, p. 90; JORDANO BAREA, La categoría de los contratos reales, ps. 133 y s.

(nota 13) Autores citados en nota anterior; SPOTA, Contratos en el derecho civil, núms. 125 y s.

(nota 14) En este sentido: SPOTA, Contratos en el derecho civil, t. 2, nº 135.

(nota 15) BIBLIOGRAFÍA: MASNATTA, El contrato atípico, J. A., 1960-VI, p. 229; JORDANO BAREA, Los contratos atípicos, Madrid, 1953.

(nota 16) LARENZ, Obligaciones, t. 2, § 34, p. 6.

(nota 17) Por ello, algunos autores distinguen entre la tipicidad legislativa y la social (PUIG BRUTAU, Fundamentos de derecho civil, t. 2, vol. 1, p. 406, quien cita la opinión coincidente de JORDANO).

(nota 18) Hemos seguido la sistematización de ENNECCERUS-LEHMANN, t. 2, vol. 2, § 100, que en nuestra doctrina han adoptado SPOTA, Contratos en el derecho civil, t. 2, núms. 138 y s.; y MASNATTA, El contrato atípico, J. A., 1960-VI, p. 229.

(nota 19) PUIG BRUTAU, Fundamentos de derecho civil, t. 2, vol. 1, p. 415.

(nota 20) SPOTA, Contratos en el derecho civil, t. 2, nº 136 bis; MASNATTA, El contrato atípico, J. A., 1960-VI, p. 240, nº 15; PUIG BRUTAU, Fundamentos de derecho civil, t. B, vol. 1, p. 409, nota 19, en que cita la opinión coincidente de ORTEGA PARDO; ENNECCERUS-LEHMANN, t. 2, vol. 2, § 99, p. 3 y sus anotadores PÉREZ GONZÁLEZ y ALGUER, loc. cit., p. 5.

(nota 21) SPOTA, Contratos en el derecho civil, t. 2, nº 142.

(nota 22) ENNECCERUS-LEHMANN, t. 2, vol. 2, § 100, p. 6; MASNATTA, El contrato atípico, J. A., 1960-VI, p. 243, nº 19.

(nota 23) LARENZ, Obligaciones, t. 2, § 34, p. 8.

(nota 24) Seguimos así la terminología de SPOTA, Contratos en el derecho civil, t. 2, n° 154.

1116/10310

§ 4.— Autocontrato (ver nota 1)

1116/1196

1196. CONCEPTO Y LEGITIMIDAD.— ¿Puede una persona contratar consigo misma? En la esencia del contrato parece estar un acuerdo de voluntades plurales; esta idea de que alguien pueda ofrecer y aceptar al mismo tiempo, choca con la lógica. Y naturalmente, como principio, hay que negar la posibilidad jurídica del autocontrato. Pero lo que como principio es incontestable, no podría erigirse en regla rígida, sin graves e inútiles inconvenientes. Como dice PUIG BRUTAU, no se trata de saber si las declaraciones de quien pone en relación dos esferas de intereses diferentes conforman o no estrictamente un contrato. Hay que formularse una sola pregunta: ¿es admisible desde el punto de vista ético o de pública conveniencia, el fenómeno que llamamos contrato consigo mismo? (ver nota 2) Porque lo cierto es que, en algunos supuestos excepcionales, la autocontratación se ha revelado no solamente posible, sino también útil y justa.

En suma, se trata de adecuar el derecho a las razonables exigencias de la vida social y no encajar la realidad social dentro de los rígidos marcos de los principios jurídicos elaborados a priori.

El caso más interesante de autocontratación y el que ha dado lugar a mayores debates, es el del mandatario. ¿Puede una persona ofrecer por sí y aceptar por su mandante o viceversa? ¿Puede el representante de dos personas ofrecer por una y aceptar por otra?

Veamos el primer supuesto. Los arts. 1361 Ver Texto , inc. 4º, y 1918 Ver Texto prohíben al mandatario comprar por sí o por interpuesta persona las cosas que el mandante le ha ordenado vender, ni vender de lo suyo al mandante cuando éste le ha ordenado comprar, si no fuese con su aprobación expresa. Salvo el supuesto de la aprobación expresa del mandante, el autocontrato queda vedado. Pero esta prohibición legal debe ser razonablemente entendida. Lo que en definitiva interesa es que el mandatario no se prevalezca de su condición de apoderado para beneficiarse en perjuicio del mandante. Por

consiguiente, si el mandante ha fijado todas las condiciones del contrato, inclusive el precio y el plazo, de tal modo que el mandatario no tiene otra cosa que hacer que expresar el consentimiento, desde el punto de vista del mandante es completamente indiferente que el comprador sea el mandatario o un tercero; lo mismo ocurrirá si habiendo estipulado ciertos márgenes de precio dentro de los cuales el mandatario queda autorizado a vender, hubiera comprado para sí al precio máximo; o, finalmente, si habiéndosele encargado la venta de bienes que tienen cotización en la bolsa o en el mercado de frutos y productos, los adquiere al precio de su cotización (ver nota 3).

Sobre bases semejantes debe resolverse el caso de quien obra como mandatario de dos personas. Siempre que el mandatario haya podido obrar dentro de los límites más o menos amplios que le permitan beneficiar a uno de los mandantes en perjuicio del otro, el contrato debe reputarse nulo. Así, por ejemplo, si una persona le ha dado mandato para vender una casa en más de \$ 80.000 y otra se lo confiere para comprar esa misma casa en menos de \$ 100.000. Si se admitiera la validez de este contrato, el mandatario tendría un campo de acción en el que puede disponer a su arbitrio de los intereses que se le han confiado; estaría en sus manos beneficiar a uno y perjudicar a otro; y resulta obvio que no puede admitirse que represente intereses contrapuestos. Si, en cambio ha recibido mandato preciso de comprar y vender por \$ 100.000, no hay posibilidad de que se incline por ninguno de los mandantes ni perjudique a ninguno de ellos. No hay obstáculo en reconocer la validez del acto.

En suma, debe admitirse el autocontrato cuando el contenido del contrato para el que se ha dado mandato, se haya determinado en tal forma que excluya el conflicto de intereses (ver nota 4). Aun habiéndolo, el acto sólo adolecería de nulidad relativa; vale decir, que sólo podría impugnar el contrato la parte que ha sido perjudicada y que puede confirmar el contrato (ver nota 5).

¿Puede el mandatario tomar para sí el dinero que un tercero le ha encargado colocar en mutuo? El art. 1919 se lo prohíbe, salvo autorización expresa del mutuante; en cambio, la misma disposición le permite prestar él mismo dinero a quien le ha otorgado poder para tomar un préstamo, siempre que sea al interés corriente. La diferencia se explica porque en este último caso, el mandante no puede sufrir perjuicio alguno; en cambio, en el primero no sólo importa la tasa del interés, sino también la solvencia del prestamista; y el mandatario puede no tenerla. Es siempre la aplicación de la misma idea. El autocontrato es legítimo si de él no puede resultar peligro alguno para el mandante.

1116/1197

1197.— Otro supuesto interesante de contrato consigo mismo es el autorizado por el art. 2702: el condómino puede ser inquilino de la cosa común. Esta disposición es aplicable por analogía a la comunidad hereditaria. El problema que se ha planteado prácticamente es el

siguiente: A alquila un departamento de su propiedad a B; muere A, y B es uno de sus herederos. ¿El contrato se extingue por confusión, ya que B ha llegado a reunir en su persona la calidad de locador y locatario? Los tribunales (excepción hecha de la Suprema Corte de la Provincia de Buenos Aires) se han inclinado por proteger el interés del coheredero-inquilino, declarando que el contrato no se extingue por confusión (véase jurisprudencia citada en Tratado de Derecho Civil, Sucesiones, t. 1, n° 525).

Nuestra jurisprudencia registra un interesante caso, que motivó decisiones encontradas. Un coheredero inquilino que se había amparado en la prórroga de las locaciones, pidió la venta de la casa común en la que vivía; como nadie o muy pocos tienen interés en comprar casas ocupadas por terceros, era evidente que en el remate podría adquirirla a muy bajo precio. La Sala A de la Cámara Civil de la Capital declaró que la conducta del heredero había sido abusiva y que puesto que ejercía el derecho de pedir la venta, ésta debía hacerse libre de ocupantes. La Corte Suprema Nacional anuló el fallo, declarando que se trataba de un ejercicio normal de los derechos que la ley reconocía al inquilino (ver nota 6). Por nuestra parte, pensamos que la solución de la Cámara Civil es la acertada; resulta verdaderamente abusivo que el inquilino se valga del derecho excepcional y de emergencia que le reconocían las leyes de prórroga, para adjudicarse la casa a un precio sustancialmente menor que el normal; su conducta es contraria a la buena fe, resulta desviada de los fines perseguidos por el legislador, importa, en fin, un claro abuso de derecho.

1116/1198

1198.— Finalmente, puede citarse como ejemplo de autocontrato lícito, la compra hecha en la subasta del bien común por uno de los condóminos.

(nota 1) BIBLIOGRAFÍA ESPECIAL: MASNATTA, La autocontratación, Buenos Aires, 1905.

(nota 2) PUIG BRUTAU, Fundamentos de derecho civil, t. 2, vol. 1, p. 70.

(nota 3) De acuerdo: ACUÑA ANZORENA, en SALVAT, Contratos, t. 3, nota 77, a, al n° 1820. Puede verse una reseña completa del problema de la legitimidad de la autocontratación en HUPKA, La representación en los negocios jurídicos, § 16 y 17, ps. 246 y s., autor que se pronuncia por la legitimidad, salvo que pueda surgir perjuicio para el representado.

(nota 4) Esta es la solución del Código Civil italiano (art. 1395).

(nota 5) SPOTA, Contratos en el derecho civil, t. 3, nº 249.

(nota 6) El fallo de la C. Civil Cap., Sala A, 23/11/1953, fue publicado en L. L., t. 74, p. 392; el de la C. S. N., de fecha 18/4/1956, fue publicado en J. A., 1956-III, p. 366.

1116/10320

§ 5.— El consentimiento en los contratos

1116/10330

A.— VOLUNTAD Y DECLARACIÓN

1116/1199

1199. TEORÍAS DE LA VOLUNTAD PSICOLÓGICA Y LA VOLUNTAD DECLARADA; REMISIÓN.— En nuestro Tratado de Derecho Civil, Parte General (t. 2, núms. 828 y s.) hemos estudiado ya, al tratar de los actos jurídicos, el problema de la divergencia entre la intención y la declaración de voluntad, y las soluciones de las doctrinas de la voluntad psicológica y de la declaración de voluntad. Es aquí, en materia de contratos, donde este problema adquiere singular relieve. Remitimos, pues, a nuestro estudio hecho en el lugar indicado.

1116/1200

1200. MEDIOS DE MANIFESTACIÓN DEL CONSENTIMIENTO.— Dispone el art. 1145 Ver Texto que el consentimiento puede ser expreso o tácito; es expreso cuando se manifiesta verbalmente o por escrito o por signos inequívocos; es tácito cuando resulta de hechos o de actos que lo presupongan o autoricen a presumirlo. El consentimiento tácito tiene la misma fuerza obligatoria que el expreso a menos que la ley exija sea prestado en esta forma o que las partes hayan estipulado que sus convenciones no tendrán fuerza obligatoria sino después de llenadas ciertas formalidades.

Se trata de una mera e inútil repetición de lo que disponen los arts. 914 Ver Texto y siguientes respecto de la declaración de voluntad; y puesto que el consentimiento contractual es precisamente una declaración de voluntad, es de toda evidencia que aquellas

reglas le son aplicables. Remitimos, pues, para el estudio de toda esta materia a nuestro Tratado de Derecho Civil, Parte General, t. 2, núms. 820 y siguientes.

Igualmente sobreabundante es el art. 1146 Ver Texto según el cual el consentimiento tácito se presumirá si una de las partes entregare y la otra recibiese la cosa ofrecida o pedida; o si una de las partes hiciere lo que no hubiere hecho o no hiciere lo que hubiere hecho si su intención fuese no aceptar la propuesta u oferta. Se trata de reglas que pudieron omitirse porque en el fondo no son sino aplicaciones de la idea que la declaración de voluntad puede ser expresa o tácita y resultar no sólo de una manifestación verbal o escrita, sino también de todo signo inequívoco o aún, en ciertas hipótesis, del mismo silencio (véase Tratado de Derecho Civil, Parte General, t. 2, nº 821).

1116/10340

## B.— FORMACIÓN DEL CONTRATO

### 1.— Oferta

1116/1201

1201. CONCEPTO.— Dispone el art. 1144 Ver Texto que el consentimiento debe manifestarse por ofertas o propuestas de una de las partes y aceptarse por la otra. En realidad, esta escisión del consentimiento hace más bien al proceso de formación del contrato. En la práctica de los negocios, cuando éstos se concluyen, asumen por lo general la forma de una manifestación de voluntad común, en la cual no es posible distinguir la oferta de la aceptación. Lo que no quiere decir, claro está, que no pueda existir una simple oferta, formal o no, perfectamente separada y distinguible de la aceptación.

Oferta es una proposición unilateral que una persona dirige a otra para celebrar un contrato. No es un acto preparatorio del contrato, sino una de las declaraciones contractuales. Así, pues, sólo hay oferta cuando el contrato puede quedar cerrado con la sola aceptación de la otra parte, sin necesidad de una nueva manifestación del que hizo la primera proposición (ver nota 1).

En consecuencia la oferta debe ser distinguida:

a) De la invitación a oír ofertas, en la cual una persona se limita a hacer saber que tiene interés en celebrar cierto negocio y que escucha ofertas. Así ocurre cuando una persona pone en venta, mediante avisos en diarios o periódicos, una propiedad inmueble o un



automóvil, sin fijar el precio y manifestando que recibe ofertas de compra. El vendedor queda en la más completa libertad de elegir la propuesta más conveniente, atendiendo al precio ofrecido, el plazo, la solvencia del comprador, etcétera. Es decir, quien ofrece en verdad es el comprador, pero no quien ha puesto la cosa en venta, pues se necesita de él una nueva manifestación de voluntad para cerrar el negocio. Lo mismo ocurre cuando un empresario pone en la obra un cartel que dice: “Se necesitan obreros”. El empresario es libre de ocupar a quien crea conveniente; el pretendiente no podría aducir que hay una verdadera oferta porque todas las condiciones (sueldo, horario, etc.) están fijadas en los contratos colectivos, de tal modo que basta con la aceptación para la conclusión del contrato; y no podría aducirlo porque el contrato de trabajo es *intuitu personae* y no se puede desconocer la facultad del empresario de elegir su personal (ver nota 2). Otro ejemplo interesante lo ofrece la venta en pública subasta, en que el martillero invita a formular propuestas; en los remates privados queda entendido que el vendedor se reserva la facultad de no adjudicar la cosa si el precio ofrecido más elevado no le conviniere; pero en la subasta judicial la tipicidad del ejemplo queda desdibujada por la obligación de martillero de adjudicar la cosa al mejor postor, lo que revela que el remate judicial es algo más que una invitación a oír ofertas, desde que el subastante no puede rechazar la más elevada (ver nota 3).

b) De la llamada oferta al público que ordinariamente no constituye sino una invitación a oír ofertas; como es hecha a persona indeterminada no obliga al ofertante (art. 1148 Ver Texto ). Se requiere, pues, una declaración de voluntad del interesado y una ulterior aceptación de quien hizo la oferta general. Por ello no hay oferta propiamente dicha cuando se dirige al público en general, mediante prospectos, avisos, circulares, catálogos, etcétera. Nuestro Código de Comercio les niega expresamente valor obligatorio para el oferente (art. 454 Ver Texto ), solución inspirada en una divulgada costumbre comercial y en el consenso casi unánime de la doctrina (ver nota 4).

Por excepción ciertas modalidades de la oferta al público pueden llegar a configurar una declaración obligatoria para el que la emite, como ocurre en la oferta de objetos por medio de un aparato automático, en cuyo caso el contrato queda concluido con la conducta del comprador que introduce la moneda haciendo funcionar el mecanismo.

c) De la oferta sin compromiso, es decir de la que se hace reservándose el proponente la facultad de modificar en cualquier momento el precio y otras condiciones esenciales. A nuestro juicio, no hay en el caso verdadera oferta desde que la aceptación no cierra el contrato ya que es necesaria una nueva declaración del oferente de que mantiene sus condiciones. Es más bien una simple proposición de contratar, sujeta a un acuerdo final (ver nota 5).

d) De la opción contractual o promesa unilateral de contrato que es un contrato por el cual una oferta es aceptada como oferta irrevocable durante un cierto tiempo en el que el aceptante debe aceptar o rechazar lo que se le propone. En esta hipótesis hay algo más que

una oferta unilateral, desde que ha mediado ya un acuerdo de voluntades.

e) Finalmente, debe distinguirse la oferta de las tratativas previas al contrato y aun de los contratos preliminares (véase nº 1225). En éstos no hay todavía una voluntad definitiva de vincularse jurídicamente; se está sólo en tanteos y negociaciones más o menos adelantados, pero no han llegado a la concreción de una propuesta firme y definitiva.

1116/1202

1202. REQUISITOS DE LA OFERTA.— Según el art. 1148 Ver Texto , para que haya oferta válida es necesario:

a) Que se dirija a persona o personas determinadas. Equivale a personas determinadas, las determinables (ver nota 6) por un procedimiento claro establecido en la oferta. Por ello es válida y obliga al oferente, la promesa a quien encuentre y devuelva un objeto perdido; o a quien se le discierna un premio por una obra científica, artística o literaria, por un jurado especialmente designado; o a quien gane una competencia deportiva. Y por ello mismo es que la oferta hecha indeterminadamente al público no es en principio obligatoria.

El ofrecimiento público de mercaderías, hecho por los comerciantes con indicación de precio en escaparates o vidrieras, ¿constituye una oferta cuya aceptación obliga a vender? La cuestión está discutida; y aunque en la doctrina tiende a prevalecer la opinión afirmativa (ver nota 7), lo cierto es que en la práctica de los negocios los comerciantes no se sienten obligados por estas ofertas. Lo normal es, desde luego, que vendan lo que ofrecen, pues ése es precisamente su interés; pero con frecuencia se niega a hacerlo sosteniendo que el producto está solamente en exhibición, o que no se puede desarreglar la vidriera, etcétera. No es imposible, además, que el comerciante se niegue a vender a determinada persona. Y nadie piensa que ésta tiene derecho a exigir la entrega. Creemos, pues, que no hay oferta obligatoria; y que el art. 1148 Ver Texto brinda un claro apoyo a este punto de vista, desde que la oferta no se ha dirigido a persona determinada.

b) Que tenga por objeto un contrato determinado, con todos los antecedentes constitutivos de los contratos. Es decir, la propuesta debe contener todos los elementos necesarios como para que una aceptación lisa y llana permita tener por concluido el contrato (ver nota 8). Así, por ejemplo, si se trata de una compraventa, será necesario que la oferta contenga determinación de la cosa y el precio; faltando cualquiera de estos elementos, no habrá oferta válida. En cambio no son esenciales las cláusulas accesorias y mucho menos si ellas están reglamentadas por ley en previsión precisamente de que las partes no las hubieran establecido en sus contratos.

Esto no excluye la posibilidad de que la oferta deje librada la determinación de uno de los elementos del contrato a la voluntad del destinatario. Así, por ejemplo, sería válida la oferta de “trigo a \$ 300 el quintal hasta la cantidad que usted fije dentro de un total no mayor de 1.000 quintales” o la de un libro al precio que fije el destinatario (ver nota 9). La determinación hecha por el aceptante obligará al oferente a menos que sea abusiva o contraria a la buena fe o la lealtad.

1116/1203

1203. OFERTA ALTERNATIVA Y DE COSAS SEPARABLES.— Si la oferta fuese alternativa, vale decir, si se ofrece un contrato u otro, la aceptación de uno de ellos basta para que el acuerdo quede perfecto respecto del contrato aceptado (art. 1153 Ver Texto ). La misma solución es aplicable al ofrecimiento de cosas que pueden separarse (artículo citado); por ejemplo, una persona ofrece a otra en venta un lavarropas a \$ 800 y un televisor a \$ 1.000. Estas deben considerarse como ofertas separadas y como tales pueden aceptarse. En cambio, sería inseparable el ofrecimiento de un juego de comedor, no obstante que se haya hecho precio separado por la mesa y por cada una de las sillas.

Que las cosas sean susceptibles de separación puede depender de su misma naturaleza; pero más seguro es atender a la voluntad de las partes. Así, por ejemplo, en el supuesto del lavarropas y el televisor, puede ocurrir que el vendedor exija como condición de venta, que el comprador se lleve ambos objetos: esas cosas deben considerarse inseparables, a pesar de que son separables por naturaleza.

Si las cosas no pudieren separarse y no obstante ello el recipiente de la oferta acepta una sola, esta aceptación importará la oferta de un nuevo contrato (art. 1153 Ver Texto ), que el oferente originario podrá aceptar o rechazar.

1116/1204

1204. DURACIÓN DE LA OFERTA; REVOCACIÓN; CADUCIDAD.— ¿En qué medida queda obligado el oferente por su sola oferta? Nuestro Código, inspirándose principalmente en el francés, ha seguido el sistema tradicional, cuya idea esencial es la siguiente: mientras no hay aceptación, no hay contrato ni obligación para el que hace la oferta. De donde surgen las siguientes consecuencias:

a) Hasta el momento de la aceptación, el oferente puede revocar o retractar libremente su oferta, a menos que al hacerla haya renunciado a su derecho de revocación o se haya obligado a mantenerla durante un cierto tiempo (art. 1150 Ver Texto ).

b) Si cualquiera de las partes falleciere o perdiere su capacidad para contratar (el proponente antes de haber sabido la aceptación, el aceptante antes de haber declarado su voluntad de aceptar) la oferta queda sin efecto (art. 1149 Ver Texto ). La ley no distingue entre oferta simple e irrevocable; en ambos casos se opera la caducidad. Esta solución se funda en que la incapacidad o el fallecimiento hacen imposible el acuerdo de voluntades, cuya coincidencia debe operarse en el momento en que ambas personas estén en aptitud legal de obligarse.

1116/1205

1205.— El Código alemán ha seguido un sistema distinto: la oferta tiene siempre carácter irrevocable, a menos que el oferente haya excluido esa fuerza vinculante (art. 145) y salvo este supuesto de excepción, subsiste a pesar de que el oferente fallezca o caiga en incapacidad (art. 153). Este sistema se basa en consideraciones fundadas en la seguridad del tráfico y la seriedad de los negocios. Ordinariamente una oferta hace nacer esperanzas en quien la recibe; quizá lo exponga a gastos o a desistir de otros negocios en vista de esta perspectiva. Esto explica el rigor del sistema germánico.

El Código italiano ha seguido un sistema intermedio: la oferta es revocable antes de la aceptación, a menos que el oferente se haya obligado a mantenerla firme durante un cierto tiempo; en cambio la oferta firme no es revocable ni caduca por la incapacidad o muerte del oferente, a menos que la naturaleza del negocio excluya la posibilidad de declararla válida (art. 1329) como ocurriría con la promesa de un pintor de realizar un retrato, que no puede considerarse subsistente si enloquece o fallece.

1116/1206

1206. OFERTAS FIRMES O IRREVOCABLES.— Según el art. 1150 Ver Texto la oferta no puede retractarse cuando se haya renunciado al derecho de retractación o cuando se haya obligado a mantenerla durante un cierto tiempo. Consideremos por separado ambas hipótesis.

1116/1207

1207. a) Renuncia a la facultad de revocar.— Es una cláusula poco frecuente. Es obvio la inconveniencia de renunciar sine die a la facultad de revocar la oferta, manteniendo así al oferente en una indefinida indeterminación de sus derechos. Pero supongamos que ello ocurra y que el oferente ha renunciado lisa y llanamente a su facultad de revocar. ¿Significa ello que queda perpetuamente atado a su oferta? Esta solución sería intolerable desde el

punto de vista de la seguridad de los derechos y no consultaría tampoco la voluntad presunta del oferente. Es indudable que éste ha entendido ligarse sólo durante un tiempo razonable pero no perpetuamente. Por ello, en caso de que la renuncia sea indeterminada debe reconocerse al oferente la facultad de pedir judicialmente la fijación de un plazo dentro del cual debe ser aceptada la oferta (ver nota 10). Ese plazo será fijado por el juez con criterio prudencial, apreciando el tiempo en que es verosímil que las partes entendieron que debía producirse la aceptación.

Más aún: cuando la respuesta ha tardado más de lo razonable, es decir, más de lo que las partes entendieron o pudieron entender obrando con cuidado y previsión (art. 1198 Ver Texto ), el oferente puede considerarse desobligado de su oferta aun sin fijación judicial de plazo, y proceder en consecuencia, por ejemplo, ofreciendo el contrato a otra persona.

1116/1208

1208. b) Oferta con plazo de vigencia (ver nota 11).— Mucho más frecuente es la oferta hecha con un plazo durante el cual el mismo oferente se compromete a mantenerla. Hecha la oferta, no queda ya en sus manos retirarla, mientras el plazo no se haya cumplido (ver nota 12), salvo que el destinatario de la propuesta expresamente la rechace (ver nota 13), en cuyo caso el rechazante no podría ya volver sobre su decisión y aceptar la oferta que rechazó, aunque fuere dentro del término señalado; salvo, claro está, que el oferente renovase su propuesta.

El plazo de la oferta puede resultar de una cláusula expresa o tácita (ver nota 14); más aún, creemos que puede resultar impuesto por las circunstancias o por los usos (ver nota 15).

1116/1209

1209. ATENUACIONES A LA REGLA DE LA REVOCABILIDAD DE LA OFERTA SIMPLE.— El principio tradicional de que la oferta simple, en tanto no haya sido aceptada puede ser revocada sin obligación alguna por parte del oferente, ha sido objeto de fuertes críticas en el derecho moderno, particularmente después de un famoso trabajo de IHERING sobre la culpa in contrahendo (ver nota 16). La idea es que una oferta generalmente suscita esperanzas, puede originar gastos y esfuerzos, para estudiarla, quizá ha impulsado al destinatario de ella a rechazar otros ofrecimientos. Todo ello prueba que el que formula una oferta, por el solo hecho de hacerla, contrae una cierta responsabilidad. Una razón de seriedad en los negocios obliga a considerar si no ha de reconocerse una obligación de indemnizar a cargo de quién, quizá con desaprensión y ligereza, retira intempestivamente una oferta o impide, por su culpa, el perfeccionamiento definitivo del contrato. Esta llamada culpa in contrahendo ha tenido algunas expresiones en nuestro derecho positivo.

1116/1210

1210. a) Supuesto del art. 1156 Ver Texto .— Dispone este artículo que la parte que hubiera aceptado la oferta ignorando la retractación del proponente, su muerte o incapacidad sobreviniente, y que a consecuencia de su aceptación hubiese hecho gastos o sufrido pérdidas, tendrá derecho a reclamar pérdidas e intereses.

La ley no establece cuál es el límite de dicha responsabilidad. ¿Debe comprender no sólo el lucro cesante, sino también todo lo que el destinatario de la oferta pudo haber ganado en el contrato frustrado? Ello sería excesivo. Significaría en el fondo reconocer que el contrato ha tenido vigencia y no se ha cumplido, pues dicha indemnización es la que corresponde en efecto a esta situación. Pero en nuestro caso no se trata de la indemnización resultante del incumplimiento de un contrato, sino de la consiguiente a la frustración de la justa esperanza o expectativa del destinatario de la oferta. Por ello el Código habla sólo de los gastos o pérdidas sufridas por quien aceptó extemporáneamente. Es decir, que sólo debe repararse el daño emergente, pero no el lucro cesante, vale decir, lo que el aceptante esperaba ganar con el contrato frustrado (ver nota 17).

1116/1211

1211. b) Art. 1329 Ver Texto .— Establece este artículo que el que hubiese vendido cosas ajenas, aunque fuese de buena fe, debe satisfacer al comprador las pérdidas e intereses que le resultasen de la anulación del contrato, si éste hubiese ignorado que la cosa era ajena. Como dice LAFAILLE, sólo atribuyendo al agente una falta de precaución al formular la promesa, cabe explicar la responsabilidad en que incurre dentro de la hipótesis planteada (ver nota 18).

En cuanto al alcance de esta obligación de indemnizar, véase Tratado de Derecho Civil, Contratos, t. 1, núms. 178 y s.

1116/1212

1212. c) Culpa precontractual.— También la jurisprudencia ha contribuido a atenuar el rigor de la regla de la revocabilidad de la oferta, admitiendo en algunos casos la existencia de una culpa precontractual, que obliga al culpable a indemnizar los daños y perjuicios resultantes de su conducta. Sobre este punto remitimos a los núms. 1226 y s.

2.— Aceptación

1116/1213

1213. CONCEPTO.— La aceptación de la oferta consuma el acuerdo de voluntades. Según lo dicen PÉREZ GONZÁLEZ y ALGUER, la oferta y la aceptación no son específicamente diversas, pues aparte del carácter de iniciativa de la oferta, no hay más diferencias entre ella y la aceptación que la sucesión cronológica que es normal y corriente en la celebración de un contrato (ver nota 19).

Para que la aceptación produzca su efecto propio (que es la conclusión del contrato) es preciso: 1) Que sea lisa y llana, es decir, que no esté condicionada ni contenga modificaciones de la oferta. 2) Que sea oportuna; no lo será si ha vencido ya el plazo de la oferta; si no hay plazo, la aceptación debe ser inmediata (véase n° 1216).

La aceptación debe referirse a todos los puntos de la propuesta; basta el desacuerdo con uno solo de ellos, aunque sea secundario, para que el contrato quede frustrado. Esto no significa que el contrato deba versar siempre sobre todos los aspectos del negocio propuesto; esto sería casi imposible. Basta, por consiguiente, que la oferta se refiera a los elementos esenciales del negocio; pero si contiene otros de carácter secundario, la aceptación debe referirse a todos, sean esenciales o secundarios.

La aceptación, como toda declaración de voluntad, puede ser expresa o tácita, salvo que la ley o la convención de las partes exija una declaración formal.

1116/1214

1214.— Puede ocurrir que el ofertante haya dado un plazo al destinatario de la oferta para que la acepte o rechace. ¿Equivale esto a la oferta firme durante el plazo fijado? En otras palabras, se cuestiona si es lo mismo decir: “Me comprometo a mantener mi oferta durante quince días” o decir: “Le doy a usted un plazo de quince días para aceptar”. Se ha sostenido la solución negativa. Se afirma que una cosa es comprometerse a mantener una oferta por un plazo determinado, y otra dar al destinatario de la oferta un plazo para que acepte, lo que no implica privarse de la facultad de revocarla en cualquier momento (ver nota 20). Nos parece una sutileza. La persona que da un plazo para la aceptación, implícitamente se está comprometiendo a mantenerla durante cierto tiempo. Esta es la interpretación lógica de esta cláusula (ver nota 21), a menos que el ofertante se haya reservado expresamente la facultad de retractar la oferta durante el plazo fijado.

1116/1215

1215. MODIFICACIÓN DE LA OFERTA.— Si la oferta se aceptara con modificaciones, el contrato no queda concluido, por más que las modificaciones recaigan sobre puntos o cláusulas no esenciales; en tal caso, la aceptación se reputa como una nueva oferta (art. 1152), llamada contrapropuesta, que debe considerar el oferente originario. Sin la aceptación de éste no hay contrato.

Igual solución cabe aplicar al caso de la oferta aceptada después de vencido el término fijado por el oferente; la aceptación extemporánea, aunque sea lisa y llana, debe considerarse como una nueva propuesta (ver nota 22).

1116/1216

1216. OFERTA HECHA VERBALMENTE O POR AGENTE.— La oferta hecha verbalmente no se juzgará aceptada si no lo fuese inmediatamente (art. 1151 Ver Texto ). Es un supuesto en que el recipiente no goza de plazo, a menos que se le concediere expresamente. Se trata de una disposición razonable, fundada en lo que es corriente en la vida de los negocios.

El término inmediatamente, dice MACHADO, no se refiere a la instantaneidad de la respuesta, sino a la continuidad de la negociación, de modo que no se interrumpa por un acto extraño, pues haría suponer, con razón, que ha sido rechazada (ver nota 23). Así, por ejemplo, es posible que el destinatario de la oferta pida aclaraciones sobre algunas de sus cláusulas, luego de lo cual y en el mismo acto, acepta. Esta forma de expedirse no debe considerarse extemporánea.

Si la oferta ha sido hecha por medio de un agente, no se juzgará aceptada si éste no volviese con una aceptación expresa (art. 1151 Ver Texto ). La ley se refiere aquí al nuncio, mensajero o mandadero, es decir, a la persona que cumple con la comisión de transmitir una declaración de voluntad para obtener una respuesta inmediata; no al mandatario, que obrando en nombre y representación de su mandante, hace una oferta (ver nota 24). En este último caso rige la regla general de los contratos entre presentes, es decir, la aceptación debe ser inmediata (art. citado). Siendo así, no se explica, a primera vista, esta referencia al nuncio, pues tenga ese carácter o sea mandatario propiamente dicho, la solución es la misma. La explicación debe encontrarse en que para el Código el contrato hecho por intermedio del nuncio se considera entre ausentes (art. 1147 Ver Texto ); era necesario, pues, una disposición especial que declarase aplicable a este supuesto el régimen de los contratos entre presentes.

1116/1217



1217. CONTRATOS POR TELÉFONO.— ¿Los contratos concluidos por teléfono deben considerarse celebrados entre presentes o ausentes? Esta cuestión, que otrora dio origen a controversias, puede considerarse hoy superada. Se acepta generalmente la necesidad de hacer el siguiente distingo:

a) En lo relativo al momento de la conclusión del contrato, se reputa celebrado entre presentes. Por consiguiente, la aceptación debe seguir inmediatamente a la oferta (ver nota 25).

b) En lo relativo al lugar de la conclusión, se lo reputa entre ausentes (ver nota 26). Por consiguiente, la forma del contrato se regirá por las leyes y usos vigentes en el lugar más favorable a la validez del acto (art. 1181), sea el del oferente o el del aceptante.

### 3.— Contratos entre ausentes

1116/1218

1218. MODOS DE MANIFESTAR EL CONSENTIMIENTO.— Dispone el art. 1147 Ver Texto que entre ausentes el consentimiento se manifiesta por medio de agentes o por correspondencia epistolar. En cuanto al concepto de agente, véase nº 1216; distinto es el caso del mandatario que obrando por su mandante con poder suficiente, ocupa su lugar: el contrato debe reputarse celebrado entre presentes.

Debe agregarse, empero, que la oferta transmitida por agentes tiene un régimen híbrido: la aceptación debe ser inmediata a la propuesta, de tal modo que caduca si el agente volviese sin una aceptación expresa (art. 1151 Ver Texto ), lo que significa aplicarle en este punto las reglas de los contratos entre presentes.

1116/1219

1219. MOMENTO EN QUE SE REPUTA CONCLUIDO EL CONTRATO; DISTINTOS SISTEMAS.— ¿Cuándo debe reputarse concluido el acuerdo de voluntades en los contratos entre ausentes? La cuestión ha dado origen a distintos sistemas sostenidos en la doctrina y la legislación comparada.

a) Según el sistema de la declaración, el contrato queda concluido en el momento en que el

aceptante ha declarado de alguna manera (expresa o tácita) su voluntad de aceptar, aunque esa declaración no haya sido remitida al oferente; como ocurriría si hace una anotación en ese sentido en sus libros de comercio o se limita a cumplir el contrato. Esta declaración, aunque no dirigida al oferente, prueba que el destinatario de la oferta aceptó, con lo cual el acuerdo de voluntades quedó concluido (ver nota 27).

b) Según el sistema de la expedición es preciso que la declaración de aceptación haya sido remitida al oferente (ver nota 28).

c) Según el sistema de la recepción será necesario que el oferente haya recibido la aceptación (ver nota 29).

d) Finalmente, según el sistema de la información no basta que el oferente haya recibido la aceptación, sino que es necesario que haya tomado conocimiento de ella (ver nota 30). Como puede apreciarse, la diferencia entre estos dos últimos sistemas es bastante sutil, desde que la recepción de la respuesta hace presumir normalmente su conocimiento (ver nota 31). La diferencia práctica consiste en que el sistema de la recepción facilita la prueba e impide alegar la falta de conocimiento, no obstante la recepción.

1116/1220

1220. SISTEMA DEL CÓDIGO CIVIL.— El Código Civil tiene en este punto disposiciones bastante confusas. Según el art. 1154 Ver Texto , la aceptación hace perfecto el contrato sólo desde que ella se hubiera mandado al proponente. Hasta aquí la idea es clara: se establece el sistema de la expedición. Pero los arts. 1155 Ver Texto y 1149 Ver Texto aparecen inspirados en una idea distinta: el aceptante de la oferta —dice el primero— puede retractar su aceptación antes de que ella haya llegado al conocimiento del proponente. Y el art. 1149 Ver Texto dispone que el fallecimiento o pérdida de capacidad del oferente antes de conocer la aceptación, deja sin efecto la oferta. ¿Cómo se concilian estas disposiciones? ¿El contrato queda concluido con la remisión de la aceptación o con la recepción de ella por el proponente? Este problema ha tenido diversas respuestas en nuestra doctrina:

a) Para LLERENA (ver nota 32) el contrato se perfecciona para el proponente desde el momento en que la oferta es aceptada y considera que hay aceptación desde que ésta se manda al proponente; para el aceptante, el contrato se perfecciona desde que la aceptación llega a conocimiento del proponente. Esta solución resulta inadmisibles, porque siendo el contrato un acuerdo de dos voluntades, el acuerdo debe reputarse producido para ambas partes en un mismo instante (ver nota 33). Por lo demás, la solución de LLERENA no resuelve el problema del art. 1149 Ver Texto , pues si el contrato queda concluido para el oferente desde el momento de la remisión de la aceptación, no se explica que la oferta

quede sin efecto cuando el oferente fallece o cae en incapacidad antes de haber llegado a su conocimiento la aceptación.

b) Para SALVAT, el contrato no se considera perfeccionado y definitivamente concluido hasta el momento en que la aceptación llega a conocimiento del proponente, y es por eso que hasta entonces el aceptante puede retractarse; pero una vez que esta condición se cumple, es decir, una vez conocida por el proponente la aceptación, dicha condición funciona retroactivamente y, en consecuencia, desde ese momento la perfección o conclusión del contrato se considera producida a contar desde el instante en que la aceptación fue enviada (ver nota 34). Este sistema, aparte de su complicación, tiene el inconveniente de que erige en principio general la doctrina del conocimiento, solución contraria al principio del art. 1154 Ver Texto .

c) La mayor parte de nuestra doctrina (ver nota 35) se inclina por pensar que el art. 1154 Ver Texto establece la regla general: el contrato debe considerarse concluido con la remisión de la aceptación. Esta regla reconoce dos excepciones: a) el aceptante puede revocar su aceptación hasta el momento del conocimiento de ésta por el oferente (art. 1155 Ver Texto ); b) la oferta queda sin efecto si antes de este momento el oferente fallece o pierde su capacidad para contratar (art. 1149 Ver Texto ).

La regla general, en cambio, conserva su valor en orden a las situaciones siguientes: a) el oferente no puede revocar su oferta luego que el aceptante ha expedido su respuesta; b) el fallecimiento o pérdida de la capacidad del aceptante después de haber remitido la aceptación, no tiene influencia sobre la validez del contrato.

1116/1221

1221.— Sin embargo, la expedición de la aceptación no será necesaria cuando el aceptante haya renunciado a la declaración de aceptación o cuando conforme a los usos del tráfico no fuera de esperar tal declaración; en tal caso el contrato se habrá perfeccionado tan pronto como de la conducta de la otra parte se desprenda la voluntad de aceptar (ver nota 36), como ocurre si propuesto un contrato de mandato o administración, la persona que recibe el poder realiza los actos que se le encomiendan; o si enviadas unas cosas para su reparación, el destinatario realiza dicha reparación.

1116/1222

1222. PROYECTOS DE REFORMA.— El sistema del Código resulta así complejo y contradictorio. Lo razonable es fijar en un solo momento la conclusión del contrato, con todos los efectos consiguientes para ambas partes. Los proyectos de reforma al Código

proponen una solución clara y acertada: la aceptación perfecciona el contrato desde que fuera remitida al proponente; es decir, se establece el sistema de la expedición, con plenos efectos para ambas partes. Y se agrega otra disposición oportuna: cuando el autor de la oferta no deba, por la naturaleza especial del asunto o por otra circunstancia, esperar una aceptación expresa, el contrato se juzgará concluido desde que fue recibida la propuesta, siempre que el rechazo de ella no se produjere en un término prudencial (Anteproyecto de BIBILONI, art. 1305; Proyecto de 1936, art. 801; Anteproyecto de 1954, art. 1007).

1116/1223

1223. RESPONSABILIDAD DEL OFERENTE Y SUS HEREDEROS.— La parte que hubiere aceptado la oferta ignorando la retractación del proponente, su muerte o su incapacidad, y que a consecuencia de la aceptación hubiere hecho gastos o sufrido pérdidas, tendrá derecho a reclamar pérdidas e intereses del ofertante o sus herederos (art. 1156 Ver Texto ). Hemos estudiado este punto en el n° 1210.

1116/1224

1224. OFERTAS CRUZADAS.— Cabe preguntarse si el contrato queda concluido por las ofertas cruzadas, es decir, por dos ofertas de contrato simultáneas, que coinciden exactamente. Así, por ejemplo, A le ofrece vender a B la casa que éste le alquila por \$ 1.000.000 al contado, y simultáneamente B le ofrece a A comprar la misma casa por igual precio y condiciones. Una concepción rígida del mecanismo de la formación del contrato llevaría a negar que éste ha quedado concluido, desde que ninguna oferta ha sido aceptada; pero lo cierto es que ha mediado una coincidencia de voluntades en un momento dado, lo que basta para configurar el contrato (ver nota 37).

Resta todavía determinar el momento en que el contrato queda concluido. Puesto que nuestro Código adopta la regla general de la expedición (véase n° 1220), pensamos que debe considerárselo firme en el momento en que fue expedida la última oferta.

(nota 1) MOSSET ITURRASPE, Contratos, 2ª ed., p. 114; LEHMANN, Parte General, p. 338; ENNECCERUS-NIPPERDEY, t. 1, vol. 2, § 152, p. 53; PLANIOL-RIPERT-ESMEIN, t. 6, n° 27; VON TUHR, Obligaciones, t. 1, p. 134.

(nota 2) PLANIOL-RIPERT-ESMEIN, t. 6, n° 127.

(nota 3) Parece que en este caso, hay una oferta del martillero y una aceptación en cada

postura, de tal modo que cada una de éstas implica la conclusión de un contrato sujeto a la condición de que no se haga una postura mayor. En este sentido: ENNECCERUS-NIPPERDEY, t. 1, vol. 2, § 152, p. 154; concuerda con esta concepción: MESSINEO, t. 4, § 134, n° 7.

(nota 4) En este sentido: FREITAS, art. 1852, inc. 2º, de su Esboço; SPOTA, Contratos en el derecho civil, n° 179; PUIG BRUTAU, Fundamentos de derecho civil, t. 2, vol. 1, p. 205; ENNECCERUS-NIPPERDEY, t. 1, vol. 2, § 152, p. 154; VON TUHR, Obligaciones, t. 1, n° 134. En contra, es decir, por el valor obligatorio de tales ofertas: PLANIOL-RIPERT-ESMEIN, t. 6, n° 142 (aunque con reservas, véase nota 4).

(nota 5) En cambio, PLANIOL-RIPERT-ESMEIN sostienen que hay una verdadera oferta que llega al oferente bajo la condición que el destinatario acepte las nuevas condiciones; igualmente creen que el oferente no puede modificar las condiciones en una medida no justificada por las circunstancias (t. 6, n° 128).

(nota 6) SEGOVIA, t. 1, p. 315, nota 15; ACUÑA ANZORENA, en SALVAT, Contratos, t. 1, n° 51, nota 43; SPOTA, Contratos en el derecho civil, n° 178.

(nota 7) ACUÑA ANZORENA, en SALVAT, Contratos, t. 1, n° 51, nota 43; SPOTA, Contratos en el derecho civil, n° 181; PLANIOL-RIPERT-ESMEIN, t. 6, n° 142. En contra, sosteniendo que no obligan al comerciante: LEHMANN, Parte General, p. 339.

(nota 8) SALVAT, Contratos, t. 1, n° 51; SPOTA, Contratos en el derecho civil, n° 178.

(nota 9) ENNECCERUS-NIPPERDEY, t. 1, vol. 2, § 152, p. 153; VON TUHR, Obligaciones, t. 1, p. 134.

(nota 10) SPOTA, Contratos en el derecho civil, n° 184.

(nota 11) Véase ORÚS, La policitación en nuestro derecho (art. 1150 del Código Civil), J. A., 1964-VI, p. 163, nota al fallo n° 9349.

(nota 12) Juez de la Capital, doctor Cafferata, 17/9/1964, J. A., 1964-VI, p. 163; ORÚS, artículo citado en nota anterior; MACHADO, t. 3, p. 448; SALVAT, Contratos, t. 1, n° 55; PLANIOL-RIPERT, t. 6, n° 134.

(nota 13) Fallo citado en nota anterior; PLANIOL-RIPERT, loc. cit. en nota anterior.

(nota 14) SALVAT, Contratos, t. 1, nº 55.

(nota 15) JOSSERAND, t. 2, vol. 1, ps. 42 y s.; PUIG BRUTAU, Fundamentos de derecho civil, t. 2, vol. 1, p. 217.

(nota 16) IHERING, De la culpa in contrahendo o de los daños e intereses en las convenciones nulas o que quedaron imperfectas, Oeuvres choisies, t. 2, p. 1.

(nota 17) Coincide con nuestro punto de vista FAGELLA, para quien el resarcimiento debe limitarse a los gastos efectivos y al costo real del trabajo precontractual (Dei periodi precontrattuali, Studi in onore di C. Fadda, t. 3, p. 304, nº 37). En la doctrina alemana bajo la influencia de IHERING (La culpa in contrahendo, Oeuvres choisies, t. 2, p. 15, nº 9), se admite sólo la reparación del interés negativo. (ENNECCERUS-LEHMANN, t. 2, vol. 1, § 43, p. 222; sólo por excepción admiten también el interés pasivo); y lo mismo sostiene MESSINEO, t. 4, § 134, nº 1. LAFAILLE acepta este criterio para la responsabilidad precontractual también en nuestro derecho (Contratos, t. 1, núms. 88 y s.). En cambio, SPOTA opina que la reparación debe ser integral (Contratos en el derecho civil, t. 2, nº 218).

(nota 18) LAFAILLE, Contratos, t. 1, nº 85.

(nota 19) GONZÁLEZ PÉREZ y ALGUER, anotaciones a ENNECCERUS-NIPPERDEY, Parte General, vol. 2, p. 159.

(nota 20) Es la solución que proponía BIBILONI en el art. 1299 de su Anteproyecto.

(nota 21) De acuerdo: SPOTA, Contratos en el derecho civil, nº 188.

(nota 22) ENNECCERUS-NIPPERDEY, t. 1, vol. 2, § 153, p. 164.

(nota 23) MACHADO, t. 3, p. 449. En sentido concordante: VON TUHR, Obligaciones, t. 1, p. 136.

(nota 24) SPOTA, Contratos en el derecho civil, nº 186.

(nota 25) SPOTA, Contratos en el derecho civil, n° 181; SALVAT, Contratos, t. 1, n° 63; MOSSET ITURRASPE, Teoría general del contrato, p. 132; PLANIOL-RIPERT-ESMEIN, t. 6, n° 156; JOSSERAND, t. 2, vol. 1, n° 54; BAUDRY LACANTINERIE y BARDE, t. 1, n° 40; DEMOGUE, Obligaciones, t. 2, n° 548; MESSINEO, Tratado, t. 4, § 34, n° 14; Cód. Civil alemán, art. 147; suizo, art. 4°; brasileño, art. 1081; mexicano, art. 1805; peruano, art. 1330, inc. 1°).

(nota 26) Autores citados en nota anterior.

(nota 27) De acuerdo con este sistema: BAUDRY LACANTINERIE y BARDE, t. 1, n° 37; JOSSERAND, t. 2, vol. 1, n° 53; DEMOLOMBE, t. 24, n° 75.

(nota 28) De acuerdo: COLIN-CAPITANT-JULLIOT DE LA MORANDIÈRE, t. 2, n° 48; AUBRY y RAU, § 343; Cód. Civil suizo, art. 10; brasileño, art. 1086.

(nota 29) PLANIOL-RIPERT-BOULANGER, t. 2, n° 359 (no sin reservas), donde se dice que éste es el sistema de jurisprudencia belga; VON TUHR, Obligaciones, t. 1, p. 141; Cód. Civil alemán, art. 130; mexicano, art. 1807.

(nota 30) LAURENT, t. 15, n° 479; Cód. Civil italiano, art. 1326; venezolano, art. 1137.

(nota 31) En este sentido: MESSINEO, t. 4, § 134, n° 9.

(nota 32) LLERENA, t. 4, art. 1149, n° 1.

(nota 33) ACUÑA ANZORENA, en SALVAT, Contratos, t. 1, n° 65, nota 41, a.

(nota 34) SALVAT, Contratos, t. 1, n° 66.

(nota 35) SPOTA, Contratos en el derecho civil, núms. 199 y s.; LAFAILLE, Contratos, t. 1, n° 79; MOSSET ITURRASPE, Teoría general del contrato, p. 138; LÓPEZ DE ZAVALÍA, Teoría de los contratos, p. 124.

(nota 36) Esta solución que ENNECCERUS-NIPPERDEY proponen en el derecho

alemán fundados en el art. 151, Cód. Civil (t. 1, vol. 2, § 153, p. 162), y VON TUHR para el suizo (Obligaciones, t. 1, p. 139), nos parece rigurosamente aplicable en nuestro derecho.

(nota 37) ENNECCERUS-NIPPERDEY, Parte General, t. 1, vol. 2, § 152, p. 152, nota 5. 1116/10350

## C.— LAS TRATATIVAS CONTRACTUALES

1116/1225

1225. LAS TRATATIVAS; CONTRATOS PRELIMINARES Y PRECONTRATOS.— Con frecuencia los contratos suponen un negocio complejo que exige estudio y prolija consideración de sus cláusulas. Hay una etapa previa en la cual las partes discuten, preordenan, cambian ideas, proyectan el contrato, conciben y elaboran las cláusulas y condiciones, las analizan y sintetizan (ver nota 1). Luego recién vendrá la oferta y la aceptación. Más aún, con alguna frecuencia y generalmente con el propósito de estudiar el negocio con mayor detención o sobre bases más firmes, se suele recurrir a ciertas convenciones previas, entre las que corresponde distinguir:

a) Los llamados contratos preliminares en los cuales las partes manifiestan su acuerdo sobre las bases esenciales de la negociación, pero sin cerrar todavía el acuerdo, sea porque falta conformidad sobre cláusulas secundarias o porque se necesita un estudio más profundo de todas las implicancias del contrato para dar el consentimiento definitivo. Este contrato preliminar, llamado también minuta o carta-intención, brinda a las partes bases serias y ciertas sobre las cuales ha de seguirse estudiando el negocio; pero no obliga a las partes, salvo la responsabilidad precontractual, de lo que se hablará más adelante (nº 1226).

b) Los precontratos, antecontratos o promesas bilaterales de contrato importan, en cambio, un acuerdo definitivo sobre todos los puntos del contrato que, empero, carece de uno de los requisitos exigidos ineludiblemente por la ley. El ejemplo típico lo constituyen las promesas de contratos reales, que tienen lugar cuando existe el acuerdo de las partes, pero todavía no se ha entregado la cosa sin cuya entrega la ley no considera concluido el contrato. También se cita muy frecuentemente como ejemplo de precontrato a los boletos de compraventa, que en nuestro concepto son contratos definitivos (véase Tratado de Derecho Civil, Contratos, t. 1, nº 454).

c) Un supuesto distinto lo constituye el contrato de opción. Una persona ofrece a otra un contrato y se compromete a mantener latente el ofrecimiento durante un cierto tiempo; la otra parte acepta ese ofrecimiento como tal, es decir, como compromiso de mantenerlo durante el tiempo estipulado y sin pronunciarse todavía sobre si acepta o no la proposición



de fondo. Las consecuencias son las siguientes: a) el oferente no puede retractar su oferta durante el plazo fijado; b) la otra parte puede aceptarlo durante todo ese plazo y el contrato quedará concluido con su solo asentimiento, sin necesidad de una nueva manifestación de voluntad del oferente.

1116/1226

1226. CULPA PRECONTRACTUAL. (ver nota 2)— La vida de los negocios demuestra que muchas veces las tratativas previas a los contratos, sobre todo si éstos son importantes, suponen gestiones, trabajos y gastos. En principio, tales trabajos corren por cuenta de la parte que los ha hecho, pues actúa en su propio interés y asume por propia determinación el riesgo del fracaso de las tratativas, ya que la otra parte no ha dado todavía su consentimiento. Pero a veces las tratativas avanzan más de lo corriente; las conversaciones previas hacen concebir a una de las partes legítimas esperanzas de que el contrato será concluido; en ese momento, la otra desiste, intempestivamente y sin ninguna razón vinculada con el negocio mismo de las negociaciones. Esto es lo que se llama en doctrina, culpa precontractual.

¿Es la culpa precontractual un fundamento suficiente para reclamar daños y perjuicios? Hemos dicho ya que, en principio, el desistimiento de las negociaciones previas es perfectamente legítimo y no puede dar origen a una indemnización. Esta solución resulta particularmente clara en el supuesto de que la ruptura sea la consecuencia de que las partes no han podido eliminar las diferencias que desde el principio las separaban. No hay culpa en mantener la posición que desde el primer momento se había sostenido en la negociación. Pero cuando las conversaciones se encuentran avanzadas, cuando una de las partes ha hecho concebir a la otra legítimas esperanzas, cuando ésta ha podido razonablemente realizar gastos o trabajos confiada en la seriedad de la primera, cuando la buena fe que debe presidir los negocios jurídicos no permite ya una ruptura irrazonable, sin causa, arbitraria, de las tratativas, parece de toda justicia reconocer a quien se ha perjudicado la reparación de los perjuicios. Hay en esto una aplicación de la idea del abuso del derecho, pues se reconoce que la conducta de quien rompió las tratativas ha sido abusiva. No se requiere una omisión dolosa del deber de diligencia, sino que basta la mera negligencia (ver nota 3).

Nuestro Código no ha legislado sobre la culpa precontractual como principio general, pero ha hecho algunas aplicaciones de la idea. Así, por ejemplo, la parte que hubiere aceptado una oferta sobreviniente, ignorando la retractación del proponente (circunstancia que priva de validez a la oferta) y que a consecuencia de la aceptación hubiera hecho gastos o sufrido pérdidas, tendrá derecho a reclamar las pérdidas e intereses (art. 1156 Ver Texto ); el que se obliga por un tercero ofreciendo el hecho de éste, debe satisfacer las pérdidas e intereses si el tercero se negare a cumplir (art. 1163 Ver Texto ); el que vende una cosa ajena debe responder de los daños e intereses, aunque sea de buena fe (art. 1329 Ver Texto ).

Nuestra más autorizada doctrina admite que debe reconocerse la existencia de una responsabilidad precontractual de carácter general, es decir, no reducida sólo a los supuestos expresamente legislados por el Código (ver nota 4). Los tribunales, por su parte, aunque muy cautos en el reconocimiento de esa responsabilidad, ya lo han hecho en varios importantes pronunciamientos. Así lo ha declarado la Cámara Civil de la Capital, Sala A, en un caso en que las tratativas entre un arquitecto y el dueño de la obra fueron interrumpidas bruscamente y sin causa razonable por éste, por cuyo motivo se le reconoció al primero el derecho a cobrar gastos y honorarios (ver nota 5); lo mismo resolvió en un caso muy similar, la Sala B del mismo tribunal (ver nota 6); igual tesis, referida a un contrato de representación mercantil, sentó la Cámara Comercial de la Capital, Sala B (ver nota 7); la Sala C de la Cámara Civil de la Capital reconoció la existencia de responsabilidad precontractual cuando luego de la apertura de las propuestas hechas en una licitación realizada por una entidad privada, uno de los oferentes, antes de la adjudicación, se retiró intempestivamente (ver nota 8).

1116/1227

1227.— A nuestro juicio, la indemnización debe cubrir sólo el daño emergente, pero no el lucro cesante (ver nota 9). Son aquí aplicables las consideraciones hechas en nuestro n° 1210.

1116/1228

1228. CULPA IN CONTRAHENDO.— Teóricamente resulta posible distinguir entre culpa precontractual y culpa in contrahendo, tal como lo concebió IHERING (ver nota 10). La primera se refiere a la ruptura intempestiva de las tratativas, mientras éstas se han mantenido en el plano de tales. La segunda alude a una etapa más avanzada: exige la formalización de un contrato (luego anulado por el hecho imputable a una de las partes) o, por lo menos, una oferta de contrato. Por eso se habla de culpa in contrahendo, es decir, de aquella en que se incurre en el momento en que el contrato se contrae o se propone.

Pero cabe preguntarse si no es ésta una distinción excesivamente sutil y si no sería preferible emplear la expresión culpa precontractual para designar a toda aquella que origina una responsabilidad que no nace del contrato en sí mismo (pues de surgir de él sería contractual), sino en las etapas previas a su formación. Es, nos parece, lo más claro (ver nota 11).

(nota 1) FAGELLA, Dei periodi precontrattuali e della loro vera e esatta costruzione scientifica, Studi in onore de Carlo Fadda, t. 3, ps. 271 y s.

(nota 2) BIBLIOGRAFÍA: STIGLITZ y STIGLITZ, Responsabilidad extracontractual, Buenos Aires, 1992; BREBBIA, Responsabilidad precontractual, Rosario, 1957; *id.*, Culpa precontractual, en Enciclopedia Omeba, t. 5, p. 281; SPOTA, La responsabilidad precontractual, J. A., t. 46, p. 975; FAGELLA, Dei periodi precontrattuali e della loro vera e esatta costruzione scientifica, en Studi giuridici in onore di C. Fadda, t. 3, p. 269; SALEILLES, La responsabilité precontractuelle, Revue Trimestrielle, 1907, t. 6, p. 697; y nota doctrinaria y jurisprudencial: Responsabilidad precontractual, E. D., t. 38, p. 142.

(nota 3) SPOTA, Contratos en el derecho civil, t. 2, n° 211; BREBBIA, Culpa precontractual, en Enciclopedia Omeba, t. 5, p. 286, n° 10; ENNECCERUS-LEHMANN, t. 2, vol. 1, § 43, p. 225. En contra: PLANIOL-RIPERT-ESMEIN, t. 6, n° 133, que exigen dolo o deslealtad en quien rompe las tratativas; y VON TUHR, Obligaciones, t. 1, p. 143, que exige dolo (iniciación de ciertas negociaciones sin otra intención que romperlas). FAGELLA, en cambio, ni siquiera cree necesaria la existencia de culpa; para él la responsabilidad tiene su fundamento en la violación del acuerdo concluido expresa o tácitamente entre las partes para establecer negociaciones (*op. cit.* en nota precedente).

(nota 4) SPOTA, Contratos en el derecho civil, t. 2, núms. 208 y s.; COLMO, Obligaciones, n° 105; ORGAZ, Tratativas contractuales y formación del contrato, L. L., t. 75, p. 239; LAFAILLE, Contratos, t. 1, n° 87; ACUÑA ANZORENA, en SALVAT, Contratos, t. 1, n° 55, g; REZZÓNICO, Obligaciones, 7ª edic., p. 93; BREBBIA, Culpa precontractual, en Enciclopedia Omeba, t. 5, p. 281. En la doctrina extranjera la aceptación de la responsabilidad precontractual, es, puede decirse, general; indicamos sólo a modo ejemplificativo, la opinión concordante de JOSSERAND, De l'esprit des droits et de leur relativité, núms. 86 y s.; SALEILLES, De la responsabilité precontractuelle, Revue Trimestrielle, 1907, t. 6, ps. 697 y s.; PLANIOL-RIPERT-ESMEIN, t. 6, n° 133; aunque con reservas FAGELLA, *op. cit.*, en nota 1981; ENNECCERUS-LEHMANN, t. 2, vol. 1, § 43, p. 225.

(nota 5) C. Civil Cap., Sala A, 30/8/1965, J. A., 1965-IV, p. 301 y E. D., t. 38, p. 142.

(nota 6) C. Civil Cap., Sala B, 30/10/1959, E. D., t. 38, p. 150; Sala F, 2/7/1982, E. D, t. 102, p. 350.

(nota 7) C. Com. Cap., Sala B, 16/9/1953, L. L., t. 75, p. 239, con nota de ORGAZ y J. A., 1954-II, p. 88, con nota de SPOTA.

(nota 8) C. Civil Cap., Sala C, 21/4/1970, J. A., t. 7, 1970, p. 497.

(nota 9) De acuerdo: C. Fed. Cap., 2/5/1989, L. L., fallo 87.760.

(nota 10) IHERING, De la culpa in contrahendo, Oeuvres choisies, t. 2, ps. 1 y s.

(nota 11) De acuerdo: BREBBIA, Culpa in contrahendo, en Enciclopedia Omeba, t. 5, p. 279, n° V.  
1116/10360

#### D.— INTERPRETACIÓN DE LOS CONTRATOS

1116/1229

1229. REMISIÓN.— Hemos estudiado este tema en nuestro Tratado de Derecho Civil, Parte General, t. 2, núms. 888 y s., adonde nos remitimos.

1116/10370

#### E.— VICIOS DE LOS CONTRATOS

1116/1230

1230. APLICACIÓN DE LOS PRINCIPIOS GENERALES: REMISIÓN.— Es aplicable a los contratos todo lo referente a los vicios de los actos jurídicos en general (art. 1157). Remitimos, pues, a nuestro Tratado de Derecho Civil, Parte General en todo lo relativo al error (t. 2, núms. 1126 y s.), dolo (t. 2, núms. 1145 y s.), violencia (t. 2, núms. 1161 y s.), lesión (t. 2, núms. 1171-3 y s.), fraude (t. 2, núms. 1200 y s), simulación (t. 2, núms. 1172 y s.) y estado de necesidad (t. 2, n° 1170).

1116/1231

1231.— Luego de remitir el art. 1157 Ver Texto a lo dispuesto sobre los vicios de los actos jurídicos en general, el art. 1158 Ver Texto agrega que el derecho de anular los contratos por vicios del consentimiento, corresponde a la parte que los hubiere sufrido y no a la otra parte, ni al autor del dolo, violencia, simulación o fraude; y el art. 1159 Ver Texto dispone que cesa el derecho de alegar tales nulidades, cuando conocidas las causas de ellas o (debió decir y) después de haber cesado éstas, los contratos fuesen confirmados expresa o tácitamente. Son disposiciones sobreabundantes, porque no hacen sino reiterar soluciones

claramente dispuestas en los títulos sobre nulidades y confirmación de los actos jurídicos en general.

1116/10380

§ 6.— Elementos de los contratos

1116/10390

A.— CAPACIDAD

1.— Capacidad en sentido propio

1116/1232

1232. EL ART. 1160; REMISIÓN.— Dice el art. 1160 Ver Texto que no pueden contratar los incapaces por incapacidad absoluta, ni los incapaces por incapacidad relativa en los casos en que les es expresamente prohibido, ni los que están excluidos de poderlo hacer con personas determinadas, o respecto de cosas especiales, ni aquellos a quienes les fuese prohibido en las disposiciones relativas a cada uno de los contratos, ni los religiosos profesos de uno y otro sexo, sino cuando comprasen bienes muebles a dinero de contado, o contratasen por sus conventos, ni los comerciantes fallidos sobre bienes que correspondan a la masa del concurso, si no estipularen concordatos con sus acreedores.

Como puede apreciarse, la prohibición de contratar se refiere tanto a los incapaces de hecho (sean absolutos o relativos), como a los incapaces de derecho (aquellos que están excluidos de poder contratar con determinadas personas o respecto de cosas especiales, sea que se trate de disposiciones generales o contenidas en cada contrato en particular). Finalmente, la disposición incluye entre los incapaces de contratar a los religiosos profesos, que también adolecen de una incapacidad de derecho, y a los comerciantes fallidos, cuyos actos respecto de los bienes del concurso o quiebra no son propiamente nulos sino inoponibles a los acreedores (véase Tratado de Derecho Civil, Parte General, t. 1, nº 609).

De todo este tema de la capacidad y de las distintas categorías de incapaces, hemos tratado en otro lugar, adonde remitimos (Tratado de Derecho Civil, Parte General, t. 1, núms. 454 y s.).

1116/1233

1233. CARÁCTER DE LA NULIDAD DE LOS ACTOS OTORGADOS POR INCAPACIDAD.— Los actos otorgados por incapaces, sea de hecho o de derecho, trátense de incapacidad absoluta o relativa, son nulos (arts. 1041 Ver Texto , 1042 y 1043); debe hacerse la excepción de los contratos celebrados por los dementes no declarados tales en juicio, que son anulables (art. 1045 Ver Texto ).

Si esto es claro, en cambio está controvertido si la nulidad de los contratos celebrados por incapaces de derecho o por incapaces de hecho absolutos, es absoluta o relativa. Hemos dilucidado esta cuestión en nuestro Tratado de Derecho Civil, Parte General, t. 2, núms. 1254 y 1255.

1116/1234

1234. PRIVILEGIO DE LOS INCAPACES.— Establece el art. 1165 Ver Texto que declarada la nulidad de los contratos, la parte capaz para contratar no tendrá derecho para exigir la restitución de lo que hubiere dado o el reembolso de lo que hubiere pagado o gastado, salvo si probase que existe lo que dio o que redundara en provecho manifiesto de la parte incapaz. Hemos estudiado esta disposición en nuestro Tratado de Derecho Civil, Parte General, t. 2, núms. 1274 y s.

1116/1235

1235. SUPUESTO DE DOLO DEL INCAPAZ.— Si el incapaz hubiese procedido con dolo para inducir a la otra parte a contratar, ni él ni sus representantes o sucesores tendrán derecho para anular el contrato, a no ser que el incapaz fuere menor, o el dolo consistiere en la ocultación de la incapacidad (art. 1166 Ver Texto ).

El principio tiene un contenido moralizador evidente: si el incapaz ha obrado con dolo, no debe concedérsele acción de nulidad. Sin embargo, el dolo del incapaz no impedirá el ejercicio de la acción de nulidad:

a) Si el incapaz fuera menor impúber; el art. 1166 Ver Texto habla sólo de menor, pero la doctrina es unánime en el sentido de que se alude a los menores impúberes, tal como lo decía la fuente (FREITAS, art. 1879) (ver nota 1). Sólo en tal caso se justifica que no haya acción de nulidad; pues no es razonable admitir que la parte capaz haya podido dejarse engañar por una criatura; en cambio, es dable concebir un engaño hecho por un menor adulto.

b) Si el incapaz fuere demente; la ley no hace esta excepción de modo expreso, pero en verdad era innecesario hacerla. Los dementes carecen de discernimiento y no puede hacérselos responsables de su dolo.

c) Si el dolo consistiera solamente en la ocultación de la incapacidad (art. 1166 Ver Texto , in fine).

Lo que el art. 1166 Ver Texto dispone respecto del dolo es obviamente aplicable a la violencia.

(nota 1) De acuerdo: SALVAT, Contratos, nº 96; MACHADO, t. 3, p. 471, in fine. SEGOVIA, t. 1, p. 322, nota 52; LLERENA, t. 4, p. 242, nº 2; LÓPEZ DE ZAVALÍA, Parte General, p. 134.

1116/1236

## 2.— Legitimación

1236. CONCEPTO.— La capacidad debe ser distinguida de la legitimación, que es el poder de disponer de un determinado derecho. Así, por ejemplo, los mayores de edad tienen capacidad para vender inmuebles; pero no tienen el poder de disponer (legitimación) de un inmueble ajeno.

En otras palabras, la capacidad es la aptitud in abstracto para disponer de un derecho; la legitimación es la aptitud in concreto para disponer de un determinado derecho (ver nota 1).

Llámase legitimación normal u ordinaria aquella que posee quien tiene derecho a disponer de un interés. Adviértase que no decimos “derecho de disponer de la cosa o de su dominio”. Deberá ser titular de ese derecho de dominio si se trata de enajenarla; pero bastará con tener sobre ella la simple tenencia o un derecho de goce para ser titular de la legitimación para depositarla o darla en locación o comodato.

Llámase legitimación extraordinaria aquella que se reconoce a quien no es titular del derecho de que dispone, no obstante lo cual la ley, por distintos motivos, le permite contratar válidamente: a) el ejemplo típico es el del mandatario que obra en nombre y representación de su mandante, pudiendo disponer de los derechos de éste; b) otro supuesto

es el de quien actúa en virtud de un título aparente; en verdad no tiene derecho a disponer de la cosa o derecho de que ha dispuesto; pero si aparentemente lo tenía, la ley suele, en ciertas condiciones y respecto de ciertos bienes, conceder plenos efectos a su acto. Tal es el caso de la enajenación de una cosa mueble por quien no era su dueño, cuando la adquiere un tercero de buena fe; o los actos de disposición hechos por el heredero aparente; o los actos realizados por el mandatario después de la cesación del mandato, que son válidos respecto del tercero de buena fe que ignoraba la cesación del mandato.

1116/1237

1237. DISPOSICIONES LEGALES.— En el mismo capítulo en que trata de la capacidad para contratar, el Código incluye algunas disposiciones sobre legitimación.

El art. 1161 Ver Texto dispone que ninguno puede contratar a nombre de un tercero, sin estar autorizado por él, o sin tener por la ley su representación. El contrato celebrado a nombre de otro de quien no se tenga autorización o representación legal, es de ningún valor y no obliga ni al que lo hizo. Todo ello sin perjuicio de la responsabilidad por la culpa in contrahendo que cabe a quien hizo nacer en el tercero la legítima y razonable confianza de que se estaba tramitando y concertando un contrato serio. En lo que atañe a las personas jurídicas, cabe señalar que los actos celebrados por los representantes legales más allá de los límites de su mandato, obligan a los mandatarios (art. 36 Ver Texto ).

Agrega el art. 1161 Ver Texto que el contrato valdrá si el tercero lo ratificase expresamente o ejecutase el contrato. En el último supuesto habría ratificación tácita. Insistiendo en el mismo concepto, el art. 1162 Ver Texto agrega que la ratificación hecha por el tercero a cuyo nombre o en cuyo interés se hubiera contratado, tiene el mismo efecto que la autorización previa y le da derecho para exigir el cumplimiento del contrato. Son soluciones propias del mandato, del que nos ocupamos en otro lugar (Tratado de Derecho Civil, Contratos, t. 2, núms. 1747 y s.).

El último párrafo del art. 1162 Ver Texto dispone que las relaciones de derecho del tercero con quien ha contratado por él, serán las de gestor de negocios. Es un error. La ratificación del contrato hecho por el interesado, equivale al mandato y tiene entre las partes efectos retroactivos al día del acto (art. 1936; véase Tratado de Derecho Civil, Contratos, t. 2, núms. 1749 y s.).

1116/1238

1238.— Finalmente, el art. 1163 Ver Texto dispone que el que se obliga por un tercero, ofreciendo el hecho de éste, debe satisfacer pérdidas e intereses, si el tercero se negare a



cumplir el contrato. No se trata aquí de quien contrata a nombre de otro invocando un poder inexistente, sino del supuesto de quien se compromete a lograr de un tercero un hecho, hallándose ambas partes en pleno conocimiento de que no existe poder alguno.

(nota 1) LÓPEZ DE ZAVALÍA, Contratos, Parte General, p. 142.

1116/10400

B.— CAUSA

1116/1239

1239. REMISIÓN.— Hemos estudiado el problema de la causa al tratar de los actos jurídicos. Remitimos, por consiguiente, a nuestro Tratado de Derecho Civil, Parte General, t. 2, núms. 842 y s.

1116/10410

C.— OBJETO

1116/1240

1240. APLICACIÓN DE LOS PRINCIPIOS GENERALES.— Al tratar de los actos jurídicos en general, el Código establece las condiciones que debe llenar el objeto. Resulta del art. 953 Ver Texto que el objeto consiste en una prestación de dar, hacer o no hacer, sujeta a los siguientes requisitos: a) debe ser determinada o determinable; b) debe ser posible; c) debe ser lícita; d) debe ser conforme a la moral y a las buenas costumbres. De todo esto hemos tratado anteriormente (t. 1, núms. 9 y s., y en Tratado de Derecho Civil, Parte General, t. 2, núms. 855 y s.).

En la sección relativa a los contratos, hubiera bastado con una remisión a los principios generales y a lo dispuesto en el art. 953 Ver Texto , como en efecto lo hace el art. 1167 Ver Texto ; pero el codificador añadió una serie de disposiciones, la mayor parte sobreabundantes. Pasaremos una rápida revista de ellas.

El art. 1168 Ver Texto dice que toda especie de prestación, sea de dar o hacer, puede ser el objeto de un contrato; y el artículo siguiente agrega que también puede serlo el

cumplimiento de un hecho negativo, es decir, una obligación de no hacer. Con referencia a las cosas, dice el art. 1168 Ver Texto que puede tratarse de cosas presentes o futuras y referirse a la propiedad, uso o posesión de la cosa.

El art. 1170 Ver Texto establece, por su parte, que las cosas objeto de los contratos deben ser determinadas en cuanto a su especie, aunque no lo sean en la cantidad, con tal que ésta pueda determinarse. El artículo siguiente agrega que la cantidad se reputa determinable cuando su determinación se deja al arbitrio de tercero; pero si el tercero no quisiere, no pudiere o no llegare a determinarla, el juez podrá hacerlo por sí o por medio de peritos, si fuere necesario, a fin de que se cumpla la convención.

1116/1241

1241.— En cuanto a si es indispensable que el objeto de los contratos sea susceptible de una apreciación pecuniaria a que se refiere el art. 1169 Ver Texto , lo hemos tratado anteriormente (t. 1, nº 11).

1116/1242

1242. COSAS INEXISTENTES.— Son nulos los contratos que tuviesen por objeto la entrega de cosas como existentes, cuando éstas aún no existan o hubieren dejado de existir; y el que hubiere prometido tales cosas indemnizará el daño que causare a la otra parte (art. 1172 Ver Texto ).

Esta disposición, como ella lo dice expresamente, alude a las cosas que no existen, que se venden como existentes; distinta es la hipótesis de la cosa futura que se vende como tal, es decir, como cosa que aún no existe. De este supuesto nos ocuparemos en seguida (nº 1243).

La responsabilidad de la parte que ofrece la cosa que no existe se mantiene aun en la hipótesis de que, de buena fe, hubiera creído que la cosa existía. He aquí un supuesto de culpa in contrahendo, que genera la obligación de indemnizar (ver nota 1).

1116/1243

1243. COSAS FUTURAS.— Cuando las cosas futuras fueren objeto de los contratos, la promesa de entregarlos está subordinada al hecho “si llegase a existir”, salvo si los contratos fuesen aleatorios (art. 1173 Ver Texto ).

En principio, por lo tanto, la venta de cosas futuras es lícita. Pero la ley, en la disposición que acabamos de transcribir, contempla dos supuestos distintos: a) se contrata sobre una cosa que no existe, pero se espera que existirá (por ejemplo, la compra de una cosecha antes de que se encuentre en estado de recogerse). Esta compra se entiende subordinada a la condición “si llegare a existir”. Si más tarde la cosa no llega a existir (en el ejemplo supuesto, porque la ha destruido un granizo), el contrato queda resuelto; b) se contrata sobre una cosa que todavía no existe, asumiendo el comprador el riesgo de que no llegue a existir nunca: el contrato tiene carácter aleatorio y es por tanto válido aunque la cosa no llegue a existir. Muchas veces será dudoso si la intención de las partes ha sido o no suscribir un contrato aleatorio; éste es un problema de interpretación que hemos visto en Tratado de Derecho Civil, Contratos, t. 1, nº 94.

1116/1244

1244. COSAS LITIGIOSAS O SUJETAS A GRAVÁMENES O EMBARGOS.— Pueden ser objeto de los contratos las cosas litigiosas, las dadas en prenda o en anticresis, hipotecadas o embargadas, salvo el deber de satisfacer el perjuicio que del contrato resultase a terceros (art. 1174 Ver Texto ). Claro está que si en el contrato no se hubiera mencionado la condición en que se encontraba la cosa, el tercero debe ser indemnizado por el perjuicio que sufra, sea el promitente de buena o mala fe. Es la solución que se desprende claramente del texto transcrito. Y si el enajenante hubiera obrado con malicia, además de los daños y perjuicios, sería responsable como autor del delito de estelionato (art. 1179 Ver Texto ).

1116/1245

1245. COSAS AJENAS.— Como principio general, las cosas ajenas pueden ser objeto de los contratos (art. 1177 Ver Texto ). La aplicación de esta regla es particularmente clara en el supuesto de que el contrato no signifique un compromiso de transferir el dominio; ningún inconveniente hay en que la cosa ajena sea objeto de un contrato de locación, de depósito, de comodato, etcétera. Inclusive es concebible la validez del contrato de compraventa de una cosa ajena en algunos supuestos de excepción; nos ocupamos de este importante tema en Tratado de Derecho Civil, Contratos, t. 1, núms, 68 y s.

Cuando el contrato sobre cosa ajena envuelve el compromiso de entregarla, hay que distinguir varios supuestos:

a) El que ha prometido la cosa no ha garantizado el éxito de la promesa; en este caso sólo está obligado a emplear los medios necesarios para que la prestación se realice (art. 1177 Ver Texto ); y deberá satisfacer todos los daños y perjuicios consiguientes sólo en el caso de

que la cosa no se entregue por su culpa (art. citado).

b) El que ha prometido la entrega de una cosa ha garantizado la entrega; en tal caso debe la reparación de los daños si la cosa no se entrega aunque no mediara culpa de su parte (art. 1177 Ver Texto ).

c) Hasta aquí hemos supuesto que ambas partes sabían que la cosa cuya entrega se prometió era ajena; pero puede ocurrir que el que prometió la entrega haya ocultado que la cosa no le pertenecía; en tal caso, si no hace tradición de la cosa, incurre en delito de estelionato y es responsable de todas las pérdidas e intereses (art. 1178 Ver Texto ). De más está decir que no habrá delito si el autor de la promesa era de buena fe, es decir, si también él ignoraba que la cosa era ajena.

1116/1246

1246. PACTO DE HERENCIA FUTURA.— Está prohibido celebrar contratos que tengan por objeto una herencia futura, aunque se celebren con el consentimiento de la persona de cuya sucesión se trata; esta prohibición incluye la de contratar sobre objetos o derechos que se recibirán como consecuencia de una herencia futura (arts. 848 Ver Texto , 1175 Ver Texto , 1449 Ver Texto , 3599 Ver Texto ). Es una prohibición fundada en razones de moral; resulta chocante admitir la legitimidad de pactos en los cuales se especula con la muerte de una persona.

Cuando el contrato versa simultáneamente sobre bienes presentes y sobre bienes que dependen de una sucesión aún no deferida, son nulos en el todo, cuando se han concluido por un solo y mismo precio (art. 1176 Ver Texto ). En cambio, si el precio es separado, en realidad se trata de dos contratos distintos, unidos sólo por el instrumento en que se celebró el acto; en este caso, será válido el contrato relativo a los bienes presentes y nulo el que se refiere a la herencia futura. Sin embargo, aun en el supuesto de precio conjunto, la ley brinda una posibilidad de convalidación: si la parte que paga el precio consiente en pagarlo totalmente sólo por los bienes presentes, el contrato se mantiene válido respecto de ellos (art. 1176 Ver Texto ).

1116/1247

1247.— La prohibición de realizar contratos que tengan en mira una herencia futura no es absoluta; el Código admite algunas excepciones: a) son válidas las donaciones hechas entre esposos en sus convenciones matrimoniales relativas a los bienes que dejen a su fallecimiento (art. 1217 Ver Texto , inc. 4º); b) también lo son las donaciones hechas con la condición de que las cosas donadas se restituirán al donante si éste sobrevive al donatario o

al donatario y sus herederos (arts. 1803 Ver Texto y 1841 Ver Texto ); c) es legítima la partición hecha en vida por los ascendientes (arts. 3514 Ver Texto y s.); d) son válidos los contratos de seguro con cláusula de que a la muerte del asegurado se pagará la indemnización a la persona designada en el contrato. En esta última hipótesis no hay contrato sobre herencia futura, ya que la indemnización del seguro no integra al acervo sucesorio; pero es un contrato vinculado muy estrechamente con la sucesión, desde que, en definitiva, esa indemnización es uno de los bienes que el asegurado dejará a su muerte; e) se ha declarado que el poder para aceptar una herencia futura y para tramitarla es válido (ver nota 2). Compartimos la doctrina sentada por el Tribunal, porque en este caso, no se están urdiendo negocios para la eventualidad de la muerte sino que se están adoptando previsiones para la defensa de derechos eventuales, lo que no tiene nada de inmoral.

1116/1248

1248.— En el derecho moderno se nota una tendencia a suavizar el rigor de esta regla que prohíbe los pactos sobre herencias futuras; no todo pacto que tiene en miras bienes que se han de recibir por muerte de una persona es inmoral. Muchas veces las circunstancias los hacen razonables y prudentes. En el derecho germánico, si bien se mantiene el principio de que estos pactos son nulos, se admiten los contratos entre herederos futuros respecto de sus porciones hereditarias (art. 312, Cód. Civil). El Código suizo admite la validez sólo si cuentan con el consentimiento de la persona de cuya sucesión se trata (art. 636). También admiten aquellos Códigos los testamentos conjuntos o recíprocos, por los cuales dos personas se instituyen recíprocamente herederos; se trata de un verdadero contrato, irrevocable por la voluntad de una sola de las partes, salvo que exista una causal de desheredación (Cód. Civil suizo, art. 512; austríaco, arts. 583 y 1248; alemán, art. 2265, que sólo lo permite entre cónyuges).

No obstante la influencia de los Códigos alemán y suizo en la codificación posterior, la prohibición de los pactos sobre herencia futura se ha mantenido en el Código Civil italiano, art. 458; mexicano, art. 1286; peruano, arts. 476 y 1336; venezolano, art. 1156. Nuestros proyectos de reforma siguen en esa línea (Anteproyecto de BIBILONI, art. 1316; Proyecto de 1936, art. 814).

(nota 1) De acuerdo: SALVAT, Contratos, nº 113; MACHADO, t. 3, ps. 483 y s.; SEGOVIA, t. 1, p. 324, nota 63; LAFAILLE, Contratos, t. 1, nº 178.

(nota 2) C. Civil Cap., Sala B, 22/9/1976, E. D., t. 72, p. 560 y J. A., 1977-I, p. 723 (con nota de MÉNDEZ COSTA en desacuerdo con la decisión del tribunal).

1116/10420

## D.— FORMA

1116/1249

1249. APLICACIÓN DE LOS PRINCIPIOS GENERALES.— Lo dispuesto en cuanto a las formas de los actos jurídicos, debe observarse en los contratos (art. 1182 Ver Texto ). Es una remisión a los principios generales que hemos analizado en su lugar (Tratado de Derecho Civil, Parte General, t. 2, núms. 919 y s.).

1116/1250

1250. CONTRATOS QUE DEBEN SER HECHOS EN ESCRITURA PÚBLICA.— Según el art. 1184 Ver Texto (ref. por ley 17711 ), deben ser hechos en escritura pública, con excepción de los que fuesen celebrados en subasta pública, los siguientes contratos:

1) Los contratos que tuvieren por objeto la transmisión de bienes inmuebles, en propiedad o usufructo, o alguna obligación o gravamen sobre los mismos, o traspaso de derechos reales sobre inmuebles de otro (inc. 1º).

Según el art. 1184 Ver Texto , primer apartado, esta exigencia no juega para las ventas hechas en subasta pública o judicial. En este caso el contrato queda formalizado por el solo remate; la escritura no es necesaria ni siquiera para la transmisión del dominio, que es adquirido por el comprador por la aprobación del remate hecha por el juez y por la tradición del inmueble. Esta solución tiene una explicación de carácter histórico. En el derecho romano y la antigua legislación española; la venta era realizada en presencia de la autoridad judicial (juez o secretario), quien recogía las ofertas. El acta misma del remate constituía un documento auténtico parangonable a la escritura pública. Actualmente la subasta es hecha por un delegado del juez, que es el martillero, cuya actuación no ofrece iguales garantías. Y la jurisprudencia ha terminado por reconocer al comprador, aun en este caso, el derecho de exigir el otorgamiento de la escritura, porque ésta es la vía que permite hacer el estudio de los títulos y una garantía de la bondad del derecho que se le transmite. Hemos estudiado el punto en el Tratado de Derecho Civil, Contratos, t. 1, nº 55.

2) Las particiones extrajudiciales de herencias, salvo que mediare convenio por instrumento privado presentado al juez de la sucesión (inc. 2º). Esta redacción, dada por la ley 17711 , tiene dos diferencias con el texto primitivo: a) en éste sólo se exigía la escritura pública en las sucesiones cuyo valor excediere de mil pesos o en las que hubiere bienes inmuebles; b) en el texto originario no se preveía la posibilidad de suplir la escritura pública por un escrito presentado al juez de la sucesión, no obstante lo cual la jurisprudencia lo admitía

(ver nota 1). La reforma ha consagrado esta solución jurisprudencial, que brinda tanta seguridad como la escritura y significa un importante ahorro de gastos.

3) Los contratos de sociedad civil, sus prórrogas y modificaciones (inc. 3º). El texto primitivo sólo se refería a los contratos cuyo valor excediere de mil pesos o en los que se aportara algún bien inmueble. Aquella suma, establecida en pesos moneda nacional, había devenido insignificante en 1968, por lo cual la ley 17711 la eliminó. El nuevo texto agregó una referencia a las prórrogas y modificaciones del contrato, que no estaban previstas en el artículo original.

4) Las convenciones matrimoniales y la constitución de dote (inc. 4º). La ley 17711 eliminó también en este inciso el límite de mil pesos. Hay que añadir que el art. 1223 Ver Texto agrega que no habiendo escribano público, la convención se otorgará ante el juez del territorio y dos testigos.

5) Toda constitución de renta vitalicia (inc. 5º). La ley alude a la constitución contractual de tales rentas; las constituidas por testamento pueden serlo válidamente en la forma establecida en la ley para éstos, bastando, por lo tanto, con el testamento ológrafo o el cerrado.

La escritura pública tiene carácter simplemente probatorio en el supuesto de renta vitalicia onerosa; en cambio, si es gratuita, la forma adquiere carácter ad solemnitatem (art. 1810 Ver Texto , Cód. Civil, ref. por ley 17711 ); pero las donaciones al Estado pueden acreditarse con las actuaciones administrativas (artículo citado).

6) La cesión, repudiación o renuncia de derechos hereditarios (inc. 6º). También aquí se ha suprimido el límite de mil pesos que se establecía en el texto primitivo. La concordancia de esta disposición con los arts. 3345 Ver Texto y 3346 plantea un delicado problema de derecho sucesorio, para cuyo estudio remitimos al Tratado de Derecho Civil, Sucesiones, t. 1, núms. 261 y s.

7) Los poderes generales o especiales que deban presentarse en juicio, y los poderes para administrar bienes, y cualesquiera otros que tengan por objeto un acto redactado o que deba redactarse en escritura pública (inc. 7º). La importancia de los intereses comprometidos en estos casos parece justificar la exigencia de la escritura pública, que permite conocer fehacientemente el alcance de los poderes otorgados. Sin embargo, la exigencia ha resultado en la práctica demasiado pesada y la jurisprudencia se ha encargado de desvirtuarla en buena medida. Así, por ejemplo, de acuerdo con el art. 1184 Ver Texto , inc. 7º, el poder para comprar o vender inmuebles debe ser otorgado en escritura pública; pero los tribunales han distinguido entre la escritura traslativa de dominio, para firmar la cual se requiere instrumento otorgado en esa forma y el boleto de compraventa, para el cual basta

con una autorización privada (ver nota 2); y como quien compró por instrumento privado puede exigir la escrituración, incluso compulsivamente, en la práctica el mandato otorgado en instrumento privado para comprar o vender inmuebles produce plenos efectos jurídicos. También se ha declarado suficiente el mandato consistente en la pasividad del dueño ante la administración de sus bienes por un tercero (ver nota 3), lo que también contraría el art. 1184 Ver Texto , inc. 7°.

8) Las transacciones sobre bienes inmuebles (inc. 8°); pero tratándose de derechos litigiosos, es decir, sobre los cuales media un litigio pendiente, basta con un escrito firmado por los interesados y presentado al juez de la causa (art. 838 Ver Texto ). Esta formalidad tiene carácter solemne. Para un mayor desarrollo de este tema, véase t. 1, núms. 935 y s.

9) La cesión de acciones o derechos procedentes de actos consignados en escritura pública (inc. 9°); pero la cesión de acciones litigiosas puede hacerse también por acta judicial en el respectivo expediente (art. 1455 Ver Texto ).

10) Todos los actos que sean accesorios de contratos redactados en escritura pública (inc. 10).

11) Los pagos de obligaciones consignadas en escritura pública, con excepción de los pagos parciales de intereses, canon o alquileres (inc. 11). Esta disposición carece de vigencia práctica. Como el pago puede probarse por cualquier medio (véase t. 1, n° 730), requerido el cumplimiento de una obligación, al deudor le bastará con exhibir el recibo, que normalmente se otorga privadamente, para paralizar la acción de su pretendido acreedor. Más aún, los Códigos de Procedimientos, para admitir la excepción de pago, exigen sólo que aquél esté documentado (art. 544 Ver Texto , inc. 6°, Cód. Procesal para la Justicia Nacional), no importa si lo está en instrumento público o privado. La jurisprudencia admite invariablemente como suficiente el recibo privado en las ejecuciones hipotecarias que, desde luego, están siempre consignadas en escritura pública.

1116/1251

1251. OMISIÓN DE LA ESCRITURA PÚBLICA: EFECTOS.— Las consecuencias de la omisión de la escritura pública dependen de que ella sea exigida ad solemnitatem o ad probationem: en el primer caso, el acto carecerá de todo efecto; en el segundo, la parte interesada tendrá derecho a exigir el otorgamiento de la escritura. Con relación a este último caso dice el art. 1185 Ver Texto que los contratos que debiendo ser hechos en escritura pública, fuesen hechos por instrumento particular, firmado por las partes, no quedan concluidos como contratos definitivos sino como contratos en que las partes se han obligado a hacer la escritura pública. En otras palabras: mientras la escritura pública no esté suscripta, las partes no pueden exigirse el cumplimiento de las obligaciones derivadas del



contrato definitivo, pero pueden exigir la escrituración, cumplido lo cual el contrato producirá todos sus efectos.

Pero si las partes han convenido en sus contratos que ellos no tendrán efecto sin la escritura pública, el instrumento privado no permitirá reclamar la escrituración aunque, conforme a la ley, ésta sólo sea exigida ad probationem (art. 1186 Ver Texto ). Este sería un supuesto en que la voluntad de las partes ha convertido en solemne una formalidad que la ley sólo había establecido con fines probatorios. Claro está que debe ser indudable la intención de las partes de conferirle carácter solemne a la formalidad convenida; de lo contrario, debe presumirse que sólo fue acordada ad probationem (ver nota 4).

Debe agregarse que el principio, en nuestro derecho, es que las formas de los contratos sean exigidas sólo ad probationem. De toda la enumeración del art. 1184 Ver Texto sólo deben considerarse solemnes las donaciones enumeradas en el art. 1810 Ver Texto y la transacción de derechos litigiosos (véase t. 1, nº 935).

1116/1252

1252.— En el supuesto normal de formalidad ad probationem, ¿qué ocurre si condenada una parte a escriturar se negase a hacerlo? ¿Puede firmar el juez la escritura en su lugar o, por el contrario, la potestad judicial se limita en este supuesto a condenar al remiso al pago de los daños y perjuicios? Esta cuestión dio lugar en nuestro país a una larga controversia que hoy puede considerarse definitivamente decidida en el sentido de que el juez puede firmar la escritura por el enajenante remiso a hacerlo. Hemos estudiado el punto en Tratado de Derecho Civil, Contratos, t. 1, núms. 461 y s.

1116/1253

1253.— Las soluciones que hemos considerado en los párrafos anteriores se aplican tanto al supuesto de que el contrato sea hecho por instrumento privado, como al de que sólo lo sea verbalmente (art. 1188 Ver Texto ). La solución es lógica, porque basta el acuerdo de voluntades para que se perfeccione el contrato y nazca el derecho a exigir la escrituración, si ésta estuviere exigida por la ley.

1116/1254

1254. LA LEY QUE RIGE LA FORMA DE LOS CONTRATOS.— La forma de los contratos entre presentes será juzgada por las leyes y usos del lugar en que se han concluido (art. 1180 Ver Texto ). Es la aplicación de la regla tradicional *locus regit actum*.

La forma de los contratos entre ausentes, si fueren hechos por instrumento particular firmado por una de las partes, será juzgada por las leyes del lugar indicado en la fecha del instrumento. Si fuesen hechos por instrumentos particulares firmados en varios lugares o por medio de agentes o por correspondencia epistolar, su forma será juzgada por las leyes que sean más favorables a la validez del contrato (art. 1181 Ver Texto ). Igual solución se aplica a los contratos concluidos por teléfono.

(nota 1) C. Civiles Cap., en pleno, 17/10/1924, J. A., t. 18, p. 111, en nota; C. Civil 1ª Cap., 1/3/1944, J. A., 1944-I, p. 545; Sup. Corte Buenos Aires, 17/4/1956, L. L., t. 84, p. 341. Estos pronunciamientos se refieren a particiones aprobadas judicialmente e inscriptas en el Registro de la Propiedad, pues así ocurría con las sometidas a decisión judicial. Pero era evidente que lo que hacía definitiva y formalmente válida la partición privada es su presentación al juez, que la convierte en instrumento público. De acuerdo: FORNIELES, t. 1, n° 262; SALVAT, Contratos, t. 1, n° 136; y fallo de la Suprema Corte de Buenos Aires, precitado. Según se dice en el texto, ésta es la solución consagrada en la ley 17711 .

(nota 2) C. Civil 2ª Cap., 16/12/1935, J. A., t. 52, p. 255; Sup. Corte Buenos Aires, 5/6/1949, J. A., 1949-III, p. 193.

(nota 3) C. Civil 2ª Cap., 20/5/1947, L. L., t. 46, p. 847; C. Fed. La Plata, 10/12/1930, J. A., t. 34, p. 1083.

(nota 4) C. Com. Cap., 22/12/1944, L. L., t. 37, p. 455. De acuerdo: SPOTA, t. 9, n° 2014 (para el supuesto de que la forma se haya pactado a posteriori del negocio).

1116/10430

## E.— PRUEBA DE LOS CONTRATOS

1116/1255

1255. CONCEPTO Y MÉTODO.— La prueba no constituye un elemento de los contratos, y en este sentido sería objetable la inclusión de su estudio en esta sección. Sin embargo, se encuentra tan estrechamente vinculada con la forma, que se ha hecho clásico tratar una después de la otra. Son, claro está, conceptos distintos. La forma hace a la manifestación de la voluntad, es un requisito de la formación del contrato. La prueba se vincula, en cambio, con los medios de demostrar la existencia del contrato, cualquiera haya sido su forma. La

vinculación tan estrecha de ambas deriva sobre todo de la circunstancia de que las formas en el derecho moderno están principalmente instituidas con el objeto de facilitar la prueba, sea a las partes, sea a terceros.

Hay dos sistemas probatorios: el de la prueba legal y el de la libre convicción. Según el primero, sólo puede admitirse como prueba suficiente la que indica la ley; de acuerdo al segundo, el juez puede admitir todo género de pruebas y tendrá como suficientes aquellas que, según su ciencia y conciencia, sean satisfactorias como para tener por acreditados los hechos. En el derecho moderno, el sistema imperante es el de la libre convicción; las limitaciones al libre arbitrio judicial para la apreciación de la prueba tienen carácter excepcional. Sin embargo, debe decirse que las excepciones son importantes y numerosas. Tales son, por ejemplo, las formalidades exigidas por el art. 1184 Ver Texto ; la ley no admite otra prueba que la escritura pública, si bien a falta de ella y probado el contrato por otros medios, brinda un recurso para demandar el otorgamiento de la escritura (art. 1185 Ver Texto ). Hay también una importante restricción al sistema de la libre convicción en el art. 1193 Ver Texto , que prohíbe la prueba de testigos para los contratos cuyo valor exceda de diez mil pesos.

1116/1256

1256. ENUMERACIÓN LEGAL DE LOS MEDIOS DE PRUEBA.— Según el art. 1190 Ver Texto , los contratos pueden probarse:

a) Por instrumentos públicos, es decir, por aquellos instrumentos que gozan de autenticidad, ya sea porque han sido otorgados ante un oficial público o porque se han llenado ciertas exigencias formales establecidas en la ley. Para un desarrollo de este concepto, véase Tratado de Derecho Civil, Parte General, t. 2, núms. 964 y s.

b) Por instrumentos particulares firmados o no firmados; en principio el instrumento privado debe llevar la firma de las partes; pero por excepción puede admitirse la validez probatoria de algunos no firmados, tal como ocurre con las cartas misivas (véase Tratado de Derecho Civil, Parte General, t. 2, nº 956), con los asientos de los libros de comercio, con los suscriptos con la impresión digital (véase Tratado de Derecho Civil, Parte General, t. 2, nº 929) y con el llamado principio de prueba por escrito.

c) Por confesión de partes, judicial o extrajudicial. La confesión judicial es la forma típica; por lo general se la provoca, llamando a la parte contraria a absolver posiciones bajo juramento de decir verdad, pero puede ser también espontánea.

La confesión extrajudicial tiene el mismo valor que la judicial siempre que se la pruebe

fehacientemente; pero no se admitirá la prueba testimonial de ella, salvo que hubiere principio de prueba por escrito (art. 425 Ver Texto , Cód. Procesal).

d) Por juramento judicial. No se trata ya de la prueba de confesión que cuando es provocada (absolución de posiciones) debe prestarse bajo juramento, sino del juramento al cual se defiere la solución de un pleito. En la doctrina clásica se lo divide en decisorio y estimatorio o supletorio. En el primero, una de las partes solicita el llamamiento de la otra a una audiencia para que jure decir verdad a lo que se le preguntará y sometiéndose la ponente de las preguntas a lo que resulte de ese juramento. Es un juramento desaparecido de las prácticas judiciales modernas. El supletorio tiende a completar una prueba deficiente; así, el art. 220 del Código de Procedimientos de la Capital disponía que cuando estuviese probada la existencia de daños, pero no su importe, el juez deferiría la fijación del monto al juramento estimatorio del deudor, dentro de los límites que el mismo juez determine. En los hechos, el demandado juraba siempre la cantidad menor, por lo que la ley 14237 reformó aquel precepto suprimiendo el juramento estimatorio y reconociendo al juez la potestad de fijar directamente el monto de los daños; el nuevo Código Procesal para la Justicia Nacional ha mantenido la solución de la ley 14237 .

e) Por presunciones legales o judiciales. Las presunciones son indicios que permiten inferir, con un cierto grado de certeza, la verdad de un hecho o de un contrato.

Las presunciones pueden ser legales o judiciales. Las primeras consisten en que la ley, dados ciertos hechos, infiere consecuencias también determinadas. Así, por ejemplo, se presumen legítimos los hijos nacidos durante el matrimonio (art. 240 Ver Texto ); el máximo del embarazo se presume en trescientos días y el mínimo en ciento ochenta (art. 77 Ver Texto ). Estas presunciones pueden admitir prueba en contrario (presunciones juris tantum), como ocurre en el primer ejemplo; o no admitirla (presunciones juris et de jure), como ocurre en el segundo.

Las presunciones judiciales constituyen indicios que, apreciados libremente por el juez, forman su convencimiento de la verdad de un hecho o de un acto jurídico. Por lo general, no basta un solo indicio (a menos que concurra con otras pruebas); deben ser varios y coincidentes. Una vieja regla quiere que las presunciones sean graves, precisas y concordantes. Pero en definitiva el valor probatorio de las presunciones es cuestión que queda librada a la apreciación judicial.

Estrictamente, sólo las presunciones judiciales merecen ser calificadas como medios de prueba; las llamadas presunciones legales no son sino reglas que o bien invierten el cargo de la prueba (presunciones juris tantum) o bien imputan a ciertos hechos determinadas consecuencias legales (presunciones juris et de jure), sin admitir la prueba de que la realidad es distinta de como la supone la ley.

f) Por testigos. De este medio probatorio tan importante y, a la vez, tan inseguro, nos ocuparemos en el nº 1261.

1116/1257

1257.— La enumeración del art. 1190 Ver Texto no es taxativa; existen también otros medios de prueba tales como la inspección ocular, es decir el examen directo hecho por el juez de ciertos hechos o del lugar en que se desarrollaron; la prueba pericial, consistente en el dictamen de peritos o expertos; los tickets, que prueban la compra de mercaderías; las entradas a un espectáculo público, etcétera.

Toda esta materia es propia del derecho procesal, razón por la cual nos hemos limitado a dar los conceptos más generales y básicos.

1116/1258

1258. PRUEBA DE LOS CONTRATOS FORMALES.— En principio, los contratos formales sólo pueden probarse con el instrumento que acredite el cumplimiento de la formalidad legal (art. 1191 Ver Texto ). Este principio tiene, sin embargo, importantes excepciones que limitan sustancialmente el alcance práctico de la regla:

a) No será necesaria la prueba por la forma legal cuando hubiese imposibilidad de obtenerla. Esa imposibilidad puede ser de carácter moral o material. Habrá imposibilidad moral cuando razones de decoro hayan impedido a las partes reclamar el otorgamiento de la prueba exigida por la ley (ver nota 1). La habrá de carácter material cuando circunstancias de hecho hayan impedido el otorgamiento del instrumento requerido por la ley. El mismo art. 1192 Ver Texto cita como ejemplos de imposibilidad el caso de depósito necesario y el supuesto de que la obligación hubiese sido contraída por incidentes imprevistos en que hubiese sido imposible formarla por escrito.

El temor reverencial, la amistad íntima o el parentesco estrecho ¿deben considerarse motivos suficientes de imposibilidad moral para pedir el cumplimiento de la forma exigida por la ley? La cuestión es dudosa y pensamos que debe ser resuelta con criterio circunstancial; ello explica que la jurisprudencia aparezca como contradictoria (ver nota 2).

También habrá imposibilidad de presentar el documento cuando se pruebe que éste se hubiera perdido, robado o destruido (ver nota 3).

b) Tampoco será necesaria la prueba legal cuando mediara principio de prueba por escrito (art. 1191 Ver Texto ). Sobre este concepto véase nº 1259.

c) Ni cuando la cuestión versare sobre los vicios de error, dolo, violencia, fraude, simulación o falsedad de los instrumentos en que constaren (art. 1191 Ver Texto ). Era innecesario decirlo, porque aquí no se trata de la prueba de un contrato sino de hechos que, por su misma naturaleza, casi nunca están documentados.

d) Finalmente, tampoco será necesaria la prueba ordenada por la ley cuando una de las partes haya recibido alguna prestación y se negase a cumplir el contrato (art. 1191 Ver Texto ).

En todos estos casos se admite cualquier género de prueba (art. 1191 Ver Texto ).

1116/1259

1259. PRINCIPIO DE PRUEBA POR ESCRITO.— Se considera principio de pueba por escrito cualquier documento público o privado, que emane del adversario, de su causante o de parte interesada en el asunto o que tendría interés si viviera, que haga verosímil el hecho litigioso (art. 1192 Ver Texto ).

Para que haya principio de prueba por escrito es, por lo tanto, necesario:

a) Que exista un instrumento público o privado. Aunque normalmente debe tratarse de documentos firmados, ésta no es una condición indispensable; así, por ejemplo, puede tener el carácter de pincipio de prueba por escrito una carta no firmada o firmada con un sobrenombre, un borrador de contrato escrito de puño y letra de la parte a la que se opone, las anotaciones de los libros comerciales o de un cuaderno particular hecho de puño y letra de la persona a quien se atribuye (ver nota 4), el instrumento suscripto con impresión digital (véase Tratado de Derecho Civil, Parte General, t. 2, nº 929).

Cabe preguntarse si puede acreditarse la existencia de un principio de prueba por escrito por otro medio que no sea la presentación del mismo documento. La respuesta debe ser en principio negativa. Sólo podría admitirse la prueba de confesión (ver nota 5). Pero todo otro medio de prueba y particularmente la de testigos, debe desestimarse, porque ello sería desvirtuar el llamado principio de prueba por escrito (ver nota 6).

b) Que el documento emane del adversario, de su causante o de parte interesada en el asunto o que tendría interés si viviera.

c) Que haga verosímil el hecho litigioso. No se trata ya de la prueba concreta y definitiva del hecho; basta que lo que se dice en el instrumento brinde un indicio serio de su verosimilitud.

Es suficiente que confluyan estos requisitos para hacer viable cualquier medio de prueba, inclusive la de testigos.

1116/1260

1260.— Se ha declarado que constituye principio de prueba por escrito el ejemplar único de un contrato que por ser bilateral debe redactarse en doble ejemplar (ver nota 7), el borrador de contrato no firmado si está escrito de puño y letra de la parte a quien se opone (ver nota 8), el documento privado sin firma, emanado del adversario (ver nota 9), el reconocimiento de la existencia de una deuda hecha ante la policía, aunque no indique su origen ni monto (ver nota 10), la manifestación hecha al otorgar un poder para suscribir una escritura de compraventa en el sentido de que se había recibido el precio de ésta (ver nota 11).

1116/1261

1261. PRUEBA TESTIMONIAL; LA REGLA DEL ART. 1193.— En las sociedades de cultura popular poco desarrollada, la prueba testimonial ha tenido siempre una importancia de primera línea. La extensión del analfabetismo hacía inaplicable la prueba escrita para los negocios ordinarios de la vida. De ahí el cumplimiento de formalidades rigurosas, como las que exigía el derecho romano, destinadas a impresionar el recuerdo de los testigos, que luego habrían de probar el contrato.

Hoy, en cambio, se nota una marcada desconfianza por esta prueba. Los testigos suelen recordar mal los hechos o pueden ser complacientes o falsos. Las personas que quieren vincularse entre sí por un contrato tienen a su disposición un medio cómodo y seguro, que es el instrumento privado, si es que no quieren afrontar los gastos y molestias de la escritura pública. Allí quedan asentados con claridad y sin posibilidad de confusión los términos del contrato. Es lógico, pues, que por una razón de seguridad jurídica, la ley exija que los contratos mayores de cierto monto deban otorgarse por escrito y no puedan probarse por testigos (art. 1193 Ver Texto ). Es ésta una de las expresiones del neoformalismo, tendiente a clarificar y dar seguridad a los derechos de las partes y de terceros.

Cabe notar que el art. 1193 Ver Texto excluía la prueba de testigos para todo contrato mayor de doscientos pesos. Por efecto de la inflación, esta suma perdió todo significado a la época de la reforma, es decir, en el año 1968. En consecuencia, la ley 17711 la elevó a diez mil pesos, suma que con el andar de los años también perdió significado; pero después de dictada la ley 23928 ha recobrado valor, por lo que entendemos que debe interpretarse como referida al peso convertible.

Ala prueba por escrito, exigida por el art. 1193 Ver Texto , debe asimilarse la de confesión; basta con ella para que el contrato se tenga por probado. Más aún: mediando confesión del demandado de que el contrato existió, su contenido y cláusulas pueden probarse por cualquier medio (ver nota 12).

Si no se trata de probar las cláusulas de un contrato (precio, modo de pago y demás condiciones) sino sólo de saber si la firma que suscribe el documento es auténtica, no está excluida la prueba testimonial cuando no es posible obtener el paradero del firmante ni recurrir a la prueba pericial y de cotejo (ver nota 13).

1116/1262

1262.— Pero se admitirá todo género de pruebas, inclusive la de testigos, en las hipótesis del art. 1191 Ver Texto , es decir, si mediara imposibilidad de presentar el documento escrito o de otorgarlo, si hubiera principio de prueba por escrito o cuando la cuestión versare sobre los vicios de error, dolo, violencia, fraude, simulación o falsedad de los instrumentos en donde constare o si una de las partes hubiera recibido la prestación y se negase a cumplir la suya.

La aplicación de lo dispuesto por el art. 1191 Ver Texto al supuesto del art. 1193 Ver Texto es de toda evidencia, ya que el primero se refiere a todos los casos en que los contratos tengan una forma determinada por las leyes: y éste es el supuesto del art. 1193 Ver Texto que prescribe la forma escrita (ver nota 14).

1116/1263

1263. INSTRUMENTO PRIVADO QUE ALTERA EL CONTENIDO DE UN INSTRUMENTO PÚBLICO.— Las cláusulas de un contrato celebrado por instrumento público pueden ser alteradas por un instrumento privado, pero esta alteración sólo tendrá efectos entre las partes y no podrá oponerse a terceros (art. 1194 Ver Texto ). Es natural que así sea porque de lo contrario podría sorprenderse la buena fe del tercero que contratase sobre la base del instrumento público que se le exhibe y que ignora la alteración hecha privadamente.



En verdad esta regla se aplica también a los instrumentos públicos posteriores, que modifican uno anterior: no tienen efectos contra terceros a menos que el contenido de la contraescritura esté anotado marginalmente en la primera (art. 996 Ver Texto ).

1116/1264

1264. PRUEBA CONTRA EL INSTRUMENTO PRIVADO O PÚBLICO.— ¿Puede hacerse valer contra un instrumento privado o público, prueba testimonial o de presunciones? En principio, la respuesta debe ser negativa (art. 1017 Ver Texto ), pues de lo contrario se crearía una intolerable incertidumbre en las relaciones jurídicas. Por ello es que, como regla general, la simulación debe probarse por contradocumento. Pero si existe una prueba clara, inequívoca, incuestionable, de la simulación, el juez debe reconocerla, aunque falte el contradocumento (sobre esta importante cuestión remitimos al Tratado de Derecho Civil, Parte General, t. 2, núms. 1185 y s.).

En cuanto a la prohibición que pesa sobre el oficial público y los testigos instrumentales de declarar en contra del contenido del instrumento en que ellos han intervenido, véase Tratado de Derecho Civil, Parte General, t. 2, n° 995.

1116/1265

1265. PRUEBA DEL PAGO; REMISIÓN.— Respecto del pago no rige la limitación del art. 1193 Ver Texto ; remitimos sobre esta cuestión al estudio que hemos hecho ut supra, t. 1, n° 730.

1116/1266

1266. PRUEBA DE LOS CUASICONTRATOS.— Las limitaciones del art. 1193 Ver Texto no son aplicables a los llamados cuasicontratos; éstos no constituyen acuerdos de voluntades sino actos unilaterales a los que la ley imputa determinados efectos. Estos actos o hechos unilaterales pueden probarse por cualquier medio; así lo dispone expresamente el art. 2296 Ver Texto respecto de la gestión de negocios; y esta disposición debe ser extendida por analogía a todo otro cuasicontrato.

(nota 1) De acuerdo: SALVAT, Contratos, t. 1, n° 206; BAUDRY LACANTINERIE y BARDE, t. 4, n° 2621; PLANIOL-RIPERT-GABOLDE, t. 7, n° 1539; JOSSERAND, t. 2,

nº 212.

(nota 2) La C. Civil 1ª Cap. decidió que el temor reverencial no configura un caso de imposibilidad moral: 26/6/1950, J. A., 1951-I, p. 592; tampoco lo configura el parentesco o la amistad: C. Civil 2ª Cap., 20/12/1937, L. L., t. 8, p. 1171. En contra: Sup. Trib. Santa Fe, 18/3/1947, R. S. F., t. 16, p. 79.

(nota 3) De acuerdo: C. Civil Cap., Sala C, 10/7/1974, E. D., t. 56, p. 570; C. 1ª Apel. La Plata, 13/12/1946, J. A., 1946-IV, p. 729; SALVAT, Contratos, t. 1, nº 214; BAUDRY LACANTINERIE y BARDE, t. 4, nº 2640; PLANIOL-RIPERT-GABOLDE, t. 7, nº 1541; DEMOLOMBE, t. 30, nº 200.

(nota 4) De acuerdo: C. Com. Cap., Sala B, 16/12/1953, L. L., t. 74, p. 425; C. Apel. 2ª La Plata, 9/9/1947, L. L., t. 48, p. 720; ACUÑA ANZORENA, en SALVAT, Contratos, t. 1, nº 210, nota 177, c; SEGOVIA, t. 1, p. 333, nota 107; BAUDRY LACANTINERIE y BARDE, t. 4, nº 2590; PLANIOL-RIPERT-GABOLDE, t. 7, nº 1532; JOSSERAND, t. 2, nº 215. En contra: SALVAT, Contratos t. 1, nº 210, quien piensa que la firma es indispensable.

(nota 5) ACUÑA ANZORENA, en SALVAT, Contratos, t. 1, nº 210, nota 177, d; BAUDRY LACANTINERIE y BARDE, t. 4, nº 2585; PLANIOL-RIPERT-GABOLDE, t. 7, nº 1532, p. 871, nota 1.

(nota 6) Además de los autores citados en nota precedente, SALVAT, Contratos, t. 1, nº 210.

(nota 7) C. Civil Cap., Sala A, 6/10/1953, L. L., t. 72, p. 486; Sala C, 13/4/1953, J. A., 1953-II, p. 376; íd., 30/8/1961, causa 74.382 (inérita); Sup. Corte Buenos Aires, 26/4/1955, J. A., 1956-I, p. 310, con nota de SPOTA; C. Apel. 2ª La Plata, 15/9/1953, L. L., t. 73, p. 228; Sup. Trib. Corrientes, 18/9/1948, J. A., 1949-I, p. 590; C. Apel. Rosario, 12/11/1948, L. L., t. 55, p. 766. De acuerdo: MACHADO, t. 3, p. 280; LLAMBÍAS, Parte General, t. 2, nº 1260; SEGOVIA, t. 1, art. 1024, nota 11; DE GÁSPERI, Obligaciones, t. 1, nº 661. En contra: C. Civil 2ª Cap., 20/8/1928, J. A., t. 28, p. 136, con disidencia del doctor SENILLOSA. Para la jurisprudencia francesa, concorde con la solución afirmativa, que por nuestra parte compartimos: PLANIOL-RIPERT-BOULANGER, 3ª ed., t. 2, nº 415 y FLOUR, Evolution du formalisme, en Etudes offertes a George Ripert, t. 1., p. 93, nº 15.

(nota 8) C. Com. Cap., Sala B, 16/12/1953, L. L., t. 74, p. 426.

(nota 9) C. 2ª La Plata, 9/9/1947, L. L., t. 48, p. 720, en que el doctor ACUÑA ANZORENA llevó la palabra del tribunal.

(nota 10) C. Civil 1ª Cap., 25/3/1931, J. A., t. 35, p. 306.

(nota 11) Sup. Corte Buenos Aires, 28/3/1944, J. A., 1944-II, p. 354.

(nota 12) Sup. Corte Buenos Aires, 9/9/1952, J. A., 1953-I, p. 341.

(nota 13) C. Civil Cap. Sala A, 10/3/1966, L. L., t. 122, p. 490.

(nota 14) De acuerdo: SALVAT, Contratos, t. 1, n° 201; SPOTA, t. 9, n° 2149; MACHADO, t. 3, p. 517; SEGOVIA, t. 1, art. 1194 de su numeración, nota 109; LAFAILLE, Contratos, t. 1, n° 250.

1116/10440

§ 7.— Efectos de los contratos

1116/10450

A.— PRINCIPIO DEL EFECTO RELATIVO (ver nota 1)

1116/1267

1267. EL PRINCIPIO Y SUS LIMITACIONES.— Según un viejo principio jurídico, conocido ya en el derecho romano y consagrado en los arts. 503 Ver Texto y 1195 Ver Texto , los contratos no obligan sino a las partes y no producen efectos respecto de los terceros ajenos al acto: *res inter alios acta aliis neque nocere prodesset potest*.

El principio parece obvio, pues *prima facie* no resulta razonable que un contrato pueda crearle obligaciones a un tercero extraño al acto. Pero en la práctica, por razones diversas, esta regla sufre importantes excepciones, a punto tal que no ha faltado quien se pregunte si realmente puede hablarse de la existencia del principio (ver nota 2). La repercusión que los contratos pueden tener respecto de terceros es de muy variada naturaleza. Veamos algunas

hipótesis:

a) A veces el objetivo principal del acto es producir efectos respecto de terceros; tal es el caso de la estipulación por otro o contrato en favor del tercero, de que nos ocupamos más adelante (núms. 1272 y s.).

b) Otras veces, los efectos son indirectos. Así, por ejemplo, si se vende una propiedad alquilada, el inquilino está obligado en adelante a pagar el importe de la locación al nuevo propietario y no a aquel con el cual concluyó el contrato. A su vez, el nuevo propietario está obligado respecto del inquilino como si él mismo hubiera sido el que concluyó el acto.

c) Finalmente, los contratos tienen sobre los acreedores una repercusión económica y jurídica, pues ellos se ven afectados (beneficiados o perjudicados) por todos los actos de su deudor que importen un ingreso o egreso de bienes, ya que en el primer caso aumenta la garantía de su crédito y, por consiguiente, sus posibilidades de hacerlo efectivo, y en el segundo disminuye. No se trata aquí de los derechos y obligaciones nacidos del acto, sino de su incidencia económica respecto de terceros. Esta repercusión se llama oponibilidad. Los actos del deudor no producen efectos respecto de sus acreedores, pero les son oponibles.

1116/1268

1268.— Con respecto al concepto de partes sucesores universales y terceros, remitimos a nuestro Tratado de Derecho Civil, Parte General, t. 2, núms. 873 y s.

(nota 1) SALAS, La regla *res inter alios acta*, J. A., 1952-IV, sec. doct., p. 3; BOUSQUET, De l'effet des actes juridique a l'égard des tiers, Toulouse, 1930; SAVATIER, Le prétendu principe de l'effet relative des contrats, Revue Trimestrielle, 1934, ps. 525 y s.; CALASTRENG, La relativité des conventions, Toulouse, 1939; BETTI, Teoría general del negocio jurídico, n° 132; CARIOTTA FERRARA, Il negozio giuridico, núms. 145 y s.

(nota 2) SAVATIER, Le prétendu principe de l'effet relative des contrats, Revue Trimestrielle, 1934, ps. 525 y s.

1116/10460

**B.— FUERZA OBLIGATORIA DE LOS CONTRATOS ENTRE LAS PARTES**

1116/1269

1269. EL ART. 1197 Ver Texto .— Según el art. 1197 Ver Texto las convenciones hechas en los contratos forman para las partes una regla a la cual deben someterse como a la ley misma.

Esta regla, excesivamente rígida por sí sola, ha sido completada y ha devenido más fecunda con la nueva redacción del art. 1198 Ver Texto , cuyo primer párrafo dice así: Los contratos deben celebrarse, interpretarse y ejecutarse de buena fe y de acuerdo con lo que verosíblemente las partes entendieron o pudieron entender, obrando con cuidado y previsión.

Por una parte, esta nueva disposición atenúa el art. 1197 Ver Texto , impidiendo que nadie pueda prevalerse de los términos estrictos de una convención, cuando de su contexto resulta claro que, interpretada de buena fe y en su conjunto, la intención de las partes era distinta. Además, lo completa, al establecer las pautas en base a las cuales debe integrarse la convención, aun en los puntos no expresamente establecidos: es necesario hacerlo de buena fe y conforme lo haría una persona cuidadosa y prudente. Con lo cual la ley, muy acertadamente, fija una pauta objetiva para la interpretación y el cumplimiento de los contratos: más que la intención individual de los contratantes, interesa el criterio con que lo hubiera hecho una persona honorable y prudente. Sobre este tema, tan rico en implicancias, remitimos a nuestro Tratado de Derecho Civil, Parte General, t. 2, núms. 896 y s.

1116/1270

1270. FUNDAMENTO.— La fuerza obligatoria de los contratos, tan enfáticamente afirmada en el art. 1197 Ver Texto , se funda no sólo en el respeto de la voluntad de los contratantes, sino también en las necesidades del tráfico. Los contratos constituyen el principal medio de que se valen los hombres para tejer entre ellos la urdimbre de sus relaciones jurídicas. Son, por consiguiente, un instrumento esencial para la vida económica y para la promoción de la riqueza; por todo ello, es necesario reconocerles fuerza vinculante. Media en la cuestión un interés de orden público.

1116/1271

1271. LÍMITES AL PRINCIPIO DE LA FUERZA OBLIGATORIA DE LOS CONTRATOS.— Hemos dicho que la fuerza obligatoria de los contratos no se funda sólo en el respeto de la voluntad individual, sino también en exigencias del tráfico social. El interés social vitaliza los contratos, fecunda las manifestaciones de voluntad; y, al propio

tiempo, señala límites a la autonomía de la voluntad. Por consiguiente, los contratos carecerán de fuerza obligatoria:

a) Si son contrarios a las leyes de carácter imperativo; pues precisamente la característica esencial de éstas es que no pueden ser dejadas sin efecto en los contratos (véase Tratado de Derecho Civil, Parte General, t. 2, núms. 44 y s.).

b) Si contrarían la moral y buenas costumbres: el art. 953 Ver Texto exige que el objeto de los contratos no sea contrario a ellas.

c) De esta misma idea moral han surgido las siguientes limitaciones: 1) carecen de fuerza obligatoria las cláusulas penales excesivas o los contratos que imponen a una de las partes contraprestaciones excesivas y groseramente contrarias a la equidad que debe presidir todo contrato bilateral (lesión); 2) pueden modificarse las contraprestaciones cuando una alteración imprevisible y extraordinaria de las circunstancias ha modificado sustancialmente los presupuestos económicos del contrato (teoría de la imprevisión); 3) las cláusulas limitativas de la responsabilidad en los contratos de adhesión deben ser consideradas con prevención (véase nº 100).

La influencia del interés público en los contratos se advierte cada vez más claramente en el fenómeno moderno del intervencionismo estatal, que a veces se traduce en una reglamentación con fuerza imperativa que deja poco juego a la libertad contractual (contratos normados) y otras en contratos impuestos o forzosos. De ello nos hemos ocupado en otro lugar (nº 1170).

1116/10470

C.— ESTIPULACIONES A FAVOR DE TERCEROS (ver nota 1)

1116/1272

1272. CONCEPTO.— Ocurre en algunos contratos que la obligación asumida por una de las partes no se establece en favor de la otra, sino de un tercero. Así, por ejemplo, la indemnización pactada en caso de seguro de vida no es debida por la compañía al contratante que paga las primas (asegurado) ni a sus herederos, sino a la persona indicada por el asegurado; lo mismo ocurre en la renta vitalicia pactada en favor de un tercero o en la donación con cargo en favor de una persona que no es el donante.

1116/1273

1273. DESIGNACIÓN DE BENEFICIARIO.— La estipulación por otro debe contener la designación del tercero en cuyo favor se contrata. El tercero beneficiario puede estar indeterminado en el acto en el cual se constituye el beneficio, con tal que pueda determinarse en el momento en que éste ha de hacerse efectivo (ver nota 2). No hay inconveniente en que el nombre del beneficiario se deje en blanco (ver nota 3), para ser llenado en el momento oportuno por el estipulante; puede delegarse la designación del beneficiario en un tercero o aun en el propio promitente u obligado (ver nota 4). Tampoco se ve inconveniente en que el beneficiario sea una persona futura (ver nota 5).

1116/1274

1274. RELACIONES QUE SURGEN DE ESTOS CONTRATOS.— En los contratos que contienen una estipulación en favor de terceros, surgen las siguientes relaciones:

a) Una relación establecida entre los dos otorgantes del contrato (relación de cobertura) (ver nota 6). Se llama estipulante a la parte que ha contratado teniendo en mira favorecer a un tercero (por ejemplo, el que contrata el seguro, el donante); se denomina promitente u obligado a la parte que debe cumplir la prestación en favor del tercero.

Esta relación de cobertura está sujeta a los principios generales de los contratos, de donde surgen las siguientes consecuencias: 1) el estipulante tiene acción de cumplimiento de contrato, sin que a ello obste que el beneficiario de la prestación sea un tercero (ver nota 7); en defecto de cumplimiento puede pedir daños y perjuicios (ver nota 8). Claro está que, normalmente, el perjudicado será sólo el beneficiario y el estipulante sólo puede reclamar los daños que personalmente a él le haya provocado el incumplimiento (ver nota 9); 2) el estipulante puede oponer la excepción non adimpleti contractus (ver nota 10); 3) puede pedir la resolución del contrato en caso de incumplimiento, siempre que el tercero beneficiario no haya aceptado antes; pero si éste ha aceptado, el estipulante carece ya de acción resolutoria (ver nota 11), porque de lo contrario, por este camino de la resolución vendría a revocarse un beneficio que ha quedado firme con la aceptación del tercero; 4) puede accionar por nulidad del contrato (ver nota 12); 5) puede pedir medidas conservatorias (ver nota 13). A su vez, el promitente tiene los siguientes derechos: 1) puede oponer la excepción non adimpleti contractus; 2) puede pedir la resolución por incumplimiento aunque el tercero haya aceptado el beneficio (ejemplo del seguro cuyas primas no se pagan) (ver nota 14); 3) puede accionar por nulidad.

Mientras el tercero beneficiario no haya aceptado el beneficio, las partes en la relación de cobertura pueden modificar el beneficio o dejarlo sin efecto (ver nota 15).

1116/1275

1275.— Supongamos ahora que el tercero rechace el beneficio: ¿el promitente tiene derecho a exigir que se le pague a él? Es indudable que sí, a menos que otra cosa resulte de la naturaleza del contrato o de la voluntad de las partes (ver nota 16).

1116/1276

1276.— Igual solución ha de admitirse en el caso de revocación oportuna de beneficio por el estipulante (ver nota 17).

1116/11140

1276 bis.— b) Una relación establecida entre el estipulante y el beneficiario (relación de valuta). Mientras el beneficiario no ha aceptado el beneficio y hecho saber al obligado, el estipulante puede revocarlo (art. 504 Ver Texto ). La revocación es un acto unilateral; el promitente no puede oponerse a ella (ver nota 18), aunque nada obsta, claro está, que se haga por convenio de las partes que modifique el anterior. Nada se opone a que el estipulante renuncie en el acto constitutivo a su derecho a revocar el beneficio (ver nota 19). Si esto es claro, en cambio resulta más dudosa esta cuestión paralela: ¿puede el estipulante reservarse el derecho de revocar el beneficio aun después de la aceptación por el tercero? A nuestro juicio, la respuesta debe ser negativa. Esta solución resulta muy clara en el supuesto de que la causa de la estipulación fuera onerosa; la estipulación en favor del tercero sería en el fondo una dación en pago, que una vez aceptada, deviene irrevocable. Y pensamos que la misma solución debe admitirse en el supuesto de que la estipulación importe una liberalidad. En efecto, nos parece de aplicación analógica al caso la regla que veda al donante revocar las donaciones sin una causa legal (ver nota 20).

1116/1277

1277.— El derecho a revocar el beneficio antes de su aceptación, tiene carácter personalísimo y no puede ser ejercido por los acreedores del estipulante en ejercicio de la acción oblicua (ver nota 21), ni por sus herederos. Es verdad que este último supuesto ha suscitado algunas divergencias doctrinarias (ver nota 22); pero predomina la opinión de que los herederos no pueden revocar el beneficio (ver nota 23), pues como dice JOSSERAND, no es admisible que ellos se encuentren sistemáticamente colocados entre su deber, que sería respetar la voluntad del difunto, y su interés, que les conduciría a usar del derecho de revocación (ver nota 24).



1116/1278

1278.— La aceptación del tercero puede ser expresa o tácita; el requerimiento de pago o la demanda judicial bastan como aceptación tácita (ver nota 25).

La aceptación puede ser posterior a la muerte o quiebra del estipulante (ver nota 26). Puede ser hecha por los sucesores del beneficiario, salvo si expresa o implícitamente resultare que era un beneficio personal (ver nota 27).

1116/1279

1279.— La relación de valuta puede tener distintas causas jurídicas. Ordinariamente se origina en el deseo del estipulante de favorecer al tercero con una liberalidad; pero también puede tener una causa onerosa (por ejemplo, la satisfacción del deber de alimentos que pesa sobre el estipulante). La falta de causa autoriza al estipulante a dejar sin efecto el beneficio aun después de la aceptación por el tercero (ver nota 28) y además a ejercitar contra el tercero que ha recibido ya el beneficio, una *condictio sine causa* (ver nota 29). En cambio, el promitente es ajeno a dicha relación y no puede fundar su negativa a cumplir su obligación en la falta de causa de la relación de valuta (ver nota 30). Un ejemplo aclara estas ideas. Supongamos que se ha pactado una renta vitalicia en favor de un tercero en razón de que el estipulante (que entregó el capital al promitente para que éste pagara la renta) se propone cumplir con la obligación alimentaria que tiene respecto del beneficiario. Luego resulta que el estipulante no tiene tal relación alimentaria (sea porque no existía el parentesco o porque el alimentado tenía fortuna oculta); el estipulante tiene derecho a hacer cesar el beneficio y exigir que la renta se le pague a él y no al tercero; pero el promitente no tiene derecho a negarse a pagar la renta al beneficiario (mientras el estipulante no se lo exija) so color de que en la relación de valuta la obligación carecía de causa.

1116/1280

1280.— c) Una relación directa entre el promitente u obligado y el tercero beneficiario. El tercero tiene acción directa contra el promitente para obtener el cumplimiento de la obligación (ver nota 31); en cambio, no tiene acción para pedir la resolución por incumplimiento (ver nota 32), porque carece de interés en ella. A su vez, el promitente puede oponer al beneficiario la *exceptio non adimpleti contractus* fundada en el incumplimiento del estipulante (ver nota 33); y, de una manera más general, puede oponerle todas las excepciones que hubiere podido oponer al estipulante (ver nota 34).

De la circunstancia de que la relación entre el promitente y el beneficiario tiene carácter

directo, surgen las siguientes consecuencias: 1) La quiebra del estipulante no afecta al beneficiario y los acreedores de aquél no pueden pretender derecho sobre la prestación adeudada por el promitente; 2) En caso de muerte del estipulante, el beneficio es adquirido por el tercero por derecho propio y no a título de herencia o legado, con la consecuencia de que no se paga impuesto a la transmisión gratuita de bienes y de que el beneficiario, que al propio tiempo es heredero del estipulante, puede renunciar a la herencia sin perder su derecho al beneficio de la estipulación en su favor (ver nota 35).

El promitente no puede compensar el crédito que él tenga contra el estipulante con la deuda que tiene con el beneficiario (ver nota 36) por la muy sencilla razón de que el beneficiario, a quien se opondría la compensación, no es deudor. El promitente sólo podría oponerla en el caso de que el estipulante hubiera devenido acreedor del beneficio por revocación o por renuncia del tercero (ver nota 37).

En cambio, no cabe duda de que la compensación resulta posible cuando el tercero es deudor del promitente (ver nota 38).

1116/1281

1281. NATURALEZA JURÍDICA DE LA ESTIPULACIÓN EN FAVOR DE TERCEROS.  
— Sobre la naturaleza jurídica de la estipulación en favor de terceros se han sostenido distintas doctrinas:

a) Para algunos autores (ver nota 39) habría una oferta de contrato que el beneficiario puede o no aceptar; pero esta doctrina es insatisfactoria, porque las partes —estipulantes y promitentes— contratan por sí mismas y no entendiendo hacer parte al tercero. Como dice SPOTA, no se está ante dos negocios sino ante un solo negocio jurídico, aunque de fisonomía triangular (ver nota 40). Y desde el punto de vista práctico esta teoría tiene graves inconvenientes, porque de su aplicación resultaría que antes de la aceptación por el tercero, la quiebra del estipulante haría caer el derecho en la masa de los acreedores; y si el estipulante muere antes de la aceptación, la oferta caducaría.

b) Para otros autores, se trataría de una gestión de negocios (ver nota 41). Pero el gestor no puede revocar, sino que debe continuar la gestión (art. 2290 Ver Texto ); la asimilación de ambas es imposible.

c) Se ha sostenido también que la esencia de la estipulación por otro es una voluntad unilateral (ver nota 42). Pero no es así, porque el beneficio tiene un fundamento contractual, con la diferencia de que se pacta en provecho de un tercero.

Todas estas teorías se resienten de artificiosidad; se pretende encajar las estipulaciones en beneficio de terceros dentro de otras figuras con las cuales existe alguna analogía, pero cuya naturaleza es indudablemente distinta. Es una nueva manifestación de la tendencia de muchos juristas de poner vino nuevo en odres viejos. No se ve ninguna ventaja en hacerlo. La tendría si fuere para aplicarle el régimen legal de la institución a la cual se quiere asimilar. Pero ése no es nuestro caso porque la estipulación en favor de terceros tiene un régimen propio. Y tiene una justificación como institución autónoma: se funda en la voluntad común de los contratantes y se ha revelado útil en la vida de los negocios.

PUIG BRUTAU ha escrito sobre el punto una página magistral que no resistimos la tentación de transcribir. Dice que este problema, como otros tantos, puede ser considerado como un problema de dogmática jurídica o como una cuestión que ha de ser objeto, simplemente, de una solución práctica. La dogmática jurídica supone que ya están dadas las premisas del razonamiento que ha de dar lugar a la solución del problema. Por el contrario, en el caso de buscarse una solución práctica, a su obtención y consolidación han de quedar subordinadas todas las demás consideraciones, incluso la de saber qué calificación jurídica debe recaer sobre el derecho del beneficiario, según la rutinaria invocación de fórmulas tradicionales. Parecerá extraordinario que no se reconociera enseguida la procedencia de seguir el segundo método. Sin embargo, la falsa creencia de que los jueces no crean derecho dio lugar a una serie de ficciones destinadas a lograr que se aparejaran unos resultados prácticos con ciertas ideas tradicionales. De esta manera, con el pretexto de “hallar” la supuesta naturaleza jurídica del contrato en favor de tercero, se ha procurado hacer de la doctrina jurídica la gran mediadora entre unas consecuencias prácticas y unos conceptos tradicionales.

Toda la discusión —sigue diciendo nuestro autor— acerca de si el tercero C tiene un derecho directo contra el promitente A o si lo tiene por subrogación personal en el derecho del promitente B o en virtud de una cesión implícita, o por haber aceptado la propuesta de un nuevo contrato que le dirigió A, etcétera, trata de ocultar que, en realidad, la solución conveniente desde el punto de vista de las necesidades sociales, ya es conocida de antemano. Si alguien nos objeta que la elección entre una u otra teoría tiene importancia por el distinto alcance que atribuyen al derecho del tercero, contestaríamos que debe ser la misión de una auténtica ciencia del derecho lograr que esas diferencias prácticas sean elegidas con el más amplio conocimiento de su respectiva conveniencia, en lugar de ser el resultado de unos conceptos forjados en virtud de situaciones diferentes. La pregunta que tiene verdadero sentido es la siguiente: ¿existe una auténtica necesidad de proteger jurídicamente el interés del tercero C resultante del contrato? (ver nota 43).

La respuesta afirmativa conduce a aceptar el fenómeno jurídico del contrato en favor de terceros, con independencia de cualquier preconcepto o teoría preelaborada que pretende explicarlo. Y su regulación jurídica no debe ajustarse a las consecuencias lógicas que se deriven de estas discutibles y forzadas teorías, sino a obtener de esta institución sus mejores frutos del punto de vista práctico.

1116/10480

#### D.— ESTIPULACIONES A NOMBRE DE TERCEROS Y A CARGO DE TERCEROS

1116/1282

1282. ESTIPULACIÓN A NOMBRE DE TERCEROS.— De acuerdo al principio general del art. 1161 Ver Texto , nadie puede contratar a nombre de un tercero sin estar autorizado por él o sin tener por ley su representación; salvo, claro está, que el tercero ratifique el contrato, en cuyo caso la ratificación equivale al mandato (arts. 1161 y 1162; sobre este tema, véase Tratado de Derecho Civil, Contratos, t. 2, núms. 1747 y s.).

Los contratos suscritos sin representación legal o contractual no obligan a quien invocó una representación que no tenía (art. 1161 Ver Texto ); todo ello con independencia de su obligación de indemnizar los daños y perjuicios sufridos por el tercero que ignoraba que la otra parte actuaba sin poder suficiente (art. 1933 Ver Texto ).

Esta regla no es, sin embargo, tan absoluta como parecía desprenderse de los términos del art. 1161 Ver Texto ; la ley protege al tercero de buena fe en los casos de mandato aparente, que equivale al real, por más que el mandatario haya actuando más allá de los límites de sus poderes o cuando éstos habían ya cesado. Remitimos sobre el punto al Tratado de Derecho Civil, Contratos, t. 2, núms. 1743 y s.

1116/1283

1283. ESTIPULACIÓN A CARGO DE TERCEROS.— Diferente al contrato celebrado a nombre o representación de otro (supuesto que hemos considerado en el número anterior) es el celebrado a cargo de otro. En este caso no se invoca la existencia de una representación o mandato: se promete procurar la prestación de un tercero. Esta promesa puede asumir distintas modalidades.

a) Se promete que el tercero por el cual se contrató, ratificará el contrato; es la garantía de porte-fort de la doctrina francesa. Se limita a prometer dicha ratificación, pero no se garantiza el cumplimiento del contrato. Claro está que si el tercero no ratifica el contrato, el promitente debe satisfacer a la otra parte los correspondientes daños y perjuicios (art. 1163 Ver Texto ).

b) Se promete no sólo que el tercero ha de ratificar el contrato, sino también que ha de cumplirlo; quien tal promete, obra como fiador. Si el tercero no cumple, quien se obligó por él debe hacerlo o, de lo contrario, satisfacer los daños y perjuicios (art. 1163 Ver Texto ).

c) Se promete gestionar la ratificación por el tercero. En este caso el otro contratante está enterado de que quien promete la ratificación por el tercero, no tiene poderes suficientes y la promesa se limita a procurar que el tercero ratifique; por ello, el promitente sólo es responsable de los daños y perjuicios si no se ha ocupado de obtener dicha ratificación o si ésta no se ha logrado por su culpa (art. 1177 Ver Texto ).

Como puede apreciarse, en los dos primeros casos se asume una obligación de resultado (el promitente promete obtener del tercero la ratificación o el cumplimiento); en el último, se asume una obligación de medio (se promete procurar que el tercero ratifique el contrato o lo cumpla).

(nota 1) BIBLIOGRAFÍA: SPOTA, Efectos de los contratos, ps. 61 y s.; LAFAILLE, Contratos, t. 1, núms. 303 y s.; MOSSET ITURRASPE, Teoría general del contrato, ps. 362 y s.; MARTIN BERNAL, La estipulación en favor de terceros, Madrid, 1985; ROCA SASTRE y PUIG BRUTAU, Estipulación en favor de terceros, en Estudios de derecho privado, t. 1, ps. 210 y s.; PUIG BRUTAU, Fundamentos de derecho civil, t. 2, vol. 1, ps. 270 y s.; PLANIOL-RIPERT-ESMEIN, t. 6, núms. 552 y s.; DEMOGUE, t. 7, nº 759 y s.; LAMBERT, Stipulation pour autrui, París, 1893; PACHIONI, I contratti a favore di terzi; ENNECCERUS-LEHMANN, t. 12, vol. 1, § 35; DASSEN, Contratos en favor de terceros, Buenos Aires, 1966; REZZÓNICO Estipulación en favor de terceros, Revista Notarial, nº 849, p. 398; CANCELA y NOLASCO, Estipulación en favor de terceros, Revista del Notariado, nº 754, p. 897.

(nota 2) LAFAILLE, Contratos, t. 1, nº 311; CANCELA y NOLASCO, op. cit. en nota anterior, p. 927; DEMOGUE, t. 7, nº 830; PLANIOL-RIPERT-ESMEIN, t. 6, nº 367; ROCA SASTRE y PUIG BRUTAU, Estipulación en favor de terceros, en Estudios de derecho privado, t. 1, p. 226.

(nota 3) DEMOGUE, t. 7, nº 831; GONZÁLEZ PÉREZ y ALGUER, en ENNECCERUS-LEHMANN, t. 2, vol. 1, p. 175; PUIG BRUTAU, Fundamentos de derecho civil, t. 2, vol. 1, p. 279.

(nota 4) LAFAILLE, Contratos, t. 1, nº 311; DEMOGUE, t. 7, nº 842; PLANIOL-RIPERT-BOULANGER, t. 2, nº 1238; PUIG BRUTAU, Fundamentos de derecho civil, t.

2, vol. 1, p. 279.

(nota 5) CANCELA y NOLASCO, Revista del Notariado, nº 754, p. 928; LAFAILLE, Contratos, t. 1, nº 311; DEMOGUE, t. 7, nº 838; JOSSERAND, t. 2, nº 294; PLANIOL-RIPERT-ESMEIN, t. 6, nº 368; JOSSERAND, t. 2, vol. 1, núms. 294 y s.; PUIG BRUTAU, Fundamentos de derecho civil, t. 2, vol. 1, p. 280.

(nota 6) Al hablar de relaciones de cobertura y de valuta adoptamos la terminología de la doctrina alemana (véase ENNECCERUS-LEHMANN, t. 2, vol. 1, § 35; LARENZ, Obligaciones, p. 248), seguida en nuestro país por SPOTA, Efectos de los contratos, ps. 61 y s., y en la doctrina española por ROCA SASTRE y PUIG BRUTAU.

(nota 7) Unanimidad en la doctrina.

(nota 8) CANCELA y NOLASCO, nota en Revista del Notariado, nº 754, p. 910; PLANIOL-RIPERT-ESMEIN, t. 6, nº 364; DEMOGUE, t. 7, nº 784.

(nota 9) REZZÓNICO, nota en Revista Notarial, nº 849, p. 404; DEMOGUE, t. 7, nº 784.

(nota 10) SPOTA, Efectos de los contratos, ps. 61 y s.; LAFAILLE, Contratos, t. 1, nº 307; ENNECCERUS-LEHMANN, t. 2, vol. 1, § 35, p. 179; DEMOGUE, t. 7, nº 784.

(nota 11) ROCA SASTRE y PUIG BRUTAU, Estipulación en favor de terceros, en Estudios de derecho privado, t. 1, p. 228; ENNECCERUS-LEHMANN, t. 2, vol. 1, § 35, p. 179, nota 18. En contra: PLANIOL-RIPERT-ESMEIN, t. 6, nº 364.

(nota 12) Unanimidad en la doctrina.

(nota 13) LAFAILLE, Contratos, t. 1, nº 307; DEMOGUE, t. 7, nº 784.

(nota 14) ENNECCERUS-LEHMANN, t. 2, vol. 1, § 35, p. 179, texto y nota 17.

(nota 15) LAFAILLE, Contratos, t. 1, nº 310; ENNECCERUS-LEHMANN, t. 2, vol. 1, § 35, p. 178; PUIG BRUTAU, Fundamentos de derecho civil, t. 2, vol. 1, p. 287.

(nota 16) ROCA SASTRE y PUIG BRUTAU, Estipulación en favor de terceros, en Estudios de derecho privado, t. 1, p. 228. Es la solución del art. 1411, Código Civil italiano. ENNECCERUS-LEHMANN dicen que ésta es una cuestión de interpretación de la voluntad de las partes, t. 2, vol. 1, § 35, p. 179.

(nota 17) SALVAT, Contratos, t. 1, nº 331; PLANIOL-RIPERT-ESMEIN, t. 6, nº 359; BAUDRY LACANTINERIE y BARDE, t. 1, nº 170; DEMOGUE, t. 7, nº 786; JOSSERAND, t. 2, nº 314.

(nota 18) DEMOGUE, t. 7, nº 787.

(nota 19) SALVAT, Contratos, t. 1, nº 332; DEMOGUE, t. 7, nº 794; PACCHIONI, I contratti a favore di terzi, p. 205.

(nota 20) De acuerdo con nuestra tesis: PACCHIONI, op. cit. en nota anterior, p. 205. En cambio, DEMOGUE piensa que el estipulante puede válidamente reservarse la facultad de revocar la estipulación aun después de la aceptación del beneficiario: t. 7, nº 792.

(nota 21) LAFAILLE, Contratos, núms. 308 y s.; REZZÓNICO, nota en Revista Notarial, nº 849, p. 406; PLANIOL-RIPERT-ESMEIN, t. 6, nº 358; DEMOLOMBE, t. 20, nº 93; JOSSERAND, t. 2, vol. 1, nº 313.

(nota 22) Sostienen que los herederos pueden revocar el beneficio: SALVAT, Contratos, t. 1, nº 330; BAUDRY LACANTINERIE y BARDE, t. 1, nº 171.

(nota 23) En este sentido: LAFAILLE, Contratos, núms. 308 y s.; REZZÓNICO, nota en Revista Notarial, nº 849, p. 406; PLANIOL-RIPERT-ESMEIN, t. 6, nº 358; DEMOLOMBE, t. 20, nº 93; JOSSERAND, t. 2, vol. 1, nº 313.

(nota 24) Loc. cit. en nota anterior.

(nota 25) PLANIOL-RIPERT-ESMEIN, t. 6, nº 358. Comp.: SALVAT, Contratos, t. 1, nº 328.

(nota 26) PLANIOL-RIPERT-ESMEIN, t. 6, nº 360; BAUDRY LACANTINERIE y BARDE, t. 1, nº 157; DEMOGUE, t. 7, nº 825.

(nota 27) PLANIOL-RIPERT-ESMEIN, t. 6, nº 360; DEMOGUE, t. 7, nº 825.

(nota 28) SPOTA, Efectos de los contratos, p. 63; ENNECCERUS-LEHMANN, t. 2, vol. 1, § 35, p. 180, y sus comentaristas PÉREZ GONZÁLEZ y ALGUER, p. 182.

(nota 29) ROCA SASTRE y PUIG BRUTAU, Estipulación en favor de terceros, en Estudios de derecho privado, t. 1, p. 230.

(nota 30) SPOTA, Efectos de los contratos, p. 63; ENNECCERUS-LEHMANN, t. 2, vol. 1, § 35, p. 180, y sus anotadores PÉREZ GONZÁLEZ y ALGUER, p. 182; ROCA SASTRE y PUIG BRUTAU, op. y loc. cit. en nota anterior.

(nota 31) C. Civil Cap., Sala C, 1/9/1987, E. D. fallo nº 40.672.

(nota 32) ROCA SASTRE y PUIG BRUTAU, Estipulación en favor de terceros, en Estudios de derecho privado, t. 1, p. 228; PLANIOL-RIPERT-ESMEIN, t. 6, nº 366.

(nota 33) ROCA SASTRE, Estipulación en favor de terceros, en Estudios de derecho privado, t. 1, p. 229; DEMOGUE, t. 7, nº 811; PLANIOL-RIPERT-ESMEIN, t. 6, nº 363.

(nota 34) PLANIOL-RIPERT-ESMEIN, t. 6, nº 363; PUIG BRUTAU, Fundamentos de derecho civil, t. 2, vol. 1, p. 285.

(nota 35) SPOTA, Efectos de los contratos, p. 65; DEMOGUE, t. 1, nº 229; ROCA SASTRE y PUIG BRUTAU, Estipulación en favor de terceros, en Estudios de derecho privado, t. 1, p. 229; PUIG BRUTAU, Fundamentos de derecho civil, t. 2, vol. 1, p. 286.

(nota 36) DEMOGUE, t. 7, nº 805; PUIG BRUTAU, Fundamentos de derecho civil, t. 2, vol. 1, p. 286.

(nota 37) DEMOGUE, t. 7, nº 805.

(nota 38) DEMOGUE, t. 7, nº 805; PUIG BRUTAU, Fundamentos de derecho civil, t. 2, vol. 1, p. 286.



(nota 39) DEMOLOMBE, t. 24, n° 248; LAURENT, t. 15, n° 559.

(nota 40) SPOTA, Efectos de los contratos, p. 70. Hablan también de negocio triangular, JOSSERAND, t. 2, vol. 1, n° 297; PUIG BRUTAU, Fundamentos de derecho civil, p. 281.

(nota 41) LABBE, cit. por DEMOGUE, t. 7, n° 816. LAFAILLE sostiene que esta doctrina es la que siguió el codificador en el art. 1162 (Contratos, t. 1, n° 315). Nosotros no lo creemos así. La disposición citada se refiere al caso de que una persona celebre un negocio en nombre de otro o en interés de otro; es una gestión de negocios y, naturalmente, se rige por las normas de ésta. Muy distinta es la hipótesis de estipulación en favor de terceros.

(nota 42) CHAMPEAU y WORMS, cit. por DEMOGUE, t. 7, n° 819.

(nota 43) PUIG BRUTAU, Fundamentos de derecho civil, t. 2, vol. 1, p. 271.

1116/10490

E.— EXCEPCIÓN DE INCUMPLIMIENTO (ver nota 1)

1116/1284

1284. CONCEPTO Y ANTECEDENTES HISTÓRICOS.— En los contratos de los cuales nacen obligaciones para ambas partes, una de ellas no puede demandar de la otra el cumplimiento si no hubiera cumplido sus propias obligaciones o no ofreciere cumplirlas. Es una solución tradicional consagrada por el art. 1201 Ver Texto , Código Civil.

Este texto brinda así un recurso al demandado por incumplimiento: puede oponerse al progreso de la acción de quien lo demanda sin haber cumplido sus propias obligaciones. En doctrina suele distinguirse entre la excepción fundada en un incumplimiento total del demandante (*exceptio non adimpleti contractus*) y la fundada en un incumplimiento parcial o defectuoso (*exceptio non rite adimpleti contractus*); pero los efectos de ambas son iguales, por lo cual la doctrina moderna tiende a eliminar esta diferencia, que hoy debe considerarse más bien como un preciosismo jurídico.

La excepción de incumplimiento era conocida ya en el derecho romano, pues si bien parece

que nunca fue enunciada allá como regla general (ver nota 2), se hicieron de ella numerosas aplicaciones en materia de contratos sinalagmáticos. La acogió luego el derecho canónico, para el cual el principio de que nadie puede demandar el cumplimiento de un contrato sin haberlo cumplido por su parte, se funda en una razón de moral y buena fe. Hoy es un principio admitido universalmente (Cód. Civil italiano, art. 1460; alemán, art. 320; suizo, art. 82; brasileño, art. 1092; venezolano, art. 1168; en Francia y España no hay textos que la consagren expresamente, pero la jurisprudencia la admite sobre base de disposiciones que la implican). Cabe notar que algunos Códigos modernos (italiano, alemán) hacen la salvedad de que la excepción debe oponerse de buena fe, lo que como veremos en su momento, tiene importancia. La fuente directa en que se inspiró VÉLEZ al redactar el art. 1201, fue FREITAS (art. 1552).

1116/1285

1285. FUNDAMENTO.— Regla tan prestigiosa y tan universalmente admitida debe tener sólidos fundamentos. Y, efectivamente, así es. Los contratos que originan obligaciones a cargo de ambas partes, importan un trueque, un cambio, una reciprocidad. Hay entre esas obligaciones un nexo de interdependencia, de causalidad recíproca entre las contraprestaciones (ver nota 3). No se puede pretender recibir si no se da. Media en esto una cuestión de buena fe y moral.

1116/1286

1286. NATURALEZA JURÍDICA.— La *exceptio non adimpleti contractus* funciona como excepción dilatoria (ver nota 4): demandado el cumplimiento, la otra parte puede oponerse al progreso de la acción, en tanto el actor no pruebe haber cumplido sus propias obligaciones. La *exceptio* no afecta en sí mismo el derecho del actor; sólo posterga el momento en que la pretensión de éste ha de acogerse. Pero no ha de creerse que se trata de una excepción dilatoria procesal (ver nota 5): no se opone en la oportunidad que para éstas fijan los Códigos de procedimientos, sino al contestar la demanda; tampoco se sigue el procedimiento previsto para las excepciones dilatorias sino que se resuelve en la sentencia definitiva como defensa de fondo.

1116/1287

1287.— Debe distinguirse la *exceptio* del derecho de retención, con el cual tiene marcadas analogías. En efecto, el derecho de retención no es sino una aplicación de la idea de que nadie puede exigir de la parte contraria el cumplimiento de sus obligaciones sin cumplir las propias; pero aunque el fundamento es común, pueden señalarse entre ambas instituciones algunas diferencias importantes: a) la *exceptio* puede alegarse en todo supuesto de obligaciones recíprocas, cualquiera sea su naturaleza; el derecho de retención no puede

ejercitarse más que con relación a la cosa del otro; b) la exceptio sólo requiere que existan obligaciones recíprocas incumplidas; el derecho de retención exige que el crédito se haya originado en relación con la cosa retenida (ver nota 6).

1116/1288

1288. CONDICIONES DE EJERCICIO.— Para que proceda la exceptio non adimpleti contractus es necesario: a) que se trate de un contrato bilateral; b) que las obligaciones del que demanda no estén sujetas a plazo; c) que el que demanda haya dejado de cumplir total o parcialmente sus obligaciones; d) que tampoco haya ofrecido cumplirlas; e) que la excepción sea hecha valer de buena fe. Estudiaremos a continuación estos requisitos.

1116/1289

1289.— a) Que se trate de un contrato bilateral (art. 1201 Ver Texto ). Como esta noción de contrato bilateral es bastante confusa (y, a nuestro entender, estéril; véase nº 1180), preferimos decir que debe tratarse de un contrato que origina obligaciones a cargo de ambas partes. No es indispensable, por tanto, que se trate de un contrato perfectamente bilateral; basta que sea unilateral imperfecto (ver nota 7) o, más aún, que se trate de obligaciones recíprocas de restitución como consecuencia de la anulación de un contrato (ver nota 8). Y parece razonable admitirla incluso con relación a las obligaciones legales conexas (ver nota 9). En cambio no corresponde si el crédito del excepcionante procede de indemnizaciones no líquidas ni seguras; así, el locatario no puede retener alquileres so color de que el locador debe realizar reparaciones (ver nota 10).

1116/1290

1290.— b) Que las obligaciones del que demanda no estén sujetas a plazo (art. 1201 Ver Texto ). Si, en efecto, el que demanda gozara en el momento de trabarse la litis de un plazo no vencido para cumplir sus obligaciones, no hay incumplimiento de su parte, y, por lo tanto, la exceptio es improcedente.

Hay que tener en cuenta que la insolvencia provoca la caducidad del plazo (art. 572 Ver Texto ); en consecuencia, el demandante insolvente no podría oponerse a la exceptio alegando que goza del plazo contractual. De una manera más general puede afirmarse que la exceptio procede, aun mediando plazo en favor del actor, si por su insolvencia, su cesación de pagos, o por cualquier otra circunstancia, queda en peligro la reciprocidad e interdependencia que es natural a las obligaciones de los contratantes (ver nota 11). El Código hace aplicación de estas ideas en los arts. 1419 Ver Texto y 1425 Ver Texto , relativos a la compraventa: el primero dispone que el vendedor no está obligado a entregar

la cosa, cuando hubiese concedido un término para el pago, si después de la venta el comprador se halla en estado de insolvencia, salvo si afianzase pagar en el plazo convenido; y el segundo establece que si el comprador tuviere motivos fundados para temer que será molestado por reivindicación de la cosa o por cualquier acción real, puede suspender el pago del precio a menos que el vendedor afiance su restitución.

1116/1291

1291.— c) Que el que demanda haya dejado de cumplir total o parcialmente sus obligaciones. Hemos dicho ya que en el derecho moderno no se distingue entre la exceptio non adimpleti contractus y la exceptio non rite adimpleti contractus: basta un incumplimiento parcial o defectuoso del demandante para hacerla viable. Pero hay que hacer una salvedad importante: no basta un incumplimiento insignificante o de muy reducido alcance o que recaiga sobre obligaciones accesorias (ver nota 12). De lo contrario el ejercicio de la excepción sería abusivo y contrario a la buena fe.

La exceptio no puede oponerse cuando el incumplimiento total o parcial del demandante obedece a una causa de fuerza mayor (ver nota 13); si el caso fortuito le impidiera totalmente cumplir sus obligaciones, su pretensión de exigir el pago de la otra parte debe ser desestimada definitivamente y no sólo postergada (que es el efecto de la exceptio); si le impidiera cumplir parcialmente, rigen las soluciones que hemos estudiado en el n° 124.

1116/1292

1292.— d) Que, en defecto de cumplimiento, el demandante no haya ofrecido hacerlo (art. 1201 Ver Texto ). En efecto, el que sin haber cumplido, demanda por incumplimiento, tiene dos posibilidades: o bien cumple en el momento de demandar (por ejemplo, consignando la suma adeudada a las resultas del pleito) o bien ofrece cumplir simultáneamente con la otra parte. Esta será ordinariamente la conducta a seguir por el actor, a quien no le conviene tener inmovilizada una suma de dinero durante toda la duración del pleito. Es natural que baste el solo ofrecimiento de cumplir, porque si las obligaciones son de cumplimiento simultáneo, a nadie se le puede exigir que cumpla antes de la otra parte, aunque su obligación sea de plazo vencido. Así, por ejemplo, el comprador que demanda por escrituración no está obligado a consignar el precio: le basta con ofrecer pagarlo en el momento en que el acto se otorgue. Más aún, la jurisprudencia ha admitido que el solo hecho de demandar el cumplimiento de un contrato supone un ofrecimiento tácito de ejecutar las prestaciones debidas, lo que torna improcedente la exceptio (ver nota 14). Esta jurisprudencia implica que la excepción sólo resulta procedente en el caso de que el actor sostenga (falsamente) haber cumplido o que, por otros motivos, se niegue a cumplir.

1116/1293

1293.— e) Que la exceptio haya sido hecha valer de buena fe (ver nota 15). De este principio se deducen las siguientes consecuencias: 1) que no puede oponerse la exceptio en base a un incumplimiento poco importante (punto del cual hemos tratado anteriormente, n° 1291); 2) que la exceptio no procede cuando el excepcionante ha impedido por sus propios actos el cumplimiento del actor (ver nota 16); 3) que tampoco procede si el excepcionante se ha colocado él mismo en la imposibilidad de cumplir, como ocurre si el vendedor de un inmueble que luego lo ha enajenado a un tercero pretende hacer valer la exceptio contra el primer adquirente (ver nota 17).

1116/1294

1294.— En cambio, no es requisito de la exceptio que el actor haya sido constituido en mora por el excepcionante, porque aquí no se trata de exigir el cumplimiento, sino de paralizar la acción del demandante (ver nota 18).

1116/1295

1295. OPORTUNIDADES PARA OponER LA EXCEPTIO.— Ya hemos dicho (n° 1286) que la exceptio non adimpleti contractus no es una excepción dilatoria procesal y puede ser opuesta, como defensa de fondo, hasta el momento de contestar la demanda (ver nota 19).

Puede ocurrir, sin embargo, que el actor gozara de plazo en el momento de trabarse la litis (razón por la cual el demandado no pudo oponerla) y que el plazo venciera durante el trámite del juicio. En tal supuesto, es indudable que el demandado puede oponer la exceptio fundada en el hecho nuevo, en las oportunidades procesales establecidas para éstos.

1116/1296

1296. CARGA DE LA PRUEBA.— Ordinariamente, quien opone una excepción debe probarla; pero en este caso, la ley ha invertido el cargo de la prueba, haciéndolo pesar sobre quien demanda el cumplimiento (art. 1201 Ver Texto ); es una solución tradicional, fundada en que es más simple la prueba positiva del cumplimiento que la negativa de la falta del mismo. En otras palabras: el demandado se limita a oponer la excepción; si el actor pretende que ésta es infundada, debe probarlo (ver nota 20). Sólo se altera esta regla cuando por la naturaleza de la obligación y del incumplimiento, la prueba de éste sólo pueda ser razonablemente exigida del excepcionante. Así ocurre en el siguiente ejemplo de locación

de obra: supongamos que el dueño de la obra, que la ha recibido concluida, debe el precio; demandado por el empresario, se opone a pagarlo aduciendo que la obra tiene vicios o defectos: a él le corresponderá la prueba porque desde el momento que la tiene en su poder, es quien puede aportar fácilmente la prueba del incumplimiento que aduce. Por consiguiente, siempre que se opone la exceptio non rite adimpleti contractus después de haber recibido la prestación que se dice incompleta o defectuosa, la carga de la prueba de los defectos corresponde al excepcionante (ver nota 21).

1116/1297

1297. EFECTOS.— Acogida la excepción, procede el rechazo de la demanda (ver nota 22); pero el actor podrá renovar el pleito luego de cumplir u ofrecer cumplir la prestación a su cargo, porque la sentencia no declara que el actor carece de derecho para litigar, sino que lo ha hecho extemporáneamente, sin cumplir recaudados previos que, una vez cumplidos, dejan expedita su acción (ver nota 23).

Esta es la solución clásica y estricta; pero en la jurisprudencia se advierte una notoria tendencia a flexibilizar los efectos de la exceptio, de modo que sirva a su objeto de obligar al actor a cumplir, pero no más. Así, se ha declarado, que si el demandado ha aducido la exceptio no cabe la repulsa de la demanda, sino condenar al demandado a cumplir, pero previo cumplimiento de sus obligaciones por el actor (ver nota 24). Es claro que esta solución no cabe si el cumplimiento es tardío y carece de interés o es perjudicial a quien opone la excepción.

1116/1298

1298.— Si por efecto de la exceptio, el excepcionante retiene una cosa que pertenece al demandado, se aplican los principios propios del derecho de retención: el excepcionante debe cuidar la cosa con diligencia; es responsable de toda pérdida o deterioro debido a su culpa o negligencia; no hace suyos los frutos, sino que debe rendir cuenta de ellos (véase supra, n° 368). Si se trata de frutos perecederos, podrá venderlos y descontar de ellos los gastos necesarios y útiles que hubiera hecho (ver nota 25).

1116/11150

1298 bis.— En cuanto a los efectos sobre la prescripción de una demanda rechazada en virtud de haberse opuesto la exceptio, véase n° 1057.

1298 ter. PACTO COMISORIO; REMISIÓN.— Tratamos del pacto comisorio en el contrato de compraventa (véase Tratado de Derecho Civil, Contratos, t. 1, n° 298), porque aunque es aplicable a otros contratos es el que tiene una aplicación más frecuente e importante.

(nota 1) BIBLIOGRAFÍA ESPECIAL: SALAS, De la exceptio non adimpleti contractus, J. A., t. 62, p. 674; SPOTA La exceptio non adimpleti contractus, L. L., t. 17, p. 217; PIANTONI, Apuntes sobre la exceptio non adimpleti contractus, L. L., t. 123, p. 1083; BARRIONUEVO, Excepción de incumplimiento, J. A., 1977-III, p. 817; CASSIN, L'exception tirée de l'inexécution dans les rapports synalagmatiques, París, 1914; ESPÍN CÁNOVAS, La excepción de incumplimiento contractual, en Anuario de Derecho Civil, julio-septiembre 1964, ps. 543 y s.

(nota 2) PLANIOL-RIPERT-ESMEIN, t. 6, n° 439; LAFAILLE, Contratos, t. 1, n° 353.

(nota 3) SPOTA, nota en L. L., t. 17, p. 227, n° 24; MESSINEO, t. 4, p. 137, n° 20.

(nota 4) C. Civil 2ª Cap., 7/7/1947, J. A., 1947-IV, p. 292; S. C. Mendoza, 30/5/1995, L. L., fallo n° 93.625; C. 2ª Apel. La Plata, 29/12/1953, L. L., t. 76, p. 46, y J. A., 1954-III, p. 41; C. Apel. 1ª Bahía Blanca, 16/7/1959, L. L., t. 98, p. 19, y J. A., 1959-VI, p. 543; SPOTA, Efectos de los contratos, p. 56; ENNECCERUS-LEHMANN, t. 2, vol. 1, § 33, p. 165; PIANTONI, Apuntes sobre la exceptio non adimpleti contractus, L. L., 21/7/1966, n° IV.

(nota 5) De acuerdo en que no se trata de una excepción dilatoria procesal: C. Com. Cap., Sala C, 6/10/1959, L. L., t. 97, p. 482.

(nota 6) Sobre las semejanzas y diferencias entre la exceptio y el derecho de retención, véase: ESPÍN CÁNOVAS, La excepción de incumplimiento contractual, en Anuario de Derecho Civil, julio-septiembre 1964., ps. 550 y s.; PLANIOL-RIPERT-ESMEIN, t. 6, núms. 444 y s.; JOSSERAND, t. 2, núms. 23 y s.; ENNECCERUS-LEHMANN, t. 2, vol. 1, § 33.

(nota 7) SPOTA, Efectos de los contratos, ps. 55 y 57; PLANIOL-RIPERT-ESMEIN, t. 6, n° 448; CASSIN, L'exception tirée de l'inexécution dans les rapports synalagmatiques, ps. 447 y s.

(nota 8) SPOTA, La exceptio non adimpleti contractus, L. L., t. 17, p. 217, n° 27; PLANIOL-RIPERT-ESMEIN, loc. cit. en nota anterior.

(nota 9) PLANIOL-RIPERT-ESMEIN, loc. cit. en nota 2056.

(nota 10) PLANIOL-RIPERT-ESMEIN, t. 6, n° 454.

(nota 11) En este sentido: C. 1ª Apel. La Plata, 13/11/1951, J. A., 1952-II, p. 87; SPOTA, nota en L. L., t. 17, p. 228, n° 29; ACUÑA ANZORENA, en SALVAT, Contratos, t. 1, n° 247, nota 208, c. Numerosos Códigos sientan el principio general de que si una de las partes tiene que hacer la prestación previamente, podrá, no obstante, denegar la prestación si la situación económica de la otra parte ha empeorado notablemente después de la conclusión del contrato, peligrando por ello la contraprestación; a menos que el demandante afiance el cumplimiento de su obligación: Cód. Civil alemán, art. 321; italiano, art. 1461; brasileño, art. 1092.

(nota 12) En el sentido de que el incumplimiento debe revestir cierta gravedad: C. Civil Cap., Sala A, 14/11/1962, L. L., t. 110, p. 577; J. A., 1963-IV, p. 45 y E. D., t. 6, p. 796; Sala C, 11/4/1950, L. L., t. 62, p. 350; Sala D, 10/11/1975, L. L., 1976-C, p. 319; C. Civil 1ª Cap., 4/10/1939, J. A., t. 68, p. 184; C. Com. Cap. 14/8/1953, L. L., t. 72, p. 38, íd., 21/8/1950, J. A., 1951-II, p. 481; C. Com. Cap., 6/7/1994, L. L., fallo n° 93.526; S. C. Mendoza, 30/5/1995, L. L., fallo n° 93.625; C. Paz Let. Cap. 22/7/1952, L. L., t. 68, p. 681; C. Apel. 1ª La Plata, 8/9/1938, L. L., t. 12, p. 87; SPOTA, nota en L. L., t. 17, p. 217, n° 31; SALAS, nota en J. A., t. 62, p. 679; LAFAILLE, Contratos, t. 1, n° 355; PLANIOL-RIPERT-ESMEIN, t. 6, n° 454; BAUDRY LACANTINERIE y BARDE, t. 2, n° 966; PUIG BRUTAU, Fundamentos de derecho civil, t. 1, vol. 2, p. 153, nota 88; ENNECCERUS-LEHMANN, Obligaciones, § 33, p. 166; ESPÍN CÁNOVAS, La exceptio de incumplimiento contractual, Anuario de Derecho Civil, julio-septiembre 1964, ps. 567 y s. En el sentido de que el incumplimiento debe recaer sobre las obligaciones principales y no las accesorias: C. Civil Cap., Sala E, 7/3/1978, L. L., 1978-C, p. 413; C. Civil Cap., Sala C, 11/4/1950 (no permite oponer la exceptio la falta de pago de algún impuesto que el comprador había tomado a su cargo); C. Paz Let. Cap., 23/2/1937, J. A., t. 57, p. 529 (se rechazó la exceptio fundada en el incumplimiento de una cláusula penal); C. Civil 1ª Cap., 4/10/1939, J. A., t. 68, p. 84. Pero se ha dicho también que la obligación que comienza siendo accesoria, puede tornarse principal por el cambio de circunstancias. En el caso se trataba de la obligación accesoria, a cargo de los compradores, de abonar los impuestos y tasas del inmueble adquirido, a partir de la fecha de la posesión; no habiendo el comprador cumplido con ella, los vendedores coherederos de una sucesión se vieron imposibilitados de inscribir la declaratoria y, por lo tanto, no pudieron escriturar el inmueble. El tribunal declaró que en esas circunstancias era procedente la exceptio: C. Civil Cap., Sala D. 22/12/1958, L. L., t. 94, p. 97.



(nota 13) LAFAILLE, Contratos, t. 1, n° 352; ENNECCERUS-LEHMANN, t. 2, vol. 1, § 33, p. 166, nota 9.

(nota 14) C. Civil Cap., Sala D, 11/9/1959, L. L., t. 98, p. 167; *id.*, 11/6/1963, L. L., t. 111, p. 114; *id.*, 3/6/1964, causa 92.919 (inédita); *id.*, 12/8/1969, E. D., t. 31, p. 28; Sala D, 24/5/1976, E. D., t. 71, p. 292; Sala E, 6/2/1978, L. L., 1978-A, p. 592; Sala F, 31/3/1977, E. D., t. 81, p. 763; Sala E. 5/3/1959, L. L., t. 94, p. 311; Sala F, 13/8/1959, L. L., t. 96, p. 562; *id.*, 5/7/1962, L. L., t. 109, p. 343; C. Com. Cap., Sala B, 23/9/1966, E. D., t. 18, p. 117; C. Apel. San Nicolás, 7/8/1951, J. A., 1952-I, p. 59; C. Apel. Rosario, Sala III, 8/8/1957, J. A., 1958-III, p. 573. En contra, sostenido que el ofrecimiento debe ir acompañado de consignación: C. Com. Cap., Sala B, 17/7/1959, L. L., t. 96, p. 127. La Sala C de la Cám. Civil Cap. (26/8/1963, causa 89.359) resolvió que si la obligación del actor había vencido antes de la del demandado, no bastaba ofrecer el pago, sino que era necesario consignar. Se trataba de un comprador que debía pagar una suma de dinero a los sesenta días del boleto y otra al escriturar; demandó por escrituración sin consignar la suma que debió pagar a los sesenta días lo que el tribunal juzgó suficiente para hacer lugar a la exceptio. No estamos de acuerdo con esta solución. Al trabarse la litis ambas obligaciones (la de pagar una suma a los sesenta días y la de escriturar posteriormente) estaban vencidas y, por lo tanto, no cabía otra solución que el cumplimiento simultáneo. Es muy duro obligar al accionante a tener inmovilizada en el juicio una suma de dinero durante años, al cabo de los cuales recién cumplirá su obligación el demandado.

(nota 15) C. Civil Cap., Sala D., 11/6/1963, L. L., t. 111, p. 114; S. C. Mendoza, 30/5/1995, L. L., fallo n° 93.625; SPOTA, nota en L. L., t. 17, p. 228, n° 31; LAFAILLE, Contratos, t. 1, n° 351; PLANIOL-RIPERT-ESMEIN, t. 6, n° 454; ENNECCERUS-LEHMANN, t. 2, vol. 1, § 33, p. 166; ESPÍN CÁNOVAS, La excepción de incumplimiento contractual, Anuario de Derecho Civil, julio-setiembre 1964, p. 557. Cabe agregar que el Código alemán declara expresamente que la exceptio no puede hacerse valer en forma que importe un agravio a la lealtad y a la confianza recíprocas (art. 320); y el Código italiano dice que no puede oponerse en contra de la buena fe (art. 1460).

(nota 16) PLANIOL-RIPERT-ESMEIN, t. 6, n° 454; ENNECCERUS-LEHMANN, t. 2, vol. 1, § 33, p. 168; ESPÍN CÁNOVAS, *op. cit.* en nota anterior, p. 566.

(nota 17) Así lo resolvió, con razón, la C. Civil Cap., Sala F, 10/9/1964, J. A., 1965-II, p. 341. Claro está que si el vendedor demuestra que el comprador incurrió en incumplimiento, puede accionar por resolución del contrato; lo que no puede es oponer la exceptio, que opuesta de buena fe, supone asumir el compromiso de cumplir cuando la otra parte cumpla; cosa que ya no puede hacer el vendedor que ha enajenado el bien a un tercero.

(nota 18) PLANIOL-RIPERT-ESMEIN, t. 6, n° 455; ESPÍN CÁNOVAS, La excepción de incumplimiento contractual, Anuario de Derecho Civil, julio-setiembre 1964, p. 570.

(nota 19) C. Com. Cap., Sala C, 6/10/1959, L. L., t. 97, p. 482; C. Apel. Santa Fe, 18/12/1969. Repertorio L. L., t. XXXI, p. 315, sum. 78.

(nota 20) C. Civil Cap., Sala C, 13/3/1956, L. L., t. 82, p. 525; C. Apel. 1ª La Plata, 12/4/1940, J. A., t. 70, p. 143; íd., 8/5/1953, L. L., t. 70, p. 455 y J. A., 1953-III, p. 156. La doctrina es unánime.

(nota 21) En este sentido: C. Apel. 1ª La Plata, 8/4/1941, L. L., t. 22, p. 402; íd., 26/4/1955, L. L., t. 79, p. 114 y J. A., 1955-II, p. 452; ESPÍN CÁNOVAS, La excepción de incumplimiento, Anuario de Derecho Civil, julio-setiembre 1964, p. 580; ENNECCERUS-LEHMANN, t. 2, vol. 1, § 33, p. 167.

(nota 22) Sup. Corte Buenos Aires, 16/8/1955, L. L., t. 81, p. 343 y J. A., 1956-II, p. 147.

(nota 23) Fallo citado en nota anterior. ESPÍN CÁNOVAS, La excepción de incumplimiento contractual, Anuario de Derecho Civil, julio-setiembre 1964, ps. 571 y s.

(nota 24) C. Civil Cap., Sala C, 31/3/1966, L. L., t. 122, p. 679. Se trataba de una obligación de escriturar y el demandado fue condenado a hacerlo una vez que el actor hubiera subsanado la irregularidad de los títulos. El mismo tribunal insistió en su doctrina en el fallo del 28/2/1966, E. D., t. 18, p. 159; íd., S. C. Mendoza, 30/8/1995, L. L., fallo n° 93.625.

(nota 25) PLANIOL-RIPERT-ESMEIN, t. 6, n° 457.

1116/10500

§ 8.— Extinción de los contratos (ver nota 1)

1116/1299

1299. RESCISIÓN: CONCEPTO Y EFECTO.— Los conceptos de rescisión y resolución aparecen confundidos en la terminología de nuestro Código, que muchas veces los utiliza indistintamente. Sin embargo, la doctrina moderna los distingue con claridad.

La rescisión típica o bilateral es un acuerdo de voluntades por el cual se deja sin efecto un contrato. Por ello se la llama también distracto. Puesto que el acuerdo de voluntades puede crear un vínculo jurídico, puede también extinguirlo o aniquilarlo.

Los efectos de la rescisión dependen de la voluntad de las partes: éstas pueden acordar que el contrato originario quede sin efecto retroactivamente, con obligación de las partes de restituirse mutuamente lo que hubieran recibido la una de la otra, o bien pueden acordar que el contrato deje de producir sus efectos en adelante, quedando firmes los efectos ya producidos. Debe decirse, sin embargo, que la retroactividad resultante de una rescisión nunca puede perjudicar los derechos que los terceros hubieran adquirido ínterin, como consecuencia del contrato originario.

1116/1300

1300.— Aunque la rescisión típica importa un acuerdo de voluntad, existe también la llamada rescisión unilateral; en este caso es una sola de las partes que, por propia voluntad, pone fin a las relaciones contractuales. Esta facultad excepcional es reconocida por la ley en algunos contratos de tracto sucesivo; así, por ejemplo, en el contrato de trabajo, que puede ser rescindido por voluntad unilateral del obrero o del patrón; en la locación de obra el dueño puede desistir por su sola voluntad (art. 1638 Ver Texto ); el mandato puede ser dejado sin efecto por el mandante o renunciado por el mandatario en cualquier momento, etcétera. Esta rescisión unilateral pone término a las relaciones contractuales a partir del momento en que la voluntad se ha manifestado; pero no afecta los efectos anteriores del contrato, es decir, no tiene retroactividad.

1116/1301

1301. RESOLUCIÓN.— La resolución no es el resultado de un nuevo contrato (como ocurre en la rescisión bilateral), sino que supone la extinción del contrato por virtud de un hecho posterior a la celebración; hecho que a veces es imputable a la otra parte (como es, por ejemplo, el incumplimiento) o que puede ser extraño a la voluntad de ambas (como ocurre en ciertos supuestos de condiciones resolutorias). La resolución del contrato puede operar ipso jure (como sucede en la condición resolutoria) o bien puede requerir la manifestación de voluntad de la parte interesada en ella (como ocurre en la que se funda en el arrepentimiento o en el incumplimiento de la contraria).

La resolución deja sin efecto el contrato retroactivamente; su consecuencia es volver las cosas al estado en que se encontraban antes de la celebración del contrato. En este punto, sus efectos son semejantes a los de la nulidad; pero se diferencia claramente de ésta en que

el hecho que provoca la resolución es siempre posterior al contrato, en tanto que el que da lugar a la nulidad debe ser anterior o concomitante con la celebración.

En cuanto a si esta retroactividad afecta o no los derechos de los terceros, el régimen legal es muy complicado y depende de las distintas causas de resolución (si se trata de una condición resolutoria, véase Tratado de Derecho Civil, Parte General, t. 2, núms. 1091 y s.; si es un pacto comisorio, véase Tratado de Derecho Civil, Contratos, t. 1, n° 312; si es un pacto de retroventa, véase Tratado de Derecho Civil, Contratos, t. 1, n° 347).

1116/1302

1302. REVOCACIÓN.— En su significado estricto, la idea de revocación está unida a la liberalidad: se revoca una donación, un testamento. Importa un acto de voluntad por el cual se deja sin efecto una liberalidad. Limitádonos ahora al campo de los contratos, diremos que la revocación exige una causa jurídica que la justifique; así, por ejemplo, será necesario que medie ingratitud del donatario o incumplimiento de los cargos que le fueron impuestos. Pero el motivo que da lugar a la revocación no opera ipso jure; es menester que el donante, fundado en esa causa, manifieste su voluntad de revocar.

La revocación deja sin efecto el contrato retroactivamente; esta regla es absoluta entre las partes. Respecto de terceros que hubieran adquirido derechos sobre las cosas donadas, a veces la ley los declara a cubierto de los efectos de la revocación (supuesto de la revocación por ingratitud, art. 1866 Ver Texto ), pero otras dispone que también ellos son afectados por la retroactividad de la revocación (como ocurre en el caso de revocación de la donación por incumplimiento de cargos; véase arts. 1855 Ver Texto y 1856).

También se habla de revocación del mandato; pero en rigor, éste es un supuesto de rescisión unilateral. Lo prueba la circunstancia de que sus efectos se producen no retroactivamente, sino a partir del momento en que el mandato fue revocado. Sin embargo, la expresión revocación del mandato es tradicional y no puede prescindirse ya de ella.

1116/1303

1303. PACTO COMISORIO Y SEÑA O ARRAS: REMISIÓN.— Tienen especial importancia como causales de resolución de los contratos el pacto comisorio y la seña o arras. De estos institutos nos hemos ocupado en otro lugar, al que remitimos (Tratado de Derecho Civil, Contratos, t. 1, núms 298 y s., y t. 1, núms. 313 y s., respectivamente).

(nota 1) BIBLIOGRAFÍA ESPECIAL: QUINTEROS, Rescisión y resolución de los contratos, Buenos Aires, 1946; FARINA, Rescisión y resolución de contratos, Rosario, 1965; BENDERSKY, Incumplimiento de contratos, Buenos Aires, 1963.

1116/10510

## TEORÍA GENERAL DE LOS HECHOS ILÍCITOS

1116/10520

## CAPÍTULO IX - HECHOS ILÍCITOS. RESPONSABILIDAD EXTRA CONTRACTUAL (ver nota 1)

1116/10530

### § 1.— Conceptos generales

1116/1304

1304. CONCEPTO.— Acto ilícito es un acto contrario a la ley. Dejamos así sentado un concepto provisorio, que hemos de precisar más adelante en todos sus elementos constitutivos.

Ahora debemos decir que en el Código, que ha seguido la doctrina clásica, se llama actos o hechos ilícitos no solamente a los actos (u omisiones) personales del responsable que intencional o culposamente ha ocasionado un daño a terceros, sino también a los daños ocasionados por sus dependientes o por las cosas que son de su propiedad o de las cuales se sirve. Nos parece una terminología impropia. Pensamos que la denominación de hechos ilícitos debería reservarse para los hechos propios del responsable; pero cuando la responsabilidad surge de los daños ocasionados por un tercero o una cosa, no hay, propiamente hablando, un hecho ilícito, sino más bien un hecho neutro (ni lícito ni ilícito) al cual la ley imputa la obligación de indemnizar, por razones que suelen diferir según los casos, pero que conducen a la misma conclusión: la vinculación de un responsable con las consecuencias dañosas de ese hecho. Se trata de una responsabilidad objetiva. Sobre este punto volveremos más adelante con mayor extensión (núms. 1341 y s.).

1116/1305

1305. IMPORTANCIA PRÁCTICA DE LA MATERIA.— La responsabilidad por los hechos ilícitos tiene en la sociedad contemporánea una importancia insospechada hasta el siglo pasado. A medida que la civilización se desarrolla, las relaciones sociales devienen más y más complejas, el círculo de actividades de cada uno tiende a penetrar más el de sus semejantes. Estamos tan próximos unos de otros que resulta casi imposible actuar sin riesgo de causar un daño y, sin embargo, dicen los MAZEAUD, estamos condenados a actuar más (ver nota 2). Enorme influencia en este fenómeno ha tenido el maquinismo moderno. Las máquinas y, en particular, los automóviles, crean innumerables riesgos: los accidentes de tránsito son una de las causas más frecuentes de pleitos. Mientras más densas y multitudinarias son las ciudades, mientras más los hombres son presionados los unos contra los otros, mientras más maquinarias manejan o emplean, mayores son las probabilidades de que se provoquen daños a los semejantes, en sus personas o sus bienes. Por otra parte, la difusión cada vez mayor del aseguramiento contra los daños que puedan infligirse a terceros, crea una despreocupación, una falta de cuidado que aumenta los daños (ver nota 3).

Finalmente, no menos notable es la tendencia del individuo actual a reclamar una indemnización por todo perjuicio sufrido; ha desaparecido la mentalidad del hombre de otrora, inclinado más bien a considerar un accidente como un infortunio con el que se debía cargar; hoy se busca un responsable, por más que la vinculación de éste con el daño sea a veces bastante forzada y lejana. En una sociedad, dice CAPITANT, en la que la persecución de la ganancia ha devenido de más en más el fin esencial de la actividad humana, todo ataque llevado contra los intereses materiales o morales de una persona es la ocasión de una demanda de daños y perjuicios (ver nota 4).

1116/1306

1306. CLASIFICACIÓN: DELITOS Y CUASIDELITOS.— Los hechos ilícitos se clasifican en delitos y cuasidelitos. Los primeros son aquellos realizados con intención de producir el resultado contrario a la ley: tales el homicidio premeditado, el robo, etcétera. En los cuasidelitos, en cambio, no media intención, sino culpa. La infracción a la ley no ha sido querida por el agente, sino que ha resultado de un acto (o una omisión) llevado a cabo sin haber tomado todas las diligencias necesarias para evitar el daño: ejemplo típico y muy frecuente es el accidente de tránsito ocasionado por exceso de velocidad, por una distracción, etcétera.

Interesa precisar esta distinción, porque la ley suele ser más severa con los delitos:

a) El coautor de un delito que ha pagado a la víctima los daños y perjuicios no tiene acción

de repetición contra sus cómplices o coautores (art. 1082 Ver Texto ), porque nadie puede accionar invocando su propia torpeza; en cambio, el coautor de un cuasidelito que ha pagado la indemnización, tiene acción de contribución contra los coautores (ver nota 5) (art. 1109 Ver Texto , ref. por ley 17711 );

b) En caso de culpa, el juez puede atenuar, si fuere equitativo, la responsabilidad del hecho, atendiendo a su situación patrimonial; de este beneficio no gozan los que hubieran actuado con dolo (art. 1069 Ver Texto , ref. por ley 17711 ).

1116/1307

1307. DELITO CIVIL Y DELITO CRIMINAL.— Es necesario no confundir delito civil con delito criminal. La distinción es neta:

a) El primero está caracterizado, ya lo hemos dicho, por la intención de cometer el acto contrario a la ley. En cambio, delito penal es todo acto previsto y penado por la ley penal, sea intencional o culposo. De esta divergencia conceptual resulta que muchas veces un hecho importa un delito penal, pero no uno civil y viceversa; así, por ejemplo, un homicidio culposo, tal como el que resulta de un accidente de tránsito, es un delito criminal pero no civil; ante bien, es un típico cuasidelito.

b) El delito civil exige siempre la existencia de un daño, cierto o eventual, causado a terceros (sobre el punto véase nº 1311); el delito penal puede quedar consumado sin que tal daño exista. Así ocurre en la tentativa de delito, que también es punible.

c) La finalidad del ordenamiento jurídico civil y la del ordenamiento penal, al establecer la ilicitud de un acto, es diferente: en el primero es la de reparar el daño experimentado por el ofendido; en éste, infligir una pena al ofensor. De ahí que en lo ilícito civil la reparación se fija en la extensión del daño inferido a la víctima, con prescindencia de la mayor o menor culpabilidad del autor del hecho; en lo ilícito penal, la pena está en función de la gravedad del hecho (ver nota 6).

d) La acción de reparación de un hecho ilícito civil no queda extinguida con la muerte del culpable, puesto que la obligación pasa a sus herederos; en lo criminal, como la pena es de carácter estrictamente personal, la muerte del imputado extingue la acción penal (ver nota 7).

1116/1308

1308. CULPA CIVIL Y CULPA PENAL.— Se vincula estrechamente con el tema tratado en el número anterior, la cuestión, debatida en doctrina, de si la noción de culpa es una sola, trátase del derecho civil o del penal.

Según una corriente doctrinaria, se trata de un concepto unitario; tanto para el derecho civil como para el penal, la culpa consiste en la omisión de las diligencias que correpondieren según las circunstancias de tiempo, lugar y medio. La legislación civil y la penal, crean sanciones contra la imprudencia, la desatención, la torpeza, la negligencia. El hecho generador de la responsabilidad es el mismo. No hay, pues, diferencia de naturaleza entre la culpa civil y la penal.

Según otra opinión, se trata de conceptos distintos. Las principales diferencias serían las siguientes: a) para determinar la culpa civil, el problema debe ser juzgado a la luz de la previsibilidad de la consecuencia dañosa; en cambio, el agente es culpable criminalmente cuando ha podido comprender la criminalidad del acto; b) en el derecho penal sólo se sanciona la culpa en casos excepcionales; en derecho civil toda culpa es ilícita y, más aún, existe culpa presumida por la ley, concepto que el derecho penal ignora. Todavía debe agregarse que en materia civil hay supuestos de responsabilidad sin culpa, lo que también es inconciliable con el derecho penal (ver nota 8).

Así planteadas las cosas, no es fácil inclinarse por una u otra doctrina, pues las dos tienen sólidos fundamentos. Quizás ello explique la divergencia, al parecer irreductible, entre los sostenedores de ambas tesis. Pero de cualquier modo, lo cierto es que, en la práctica, hay que admitir estas conclusiones, que algunas diferencias marcan entre la culpa civil y la penal: a) La absolucón del imputado en el juicio criminal que se le sigue con motivo de un hecho (por ejemplo, homicidio por imprudencia), no impide su condena en el juicio civil por reparación de daños (véase nº 1617). La solución se impone, porque los jueces penales son más severos en la apreciación de la prueba rendida para demostrar la culpabilidad del imputado (puesto que se trata de imponerle una condena criminal), que los jueces civiles (ante quienes se ventila sólo una cuestión de pesos). Mientras la principal preocupación de los primeros es no condenar a un posible inocente, la de los segundos es no dejar sin reparación a quien ha sufrido un daño injusto; b) Por iguales motivos, cierto tipo de culpa leve no es considerada suficiente por el juez penal para fundar una condena, en tanto que sí lo es por el juez civil para hacer lugar a una acción por reparación de daños. Así, por ejemplo, en materia de accidentes de tránsito, los tribunales han declarado reiteradamente que hay que afinar el concepto de culpa (véase nº 1506), es decir, que aun la más leve debe considerarse suficiente para imponer la responsabilidad: lo que, desde luego, no se aplica en el ámbito penal; c) La culpa in eligendo o in vigilando no se conciben en materia penal, en tanto que en materia civil son conceptos válidos y vigentes, capaces de engendrar responsabilidad.



1116/10540

§ 2.— Elementos de los actos ilícitos

1116/1309

1309. ENUMERACIÓN.— Según la doctrina clásica, los elementos esenciales de los actos ilícitos son los siguientes: a) una transgresión a la ley en virtud de un acto positivo o negativo; b) un daño causado a un tercero; c) la relación causal entre el acto y el daño; d) la imputabilidad del acto a su autor. Estudiaremos a continuación cada uno de estos requisitos.

(nota 1) La bibliografía especial sobre este tema es enorme: citaremos, en consecuencia, solamente la que nos parece más significativa: COLOMBO, *Culpa aquiliana*, Buenos Aires, 1965; MOSSET ITURRASPE, *Responsabilidad por daños*, Buenos Aires, 1971; ZANNONI, *El daño en la responsabilidad civil*, Buenos Aires, 1982; ALTERINI, *Responsabilidad civil*, 2ª ed., Buenos Aires, 1979; CAMMAROTA, *Responsabilidad extracontractual*, Buenos Aires, 1947; ORGAZ, *El daño resarcible*, Buenos Aires, 1960; *id.*, *La culpa*, Buenos Aires, 1970; AGUIAR, *Hechos y actos jurídicos en la doctrina y en la ley*, Buenos Aires, 1952; SALAS, *Estudios sobre la responsabilidad civil*, Buenos Aires, 1947; ACUÑA ANZORENA, *Estudios sobre la responsabilidad civil*, La Plata, 1963; ALTERINI, *Responsabilidad civil* (tesis), Buenos Aires, 1970; BUSTAMANTE ALSINA, *Teoría general de la responsabilidad civil*, Buenos Aires, 1972; PEIRANO FACIO, *Responsabilidad extracontractual*, Buenos Aires, 1954; AGUIAR DÍAS, *Tratado de la responsabilidad civil*, México-Lima-Buenos Aires; MAZEAUD, *Traité théorique et pratique de la responsabilité civile delictuelle et contractuelle*, 4ª ed., París, 1947; SAVATIER, *Traité de la responsabilité civile en droit français*, París 1939; LALOU, *Traité pratique de la responsabilité civile*, París 1949; BONASI BENUCCI, *La responsabilidad civil*, trad. española, Barcelona 1958; TEUERO BRASIELLO, *I limiti de la responsabilità per danni*, Milano, 1959.

Véase también la nota jurisprudencial de ALTERINI, *Daños y perjuicios*, responsabilidad extracontractual, L. L., t. 149, p. 625.

(nota 2) MAZEAUD, t. 1, nº 13.

(nota 3) En este sentido: MAZEAUD, t. 1, nº 15; CAPITANT, prefacio a la obra de MAZEAUD, t. 1, p. XVIII, in fine.

(nota 4) CAPITANT, prefacio a la obra de MAZEAUD, t. 1, p. XIX.

(nota 5) Esta era la jurisprudencia ya predominante antes de la reforma: C. Civil Cap., Sala A, 28/11/1958, L. L., t. 93, p. 371 (con voto del doctor LLAMBÍAS); C. Civil Cap., Sala F, 15/9/1960, L. L., t. 100, p. 767, 5779-S; C. Fed. Rosario, 15/3/1940, L. L., t. 18, p. 42; AGUIAR, t. 3, n° 201 bis, 4; MORENO DUBOIS, L. L., t. 116, p. 602, nota al fallo 52.867; SPOTA, nota en J. A., 1942-II, p. 258, n° 7.

(nota 6) ACUÑA ANZORENA, en SALVAT, Hechos ilícitos, n° 2076, c.

(nota 7) ACUÑA ANZORENA, loc. cit. en nota anterior.

(nota 8) Puede verse una erudita exposición de opiniones vertidas en la doctrina nacional, francesa, italiana y belga sobre este punto, en la obra de GALLI, Culpa civil y culpa penal, La Plata, 1937. Asimismo, véase MORELLO, en DE GÁSPERI, Obligaciones, t. 4, n° 1782, a.

1116/10550

A.— HECHO POSITIVO O NEGATIVO DEL QUE RESULTE UNA TRANSGRESIÓN A LA LEY

1116/1310

1310. CONCEPTO.— Lo esencial en el hecho ilícito es la transgresión a la ley. A veces esa transgresión consiste en la violación de un texto expreso, específicamente referido al acto u omisión de que se trata. Otras, es una violación del deber general de obrar con prudencia, impuesto por el art. 902 Ver Texto .

La ilicitud puede resultar de un hecho positivo o negativo (art. 1073 Ver Texto ). Pero respecto de la omisión ilícita, el art. 1074 Ver Texto establece que toda persona que por cualquier omisión hubiese ocasionado un perjuicio a otro, será responsable solamente cuando una disposición de la ley le impusiere la obligación de cumplir el hecho omitido. Este texto ha hecho surgir la siguiente cuestión interpretativa: a) Para algunos autores (ver nota 1) debe distinguirse entre el hecho y la omisión culpables; el primero da origen a responsabilidad y constituye hecho ilícito siempre que de él hubiera resultado un daño a terceros, por más que no haya texto expreso que se refiera a ese acto específico; en cambio, la omisión no se tendrá por ilícita si no importa la violación de una obligación legal expresa; b) Pero predomina, con razón, el punto de vista opuesto: no es indispensable, para que la omisión origine responsabilidad, la violación de un texto legal que imponga

específicamente en ese supuesto la obligación de obrar. Basta con que se haya omitido la obligación general de prudencia, prudencia que muchas veces impone obrar (ver nota 2). Es una solución aconsejada por razones de solidaridad social y de moral. Quizá sólo pueda encontrarse entre la acción y la omisión negligente una diferencia de matiz, en el sentido de que los jueces suelen ser más severos en la apreciación de la primera que de la segunda. Pero ésta es, en definitiva, una cuestión circunstancial, que no hace al concepto mismo de conducta ilícita. Como pauta general nos parece atinado el concepto de los MAZEAUD: la culpa es un error de conducta que no habría cometido un individuo avisado colocado en las mismas condiciones externas que el demandado. El juez debe comparar la conducta observada por el autor del daño con la que habría observado una persona normal y diligente. Esta regla, muy simple, se aplica tanto al caso de abstención como de acción. La culpa de abstención es una culpa como las otras. El juez, para saber si hay responsabilidad en caso de abstención, debe averiguar si un individuo normal se habría abstenido en las mismas condiciones (ver nota 3).

Agreguemos que nuestra jurisprudencia hace aplicación frecuentísima, en materia de accidentes de tránsito, del principio de que la culpa puede consistir en la omisión de un acto que exigían las circunstancias y la prudencia (por ejemplo, disminuir la velocidad del vehículo, frenarlo, omitir una maniobra salvadora, etc.). En algunos casos, el problema de si es necesario la violación de un texto expreso para admitir la culpa por omisión ha sido tratado expresamente, aunque la solución no ha sido siempre coincidente (ver nota 4).

Es preciso agregar que en el derecho moderno, la culpa no es el único fundamento de la responsabilidad; en muchos casos la impone la ley, prescindiendo de la idea de culpa: es la llamada responsabilidad objetiva.

(nota 1) SALVAT, Hechos ilícitos, n° 2711; MACHADO, t. 3, p. 354.

(nota 2) En este sentido: ACUÑA ANZORENA, en SALVAT, Hechos ilícitos, n° 2711, f; COLOMBO, Culpa aquiliana, n° 48; SPOTA, Responsabilidad por el hecho negativo, J. A., t. 70, p. 16; QUINTEROS, Culpa por omisión, Revista del Colegio de Abogados de Buenos Aires, t. 19, ps. 213 y s.; LLERENA, t. 4, p. 143, n° 2; AGUIAR, t. 2, § 42.

(nota 3) MAZEAUD, t. 1, n° 540.

(nota 4) En el sentido de que no es indispensable un texto expreso: C. Civil 2ª Cap., 18/8/1939, L. L., t. 16, p. 198, con nota de ACUÑA ANZORENA. En el sentido de que sí lo es: C. Civil 2ª Cap., 22/5/1918, J. A., t. 1, p. 712.

(TRATADO DE DERECHO CIVIL - PARTE GENERAL - Tomo II)

1116/10560

## B.— DAÑO CAUSADO

1116/1311

1311. ¿ES EL DAÑO CAUSADO UN ELEMENTO DE LOS HECHOS ILÍCITOS?— Según el art. 1067 Ver Texto no habrá hecho ilícito punible si no hubiese daño causado u otro acto exterior que lo pueda causar.

No obstante que el texto parece claro, se ha sostenido que el daño no es un elemento esencial del hecho ilícito; sólo sería una condición de la acción por daños y perjuicios que generalmente acompaña al hecho ilícito; pero puede haber hechos ilícitos que no originen daños ni acción por indemnización (ver nota 1). Ejemplos: si una persona pone una cosa en un predio ajeno, el dueño de éste puede removerla sin previo aviso (art. 2517 Ver Texto ); el propietario puede demandar la demolición de las obras del predio vecino que avancen sobre el espacio aéreo que le corresponde (art. 2518 Ver Texto ). Las acciones que se brindan al propietario, se afirma, no dependen de que se haya causado un daño, sino del simple hecho de la violación de la ley.

Si por daño se entiende un perjuicio actual, susceptible de dar nacimiento a una acción de daños y perjuicios, es obvio que pueda haber ilícitos sin daño. Lo hay siempre que el hecho no dé nacimiento a una acción de daños y perjuicios, aunque sí a otras acciones protectoras de intereses legítimos. Así ocurre en los ejemplos antes señalados y en los siguientes: el que incurre en una causal de divorcio no tiene que pagar daños y perjuicios (ésta es, empero, una cuestión controvertida: véase Tratado de Derecho Civil, Familia, 9ª ed., t. 1, nº 604), pero está expuesto a que se declare el divorcio por su culpa; el que incurre en dolo o violencia para inducir a una persona a la celebración de un acto jurídico, no tiene que pagar daños y perjuicios si la otra parte no los ha sufrido, pero siempre está expuesto a una acción de nulidad.

Pero adviértase que en todos los ejemplos señalados hay siempre un daño causado o un hecho que lo puede causar (según lo dice el art. 1067 Ver Texto ). Es obvio que causa un daño al propietario que un tercero ponga una cosa en su predio, pues ello le significa o puede significar una traba al libre goce de su dominio; igualmente claro es el perjuicio que le produce al propietario el hecho de que su vecino avance sus construcciones sobre el espacio aéreo que le pertenece. El cónyuge que incurre en una causal de divorcio infliere una ofensa a los derechos de su cónyuge. La persona que por acción del dolo o violencia de un tercero ha suscripto un acto, tiene acción de nulidad aun antes de que dicho acto sea

hecho valer (y, por consiguiente, antes de que haya sufrido un daño económico); pero es obvio que está expuesta al peligro de que en el futuro la contraria haga valer el acto, lo que significa que hay un perjuicio eventual.

En éstas y en toda otra hipótesis que pueda imaginarse, lo ilícito civil no se concibe sin un daño presente o eventual causado a terceros. Por consiguiente, es estrictamente jurídico afirmar que el daño es un elemento esencial de lo ilícito civil.

Adviértase que hemos hablado de un daño actual o eventual. En otro lugar hemos dicho que el daño eventual no es, en principio, indemnizable (supra, nº 150); pero aquí no se trata de la reparación de los perjuicios, que exige la existencia de un daño cierto. Aquí se trata del concepto de ilicitud. Y para que una conducta se juzgue ilícita, basta con que de ella pueda resultar un daño a un tercero, tal como expresamente lo dice el art. 1067 Ver Texto . Eso explica que se abra la acción de nulidad cuando todavía el accionante no ha sufrido ningún daño actual y que se dé acción al propietario de un fundo para hacer cesar los avances de su vecino sobre su espacio aéreo o para remover las cosas puestas en su propiedad.

1116/1312

1312.— Según el art. 1068 Ver Texto , habrá daño siempre que se causare a otro algún perjuicio susceptible de apreciación pecuniaria, o directamente en las cosas de su dominio o posesión, o indirectamente por el mal hecho a su persona o sus derechos o facultades.

El daño que la ley toma en cuenta no es sólo el material o económico, sino también el moral. Estrictamente, este daño no parece ser susceptible de valoración económica, tal como lo exige el art. 1068 Ver Texto ; pero lo cierto es que el daño existe y que el hombre, en la insuficiencia de sus posibilidades, no cuenta con otro medio de reparación que el dinero (sobre este tema remitimos a los núms. 170 y s.).

1116/11170

1312 bis.— En el daño hay que computar dos elementos: el daño emergente, o sea, la pérdida efectivamente sufrida por la víctima; y el lucro cesante, es decir, la ganancia de que fue privada con motivo del hecho ilícito. Remitimos a los núms. 136 y s., en que tratamos el tema.

(nota 1) En este sentido: ACUÑA ANZORENA, en SALVAT, Hechos ilícitos, nº 2726, nota a; ORGAZ, El daño resarcible, nº 1; TRIGO REPRESAS, Obligaciones, t. 3, p. 8.

Estos autores siguen las ideas ya expuestas en la doctrina europea por CHIRONI y PLANIOL.

1116/10570

### C.— RELACIÓN DE CAUSALIDAD ENTRE EL HECHO Y EL DAÑO

1116/1313

1313. EL PROBLEMA DE LA CAUSALIDAD. (ver nota 1)— El principio de que debe haber una relación de causa a efecto entre el hecho ilícito y el daño es clarísimo e indiscutible. Las dificultades surgen a veces, en la práctica, para determinar hasta qué punto un hecho puede ser ocasionado por otro. El encadenamiento de los hechos que acontecen en el universo llega a veces al infinito. El autor de un hecho no podría ser responsable de todas, absolutamente todas, las derivaciones de aquél. Es necesario cortar en algún punto ese encadenamiento causal, estableciendo la responsabilidad hasta ese límite y no más allá. Quizá más grave que esta dificultad es la que resulta de que los daños suelen originarse a veces en causas múltiples: ¿a cuál de ellas imputar la consecuencia dañosa?

El problema ha sido largamente debatido y ha dado lugar a que se sostengan distintas teorías:

1116/1314

1314. a) Teoría de la *conditio sine causa*.— Según esta teoría, un hecho puede considerarse causa de otro posterior cuando si hubiese faltado el hecho precedente, el posterior no se hubiera producido. Cualquier antecedente que responda a estas condiciones debe ser considerado causa del daño; si existen varios hechos antecedentes, no hay razón para preferir uno y excluir a otro, cuando la falta de cualquiera de ellos hubiera imposibilitado la producción del daño (ver nota 2). Por ello se la llama también la teoría de la equivalencia de las condiciones. Ha sido justamente criticada porque extiende la relación causal hasta el infinito, incluyendo las llamadas precondiciones o causas de las causas. Así, por ejemplo, un automovilista hiere levemente a un peatón; éste es llevado a una sala de primeros auxilios donde contrae una enfermedad contagiosa y muere. ¿El automovilista será responsable de la muerte? (ver nota 3)

1116/1315

1315. b) Teoría de la causa próxima.— La propagación indefinida de la relación de causalidad, propia de la teoría que acabamos de exponer, condujo de la mano a esta otra: sólo la causa más próxima es relevante y excluye de por sí a las más remotas. Pero esta teoría se hace pasible de una seria crítica: no siempre la última condición es la verdadera causante del daño. Ejemplo: una persona hiere a otra de una puñalada; un tercero se ofrece a llevar a la víctima hasta el hospital sin reparar que su automóvil carece de nafta suficiente para llegar a destino, como consecuencia de lo cual aquélla muere por hemorragia. Aunque sea indudable que llegando a tiempo hubiera podido pararse la hemorragia y salvar la vida de la víctima, es obvio que la muerte de ésta no puede imputarse al conductor del automóvil (por más que hubiera culpa en ofrecerse debiendo saber que no podría llegar a destino), sino al autor de las lesiones.

1116/1316

1316. c) Teoría de la causa eficiente.— Estas dificultades han pretendido salvarse sosteniéndose que debe considerarse causa a aquella de mayor eficiencia en la producción del daño. Pero no se gana mucho con esta teoría, porque no hace sino trasladar la dificultad: ¿en base a qué criterio se distinguirá entre las distintas causas y se decidirá que una es más eficiente que la otra?

1116/1317

1317. d) Teoría de la causación adecuada.— Predomina hoy la teoría de la causación adecuada (ver nota 4). Todo el problema consiste en determinar si la acción u omisión a la que se le atribuye el daño era normalmente capaz de producirlo; vale decir, el problema debe plantearse en abstracto, teniendo en consideración lo que ordinariamente sucede. Esta teoría brinda, como puede apreciarse, sólo una pauta general a la que debe ajustar su labor el juez teniendo en cuenta las circunstancias peculiares de cada caso. Y hay que reconocer que en ello reside uno de sus principales méritos. Porque en definitiva, como dice PUIG BRUTAU, son en realidad los tribunales los que han de resolver las cuestiones derivadas del nexo causal guiándose más que en teorías abstractas, por el criterio que en cada caso concreto pueda conducir a la solución justa (ver nota 5).

1116/1318

1318. LA SOLUCIÓN DEL CÓDIGO CIVIL.— Para establecer la relación de causalidad entre un hecho y su consecuencia, el Código distingue entre consecuencias inmediatas, mediatas y casuales.

a) Consecuencias inmediatas son aquellas que aconstumbran suceder según el curso natural

y ordinario de las cosas (art. 901 Ver Texto ); el autor del hecho es responsable de ellas (art. 903 Ver Texto ). Este criterio de definición de las consecuencias inmediatas, se aviene sin dificultad con el concepto de la causación adecuada.

b) Consecuencias mediatas son las que resultan de la conexión de un hecho con un acontecimiento distinto (art. 901 Ver Texto ). Aquí la relación de causalidad es más remota; no se trata de una concatenación natural y ordinaria. De estas consecuencias se responde solamente cuando el autor del hecho las hubiere previsto y cuando, empleando la debida atención y conocimiento de la cosa, haya podido preverlas (art. 904 Ver Texto ). Así, por ejemplo, si un estanciero vende a otro un lote de vacunos enfermos de aftosa, y como consecuencia de ello se enferma el resto de la hacienda, es responsable no sólo de los daños derivados de la muerte de los animales vendidos (consecuencias inmediatas), sino también de la propagación de la enfermedad (consecuencias mediatas), pues este daño pudo razonablemente preverse.

c) Consecuencias casuales son las consecuencias mediatas que no pueden preverse (art. 901 Ver Texto ). Es decir, se trata de consecuencias tan remotas, que no podían preverse ni aun usando toda la diligencia que el caso requería. Estas consecuencias no son imputables al autor del hecho sino cuando fueron tenidas en mira al ejecutarlo (art. 905 Ver Texto ). Cabe agregar que el nuevo art. 906 Ver Texto dice que en ningún caso son imputables las circunstancias que no tienen con el hecho ilícito un nexo adecuado de causalidad. ¿Cómo se compagina esta disposición con la del art. 905 Ver Texto , que hace responsable al autor del hecho por estas consecuencias, si fueron tenidas en mira al ejecutarlo? La solución surge, a nuestro entender, de esta consideración: que si el autor tuvo en mira una determinada consecuencia y ella se produjo, esto demuestra que no es casual ni remota, pues estas consecuencias se caracterizan porque no pueden preverse; se trata, en verdad, de una consecuencia mediata.

1116/1319

1319.— La ley 17711 derogó el antiguo art. 906 Ver Texto , disposición confusísima, que había suscitado múltiples interpretaciones (ver nota 6), para explicar lo que en realidad no tenía sentido inteligible. Decía así: Son imputables las consecuencias casuales de los hechos reprobados por las leyes, cuando la casualidad de ellas ha sido perjudicial por causa del hecho.

¿Qué se propuso decir VÉLEZ con esta disposición? Lo cierto es que ella fue siempre un indescifrable enigma, no obstante los esfuerzos de los exégetas por atribuirle un significado inteligible. La ley 17711 eliminó el problema derogando este texto y sustituyéndolo por uno nuevo, que dice así: En ningún caso son imputables las consecuencias remotas que no tienen con el hecho ilícito nexo adecuado de causalidad.



La nueva norma ha tenido dos significados esenciales: eliminar una disposición ininteligible e introducir en nuestro derecho el criterio de la causación adecuada como base para distinguir cuáles son las consecuencias imputables o no al autor del hecho, tal como lo había propiciado el Tercer Congreso Nacional de Derecho Civil reunido en Córdoba en 1961.

1116/1320

1320.— La introducción de este criterio no es incompatible con la clasificación de las consecuencias adoptadas por nuestro Código, pero hay que decir que introduce una mayor objetividad en la apreciación del fenómeno de la causalidad, que VÉLEZ ligaba de modo tan estrecho a la intención y previsión del autor del hecho. Esta vinculación se advierte en la definición de las consecuencias mediatas, hecha en función de la previsibilidad del acto y sobre todo, en una regla que hasta hace no mucho se la tuvo como capital y que hoy desempeña sólo un modesto papel: nos referimos al art. 902 Ver Texto , según el cual cuanto mayor sea el deber de obrar con prudencia y pleno conocimiento de las cosas, mayor será la obligación que resulte de las consecuencias posibles de los hechos.

A primera vista atractiva por la fisonomía moral que parece atribuirle al sistema de la responsabilidad, en seguida muestra sus debilidades. Porque ella implica apreciar la responsabilidad del ángulo del autor del hecho, cuando la justicia está pidiendo a voces que se la examine sobre todo del punto de vista de la víctima. A una persona que como consecuencia de un hecho ilícito ha sufrido un daño, poco le importa la intención o la gravedad de la culpa del autor del hecho; a ella sólo le interesa que los perjuicios que ha sufrido le sean reparados de la manera más completa posible.

Se explica, pues, que la complicada clasificación de las consecuencias de un hecho, con la consiguiente imputación de responsabilidad, contenida en los arts. 902 Ver Texto a 905, pueda considerarse hoy como letra muerta. Está en el Código pero no en la vida de nuestro derecho. La jurisprudencia ha concluido por prescindir de ella. A pesar de que los juicios sobre responsabilidad civil son tan numerosas, nunca o casi nunca se encontrará una referencia a esta clasificación para imputar un daño al autor del hecho. En materia de hechos ilícitos, los tribunales han sentado el principio de la reparación integral (véase n° 1629). No se hace distinción entre delitos y cuasidelitos. Y para imputar responsabilidad, basta que haya una relación causal adecuada entre el hecho ilícito y el daño.

1116/1321

1321. PLURALIDAD DE CAUSAS.— Hemos dicho en los números anteriores que con gran frecuencia un daño tiene origen en numerosas causas. Las teorías que hemos visto

tienden precisamente a resolver este problema de concausa. Ahora conviene examinar, siquiera sea ligeramente, el problema de la interrupción del nexo causal. Dado el concurso de varias causas, procede destacar aquella que en concreto produjo el daño excluyendo todas las otras que aun teniendo idoneidad abstracta o eficacia o eficacia virtual para producirlo, quedaron por así decirlo en estado potencial por haber sobrevenido otras causas independientes y suficientes para producir el resultado que después efectivamente se verificó. Frente a la causa concreta y eficiente, la causa abstracta pierde todo relieve jurídico (ver nota 7). Por ejemplo, una persona da un veneno a otra, pero ésta muere antes de que aquél pudiera obrar, como consecuencia de un accidente. Sólo responde el culpable del accidente. Claro está que si en abstracto el problema parece simple, no lo es en la práctica, porque al sobrevenir otras causas extrañas, no siempre la causa precedente pierde toda su eficacia causal y es bastante difícil establecer cuándo la eficacia desaparece por completo (ver nota 8). Volvemos, pues, a lo que dijéramos anteriormente: éste es problema que el juez ha de resolver según su sano criterio jurídico, teniendo en cuenta la justicia del caso concreto (véase nº 1317).

1116/1322

1322.— Establecido que el daño ha tenido pluralidad de causas adecuadas, se hace necesario analizar dos hipótesis distintas: que haya dos o más culpables extraños a la víctima y que haya concurrencia de culpa de la propia víctima.

1116/1323

1323. a) Existen varios culpables extraños a la víctima.— En tal caso, todos los coautores están obligados a pagar la indemnización. Esa responsabilidad será solidaria trátense de delitos o cuasidelitos (véase núms. 1362 y s.). Por tanto, la víctima puede reclamar la totalidad del daño a cualquiera de los coautores. El que pagó la indemnización puede repetir de sus coautores la parte que a cada uno le corresponda en proporción a sus respectivas culpas, si se tratare de un cuasidelito; pero tratándose de delitos la acción de contribución contra el cómplice es improcedente (art. 1082 Ver Texto ), pues nadie puede invocar su propia torpeza para accionar en justicia.

1116/1324

1324. b) Culpa concurrente de la víctima (ver nota 9).— En caso de que el accidente se haya debido a culpa concurrente de un tercero y de la propia víctima, el tercero sólo será responsable en proporción a su culpa (ver nota 10). Así, por ejemplo, si una persona cruza imprudentemente una avenida por un lugar vedado para peatones y es embestida por un automóvil que marcha a exceso de velocidad, y el tribunal juzga que hay culpa igual de ambos, la sentencia hará lugar a la indemnización, pero sólo por el 50% de los daños

probados.

Esta solución se desprende fácilmente de los arts. 1109 Ver Texto y 1111 Ver Texto . El primero establece que todo el que ejecuta un hecho que por su culpa o negligencia ocasiona un daño a otro, está obligado a repararlo; y el segundo, que el hecho que dañe a una persona sólo por una falta imputable a ella, no origina responsabilidad alguna. Entre estos dos extremos (plena responsabilidad y falta total de responsabilidad) debe lógicamente atribuirse la responsabilidad, en caso de concurrencia de culpa, en proporción de ellas. De lo contrario, uno de los dos textos quedaría sin aplicación. Y el art. 1113 Ver Texto establece que la responsabilidad cesa total o parcialmente acreditando la culpa de la víctima. El sistema legal es claro.

1116/1325

1325-1326.— Hasta aquí hemos supuesto concurrencia de culpas. Pero supongamos ahora que la culpa de la víctima concurre con el dolo del autor del hecho. Así, por ejemplo, un robo ha sido posible por negligencia o descuido de la víctima. En tal caso, la culpa resulta absorbida por el dolo: el autor de éste es responsable exclusivo del daño, sin que pueda excusar esa responsabilidad, ni siquiera parcialmente, fundado en la culpa de la víctima (ver nota 11).

Queda todavía a considerar el supuesto de que medie acción dolosa recíproca. Así, por ejemplo, dos personas se toman a golpes de puño y resultan lesionadas en el rostro. Dos sistemas se sostienen: según una primera opinión, ninguno podrá reclamar nada del otro, porque nadie puede invocar su propia torpeza (ver nota 12); de acuerdo a un segundo punto de vista, en este supuesto recobra vigencia el principio de la proporcionalidad: la distribución de la responsabilidad entre los ofensores recíprocos deberá hacerse de acuerdo a la proporción en que ha sido causado el daño por cada uno de los participantes en el hecho doloso (ver nota 13). Por nuestra parte, consideramos que es conveniente no sujetarse a reglas rígidas y permitir que el juez resuelva cada caso según justicia. Habrá veces, en efecto, en que sea justo eximir de responsabilidad al autor del hecho, como ocurriría, por ejemplo, si ha sido provocado por el otro. Pero si quien ha sido provocado se ha excedido en su reacción y aprovechando de su superioridad física, su fuerza o destreza, ha infligido al otro lesiones que éste no se encontraba en condiciones de evitar, la procedencia de la acción por daños parece evidente.

1116/1327

1327. DIFERENCIA ENTRE CAUSALIDAD E IMPUTABILIDAD.— Es preciso no confundir la relación de causalidad con la imputabilidad del acto. La primera es una cuestión de orden físico, material, más que jurídico; se trata de saber si un daño es

consecuencia de un hecho anterior. La imputabilidad es un concepto esencialmente jurídico: se trata de saber si la ley imputa a una persona la obligación de pagar ciertos daños. Así se explica que pueda haber causalidad sin imputabilidad como ocurre en nuestro Derecho con los daños ocasionados por un menor de 10 años o un demente.

(nota 1) Puede verse una síntesis muy completa acerca de las teorías sobre la causalidad en la tesis de ALTERINI, Responsabilidad civil, núms. 165 y s.

(nota 2) Así lo expone BONASI BENUCCI, La responsabilidad civil, n° 30.

(nota 3) Ejemplo tomado de ORGAZ, El daño resarcible, n° 16.

(nota 4) Esta teoría originada en la doctrina alemana, es seguida entre nosotros por ORGAZ, El daño resarcible, n° 19; PEIRANO FACIO, Responsabilidad extracontractual, n° 233; y ha sido adoptada en el Tercer Congreso Nacional de Derecho Civil reunido en Córdoba en 1961 (Actas, t. 2, p. 778).

(nota 5) PUIG BRUTAU, Fundamentos de derecho civil, t. 2, vol. 2, p. 684. En sentido concordante, dice VON TUHR: “Para la solución de casos concretos, la teoría de la causa adecuada sólo ofrece, por lo general, un asidero muy superficial y aparente, ya que no existe ningún criterio infalible que nos diga cuándo un resultado puede considerarse relacionado de tal modo con la causa y efecto adecuado de ella. En estas intrincadas cuestiones no cabe, realmente, más criterio que el buen sentido y el tacto del juez. Por eso son siempre discutibles los casos liminares y no puede nunca rehuirse, como criterio de solución, en mayor o menor medida el libre arbitrio. En aquellos casos en que el juez, dejándose guiar por su sentimiento jurídico —un sentimiento difícil de analizar— llegue a la conclusión de que un determinado daño no puede serle imputable al autor del hecho, puede fundar esa conclusión en que el daño no es adecuado ni cabe, por tanto, hacer responsable de él al agente” (Obligaciones, t. 1, p. 71).

(nota 6) Sobre este tema, véanse nuestras primeras ediciones (1ª y 2ª), n° 1319.

(nota 7) BONASI BENUCCI, La responsabilidad civil, n° 33.

(nota 8) BONASI BENUCCI, loc. cit. en nota anterior.

(nota 9) BIBLIOGRAFÍA ESPECIAL: COLOMBO, La indemnización del daño cuando

existe culpa concurrente del ofensor y la víctima, L. L., t. 85, p. 943; SPOTA, La concurrencia de culpa en el acto ilícito y la distribución de la responsabilidad, J. A., 1954-II, p. 211; ORGAZ, La culpa concurrente y sus efectos jurídicos, L. L., t. 52, p. 72.

(nota 10) Luego de algunas vacilaciones, la jurisprudencia es hoy pacífica en este sentido; a diario se hacen aplicaciones de esta solución en materia de accidentes de tránsito. Sólo a modo de ejemplo citamos los siguientes fallos: C. S. N., 12/6/1957, L. L., t. 93, p. 183; C. Civil Cap., Sala A, 9/4/1959, L. L., t. 94, p. 706; C. Civil Cap., Sala B, 19/11/1953, J. A., 1954-III, p. 295; C. Civil Cap., Sala F, 1/9/1964, L. L., t. 118, p. 101; C. Civil Cap., Sala C, 25/3/1960, J. A., 1960-IV, p. 295; íd., 31/5/1957, L. L., t. 89, p. 582; Sup. Corte Buenos Aires, 30/9/1947, L. L., t. 48, p. 807; S. C. Tucumán, 5/12/1952, L. L., t. 72, p. 667; S. C. Mendoza, 10/12/1956, L. L., t. 90, p. 364. Igual coincidencia hay entre los autores que se ocupan del tema; además de los citados en nota anterior, están contestes en esta solución: MORELLO, en DE GÁSPERI, Obligaciones, t. 4, n° 1739, a; BREBBIA, Accidentes de automotores, n° 58; ACUÑA ANZORENA, en SALVAT, Hechos ilícitos, n° 2792, nota 10, ch; PEIRANO FACIO, Responsabilidad extracontractual, n° 245.

Se discute si para distribuir la responsabilidad es necesario tener en cuenta la gravedad de la culpa respectiva o si hay que considerar la proporción en que el daño ha sido causado por el tercero y la propia víctima. Este último criterio ha sido sostenido por ACUÑA ANZORENA, PEIRANO FACIO y COLOMBO (véase loc. cit.). Nos parece que la distinción es un poco sutil. Al juez el problema se le plantea como una cuestión de gravedad de culpas; y parece razonable pensar que mientras más grave ha sido ella, más ha influido en la ocurrencia del daño.

(nota 11) C. Apel. 2ª Tucumán, 6/8/1965, L. L., t. 120, p. 589; MORELLO, en DE GÁSPERI, Obligaciones, t. 4, n° 1739, a; COLOMBO, Culpa aquiliana, n° 86; PEIRANO FACIO, Responsabilidad extracontractual, n° 244; AGUIAR, t. 2, n° 54.

(nota 12) En este sentido: COLOMBO, Culpa aquiliana, n° 86.

(nota 13) En este sentido: MORELLO, en DE GÁSPERI, Obligaciones, t. 4, n° 1739, a.

1116/10580

#### D.— IMPUTABILIDAD

1116/1328

1328. PRINCIPIOS LEGALES: EL DOLO Y LA CULPA COMO FUNDAMENTOS DE

LA RESPONSABILIDAD.— Para que haya lugar a responsabilidad, el hecho debe ser imputable a la persona a la cual se demanda la reparación. En el sistema de nuestro Código, para que hubiera responsabilidad era menester: a) que el acto fuera voluntario, es decir, realizado con discernimiento, intención y libertad; si faltan estos elementos de los actos voluntarios, los hechos no originan obligación alguna (art. 900 Ver Texto ); b) que medie dolo o culpa del autor del hecho (art. 1067 Ver Texto ). Faltando alguno de estos requisitos, no habrá acto ilícito punible para el Código (art. citado).

La culpa puede consistir bien sea en la omisión de las diligencias necesarias en la realización de los propios actos; bien en la insuficiente vigilancia de las personas dependientes o de las cosas que están bajo el cuidado o son de propiedad de una persona (culpa in vigilando); bien en la mala elección de las personas o cosas de que se sirve (culpa in eligendo). Pero estos principios generales en los que reposaba la estructura de los hechos ilícitos en nuestro Código, no eran absolutos. La idea de responsabilidad sin culpa no es totalmente extraña al mismo Código. Los dueños de hoteles, capitanes de barcos y agentes de transportes terrestres responden por los daños ocasionados a las cosas que pertenecen a los viajeros o que transportan, aunque prueben que no hubo culpa de su parte y que les fue imposible evitar el daño (arts. 1118 Ver Texto y 1119). En cuanto a las responsabilidades reflejas (o sea las derivadas del hecho de terceros o de las cosas de las cuales el responsable es dueño o se sirve) sólo muy forzosamente pueden vincularse al sistema de la culpa.

Debemos adelantar que la ley 17711 introdujo a la par de la culpa, el riesgo creado como fundamento de la responsabilidad. Volveremos sobre este tema en los núms. 1341 y s.

1116/1329

1329. CAUSA DE INIMPUTABILIDAD.— De la misma idea central de nuestro Código que funda la imputabilidad en el dolo o culpa del autor de un acto voluntario, se desprenden las siguientes causas de inimputabilidad.

1116/1330

1330. a) Menores de 10 años.— Estos menores carecen de discernimiento para los actos ilícitos (art. 921 Ver Texto ), por lo cual sus actos no pueden reputarse voluntarios, ni les originan responsabilidad alguna. En cambio, sus padres o tutores pueden ser responsables de tales hechos, si se reúnen las condiciones exigidas en el art. 1114 Ver Texto (véase núms. 1381 y s.).

1116/1331

1331. b) Dementes.— También son inimputables los dementes, estén o no declarados tales en juicio, ya que en ambos casos carecen de discernimiento (art. 921 Ver Texto ). Pero habrá responsabilidad si el hecho ilícito se ha realizado en un intervalo lúcido, aunque se trate de un demente declarado tal; en efecto, sus actos se reputan voluntarios (art. 1070 Ver Texto ). Véase lo dicho en el nº 1328 respecto de las soluciones dadas por la ley 17711 .

1116/1332

1332. c) Personas accidentalmente privadas de conciencia.— También ellas carecen de discernimiento (art. 921 Ver Texto ) y, por lo tanto, su acto se reputa involuntario e inimputable. Así ocurre en los estados de embriaguez, hipnosis, sonambulismo; pero a condición de que ese estado no haya sido provocado culpablemente por quien lo padeció. Más aún, la ley presume que la embriaguez ha sido culpable, a menos que el interesado pruebe que fue involuntaria (art. 1070 Ver Texto ). Y lo dispuesto expresamente para la embriaguez, es analógicamente aplicable a los restantes casos de pérdidas accidentales de conciencia. Así, por ejemplo, será responsable la persona que ha cometido un hecho ilícito bajo la acción de drogas a menos que pruebe que las ha ingerido por error o ignorancia u obligada por la violencia de un tercero o que se ha excedido inadvertidamente de la dosis recetada por un facultativo (ver nota 1).

1116/1333

1333. d) Ejercicio de un derecho.— Dispone el art. 1071 Ver Texto que el ejercicio regular de un derecho propio o el cumplimiento de una obligación legal, no puede constituir como ilícito ningún acto. Puesto que la conducta se ha ajustado a la ley, no hay hecho ilícito sino lícito. Por consiguiente, no hay responsabilidad, aunque del ejercicio de ese derecho haya resultado un daño para un tercero.

Pero debe destacarse que estas soluciones se aplican al supuesto de ejercicio regular de un derecho; por el contrario, el ejercicio abusivo da origen a responsabilidad (art. 1071 Ver Texto ) (véase Tratado de Derecho Civil, Parte General, t. 1, núms. 29 y s.).

1116/1334

1334. e) Fuerza mayor.— Tampoco hay responsabilidad si el hecho ilícito ha sido la consecuencia de un hecho irresistible; se aplican aquí los principios del caso fortuito o fuerza mayor, que hemos tratado anteriormente (núms. 107 y s.).

Pero habrá responsabilidad si el daño ha sido ocasionado por una cosa riesgosa o viciosa, a menos que se pruebe la culpa de la víctima o de un tercero por quien no debe responderse (art. 1113 Ver Texto ).

1116/1335

1335. f) Estado de necesidad.— ¿Comete un hecho ilícito el que para salvar su persona o bienes o los de otros, daña a un tercero? En sentido afirmativo se han pronunciado algunos autores, aduciendo que nadie tiene derecho a sacrificar un bien ajeno para salvar uno propio (ver nota 2). Pero esta posición resulta excesiva. Muchas veces la conducta de quien infiere un daño a otro para salvar bienes más valiosos, sean propios o de un tercero, es prudente y razonable. Tal conducta no puede considerarse ilícita (ver nota 3). Pero para admitir la licitud del daño inferido a un tercero es preciso que se reúnan estas condiciones: 1) es indispensable que al estado de necesidad se haya llegado sin culpa del autor del hecho (ver nota 4); así, por ejemplo, un automovilista que marcha a exceso de velocidad se encuentra en su camino con una profunda zanja y para evitarse daños mayores, hace una brusca maniobra provocando destrozos en una propiedad privada; el automovilista no podrá invocar el estado de necesidad para liberarse total o parcialmente de responsabilidad; 2) es preciso que el riesgo no se pueda evitar de otra manera que ocasionando el daño del tercero; 3) debe tratarse de un peligro inminente y actual, debiendo considerarse insuficiente la amenaza de un daño futuro e incierto; 4) el daño inferido debe ser menor que el que se pretende impedir: de lo contrario, no se justificaría moralmente el ataque a los bienes de terceros (ver nota 5).

Ahora bien: puesto que el daño ocasionado en estado de necesidad es un hecho lícito, parecería desprenderse lógicamente la conclusión de que no hay responsabilidad alguna de parte del autor del hecho; y en efecto, así se ha sostenido (ver nota 6). Pero ha terminado por prevalecer el criterio contrario. Repugna a la equidad que una persona pueda salvarse de todo daño a costa del perjuicio infligido a un tercero. Esto resulta particularmente claro cuando han estado en juego intereses puramente patrimoniales. La equidad exige que no todo el perjuicio sea soportado por la víctima del daño; que el autor del hecho nocivo participe también de él (ver nota 7). No hay criterios fijos y seguros sobre la proporción en que el daño debe ser soportado por ambos; es un problema que debe ser resuelto por el juez con criterio circunstancial y sobre la base de la equidad. Si las circunstancias del caso no indican otra solución, parece razonable hacer soportar la pérdida por partes iguales entre la víctima y el autor del hecho.

1116/1336

1336.— Más delicado es el problema cuando el autor del daño lo ha hecho para evitar un mal mayor a un tercero. Para algunos autores, el agente del hecho ilícito no debe reparación alguna (ver nota 8); para otros, el agente debe la reparación, sin perjuicio de su acción de



regreso contra el beneficiado (ver nota 9); para otros, finalmente, quien debe la reparación es el tercero beneficiado y sólo en caso de falta de éste (por ejemplo, porque no se sabe a quién pertenece la cosa salvada o no se puede individualizar a la persona salvada) es responsable el autor del hecho (ver nota 10). Aun comprendiendo la dificultad de la cuestión, nos inclinamos por la segunda solución, que nos parece resuelve la cuestión con un criterio más práctico y jurídico: en definitiva, es el autor del daño quien debe cargar con sus consecuencias, dejando a salvo su acción de reintegro contra el beneficio si procediere.

1116/11180

1336 bis.— Puede ocurrir, finalmente, que el autor del hecho se haya ocasionado un daño a sí mismo para evitar un daño a terceros. Estamos en presencia de lo que en doctrina se llama un acto de abnegación, que obliga a responder al titular de los bienes salvados (ver nota 11) (véase nº 1369).

1116/1337

1337. g) Legítima defensa.— Es ésta una noción vecina al estado de necesidad, pero que no se identifica con él. En la legítima defensa el daño causado por ésta recae en quien trataba de causar un perjuicio al agresor; en tanto que en el estado de necesidad, la víctima no ha actuado de ninguna manera, no ha insinuado ningún ataque: su papel es meramente pasivo (ver nota 12).

Para que la legítima defensa excuse la responsabilidad del autor del daño, es necesario que se reúnan las siguientes condiciones:

1) Ante todo, debe mediar una agresión ilegítima; basta para ello una agresión injusta, aunque el acto del agresor no pueda reputarse voluntario. Así, debe considerarse suficiente para justificar la legítima defensa, el ataque hecho por menores de 10 años, dementes y ebrios (ver nota 13) y las agresiones provenientes de las cosas y de los animales (ver nota 14). El ataque puede ser contra la persona o los bienes materiales y morales del que se defiende (ver nota 15).

2) El ataque tiene que ser presente, o sea que tiene que haber empezado y no haberse terminado aún definitivamente (ver nota 16).

3) Debe haber necesidad racional del medio empleado para impedir o repeler la agresión (ver nota 17); sólo en la medida en que el medio empleado es necesario y guarda proporción con la agresión, se justifica el daño causado. Si, en cambio, la reacción es

excesiva o desproporcionada, el autor de ella es responsable.

4) Por último, es necesario que no haya habido provocación por parte de quien se defiende. Si la hubiera, habría culpa de su parte y no podría ya alegar un motivo válido de exención de responsabilidad.

1116/1338

1338.— La legítima defensa, a diferencia de lo que ocurre en el estado de necesidad, excluye totalmente la responsabilidad de quien se defiende.

Pero cabe preguntarse si esta eximente de responsabilidad juega también respecto de terceros que hayan resultado dañados por el hecho ilícito. La cuestión no parece dudosa. MOSSET ITURRASPE se inclina por conceder al tercero una acción de reparación fundada en la equidad (ver nota 18). Por nuestra parte preferimos reconocer al tercero una acción de responsabilidad plena, sea contra el autor de la agresión, sea contra el que se defendió; salvo el derecho de una acción regresiva de este último contra el atacante si el tercero demandara al que se defendió.

1116/1339

1339. h) Autoayuda.— Se llama autoayuda al acto de hacerse justicia por su propia mano. En principio, está vedado que las personas se hagan justicia de esta manera. Es ésta una regla elemental de convivencia jurídica. De lo contrario, reinaría el desorden y la violencia. Pero si no hay tiempo ni posibilidad de recurrir a las autoridades públicas, se reconoce en ciertas situaciones, la legitimidad de la conducta de quien se hace justicia por su propia mano. Para legitimar esta conducta, es preciso: 1) que se procure proteger una pretensión o derecho reconocido por la ley; 2) que exista peligro de que sin la autoayuda ese derecho se frustre irreparablemente o se dificulte de manera manifiesta su efectividad; 3) que no haya tiempo para acudir a las autoridades públicas (policiales o judiciales) (ver nota 19).

Es indispensable que estos requisitos existan realmente para que se justifique la autoayuda; la suposición errónea de ellos, por excusable que sea, no puede fundar derecho alguno a la acción directa (ver nota 20).

1116/11190

1339 bis. i) Obediencia debida.— Otra causa que excluye la responsabilidad del agente es

que haya obrado por orden de un superior legítimo. Algunos autores distinguen entre el deber de obediencia absoluta que excluye siempre la responsabilidad del subordinado (por ejemplo, la orden emanada de un jefe militar) y el de obediencia relativa, que excluye la responsabilidad a menos que el que obedece tenga o deba tener conciencia de la ilicitud del acto (como ocurre en el caso del agente de policía que aplica torturas) (ver nota 21). Para otros autores, la eximente funciona siempre de la misma manera: el que obedece a una autoridad legítima no responde a menos que tenga o deba tener conciencia del carácter abusivo de la orden recibida (ver nota 22).

Nos inclinamos por esta última opinión, que resulta, a nuestro juicio, más razonable: el que tiene conciencia de la ilegitimidad de la orden recibida, debe desobedecerla.

¿La orden recibida por el hijo menor de edad, pero mayor de 10 años (es decir, que tiene discernimiento) es excluyente de la responsabilidad del menor? La cuestión está discutida (ver nota 23). Por nuestra parte pensamos que el juez deberá tener en cuenta las circunstancias del caso y muy especialmente, la edad del menor. No es lo mismo la condición del menor que recién ha cumplido los 10 años, que la del que ha cumplido 20 años. Mientras en el primer caso, la falta de responsabilidad parece clara, en el segundo parece igualmente claro que la orden recibida del padre o tutor, no exime de responsabilidad al menor que comete un hecho ilícito. La cuestión se plantea en las edades intermedias y es en esos casos que debe jugar el prudente arbitrio del juez para eximir o no de responsabilidad al menor.

De cualquier modo y como principio general, debemos admitir que para que la orden emanada de un superior pueda excluir la responsabilidad del que obedece, debe reunir las siguientes condiciones: a) ser lícita; b) provenir de un superior jerárquico; c) que el superior sea competente para emitirla (ver nota 24).

1116/1340

1340. ABUSO DEL DERECHO: REMISIÓN.— También el abuso del derecho es fuente de responsabilidad para el abusador. Nos hemos ocupado de este tema en nuestro Tratado de Derecho Civil, Parte General, t. 1, núms. 29 y s., adonde remitimos.

1116/1341

1341. FUNDAMENTO DE LA RESPONSABILIDAD EXTRA CONTRACTUAL: LA CULPA Y EL RIESGO CREADO.— Uno de los fenómenos jurídicos más curiosos de nuestra época ha sido la persistencia del principio de que el dolo y la culpa son fundamentos exclusivos de la responsabilidad extracontractual. Sin culpa, ninguna

reparación, decía IHERING (ver nota 25). Es un lugar común la comprobación de que tales conceptos resultan hoy insuficientes para organizar sobre bases verídicas y realistas, un sistema jurídico sobre esta materia. El vasto fenómeno del maquinismo, la producción en masa, la revolución creada por el automóvil, el avión, las nuevas fuentes de energía, está pidiendo a voz en cuello un replanteo del problema. Pero jueces y juristas seguían aferrados a viejas fórmulas, no obstante que ellas sean insuficientes para satisfacer las necesidades de la vida actual. “El derecho que los nuevos hechos exigen —dice PUIG BRUTAU— se presenta enmascarado bajo viejas fórmulas jurídicas, especialmente con la invocación del principio (tanto más solemne cuanto más desvirtuado) de que no hay responsabilidad sin culpa” (ver nota 26).

Para examinar el estado de la cuestión en nuestro derecho, es indispensable recordar los textos del Código anteriores a la ley 17711 . VÉLEZ SARFIELD dedicó los arts. 896 Ver Texto y s. a exponer la teoría general de los actos humanos. Los clasifica en voluntarios e involuntarios; los primeros son los ejecutados con discernimiento, intención y libertad (art. 897 Ver Texto ); son involuntarios aquellos a los cuales falta cualquiera de estos requisitos y no producen por sí obligación alguna (art. 900 Ver Texto ), a menos que el autor se hubiera enriquecido y sólo en la medida del enriquecimiento (art. 907 Ver Texto ). Tampoco puede originarse ninguna responsabilidad en los actos voluntarios lícitos. En consecuencia, sólo los actos ilícitos realizados con discernimiento, intención y libertad son susceptibles de originar una responsabilidad civil.

Según es fácil advertirlo, la doctrina clásica mira el problema de la responsabilidad civil por hechos ilícitos, desde el ángulo del autor del hecho. Pero a poco andar esta concepción muestra sus insuficiencias, sus contradicciones, sus errores.

Veamos ante todo las insuficiencias. Como los menores de 10 años y los dementes carecen de discernimiento, no tienen responsabilidad por los daños que ocasionen a terceros. La solución es a todas luces injusta. Si los dementes son autores de daños, si justamente por el desequilibrio de sus facultades mentales se vuelven más peligrosos para sus semejantes ¿por qué dejar desamparada a la víctima? He aquí un ejemplo clásico: un demente millonario mata al padre de una familia modesta, dejándola en la indigencia. ¿Qué justicia es ésta que niega reparación so color de que el demente carece de discernimiento? ¿Por qué en el conflicto entre el victimario y la víctima, la ley ha de decidirse por el primero? Esto explica que casi todos los Códigos modernos, aun los que siguen apegados al principio de la culpa como fundamento de la responsabilidad, admitan la obligación del demente de reparar los perjuicios y como la solución no se aviene con la lógica del principio de la culpa, la fundan en razones de equidad (véase nº 1343). Es también la solución adoptada por la ley 17711 (art. 907 Ver Texto , 2º párrafo) (ver nota 27).

De las insuficiencias pasemos a las contradicciones. Si la intención es uno de los requisitos ineludibles del hecho ilícito ¿cómo se explica que el cuasidelito origine responsabilidad? Pues precisamente el cuasidelito se diferencia del delito en que falta intención de cometer el

daño. La explicación que se suministra es la siguiente: la conducta del autor del hecho ha sido intencional, aunque no lo haya sido el resultado. Así, cuando un automovilista embiste a un peatón, ha tenido la intención de conducir, aunque no la de dañar a la víctima. La explicación es inconvincente: porque lo que origina la responsabilidad no es el hecho de conducir, sino el de haber embestido al transeúnte; y este hecho ha sido inintencional.

Si el discernimiento es requisito sine qua non de la responsabilidad ¿cómo se explica que la embriaguez voluntaria no exima de responsabilidad (art. 1070 Ver Texto ), siendo así que tal estado priva del discernimiento (art. 921 Ver Texto )? Apresurémonos a decir que el reconocimiento de la responsabilidad del ebrio voluntario es razonable, sólo que resulta contrario a los principios generales establecidos en los arts. 900 Ver Texto y 907 Ver Texto .

Una última contradicción. Si un demente mata por dolo o negligencia a un tercero, no hay responsabilidad alguna; pero si un dependiente suyo es quien comete el hecho, el demente responde (art. 1113 Ver Texto ). Así ocurriría en el caso de que el demente fuera propietario de una empresa de servicios públicos, uno de cuyos dependientes, chofer de un ómnibus, embiste y lesiona culpablemente a un peatón. ¿Qué lógica tiene esto dentro de la teoría de la culpa?

Pasemos ahora a la consideración de las responsabilidades reflejas. Si se sostiene que sólo los actos dolosos o culposos originan responsabilidad ¿cómo se explica que se responda por el hecho de otro, por los daños ocasionados por las cosas o animales que están bajo la guarda de una persona o son de su propiedad? Se afirma que aquí hay una culpa in vigilando o in eligendo. Pero está en la conciencia de todos que esto no es sino un recurso para mantener ligada la responsabilidad a la idea de culpa, recurso que, empero, no obedece a la realidad de los hechos. “La idea de culpa —dice MORÍN— no es hoy sino una mentira jurídica destinada a camuflar la verdad” (ver nota 28). Es verdad que en algunos casos de daños ocasionados por dependientes, animales o cosas hay negligencia de los principales, guardadores o propietarios. Pero generalmente no hay la más mínima culpa. He aquí la hipótesis frecuente del accidente de tránsito originado en la negligencia del conductor de un ómnibus. La compañía es responsable aunque demuestre que no hubo culpa in eligendo ni in vigilando. No hubo culpa en la elección porque la compañía empleó como conductor a quien tenía registro habilitante, es decir, a quien el Estado declaró apto para conducir; no hubo tampoco culpa in vigilando porque el accidente no hubiera podido evitarse ni aunque el dueño de la compañía viajara al lado mismo del conductor para cuidar de su prudencia.

El propietario de una caldera que estalla responde por los daños, por más que pruebe que aquélla era de la marca más acreditada y costosa, que era de reciente adquisición y funcionaba en condiciones normales.

Pero hay todavía casos en que el Código no permite la prueba de que no hubo culpa del principal. Tal ocurre con la responsabilidad de los capitanes y patrones de buques, agentes

de transportes terrestres, posaderos (arts. 1118 Ver Texto y 1119). Los sostenedores de la teoría clásica insistirán en que todo lo que hay aquí es una presunción juris et de jure de culpabilidad. Pero éste es un concepto ininteligible. ¿Una culpa sin culpa? Estas concesiones que aun los más fervientes sostenedores de la doctrina clásica de la culpa han debido hacer, se explica por otros motivos. Si el daño es fácil de establecer, la prueba de la falta o culpa, dice RIPERT (ver nota 29), es a menudo diabólica. Mientras más se multipliquen, agrega este autor, los mecanismos complicados o susceptibles de actuar a distancia, más los hombres son presionados los unos con los otros y aproximados a esas máquinas peligrosas, y más difícil se hace establecer la verdadera causa del accidente y establecer la existencia de culpa. Por ello el derecho moderno mira el problema de la responsabilidad del lado de la víctima, no del autor del hecho. En sentido coincidente, dice JOSSERAND que en la sociedad actual, la idea de culpa es sustituida por la de reparación; ésta es la base en una sociedad emprendedora y moderna, sin la cual los débiles correrían el riesgo de ser triturados por los fuertes; no serían ya responsables como culpables sino como realizadores de actos. Y agrega que la idea de culpa es insuficiente para servir de base a un sistema de responsabilidad; “debe completarse, vigorizarse, con la noción más moderna, más económica y más práctica, del riesgo creado: por la misma razón de que no volveremos en el campo contractual a la stipulatio o al nexum, no volveremos tampoco a ver funcionar plenamente el régimen de la responsabilidad aquiliana; los tiempos seculares han caducado, y los juristas, por fieles que sean a la tradición, deben, en las horas en que vivimos, mirar en su derredor más bien que hacia atrás; deben vivir con su época, si no quieren que ésta viva sin ellos” (ver nota 30).

1116/1342

1342.— Lo dicho hasta aquí demuestra que el sistema de la culpa, como fundamento exclusivo de la responsabilidad, es insuficiente e insatisfactorio. Lo cierto es que muchas responsabilidades no surgen de la culpa, sino del riesgo creado. Esto no significa que el sistema de la culpa deba ser totalmente suplantado por el del riesgo; por el contrario, no cabe duda de que en una civilización jurídica refinada, la culpa debe ser el fundamento esencial de la responsabilidad; pero este sistema debe ser completado y enriquecido por el del riesgo creado. En otras palabras, no se trata de expulsar el sistema de la culpa, sino de instalar al lado de él al del riesgo, para la realización de un equilibrio más perfecto entre los intereses y los derechos (ver nota 31).

Esto es lo que ha hecho la ley 17711 . Sin prescindir del sistema de la culpa, ha introducido paralelamente el del riesgo creado. Los propietarios de cosas riesgosas o viciosas responden aunque de su parte no haya culpa y siempre que no demuestren que hubo culpa de la víctima o de un tercero por el cual aquéllos no deben responder (art. 1113 Ver Texto ) (ver nota 32).

La justificación de este sistema parece clara.

Hemos dicho ya que según la teoría clásica los actos humanos se dividen en dos grandes categorías: lícitos e ilícitos. Únicamente éstos originan responsabilidad extracontractual; los lícitos nunca. Es una tesis inexacta. Entre la masa heterogénea y vastísima de hechos de los cuales surge responsabilidad extracontractual, hay que distinguir, a nuestro juicio, dos categorías fácilmente diferenciables: los hechos ilícitos propiamente dichos y los hechos no ilícitos o neutros.

La ilicitud es, sin duda, un concepto rigurosamente jurídico; pero hay que reconocer que en pocos temas del Derecho se siente tan íntimamente vinculado lo jurídico con lo moral. Cuando decimos que alguien ha cometido un hecho ilícito, nos formamos instantáneamente un juicio moral acerca de su conducta. El concepto de ilicitud no se aplica con propiedad sino a los hechos personales del autor. Por el contrario, afirmar que el dueño de una caldera ha cometido un hecho ilícito cuando ella estalla, es expresar una idea que no tiene sentido. Lo mismo ocurre si el daño ha sido ocasionado por negligencia del dependiente: quien comete el hecho ilícito será el autor, pero no su principal. En estos casos, nadie se forma un juicio desfavorable del responsable. Aquí los daños se han originado en razón de ciertas actividades o del uso de máquinas peligrosas; actividades y máquinas que no obstante su peligrosidad, son estimuladas por el Estado en virtud de un interés superior. Así, por ejemplo, la utilización de automóviles y de máquinas en general engendra continuos peligros, no obstante lo cual son útiles por no decir indispensables para el desarrollo económico de un país.

Con lo dicho queda ya claro que hay daños provenientes de hechos ilícitos propiamente dichos (hechos propios) y otros que provienen de actividades lícitas pero peligrosas. En los primeros, la idea de condenación moral está presente en la sanción que se impone al autor; esto es lo que, a nuestro juicio, explica la supervivencia de la teoría de la culpa como fundamento de la responsabilidad. Porque el hecho ilícito lleva implícito un juicio moral, porque la sociedad siente el deber de sancionar al que se conduce de tal modo, porque no es posible condenar moralmente al que no es culpable, es que la culpa como fundamento de la responsabilidad, sigue teniendo predicamento, con justicia, en el derecho actual.

Pero cuando el responsable no es el autor del daño, cuando éste se ha producido simplemente por la naturaleza peligrosa de la actividad o cosa de la cual él se sirve (actividad que, sin embargo, conviene a los intereses sociales) no tiene cabida una valoración moral: desde este punto de vista, la negligencia de un empleado, el estallido de una máquina, es un hecho neutro. Y por ello mismo resulta sin sentido seguir apegados al viejo criterio de la culpa. En toda esta materia es inevitable acudir a una fuente más realista y verídica: el riesgo creado (ver nota 33).

1343. RESPONSABILIDAD DE LAS PERSONAS INIMPUTABLES EN LA LEY 17711.  
— La ley 17711 ha mantenido el principio general de que los hechos involuntarios no originan responsabilidad a menos que medie enriquecimiento sin causa del autor del hecho y sólo en la medida del enriquecimiento (art. 907 Ver Texto ).

Pero este principio general tiene ahora dos excepciones importantísimas de las que resulta que las personas inimputables (dementes o menores de 10 años) son responsables en los siguientes casos:

a) Cuando el daño ha sido causado por una cosa de propiedad del inimputable como consecuencia del riesgo o vicio propio de la cosa, la responsabilidad es plena, ya que en este supuesto el propietario no puede eximirse de responsabilidad demostrando que de su parte no hubo culpa (art. 1113 Ver Texto ) (ver nota 34). Es la solución justa. Sería inconcebible por ejemplo, que un demente, dueño de una empresa de ómnibus, no respondiera por los daños ocasionados por uno de sus vehículos a un peatón.

b) Pero si el daño ha sido ocasionado sin auxilio de una cosa (por ejemplo, si el demente ahoga a una persona con sus propias manos) o si lo hace con una cosa no riesgosa (daños ocasionados con un bastón) o una cosa de propiedad de terceros, entonces juega el art. 907 Ver Texto : en principio, la persona inimputable carece de responsabilidad, pero el juez puede disponer un resarcimiento en favor de la víctima del daño, fundado en razones de equidad, teniendo en cuenta la importancia del patrimonio del autor del hecho y la situación personal de la víctima.

Aquí nos encontramos, pues, ante un nuevo fundamento de la responsabilidad. No juega ni la culpa, ni el riesgo creado, sino la equidad. Y por lo mismo que ése es el fundamento de la responsabilidad del autor del hecho, el deber de indemnizar no es inexcusable: el juez puede fijar una indemnización, y cuando lo haga, será tomando en cuenta el patrimonio del autor del hecho y la situación personal de la víctima. Así, si un demente millonario mata a un hombre modesto, de cuyo trabajo vive su familia, el juez fijará una indemnización justa. Si, por el contrario, el autor del hecho es pobre y la víctima rica no habrá indemnización. Entre ambos extremos caben una serie de graduaciones, que permiten al juez moverse con una gran flexibilidad para fijar una indemnización equitativa, teniendo en cuenta los patrimonios del autor del hecho y de la víctima.

Adviértase que para que tal resarcimiento sea viable, la conducta del autor del hecho debe ser objetivamente ilícita (ver nota 35). Así, por ejemplo, no se concebiría condenar al pago de un resarcimiento al demente que ha causado el daño al defenderse legítimamente contra una injusta agresión. Lo que prueba que aun en relación a las personas inimputables juega el elemento intención; en otras palabras, que puede hablarse de un daño intencional hecho por personas que carecen de discernimiento. Esto que suena a barbarismo para un jurista



clásico, no es sino una manifestación de realismo jurídico. Pues la verdad científica es que también los locos piensan, razonan, quieren. Y el Derecho no puede dejar de aprehender esa realidad.

1116/11200

1343 bis. LEGISLACIÓN COMPARADA (ver nota 36).— Dentro de la legislación comparada se pueden agrupar las soluciones en torno a la responsabilidad de los incapaces y, en especial, de los dementes, en tres sistemas distintos:

a) Completa irresponsabilidad fundada en la inimputabilidad de sus actos: Código Civil uruguayo, art. 1320; chileno, art. 2319. Este era, ya lo hemos dicho, el sistema de nuestro Código antes de la reforma de 1968.

b) Principio de la irresponsabilidad con el paliativo de una indemnización fundada en la equidad, es decir, una solución análoga a la de nuestro art. 907 Ver Texto : Código Civil alemán, arts. 827 y 829; venezolano, art. 1187; italiano, art. 2047; portugués, art. 489; suizo de las obligaciones, art. 58; griego, art. 143; polaco, art. 428; húngaro, art. 152.

c) Plena responsabilidad del demente: Código Civil francés, art. 489-2 (introducido por ley del 3 de enero de 1968); de Irak, art. 191; mexicano (salvo que la responsabilidad recaiga en las personas de él encargadas), art. 1911.

(nota 1) COLOMBO, Culpa aquiliana, n° 68.

(nota 2) CHIRONI, cit. por ACUÑA ANZORENA, en SALVAT, Hechos ilícitos, n° 2725, e.

(nota 3) COLOMBO, Culpa aquiliana, n° 75; MOSSET ITURRASPE, Responsabilidad por daños, t. 3, n° 16; PEIRANO FACIO, Responsabilidad extracontractual, n° 140; ACUÑA ANZORENA, loc. cit. en nota anterior; PLANIOL-RIPERT-ESMEIN, t. 6, n° 567; MAZEAUD, t. 1, n° 494; VON TUHR, t. 1, § 45.

(nota 4) C. Civil Cap., Sala B, 22/9/1964, Doct. Jud., n° 2385.

(nota 5) De acuerdo en la exigencia de estas condiciones: MOSSET ITURRASPE,

Responsabilidad por daños, t. 3, n° 16; COLOMBO, Culpa aquiliana, 2ª ed., n° 75; ACUÑA ANZORENA, en SALVAT, Hechos ilícitos, n° 2725, f; MORELLO, en DE GÁSPERI, Obligaciones, t. 4. n° 1822, a; ENNECCERUS-NIPPERDEY, t. 1, vol. 2, § 222, p. 542; PLANIOL-RIPERT-ESMEIN, t. 6, n° 567. LLAMBÍAS opina que el daño producido debe ser incomparablemente menor que el evitado: El estado de necesidad como causa de irresponsabilidad civil, J. A., Doctrina, 1974, p. 92.

(nota 6) COLOMBO, loc. cit. en nota anterior; GIORGI, t. 5, n° 165.

(nota 7) Si bien difiriendo en el fundamento del deber de indemnizar, casi toda la doctrina moderna se inclina en el sentido de que ese deber existe: ACUÑA ANZORENA, en SALVAT, Hechos ilícitos, n° 2725, i; LLAMBÍAS, J. A., Doctrina, 1974, p. 98; PEIRANO FACIO, Responsabilidad extracontractual, núms. 142 y 143; PLANIOL-RIPERT-ESMEIN, t. 6, n° 567; MAZEAUD, t. 1, n° 495; SAVATIER, t. 1, n° 101; ENNECCERUS-NIPPERDEY, t. 1, vol. 2, § 222, p. 543, etc.

(nota 8) ACUÑA ANZORENA, en SALVAT, Hechos ilícitos, n° 2725, g.

(nota 9) VON TUHR, Obligaciones, t. 1, p. 273.

(nota 10) SAVATIER, t. 1, n° 105.

(nota 11) De acuerdo, MOSSET ITURRASPE, Responsabilidad por daños, t. 1, n° 17, c.

(nota 12) PEIRANO FACIO, Responsabilidad extracontractual, n° 140.

(nota 13) ENNECCERUS-NIPPERDEY, t. 1, vol. 2, § 221, p. 536; VON TUHR, Obligaciones, t. 1, p. 272; DEMOGUE, t. 3, n° 232. ACUÑA ANZORENA (n° 2725, d) y SAVATIER (t. 1, n° 61) piensan que el ataque llevado a cabo por un incapaz no configura un supuesto de legítima defensa, sino de estado de necesidad. No podemos compartir esta opinión, que llevaría a consecuencias muy injustas: en el estado de necesidad, el daño debe ser soportado por el autor del hecho y por la víctima; y nos parece inaceptable que quien ha sido agredido por un demente o por un borracho, deba indemnizarle, siquiera sea parcialmente, los daños que se vio obligado a inferirle para repeler el ataque.

(nota 14) ENNECCERUS-NIPPERDEY aceptan que la agresión proveniente de una cosa pueda justificar la reacción del atacado, pero entienden que se trata más bien de un estado de necesidad que de legítima defensa (t. 1, vol. 2, § 222, p. 544); igual es la opinión de

ACUÑA ANZORENA (loc. cit. en nota anterior). En cuanto a la agresión por animales, los autores alemanes citados sostienen que no puede hablarse de agresión ilícita, pues los mandatos del derecho no se dirigen a ellos (t. 1, vol. 2, § 221, p. 536).

(nota 15) Unanimidad en la doctrina.

(nota 16) ENNECCERUS-NIPPERDEY, t. 1, vol. 2, § 221, p. 535; PEIRANO FACIO, Responsabilidad extracontractual, n° 144.

(nota 17) Unanimidad en la doctrina.

(nota 18) MOSSET ITURRASPE, Responsabilidad por daños, t. 1, n° 17, b; y t. 3, n° 17.

(nota 19) De acuerdo con estos requisitos: ACUÑA ANZORENA, en SALVAT, Hechos ilícitos, n° 2725, j; ENNECCERUS-NIPPERDEY, t. 1, vol. 1, § 223, p. 547; VON TUHR, Obligaciones, t. 1, p. 272.

(nota 20) ENNECCERUS-NIPPERDEY, loc. cit. en nota anterior.

(nota 21) En este sentido, MOSSET ITURRASPE, Responsabilidad por daños, t. 3, n° 18.

(nota 22) En este sentido: LLAMBÍAS, Obligaciones, t. 3, n° 2253.

(nota 23) En el sentido de que la obediencia al padre o tutor exime de responsabilidad, salvo que el menor hubiera tenido conciencia de la ilegitimidad del acto, LLAMBÍAS, op. y loc. cit. en nota anterior; en el sentido de que no es eximente, MOSSET ITURRASPE, Responsabilidad civil, t. 3, n° 18.

(nota 24) MOSSET ITURRASPE, op. y loc. cit. en nota anterior.

(nota 25) Cit. por AGUIAR DÍAS, Tratado de la responsabilidad civil, t. 1, n° 15.

(nota 26) PUIG BRUTAU, Fundamentos de derecho civil, t. 2, vol. 2, p. 701.

(nota 27) Y desde luego, ésta es la solución admitida en los pocos Códigos que sustentan la responsabilidad sobre bases estrictamente objetivas: Cód. Civil mexicano, arts. 1910 y 1911; soviético, art. 403.

(nota 28) MORÍN, *La loi et le contrat*, p. 117.

(nota 29) RIPERT, *Le regime democratique et le droit moderne*, París, 2ª ed., nº 169.

(nota 30) JOSSERAND, t. 2, vol. 1, nº 558. En sentido coincidente, FRIEDMANN habla de la creciente importancia concedida a la responsabilidad de la comunidad en los accidentes que le sobrevienen al individuo. “El nacimiento de la nueva política obedece en gran parte a la transformación social de la sociedad occidental contemporánea, sociedad en la que un número cada vez mayor de vicisitudes amenaza a multitud de individuos cuya libertad para evitarlas disminuye constantemente. El crecimiento incesante de la responsabilidad social por daños, no se debe a ningún cínico abandono del principio de la responsabilidad individual, sino al grado en que millones de individuos se encuentran expuestos a accidentes que ocurren en fábricas, carreteras, aeroplanos o a la amenaza del desempleo”, *El derecho en una sociedad en transformación*, p. 143, cit. por GOLDENBERG, *La responsabilidad civil*, L. L., t. 156, p. 1308.

(nota 31) JOSSERAND, loc. cit. en nota anterior. Recomendamos sobre este tema el excelente artículo de MOSSET ITURRASPE, *Responsabilidad por culpa y responsabilidad por riesgo creado*, en *Estudios sobre responsabilidad por daños*, ps. 13 y s.

(nota 32) De acuerdo: C. Civil Cap., Sala B, 30/9/1974, E. D., t. 58, p. 346 (con cita de nuestro párrafo); íd., 31/7/1974, E. D., t. 57, p. 454.

(nota 33) Señala PUIG BRUTAU, con acierto, que el planteo de la doctrina clásica importa una petición de principios: por un lado se afirma que es necesario que concurra el requisito de la ilicitud de la conducta que produce el daño para que surja la obligación de resarcirlo; por otra parte, esa ilicitud se apoya por medio de presunciones en la misma circunstancia del daño causado. Resulta que en la práctica es mucho más fácil llegar a la conclusión de que una conducta es ilícita porque ha causado un daño, que proceder a la inversa, es decir, afirmar que el daño es indemnizable porque la conducta es ilícita (*Fundamentos de derecho civil*, t. 2, vol. 2, p. 672).

(nota 34) De acuerdo: MOSSET ITURRASPE, *Responsabilidad por daños*, t. 1, nº 45; BREBBIA, *Hechos y actos jurídicos*, t. 1, p. 175; LEONFANTI, L. L., t. 148, p. 1266; SPOTA, t. 1, vol. 31, p. 227; GARRIDO-ANDORNO, p. 157. En contra, sosteniendo que aun en este caso se aplica el art. 907; BREBBIA, E. D., t. 45, p. 935, XI.

(nota 35) TRIGO REPRESAS, Obligaciones, t. 3, p. 254; LARENZ, Obligaciones, t. 2, ps. 573 y s.; SALAS, Revista Colegio Abogados La Plata, año X, n° 21, p. 286.

(nota 36) Véase LEONFANTI, El insano, ¿es reponsable civilmente en Francia? (L. L., t. 148, p. 1257), cuyo estudio hemos seguido en nuestra reseña de la legislación comparada.

1116/10590

### § 3.— Delitos

1116/1344

1344. CONCEPTOS Y ELEMENTOS: REMISIÓN.— Ya hemos definido en otro lugar el delito como el hecho ilícito realizado con la intención de cometer el daño (n° 1306). En cuanto a los elementos que lo configuran son: a) transgresión a la ley; b) daño a terceros; c) relación de causalidad entre el hecho y el daño; d) intención de causarlo. Sobre todo esto remitimos a lo que hemos explicado anteriormente (núms. 1310 y s.).

1116/1345

1345. OBLIGACIÓN DE REPARAR.— Todo delito hace nacer la obligación de reparar el perjuicio que de él resultare a otra persona (art. 1077 Ver Texto ). En materia de hechos ilícitos, rige el principio de la reparación integral (véase n° 1629). Y aun se responderá de las consecuencias casuales, si el autor del hecho las tuvo en mira al cometer el delito (art. 905 Ver Texto ).

1116/1346

1346. SOLIDARIDAD DE LOS COAUTORES.— La obligación de reparar el daño pesa sobre todos los que han participado en él como autores, consejeros o cómplices, aunque se trate de un hecho que no sea penado por el derecho criminal (art. 1081 Ver Texto ).

Pagada la deuda por uno de los coautores o cómplices, el que pagó carece de acción contra los restantes por contribución a la indemnización pagada (art. 1082 Ver Texto ), pues nadie puede invocar su propia torpeza para accionar en Derecho.

Esta solución de nuestro Código ha sido objeto de vivas críticas. Se aduce que la acción recursoria de quien ha pagado, no se funda en su torpeza, en su hecho ilícito, sino en la circunstancia de que ha pagado la parte que correspondía a otros; además, con esta solución la ley protege a quien, además de ser coautor de un delito, luego se niega a pagar la parte que le toca (ver nota 1). Y por ello se ha propuesto la reforma del texto, haciendo lugar a la acción recursoria (Proyecto de 1936, art. 867).

No estamos de acuerdo con estas objeciones. Nos parece altamente moralizador que el coautor de un delito no tenga acción de contribución. La justicia no puede estar al servicio de los delincuentes, para facilitarles que ellos arreglen cuentas con sus cómplices. Si uno solo pagó lo que todos debían, peor para él. Quizás ello le sirva de lección.

1116/1347

1347. DELITOS CONTRA LAS PERSONAS.— En los arts. 1084 Ver Texto y s., el Código establece distintas normas referentes a la indemnización de ciertos delitos contra las personas; en su mayor parte son disposiciones sobreabundantes, que aluden a los rubros que debe comprender la indemnización, para lo que hubiera bastado sentar el principio de la reparación integral. En consecuencia, nos limitaremos a una breve exégesis de los textos.

1116/1348

1348. a) Homicidio.— Si el delito fuere de homicidio, el delincuente tiene la obligación de pagar todos los gastos hechos en la asistencia del muerto y en su funeral; además lo que fuere necesario para la subsistencia de la viuda e hijos del muerto, quedando a la prudencia de los jueces fijar el monto de la indemnización y el modo de satisfacerla (art. 1084 Ver Texto ). En la práctica, los jueces fijan siempre esa indemnización en una suma global.

El derecho de exigir los gastos de la última enfermedad y del funeral del muerto compete a cualquiera que los hubiese hecho (art. 1085 Ver Texto ); estos gastos gozan del privilegio establecido en el art. 3880 Ver Texto (véase supra, núms. 269 y s.).

En cuanto a la indemnización para la subsistencia de la viuda e hijos, sólo podrá ser exigida por el cónyuge sobreviviente y por los herederos necesarios del muerto, si no fueron culpados del delito como autores o cómplices o si no lo impidieron, pudiendo hacerlo (art. 1085 Ver Texto ).

Adviértase que mientras el art. 1084 Ver Texto habla de la viuda e hijos, el art. 1085 Ver

Texto se refiere el cónyuge sobreviviente y a los herederos necesarios. Esto plantea el problema de quiénes son titulares de la acción, problema que dilucidamos más adelante (nº 1582).

En cuanto al daño moral derivado de la muerte, sólo tienen acción los herederos forzosos (art. 1078 Ver Texto , ref. por ley 17711 ).

1116/1349

1349.— Una condición exige la ley para que proceda esta acción de resarcimiento: que el que la intenta no sea autor o cómplice del homicidio o que no lo haya impedido, pudiendo hacerlo (art. 1085 Ver Texto , precitado).

¿La indignidad para heredar, priva también de la acción resarcitoria por la muerte de una persona? A nuestro juicio, es preciso formular una distinción: si la acción se intenta jure hereditatis entonces habría que rechazarla porque el indigno carece de derechos a la herencia; pero si se intenta jure proprio, la acción procede, pues el perjuicio no lo sufre en su calidad de heredero sino directamente (ver nota 2).

1116/1350

1350. b) Lesiones.— Si el delito fuere por heridas u ofensas físicas, la indemnización consistirá en el pago de todos los gastos de la curación y convalecencia del ofendido y de todas las ganancias que éste dejó de hacer hasta el día de su completo restablecimiento (art. 1086 Ver Texto ). A lo que hay que agregar que si de las lesiones resultara alguna incapacidad temporaria o permanente, fuera total o parcial, también deberá indemnizarse la pérdida económica que ella supone y el daño moral. En cuanto a las lesiones estéticas, ellas dan origen a una acción de resarcimiento fundada en el daño económico, que a veces puede ser grave, por ejemplo, si trunca o perjudica una carrera profesional (actriz de cine o teatro, modelo, azafata) y, además, el daño moral (ver nota 3).

1116/1351

1351. c) Delitos contra la libertad individual.— Si el delito fuere contra la libertad individual, la indemnización consistirá solamente en una cantidad correspondiente a la totalidad de las ganancias que cesaron para el paciente, hasta el día en que fue plenamente restituido a su libertad (art. 1087 Ver Texto ). Aunque este artículo dice solamente, habrá que agregar también la indemnización del daño moral, de conformidad a lo dispuesto por el art. 1078 Ver Texto (ver nota 4).

1116/1352

1352. d) Delitos contra la honestidad.— Si el delito fuere de estupro o de raptó, la indemnización consistirá en el pago de una suma de dinero a la ofendida, si no hubiere contraído matrimonio con el delincuente. Esta disposición es extensiva cuando el delito fuere de cópula carnal por medio de violencias o amenazas a cualquier mujer honesta, o de seducción de mujer honesta, menor de dieciocho años (art. 1088 Ver Texto ).

La indemnización a que se refiere este artículo es en concepto de daño moral. Pero no habrá indemnización si el delincuente se casa con la ofendida; el matrimonio es ya reparación suficiente del agravio inferido.

Va de suyo que, con independencia del daño moral, deberá indemnizarse todo daño material que se derive del hecho (por ejemplo, por privación de la libertad, lesiones, trauma psíquico con consecuencias patrimoniales, etc.). Pensamos que esta acción no se extingue con el subsiguiente matrimonio, porque lo dispuesto por el art. 1088 Ver Texto se refiere sólo a la acción por daño moral y es lógico que sólo ésta se extinga por el matrimonio. La solución que propiciamos podría tener interés en el supuesto de que el autor del delito se case con la ofendida para escapar a la condena criminal y luego la abandone. Es justo que la esposa conserve su acción por reparación de los daños materiales.

1116/1353

1353. e) Calumnia o injuria.— Si el delito fuere de calumnia o de injuria de cualquier especie, el ofendido sólo tendrá derecho a exigir una indemnización pecuniaria, si probase que por la calumnia o injuria le resultó algún daño efectivo o cesación de ganancia apreciable en dinero, siempre que el delincuente no probare la verdad de la imputación (art. 1089 Ver Texto ). Dos observaciones hay que hacer a este texto:

1) En primer término, el art. 1089 Ver Texto dice que sólo se indemnizará el daño material; ya antes de la ley 17711 esta disposición estaba en contradicción con el art. 1078 Ver Texto , que admitía la indemnización del daño moral en todos los delitos del derecho criminal, y con el art. 1099 Ver Texto que expresamente reconoce la existencia de una acción por daño moral derivada del delito de injurias. Ante esa contradicción, jurisprudencia y doctrina se inclinaron en el sentido de que el daño moral emergente de la calumnia o injuria es indemnizable (ver nota 5). Luego de la reforma del art. 1078 Ver Texto , que hoy admite la reparación del daño moral en todo hecho ilícito, esta solución ha devenido incontrovertible (ver nota 6).



2) En segundo término, el art. 1089 Ver Texto dice que no habrá lugar a indemnización si el delincuente probare la verdad de la imputación. Hay que hacer, en este punto, una salvedad importante. La prueba de la verdad exime de responsabilidad penal y civil en el caso de calumnia, porque como ésta consiste en la falsa imputación de un delito (art. 109 Ver Texto , Cód. Penal), la prueba de la verdad significa que no se ha cometido delito alguno. En cambio, el acusado por injuria sólo puede probar la verdad de la imputación en los siguientes casos: 1) si la imputación hubiera tenido por objeto defender o garantizar un interés público o actual; 2) si el hecho atribuido a la persona ofendida hubiere dado lugar a un proceso penal; 3) si el querellante pidiera la prueba de la imputación dirigida contra él (art. 111 Ver Texto , Cód. Penal). Fuera de estos casos, el autor de la injuria no se exime de pena probando la verdad de su afirmación. Por consiguiente, responde por el daño material y moral aun probándola.

1116/1354

1354. f) Acusación calumniosa.— Si el delito fuere de acusación calumniosa, el delincuente, además de la indemnización del artículo anterior, pagará al ofendido todo lo que hubiese gastado en su defensa y todas las ganancias que dejó de tener por motivo de la acusación calumniosa, sin perjuicio de las multas o penas que el derecho criminal estableciere, tanto sobre el delito de este artículo como sobre los demás de este capítulo (art. 1090 Ver Texto ). Aquí se trata no ya de la calumnia extrajudicial sino de la falsa denuncia de la comisión de un delito.

La interpretación de esta norma ha suscitado divergencias:

1) De acuerdo a una primera opinión, la acusación sólo podrá ser tenida como calumniosa cuando el denunciante o querellante ha obrado con pleno conocimiento de la inocencia del acusado y, por lo tanto, con la voluntad de dañar (ver nota 7).

Algunos llegan a exigir que la acusación haya sido declarada calumniosa en sede penal (ver nota 8).

2) Para otros, a cuya opinión adherimos, basta, a los efectos de hacer nacer la acción de daños y perjuicios, que el autor de la denuncia o querrela haya procedido con culpa o negligencia al efectuar la imputación (ver nota 9). El fundamento de esta tesis, nos parece incontrovertible: hay un daño ocasionado por la denuncia o querrela, puesto que el acusado ha tenido que defenderse, pagar su abogado, etcétera; hay, además, una conducta culpable de parte del acusador. Basta con ello para configurar todos los elementos esenciales del hecho ilícito y para hacer nacer la obligación de reparar los perjuicios.

1116/1355

1355. DELITOS CONTRA LA PROPIEDAD.— También en este caso, VÉLEZ SANSFIELD creyó necesario establecer normas especiales, que no son sino aplicación del principio de la reparación integral, y que bien pudieron omitirse.

1116/1356

1356. a) Hurto.— Si el delito fuere de hurto, la cosa hurtada será restituida al propietario con todos sus accesorios y con indemnización de los deterioros que tuviere, aunque sean causados por caso fortuito o fuerza mayor (art. 1091 Ver Texto ). Va de suyo que si la cosa se hubiere perdido, se debe su valor (arts. 1092 Ver Texto y 1094 Ver Texto ), que debe fijarse al tiempo de la sentencia, conforme a los principios sentados en otro lugar (núms. 163 y s.).

La mención de los perjuicios indemnizables que hace el art. 1091 Ver Texto es simplemente enunciativa; está fuera de duda que deben repararse también todos los otros que se hubiesen causado a la víctima, como por ejemplo, el valor de los frutos o alquileres que hubiere perdido o que hubiese podido obtener si la cosa hubiese estado en su poder (ver nota 10). Todo ello es aplicación del principio de la reparación integral.

Cabe destacar que el autor del hurto no puede excusar su responsabilidad, aunque los daños sean causados por caso fortuito o fuerza mayor (art. 1091 Ver Texto ). El culpable no podría eximirse de responsabilidad ni aún demostrando que la cosa igualmente se hubiera deteriorado o destruido estando en poder del dueño: es una sanción que impone la ley al poseedor vicioso de la cosa (art. 2436 Ver Texto ).

Por último, debe hacerse notar que si bien la acción por reparación de los daños prescribe a los dos años (art. 4037 Ver Texto ), la acción de reivindicación de la cosa hurtada es imprescriptible (sin perjuicio, claro está, de que el poseedor de buena fe puede usucapir en los plazos señalados por el art. 4016 bis Ver Texto ).

1116/1357

1357. b) Usurpación de dinero.— Si el delito fuere de usurpación de dinero, el delincuente pagará los intereses de plaza desde el día del delito (art. 1093 Ver Texto ). En materia de hechos ilícitos, los intereses corren desde el momento mismo del hecho (véase n° 168). Pero el delincuente no sólo deberá esos intereses, sino que tendrá que indemnizar todo otro

perjuicio que haya derivado a la víctima de la privación de su capital (ver nota 11).

1116/1358

1358. c) Destrucción de la cosa.— Si el delito fuere de daño por destrucción de la cosa ajena, la indemnización consistirá en el pago de la cosa destruida; si la destrucción de la cosa fuere parcial, la indemnización consistirá en el pago de la diferencia de su valor actual y el valor primitivo (art. 1094 Ver Texto ). Esto no excluye, naturalmente, el pago de los restantes daños y perjuicios ocasionados a la víctima (ver nota 12).

1116/1359

1359. TITULARES DE LA ACCIÓN.— Según el art. 1095 Ver Texto el derecho de exigir la indemnización del daño causado por delitos contra la propiedad, corresponde al dueño de la cosa, al que tuviere el derecho de posesión de ella o la simple posesión como el locatario, comodatario o depositario; y al acreedor hipotecario aun contra el dueño mismo de la cosa hipotecada, si éste hubiere sido autor del daño. Es también una regla superabundante. Bastaba con el principio general del art. 1077 Ver Texto según el cual todo delito hace nacer la obligación de reparar el perjuicio que de él resultare a otra persona.

(nota 1) En este sentido: ACUÑA ANZORENA, en SALVAT, Hechos ilícitos, n° 2756, nota 8, a; REZZÓNICO, Obligaciones 9ª ed., p. 1308, nota 7; SEGOVIA, t. 1, nota 15 a su art. 1083 (quien llega a sostener, con evidente sin razón, que el texto del Código obedece a un error de imprenta y que donde dice no debe leerse sólo). Apoyan, en cambio, la solución del Código: MACHADO, t. 3, p. 363; CAMMAROTA, Responsabilidad extracontractual, n° 144. En la doctrina francesa predomina la opinión de que debe hacerse lugar a la acción recursoria: PLANIOL-RIPERT-ESMEIN, t. 6, n° 687; MAZEAUD, t. 2, n° 1970; DEMOGUE, t. 4, n° 781.

(nota 2) Es la solución propuesta por SEGOVIA (t. 1, p. 296, nota 19) a la que adhiere ACUÑA ANZORENA (en SALVAT, Hechos ilícitos, n° 2761, nota 9, c). En cambio, LAFAILLE niega al indigno el derecho a la acción de daños, sin hacer la distinción que propugnamos (t. 2, n° 1260).

(nota 3) ZANNONI, El daño en la responsabilidad civil, n° 39; SPOTA, La lesión a las condiciones estéticas de un acto ilícito, L. L., t. 26, p. 654; COLOMBO, Las lesiones que atentan contra la estética personal de la víctima, L. L., t. 29, p. 72; MOSSET ITURRASPE, Responsabilidad por daños, t. II-B, n° 233.

(nota 4) C. Crim. Cap., 8/9/1929, G. F., t. 83, p. 392; SALVAT, Hechos ilícitos, n° 2763; CAMMAROTA, t. 1, n° 161; LAFAILLE, t. 2, n° 1263, nota 52.

(nota 5) C. Civil Cap., Sala C, 20/8/1952, J. A., 1953-I, p. 173; Sala D, 4/6/1964, J. A., 1964-V, p. 586; Sala E, 21/3/1962, J. A., 1962-VI, p. 513; C. Crim. Cap., 19/11/1937, J. A., t. 60, p. 632; íd., 22/8/1950, L. L. t. 61, p. 739; íd., 22/3/1960, J. A., 1960-III, p. 25; Sup. Trib. Misiones, 9/5/1958, J. A., 1959-III, p. 19; S. C. Tucumán, 22/3/1950. L. L., t. 63, p. 476; SALVAT, Hechos ilícitos, n° 2767; CAMMAROTA, t. 1, n° 167; LAFAILLE, t. 2, n° 1265; ORGAZ, Personas individuales, p. 159, nota 12; REZZÓNICO, Obligaciones, 9ª ed., p. 1314, nota 20.

(nota 6) C. Civil Cap., Sala C, 19/12/1980, E. D., t. 92, p. 455; Sala G, 9/3/1981, E. D., t. 93, p. 181.

(nota 7) C. Civil 1ª Cap., 27/3/1940, J. A., t. 69, p. 911; C. Civil 2ª Cap., 19/12/1946, J. A., 1947-I, p. 841; C. Apel. Mercedes, 12/12/1933, J. A., t. 44, p. 911; C. Fed. Bahía Blanca, 7/5/1952, J. A., 1952-III, p. 258. De acuerdo: SALVAT, Hechos ilícitos, n° 2770; CAMMAROTA, t. 1, n° 173. La Sup. Corte Buenos Aires exigió que mediara “mala fe, ligereza o temeridad” (1/7/1947, J. A., 1947-II, p. 556). La doctrina es así confusa, porque la ligereza de que habla el tribunal se confunde con la culpa, de donde resulta que esta jurisprudencia más se aproxima a la tesis sostenida por nosotros en el texto que a la opuesta.

(nota 8) C. Civil 2ª Cap., 10/11/1930, J. A., t. 48, p. 556; íd., 28/11/1934, J. A., t. 48, p. 556. En contra: C. Civil Cap., Sala A, 23/12/1953, L. L., t. 74, p. 175; S. C. Tucumán, 28/9/1951, L. L., t. 66, p. 414.

(nota 9) C. Civil 1ª Cap., 22/3/1943, J. A., 1943-I, p. 877; íd. 12/6/1939, L. L., t. 14, p. 1040; C. Paz Let. Cap., 28/12/1942, L. L., t. 29, p. 788 y J. A., 1943-II, p. 283; C. Fed. La Plata, 12/9/1941, J. A., t. 76, p. 162; S. C. Tucumán. 28/9/1951, L. L., t. 66, p. 414 y J. A., 1952-III, p. 46; C. Apel. Rosario, 17/5/1940, L. L., t. 18, p. 770; C. Apel. Córdoba, 14/8/1934, J. A., t. 47, p. 725. De acuerdo: COLOMBO, Responsabilidad civil derivada de querrela o denuncia calumniosa, L. L., t. 58, p. 983, n° 5; PECACH, Responsabilidad civil por denuncia o querrela precipitadas e imprudentes, J. A., t. 65, p. 110, n° 5.

(nota 10) De acuerdo: SALVAT, Hechos ilícitos, n° 2775; CAMMAROTA, t. 1, p. 179, AGUIAR, t. 5, n° 80.

(nota 11) C. Civil Cap., Sala F, 15/7/1977, E. D., t. 73, p. 361; SALVAT, Hechos ilícitos,

nº 2777; LAFAILLE, t. 2, nº 1268, nota 79; CAMMAROTA, nº 189; AGUIAR, t. 5, nº 81, REZZÓNICO, Obligaciones, 9ª ed., p. 1316.

(nota 12) La doctrina es unánime: SALVAT, Hechos ilícitos, nº 2778; LAFAILLE, t. 2, nº 1270; AGUIAR, t. 5, nº 82.

1116/10600

#### § 4.— Cuasidelitos

1116/1360

1360. MÉTODO A SEGUIR.— En la teoría tradicional, se reputa cuasidelito todo hecho por cuyas consecuencias dañosas se responde y que no es un delito, es decir, que no ha sido hecho con intención de infligir el daño. Se comprende así, dentro de este concepto: 1) la responsabilidad por el hecho propio; 2) la responsabilidad por el hecho ajeno; 3) la responsabilidad por los daños ocasionados por las cosas o animales.

Nosotros trataremos en este capítulo la responsabilidad por los hechos propios, dejando para el siguiente las responsabilidades reflejas, que a nuestro juicio obedecen a distintos fundamentos (véase núms. 1341 y s.) y que, de cualquier modo, implican problemas peculiares que conviene tratar por separado.

1116/10610

#### A.— RESPONSABILIDAD POR HECHOS PROPIOS

1116/1361

1361. PRINCIPIO GENERAL.— Todo el que ejecuta un hecho que por su culpa o negligencia ocasiona un daño a otro, está obligado a la reparación del perjuicio (art. 1109 Ver Texto ). Por culpa debe entenderse la omisión de las diligencias que exigiere la naturaleza del hecho o actividad y que correspondiere a las circunstancias de personas, tiempo y lugar. Este concepto, así expresado por el art. 512 Ver Texto con relación a las obligaciones en general, es de plena aplicación al supuesto de los hechos ilícitos. Marca una directiva o pauta general; es un concepto elástico, en cuya apreciación los jueces tienen un ancho campo.

El problema de si la culpa contractual y la extracontractual constituyen un concepto unitario o son distintas, ha sido tratado con anterioridad en los números 308 y siguientes, a los que remitimos.

1116/1362

1362. REGLAS APLICABLES A LA CULPA CUASIDELICTUAL.— La obligación de reparar los daños ocasionados por cuasidelitos es regida por las mismas disposiciones relativas a los delitos de derecho civil. Así lo dispone el art. 1109 Ver Texto , Código Civil.

La ley 17711 ha derogado el art. 1108 Ver Texto del Código Civil que declaraba aplicable a los cuasidelitos los arts. 1070 Ver Texto , 1071, 1073 Ver Texto , 1074, 1075 y 1076. Era una disposición inútil, porque bastaba con la regla general del art. 1109 Ver Texto ; y tenía el inconveniente de introducir confusión en el sistema, porque al mencionar unas normas y callar otras referentes a los delitos de derecho civil, cabía preguntarse si estas últimas eran o no de aplicación a los cuasidelitos.

1116/1363

1363. RESPONSABILIDAD SOLIDARIA.— Cuestión arduamente discutida en nuestra doctrina y jurisprudencia, era la de si los coautores de un cuasidelito tienen o no responsabilidad solidaria (ver nota 1). La cuestión se originaba en lo siguiente: mientras el art. 1081 Ver Texto establecía (y establece) que la obligación de reparar el daño causado por un delito pesa solidariamente sobre los coautores, consejeros o cómplices, no había una disposición igualmente expresa para los cuasidelitos. Y si bien en los últimos tiempos la jurisprudencia largamente predominante aceptaba que el art. 1081 Ver Texto era también aplicable a los cuasidelitos, no faltaban fallos discordantes, por lo que se hacía indispensable dictar normas que concluyeran con las vacilaciones y se declarara de una buena vez el principio de la solidaridad para cualquier hecho ilícito.

La ley 17711 estableció claramente esa solución valiéndose para ello de la derogación del art. 1108 Ver Texto y del agregado de un nuevo párrafo al art. 1109 Ver Texto . Veamos ante todo el significado de la derogación. El art. 1109 Ver Texto establece en su primer párrafo, que permanece inalterado, que todo el que ejecuta un hecho que por su culpa o negligencia ocasione un daño a otro está obligado a la reparación del perjuicio; esta obligación, agrega, es regida por las mismas disposiciones relativas a los delitos de derecho civil. La aplicación de esta norma llevaba de la mano a reconocer para los cuasidelitos la misma solidaridad que el art. 1081 Ver Texto establece para los delitos. Pero a su vez, el art. 1108 Ver Texto establecía que los arts. 1070 Ver Texto , 1071, 1073 Ver Texto , 1074, 1075 y 1076 son

aplicables a los actos ilícitos hechos sin intención de causar un daño.

Los sostenedores de la tesis que negaba la solidaridad en los cuasidelitos, razonaban de la siguiente manera: el art. 1109 Ver Texto establece sólo una regla general, pero es el art. 1108 Ver Texto el que concretamente precisa cuáles son las normas relativas a los delitos que son aplicables a los cuasidelitos. Las restantes no le son aplicables; y como entre las normas mencionadas por el art. 1108 Ver Texto ninguna se refería a la solidaridad, ello significaba que no la había en los cuasidelitos, ya que la solidaridad sólo puede admitirse si está expresamente prevista en la ley.

Al eliminarse el art. 1108 Ver Texto , la regla general del art. 1109 Ver Texto extiende su aplicación a todo el ámbito normativo de delitos salvo regulación expresa en contrario. Y como el art. 1081 Ver Texto establece la solidaridad para los delitos, también hay que admitirla en los cuasidelitos.

Esta solución queda expresamente ratificada por el párrafo agregado al art. 1109 Ver Texto del que nos ocuparemos más adelante, en el cual la ley da por sentado que los coautores de un cuasidelito son solidariamente responsables.

Sin duda, ésta es la solución más valiosa desde el punto de vista de la justicia. Porque el problema de la reparación de los daños derivados de un hecho ilícito, debe mirarse sobre todo desde el ángulo de la víctima. Lo que en definitiva interesa es que quien ha sido injustamente dañado en su persona o sus bienes, sea indemnizado. La solidaridad de los coautores del cuasidelito brinda un gran margen de seguridad de que esta justa indemnización será pagada íntegramente.

Así se explica que esta solución se haya impuesto hoy en el mundo entero; la adoptan especialmente el Código Civil alemán, art. 830; el suizo de las obligaciones, art. 50; el italiano, art. 2055; el brasileño, art. 1518; el portugués, art. 477; el mexicano, art. 1917; el venezolano, art. 1195; el colombiano, art. 2344; el chileno, art. 2317. En los países donde la ley no ha sido clara, la jurisprudencia ha impuesto la misma solución; ello quiere decir que se ha formado una conciencia universal de que es la solución justa y conveniente.

1116/1364

1364. ACCIÓN REGRESIVA.— Según ya lo dijimos anteriormente (nº 1346) el coautor de un delito que ha indemnizado todo el daño, no tiene acción para demandar a sus coautores o cómplices por la parte que a éstos les correspondiere. Es una solución lógica, pues la justicia no puede estar al servicio de los delincuentes, para facilitarles que ellos arreglen cuentas con sus cómplices. Muy distinta es la situación de los coautores de un cuasidelito;

en ellos no ha habido dolo ni mala fe. Solamente ha mediado imprudencia. Por tanto, es justo que si, por efecto de la solidaridad, uno de ellos ha pagado el total de la indemnización, tenga acción de contribución contra los coautores, como expresamente lo dispone el segundo párrafo agregado al art. 1109 Ver Texto : cuando por efectos de la solidaridad derivada del hecho uno de los coautores hubiera indemnizado una parte mayor que la que le corresponde, podrá ejercer la acción de reintegro. Precizando este concepto, se ha declarado que cuando media culpa concurrente y responsabilidad solidaria, el peso de los perjuicios debe distribuirse entre los deudores en proporción a su respectiva culpa (ver nota 2).

1116/1365

1365-1366. OBLIGACIONES SOLIDARIAS Y OBLIGACIONES IN SOLIDUM EN LOS CUASIDELITOS.— Es necesario no confundir la coautoría de un hecho ilícito, con la responsabilidad in solidum que la ley atribuye a ciertas personas. Hay coautoría cuando dos o más personas han contribuido con su acción personal a provocar el daño. Por ejemplo, dos automóviles marchando a excesiva velocidad chocan entre sí y al desviarse de su camino embisten a un peatón. En este caso, la obligación es solidaria y la contribución al pago de la indemnización debe hacerse de acuerdo a la culpa que cada uno tenga en el hecho.

Y si ella no puede establecerse claramente, cada uno de los coautores es responsable de la mitad del daño (aludimos, claro está, a las relaciones entre ellos pues frente a la víctima, cada uno es responsable por el todo, como cuadra a toda obligación solidaria). Hay responsabilidad in solidum cuando la ley la atribuye indistintamente a dos o más personas, aunque no hayan participado en la comisión del hecho. Así, por ejemplo tienen este carácter las responsabilidades que le corresponden al conductor y al propietario de un vehículo que ha herido a un peatón. La víctima puede dirigir su acción por el total contra cualquiera de ellos, pero si el que la ha pagado es el propietario, puede a su vez demandar al conductor culpable por el total de la indemnización; y a la inversa, el conductor que ha pagado no tiene acción de contribución ante el propietario (véase nº 1491) (ver nota 3).

1116/1367

1367. CULPA DE LA VÍCTIMA.— Dispone el art. 1111 Ver Texto que el hecho que no cause daño a la persona que lo sufre sino por una falta imputable a ella, no impone responsabilidad alguna. Hemos estudiado en otro lugar las consecuencias de la culpa de la víctima cuando ha sido la sola causa del daño y cuando ha sido causa concurrente (núms. 1324 y s.). Ahora estudiaremos dos situaciones particulares que se vinculan con el problema de la culpa de la víctima.



1116/1368

1368. a) Riesgo aceptado.— Supongamos que el accidente ocurra como consecuencia de un riesgo aceptado voluntariamente por la víctima. Por ejemplo, una persona acepta acompañar a un automovilista que corre una carrera, un boxeador acepta un desafío para una pelea. La solución de este problema debe hacerse sobre la base del siguiente criterio: si el accidente se ha producido como consecuencia del riesgo normal propio a esa actividad, no hay responsabilidad del autor del daño. Así ocurriría, por ejemplo, si el automovilista corría a la velocidad propia de la competencia y se produjo un vuelco como consecuencia de un hecho imprevisto (un bache en el camino, una pinchadura, etc.); pero si el automovilista ha tomado sobre sí más riesgos que los normales (por ejemplo, ha entrado en una curva a una velocidad excesiva, ha pretendido pasar a otro volante en circunstancias no propicias, etc.), entonces hay culpa de su parte y obligación de indemnizar. El consentimiento de la víctima no cubre esta conducta culpable (ver nota 4).

1116/1369

1369. b) Actos de abnegación o altruismo.— Supongamos ahora que una persona se expone voluntariamente para salvar a otra de un peligro que se cierne sobre ella, como consecuencia de lo cual, sufre un daño.

Resulta claro que el acto de abnegación no podría ser considerado sin más ni más como culpable, porque ello significaría castigar un acto moral y jurídicamente valioso. Por consiguiente, debe admitirse que estos actos, en principio, no son culpables ni excluyen el derecho del autor del acto de abnegación a pedir la reparación de los perjuicios sufridos. Este principio sólo tiene como límite la razonabilidad de la conducta del autor del acto; en otras palabras, el peligro que se ha querido evitar, no debe ser desproporcionado con el fin perseguido por la víctima (ver nota 5). Si, por ejemplo, se pone en peligro la propia vida para salvar una ajena, el acto es razonable y proporcionado al peligro; pero si se la arriesga para salvar una cosa o un animal perteneciente a otro, la conducta deja de ser razonable, y se convierte en imprudente.

1116/1370

1370. CLÁUSULAS LIMITATIVAS DE LA RESPONSABILIDAD.— Cabe preguntarse si serían válidas las cláusulas limitativas de la responsabilidad derivadas de un cuasidelito. No hay duda de que las cláusulas limitativas de la responsabilidad por culpa contractual, son válidas (véase nº 100); tampoco hay duda de que serían inválidas por inmorales y contrarias a las buenas costumbres, las que limitarían la responsabilidad derivada de un eventual delito. Pero la cuestión no es tan clara cuando se trata de culpa cuasidelictual. La solución tradicional es que tampoco puede reconocerse validez a estas cláusulas (ver nota 6). Pero en

el derecho moderno, se ha cuestionado el acierto de esta solución (ver nota 7). Se aduce que no hay en este caso un interés público comprometido, como lo habría si se tratara de una conducta dolosa; por lo tanto, las partes pueden regular sus relaciones como convenga a sus intereses.

Por nuestra parte, pensamos que la solución de este problema debe hacerse sobre la base de la siguiente distinción:

a) Si se trata de culpa personal del autor del hecho, las cláusulas limitativas de la responsabilidad deben reputarse nulas. No hay en este caso una mera cuestión de intereses privados. Interesa también al orden público que las personas pongan en sus actividades el debido cuidado para no dañar a terceros; nadie puede exonerar a otro de esa diligencia sin alterar las bases sobre las cuales debe asentarse la convivencia humana.

b) Distinto es el caso de las responsabilidades reflejas, originadas en la culpa del dependiente o en el hecho de la cosa. Aquí no hay culpa personal del principal o dueño; no se ve inconveniente en que pueda pactarse una exención de responsabilidad. Algunos ejemplos lo demuestran palmariamente. Dos propietarios de campos linderos, que se encuentran en la necesidad de atravesar recíprocamente para salir a los caminos de acceso, convienen en que los descuidos o culpas cometidos por sus peones al cruzar la propiedad lindera, no originarán ninguna responsabilidad al principal. O que los daños ocasionados por los animales que apacentan en sus campos no serán imputables al dueño. ¿Cuál es el principio de orden público que está en juego en estos casos para impedir la validez de tales cláusulas? Forzoso será reconocer que ninguno. Y no cabe duda que el reconocimiento de su validez consulta necesidades prácticas y económicas que no pueden desdeñarse.

Pero cabe hacer la advertencia que dichas cláusulas serían inválidas si mediara también culpa personal del principal o dueño. Así, por ejemplo, el daño cometido por un animal furioso o salvaje, escapado por negligencia del dueño, no podría excusarse en virtud de una cláusula de irresponsabilidad, aduciendo que se trata de una responsabilidad refleja porque también hay culpa personal.

1116/1371

1371.— Bien entendido que cuando se afirma la nulidad de las cláusulas de exención de responsabilidad, se alude a la renuncia anticipada al derecho de reclamar daños y perjuicios que puedan derivar de una culpa futura; pero producido el daño, nada obsta a que la víctima renuncie a la indemnización que le hubiere correspondido.

1116/1372

1372.— Cabe añadir que, en lo relativo al contrato de transporte, la ley expresamente dispone la invalidez de estas cláusulas (art. 184 Ver Texto , Cód. Comercio y art. 140 , ley 14307). Es una disposición razonable, que toma en cuenta el hecho de que el contrato de transporte es por lo común un contrato de adhesión, en el cual el pasajero no tiene otra opción que aceptar todas las cláusulas que se le imponen o no viajar. En esas condiciones, la cláusula de irresponsabilidad se prestaría a los mayores abusos.

(nota 1) Puede verse completa síntesis de la jurisprudencia y de la doctrina sobre el punto en nuestra segunda edición, núms. 1364 y 1365.

(nota 2) C. S. N., 9/8/1977, E. D., t. 75, p. 180; C. Civil Cap., Sala D, 3/2/1964, L. L., t. 114, p. 435; Sala F, 4/6/1964, L. L., t. 117, p. 800; Sala C, 13/12/1967, L. L., t. 130, p. 545; C. C. C. La Plata, Sala II, L. L., t. 129, p. 1018; BUSSO, Código Civil anotado, t. 3, arts. 511 y 512, n° 128; COLMO, Obligaciones, n° 115; SALVAT, Obligaciones, t. 1, n° 138; REZZÓNICO, Obligaciones, 9ª ed., p. 163.

(nota 3) En este sentido: C. Civil Cap., Sala D, 5/6/1956, J. A., 1956-IV, p. 263; MORELLO, en DE GÁSPERI, Obligaciones, n° 1889, A, letra G.

(nota 4) De acuerdo: ACUÑA ANZORENA, en SALVAT, Hechos ilícitos, n° 2793, a; SAVATIER, t. 2, n° 856; LALOU, n° 344.

(nota 5) De acuerdo: ACUÑA ANZORENA, en SALVAT, n° 2793, b; PLANIOL-RIPERT-ESMEIN, t. 6, n° 569; MAZEAUD, t. 2, n° 1499; SAVATIER, t. 1, n° 103; JOSSERAND, t. 2, n° 521.

(nota 6) C. Civil 1ª Cap., 20/3/1939, J. A., t. 68, p. 629; Sup. Corte Buenos Aires, 7/4/1953, J. A., 1953-II, p. 468; SALVAT, Hechos ilícitos, n° 2794; AGUIAR, t. 3, n° 209; COLOMBO, Culpa aquiliana, 2ª ed., n° 76; REZZÓNICO, Obligaciones, 9ª ed., p. 1332; BAUDRY LACANTINERIE y BARDE, t. 4, n° 21; LALOU, n° 506.

(nota 7) MAZEAUD, t. 3, núms. 2571 y s.; DEMOGUE, t. 5, n° 1199; SAVATIER, t. 2, n° 664. JOSSERAND rechaza la legitimidad de estas cláusulas cuando ellas se refieren a daños ocasionados a las personas, pero las considera válidas si se refieren a daños sobre los bienes (t. 2, n° 479).

## CAPÍTULO X - RESPONSABILIDADES REFLEJAS

1116/10630

§ 1.— Responsabilidad por el hecho de otro

1116/10640

A.— RESPONSABILIDAD POR LOS DEPENDIENTES (Ver Nota)

1116/1373

1373. EL ART. 1113; QUIÉNES SON DEPENDIENTES.— Según el art. 1113 Ver Texto , el principal responde por los daños ocasionados por las personas que están bajo su dependencia.

¿Qué se entiende por dependiente? No cabe duda que lo es quien se encuentra en una relación de subordinación respecto de su principal, que tiene sobre él atribuciones de dirección o vigilancia; el ejemplo típico es el del obrero o empleado vinculado por una relación laboral con su patrón. Pero la doctrina y jurisprudencia modernas han ampliado notablemente el significado de este concepto. Así, se ha resuelto que la dependencia no requiere necesariamente un vínculo contractual, entre principal y subordinado, puesto que nada se opone a una subordinación que nace aun en relaciones gratuitas y ocasionales (ver nota 1). En otras palabras: hay dependencia, en el sentido del art. 1113 Ver Texto , siempre que el autor del hecho haya dependido para obrar, de una autorización principal, como ocurre cuando se cede el volante de un automóvil a un tercero, a un amigo (ver nota 2). De esta manera, la noción de dependencia se ha hecho notablemente fluida y responde al requerimiento moderno de hallar un culpable cuando alguien ha sido dañado en su persona o sus bienes. Es decir, se contempla el problema del lado de la víctima y se busca un responsable, que ordinariamente será el que ha creado el riesgo. Más aún: se ha llegado a declarar que cuando una persona hace uso de una cosa perteneciente a otra (en los casos resueltos se trataba de un automóvil), se presume que lo hace en calidad de dependiente, siquiera ocasional, del propietario, mientras no se pruebe cuál es el título que tiene el tenedor de la cosa para servirse de ella; pues si correspondiendo al propietario el derecho de usar y servirse de la cosa y de prohibir que otro se sirva de ella, y con todo, la cosa es usada y aprovechada por otro, se impone la conclusión de que éste, a falta de título propio para la

utilización, actúa bajo la dependencia del propietario para la utilización de la cosa (ver nota 3).

1116/1374

1374.— Se ha resuelto que no hay relación de dependencia: entre el dueño de la obra y el empresario (ver nota 4), salvo que aquél se hubiera reservado la dirección (ver nota 5), entre la agencia de remise y el conductor y propietario de uno de los vehículos (ver nota 6), entre la empresa organizadora de competencias deportivas y los competidores (ver nota 7). Estrictamente, no hay relación de dependencia entre cónyuges y así lo han declarado algunos fallos con referencia a este problema de la responsabilidad (ver nota 8); pero ya se ha dicho que en esta materia, dependencia es sinónimo de autorización expresa o tácita; de modo que el cónyuge propietario responde por los daños ocasionados por el otro cónyuge que conducía el vehículo (ver nota 9).

1116/1375

1375. RELACIÓN ENTRE LAS TAREAS Y EL HECHO DEL DEPENDIENTE.— Claro está que no todo hecho del dependiente compromete la responsabilidad del principal. Es menester que haya alguna relación entre las tareas que han sido encomendadas o permitidas y el hecho dañoso. No puede caber duda de que el homicidio cometido por un empleado fuera del lugar y de las horas de trabajo, no es imputable a su principal. Ahora bien: ¿cuándo el hecho ilícito del dependiente origina la responsabilidad del principal?

a) Para un sector de la jurisprudencia y la doctrina, la responsabilidad del principal requiere que el daño ocasionado por el dependiente lo haya sido en ejercicio de sus funciones, admitiéndose que dicha responsabilidad existe aun en el caso de que haya mediado culpa, abuso o exceso en el desempeño de las funciones (ver nota 10).

b) Para otro sector igualmente importante (ver nota 11), basta que el daño se haya causado con ocasión del trabajo.

En su formulación estricta y extrema, estas teorías se han demostrado insatisfactorias. Limitar la responsabilidad al supuesto estricto del daño ocasionado en ejercicio de las funciones, dejaría sin reparación múltiples daños en los que la responsabilidad del principal parece imponerse. Tal es, por ejemplo, el supuesto del guarda de ómnibus que, a raíz de un incidente circunstancial con un pasajero, lo lesiona. Evidentemente, esa violencia no integra el ejercicio de las funciones del guarda. Como dice JOSSERAND, con buena lógica, el patrón no debería responder sino de los actos cumplidos en el interior y en el cuadro exacto de sus funciones; si la actividad del empleado desborda sobre tierras vecinas, deja de ser

imputable al comitente (ver nota 12). Pero aun escapando al concepto estricto de “ejercicio de las funciones”, no por ello es menos justa la responsabilidad del principal; por eso es que los defensores de este punto de vista han debido admitir que hay responsabilidad del principal aun en el caso de que las funciones se hayan ejercido con abuso o falta o dolo (ver nota 13). Claro está que así la teoría se desvirtúa en buena medida, porque quien abusa de las funciones, no las ejerce; más aún, debe suponerse que obra en contra de la voluntad del principal y no en cumplimiento de lo que se le ha encomendado. Por otra parte, es de notar que así, los límites de la responsabilidad del principal que esta teoría se proponía reducir a un marco estrecho, se ensanchan hasta rozar la teoría opuesta.

Igualmente inadecuado resulta el concepto demasiado amplio y vago de daño realizado con ocasión del trabajo. No basta la mera ocasión del trabajo para desencadenar la responsabilidad del principal. Así, por ejemplo, si el guarda de ómnibus que ha jurado matar a su enemigo, lo encuentra en el vehículo y cumple su amenaza, parece a todas luces justo eximir de responsabilidad al principal, no obstante que el daño ocurrió en ocasión de trabajo. Y así como los sostenedores de la doctrina opuesta han procurado ensanchar sus límites de aplicación, los de ésta han procurado reducirlos. Este sentido tiene la opinión de SAVATIER cuando afirma que debe reputarse que el daño ha tenido lugar con ocasión del trabajo cuando las funciones del dependiente han sido para él, sea el fin, sea el medio “necesario” para su falta (ver nota 14).

Se ve así que estos criterios opuestos han perdido precisión; y la verdad es que sus sostenedores no han dado con una fórmula satisfactoria para resolver el problema. La explicación del fracaso está, a nuestro juicio, en la dificultad de reducir a esquemas rígidos lo que en la vida real presenta un aspecto polifacético.

Por nuestra parte entendemos que la responsabilidad del principal debe admitirse siempre que haya una razonable relación entre las funciones y el daño (ver nota 15). Esta fórmula elástica permite resolver, conforme a justicia, los múltiples supuestos que se presentan en la realidad de la vida.

Es necesario agregar que, en su nueva redacción, el art. 43 Ver Texto dispone que las personas jurídicas son responsables de los daños ocasionados por quienes las dirijan o administren en ejercicio o en ocasión de sus funciones. La reforma ha dado una solución ecléctica, que a nuestro juicio se compagina bien con el criterio de la razonable relación entre las funciones y el daño, que hemos sostenido.

La misma solución es aplicable a los daños ocasionados por los dependientes de las personas jurídicas (ver nota 16).

1376. CONDICIONES DE LA RESPONSABILIDAD.— De lo dicho hasta aquí se infiere que para que surja la responsabilidad del principal, es indispensable: a) que haya una relación de dependencia entre el responsable y el autor del daño; b) que el daño haya sido cometido con motivo del trabajo.

A ello se agrega en la doctrina corriente, un tercer requisito: que el daño haya sido originado en un hecho ilícito, es decir, que debe mediar dolo o culpa del dependiente (ver nota 17). Sobre esto debemos decir que normalmente la responsabilidad del principal se origina en un hecho ilícito del dependiente. Pero pensamos que éste no es un requisito sine qua non de la responsabilidad del principal. Si el dueño de un automóvil lo presta a un demente y éste, en un verdadero acto de locura, embiste y mata a uno o varios transeúntes, es indudable que responde el principal, a pesar de que no puede imputarse dolo ni culpa al demente, que carece de discernimiento (art. 921 Ver Texto , Cód. Civil).

1116/1377

1377. EL PROBLEMA DE LA INEXCUSABILIDAD DEL PRINCIPAL.— Se discute si el principal puede o no excusar su responsabilidad demostrando que razonablemente no pudo evitar el daño:

a) De acuerdo con una primera teoría, el principal puede excusar su responsabilidad demostrando su falta de culpa. Esta opinión se funda en los siguientes argumentos: 1) En nuestro Derecho no hay responsabilidad sin culpa; por tanto, si se prueba que no la hubo, no puede haber tampoco responsabilidad (este argumento ha perdido vigencia después de la sanción de la ley 17711 , que expresamente admite supuestos de responsabilidad sin culpa). 2) GARCÍA GOYENA y el Código de Louisiana, citados en la nota, permiten al principal demostrar que no hubiera podido impedir el hecho. 3) Si la responsabilidad del principal fuera inexcusable, sobrarían los arts. 1118 Ver Texto y 1119, que establecen la inexcusabilidad en el caso de los hoteleros, capitanes de buques, etcétera (ver nota 18). Es ésta la solución aceptada en el Proyecto del 1936 (art. 889 Ver Texto ).

b) De acuerdo a una segunda categoría, predominante en la jurisprudencia y doctrina, la responsabilidad del principal es inexcusable (ver nota 19). Esta opinión ha sido sostenida aun por autores que adhieren al punto de vista clásico de que el fundamento de la responsabilidad es la culpa (ver nota 20). Los argumentos esenciales que se hacen valer son los siguientes: 1) El art. 1113 Ver Texto no autoriza al principal a excusar su responsabilidad demostrando que no pudo evitar el daño, tal como lo hace en otros casos (padres, tutores, curadores, directores de colegio). 2) Es la solución de la fuente citada al pie del artículo (art. 1384, Cód. Civil francés). Y naturalmente, esta solución se impone cuando se parte del concepto de que el fundamento de la responsabilidad no es la culpa del

principal sino el riesgo creado por él o bien una obligación de garantía impuesta por razones de justicia (ver nota 21).

Por nuestra parte, adherimos a la tesis de la inexcusabilidad. Dejando de lado el argumento fundado en las fuentes, siempre tan débil y que en nuestro caso brinda apoyo a ambas soluciones, nos parece decisiva la circunstancia de que el art. 1113 Ver Texto establece la responsabilidad del principal, sin otorgarle la posibilidad de demostrar su falta de culpa, como en otros casos lo permite. El argumento de que en nuestro Código no hay responsabilidad sin culpa queda desvirtuado por lo que disponen los arts. 1118 Ver Texto y 1119, que no autorizan la demostración de que no hubo culpa de parte de los hoteleros, agentes de transportes, capitanes de barcos, etcétera y desde luego, es insostenible después de sancionada la ley 17711 que en el mismo art. 1113 Ver Texto prevé supuestos de responsabilidad sin culpa (daños causados por cosas viciosas o riesgosas). Por otra parte, admitiendo la irresponsabilidad del principal que demuestra su falta de culpa, haríamos perder al art. 1113 Ver Texto su papel de garantía contra los daños de que suelen ser víctimas los terceros, precisamente en los casos en que la reparación es más justa. Así, por ejemplo, en el supuesto de que la empresa de servicios públicos demostrara acabadamente que no hubo culpa in eligendo o in vigilando de su parte, porque tomó todas las precauciones para evitar accidentes (por ejemplo, sólo contrató conductores que demostraron que en largos años de desempeñar su oficio no tuvieron ningún accidente, organizó su cuerpo de inspectores para vigilar la conducta de los choferes), habría que admitir que la compañía no es responsable de los daños producidos por culpa de uno de los conductores de los vehículos; solución que sería irritante. Igualmente absurdo sería sostener que no es responsable el propietario demente de una empresa de transportes de pasajeros, cuando uno de sus conductores ha provocado culpablemente un accidente; a esa conclusión llevaría la doctrina que impugnamos, pues el demente, por carecer de discernimiento, no puede nunca incurrir en culpa. Es obvio que la empresa que crea un riesgo con sus actividades, que saca su provecho de esas actividades peligrosas, debe indemnizar los daños que de ellas resulten para terceros. Todo esto explica que la discusión doctrinaria haya sido superada en la práctica por una jurisprudencia que nunca admite la prueba de la falta de culpa del principal.

1116/1378

1378. FUNDAMENTO DE LA RESPONSABILIDAD DEL PRINCIPAL.— Ya hemos aludido anteriormente al tema y expresado nuestra opinión (núms. 1341 y s.). Ahora sólo deseamos reiterar y precisar algunos conceptos.

La idea clásica de que la responsabilidad del principal se funda en su culpa, ya sea in eligendo, ya in vigilando, no resiste el análisis. La teoría justamente predominante según la cual la responsabilidad del principal es inexcusable aun cuando demuestre su falta de culpa, es la demostración palmaria de que no es la culpa el fundamento de dicha responsabilidad. Ese fundamento no es otro que el riesgo creado con la delegación de funciones en un



tercero. Quien crea el riesgo debe asumir la reparación de los daños ocasionados.

Pero aun siendo todo esto evidente, hay que agregar que el sistema de la culpa no queda totalmente desalojado. Recobra parte de su imperio cuando se trata de valorar el problema de la concausa en la producción del hecho dañoso. Así, por ejemplo, si se demuestra que el accidente ocurrió por culpa exclusiva de la víctima, no habrá lugar a indemnización; si se prueba que medió culpa concurrente, la indemnización será parcial (véase nº 1324). Estas soluciones no son incompatibles con la teoría del riesgo creado, porque demostrada la culpa de la víctima, queda también demostrado que la actividad peligrosa no es la única causa del accidente; y habiendo concausa, el daño debe distribuirse teniendo en consideración dicha circunstancia.

1116/1379

1379. ACCIONES QUE POSEE LA VÍCTIMA.— La víctima de un daño ocasionado por un dependiente, tiene dos acciones: una contra el propio autor del hecho ilícito, conforme con el principio sentado en el art. 1109 Ver Texto ; y otra contra el principal, conforme con el art. 1113 Ver Texto . Puede dirigir su acción contra cualquiera de ellos o conjuntamente contra los dos, que es lo habitual. Tanto el dependiente como el principal son responsables por el total; pero no se trata propiamente de una responsabilidad solidaria, sino in solidum, lo que marca importantes diferencias que hemos señalado en otro lugar (nº 580). Claro está que cobrada la deuda de uno de los obligados in solidum, se extingue la acción contra el otro; de lo contrario, la víctima vendría a beneficiarse por el cobro duplicado de un mismo daño.

1116/1380

1380. ACCIÓN REGRESIVA DEL PRINCIPAL CONTRA EL DEPENDIENTE.— La responsabilidad del principal existe sólo respecto del tercero, víctima del hecho ilícito. Pero él tiene derecho a demandar de su dependiente, autor del hecho, todo lo que haya debido pagar al tercero en concepto de daños y perjuicios (art. 1123 Ver Texto ). Esto demuestra, una vez más, que el fundamento de la responsabilidad del principal no es su culpa sino una obligación de garantía que pesa sobre él en virtud del riesgo creado; se trata de garantizar al tercero que el daño que ha sufrido le será indemnizado, sea por el principal o por el dependiente; salvada así la situación de la víctima con una solución que obedece a evidentes razones de justicia, es también justo que el propio autor del daño sea el que en definitiva cargue con la reparación.

Si, en cambio, el fundamento de la responsabilidad fuera la culpa in vigilando o in eligendo del principal, habría que admitir que en la producción del evento dañoso ha mediado culpa concurrente del principal y del empleado y que, por tanto, la indemnización debería ser

compartida por ellos y no recaer sobre uno solo de los culpables.

**BIBLIOGRAFÍA ESPECIAL:** DASSEN, KEMELMAJER DE CARLUCCI, Daños ocasionados por los dependientes, Buenos Aires, 1992; Responsabilidad por los actos ilícitos del dependiente, J. A., 1943-I, p. 65; ZAVALA DE GONZÁLEZ, La responsabilidad del principal por el hecho del dependiente, Buenos Aires, 1980; ORGAZ, Responsabilidad contractual por el hecho ajeno, en Estudios de Derecho Civil, p. 325; SPOTA, La tendencia jurisprudencial hacia la presunción de culpa en materia de responsabilidad cuasidelictual indirecta, J. A., t. 71, p. 420; *id.*, El daño causado por el dependiente en ocasión de desempeñar la función o dependencia, J. A., 1943-I, p. 386; NOVILLO SARAIVIA (h), La responsabilidad civil por el dependiente en la doctrina y la jurisprudencia argentina, L. L., t. 97, p. 894; OVEJERO, Responsabilidad por el hecho de tercero, J. A., t. 54, sec. doct., p. 15; GARRIDO y ANDORNO, El art. 1113 del Código Civil, Buenos Aires, 1983.

(nota 1) C. Civil Cap., Sala A, 2/7/1959, causa 45.915; *id.*, 2/5/1960, causa 51.144 (inédita); *id.*, 13/3/1962, L. L., t. 107, p. 612; Sala D, 13/7/1976, E. D., t. 77, p. 343; Sala D, 31/12/1964, L. L., t. 117, p. 757; Sala F, 10/5/1960, L. L., t. 99, p. 800, n° 5075-S; C. Civil 1ª Cap., 13/12/1939, L. L., t. 16, p. 1191; *id.*, 16/3/1943, J. A., 1943-I, p. 915; C. Civil 2ª Cap., 15/3/1933, J. A., t. 41, p. 397; COLOMBO, Culpa aquiliana, 2ª ed., n° 114; NOVILLO SARAIVIA (h), L. L., t. 97, p. 894, n° 14; AGUIAR, t. 3, n° 920; MORELLO, en DE GÁSPERI, Obligaciones, t. 4, n° 1846, a.

(nota 2) C. Civil Cap., Sala A, 2/7/1959, causa 45.915; *id.*, 13/3/1971, in re “Pizarro de Pereyra c/Preiti”; Sala D, 31/12/1964, L. L., t. 117, p. 757; Sala E, 14/6/1966, L. L., t. 123, pag. 803 (en el caso se trataba del marido presumiblemente autorizado por su esposa, la propietaria); *id.*, 9/3/1971, L. L., t. 144, p. 434; Sala F, 12/9/1963, L. L., t. 113, p. 221; C. Civil 1ª Cap., 19/5/1924, J. A., t. 12, p. 728; C. Civil 2ª Cap., 15/3/1933, J. A., t. 41, p. 397; BUSTAMANTE ALSINA, Teoría general de la responsabilidad civil, n° 947 (Ver Texto); MOSSET ITURRASPE, Responsabilidad por daños, t. II-B, n° 205, nota 39.

(nota 3) C. Civil Cap., Sala A, 2/7/1959, causa 45.915 (inédita); *id.*, 2/5/1960, causa 53.144 (inédita); C. Civil Cap., Sala D, 31/12/1964, L. L., t. 117, p. 757. Otros fallos, sin generalizar esta doctrina, la han aplicado en el caso sub-lite, declarando que cuando el empleado utiliza el auto de su principal, obra en cumplimiento de sus órdenes (C. Civil Cap., Sala C, 3/5/1966, L. L., t. 122, p. 849), o que cuando el marido conduce el auto de su esposa está autorizado presumiblemente para hacerlo (Sala E, 14/6/1966, L. L., t. 123, p. 803).

(nota 4) C. Civil Cap., Sala D, 17/12/1952, J. A., 1953-II, p. 68; *id.*, 31/12/1964, L. L., t. 117, p. 757; C. Civil 1ª Cap., 27/7/1934, J. A., t. 47, p. 112; C. Paz Cap., 24/7/1951, J. A., 1952-I, p. 200.

(nota 5) C. Civil 1ª Cap., 1/8/1928, J. A., t. 28, p. 101. En el mismo sentido: C. Civil Cap., Sala F, 29/4/1965, Doct. Jud., nº 2582 (se trataba de una obra encomendada a un contratista por la Municipalidad, reservándose ésta el derecho de controlar la ejecución).

(nota 6) C. Civil Cap., Sala F, 12/9/1963, J. A., 1964-II, p. 165.

(nota 7) C. Civil 1ª Cap., 6/5/1942, J. A., 1942-II, p. 936 (competencia automovilística); C. Civil 2ª Cap., 14/6/1937, L. L., t. 6, p. 994 (muerte de un boxeador como consecuencia de un match). Véase, sin embargo, lo que decimos en el nº 1667.

(nota 8) C. Paz Cap., 3/10/1952, L. L., t. 70, p. 316; Sup. Corte Buenos Aires, 13/6/1950, J. A., 1950-IV, p. 673; C. 2ª Apel. La Plata, 15/2/1949, L. L., t. 54, p. 376.

(nota 9) C. Civil Cap., Sala E, 14/6/1966, L. L., t. 123, p. 803; LLAMBÍAS, Elementos constitutivos de la relación de dependencia, J. A., diario del 17/9/1975.

(nota 10) C. S. N., 4/11/1942, J. A., 1943-I, p. 443; C. Civil Cap., Sala C, 10/10/1951, L. L., t. 65, p. 66; Sala E, 14/6/1966, L. L., t. 123, p. 803; C. Civil 1ª Cap., 21/11/1935, J. A., t. 52, p. 429; Sup. Corte Buenos Aires, 7/7/1942, J. A., 1942-III, p. 320; BIBILONI, Anteproyecto, t. 2, p. 258; ACUÑA ANZORENA, L. L., t. 27, p. 630; LLAMBÍAS, voto en fallo de la C. Civil Cap., Sala A, 26/8/1963, E. D., t. 6, p. 278; COLOMBO, Culpa aquiliana, nº 114; CAMMAROTA, Responsabilidad extracontractual, t. 2, nº 327; SALVAT, Hechos ilícitos, nº 2804; MAZEAUD, t. 1, nº 912; PLANIOL-RIPERT-ESMEIN, t. 6, p. 650.

(nota 11) C. Paz Let. Cap., 6/7/1949, L. L., t. 57, p. 717; Sup. Corte Buenos Aires, 9/4/1957, L. L., t. 89, p. 179; C. 1ª Apel. La Plata, 7/5/1940, J. A., t. 71, p. 420; S. T. Santa Fe, 19/9/1947, L. L., t. 49, p. 712; S. C. Tucumán, 2/4/1949, L. L., t. 57, p. 454; SPOTA, J. A., t. 71, p. 420; FLEITAS, voto en fallo C. Civil Cap., Sala D, 20/3/1959, L. L., t. 94, p. 353; BAUDRY LACANTINERIE y BARDE, Obligations, t. 3, nº 2914; DEMOGUE, t. 5, núms. 919 y s.; JOSSERAND, t. 2, vol. 1, nº 512; SAVATIER, t. 1, nº 318; LALOU, Traité pratique de la responsabilité civile, nº 1055.

(nota 12) JOSSERAND, nota en D. P., 1934, I, 5, p. 8, citado por ACUÑA ANZORENA, Fundamento de la responsabilidad del comitente, L. L., t. 27, p. 630, nº 8.

(nota 13) Esta ha sido la jurisprudencia invariable de nuestros tribunales: C. Civil Cap.,

Sala C, 26/4/1954, L. L., t. 75, p. 531; C. Civil 1ª Cap., 21/8/1939, J. A., t. 67, p. 599; C. Civil 2ª Cap., 8/3/1948, L. L., t. 50, p. 398; C. Apel. Rosario, en pleno, 22/3/1955, J. A., 1955-III, p. 26; Sup. Corte Buenos Aires, 15/5/1945, J. A., 1945-II, p. 767; ACUÑA ANZORENA, loc. cit. en nota anterior; COLOMBO, Culpa aquiliana, 2ª ed., n° 114.

(nota 14) Traité, t. 1, n° 318.

(nota 15) El criterio de la razonable relación entre las funciones y el daño ha sido expresamente adoptado por algunos fallos: C. S. N., 13/6/1978, L. L., 1978-D, p. 75; C. Civil Cap., Sala D, 30/8/1973, E. D., t. 51, p. 373; íd., 2/3/1973, E. D., t. 49, p. 153. Lo postulan también las Cuartas Jornadas Bonaerenses de Derecho Civil, Junín, 1990, y las Cuartas Jornadas de Derecho Civil, Santa Fe, 1977. Es también la doctrina que se desprende implícitamente de los fallos que admiten la responsabilidad del principal, cuando el daño se ha producido con motivo del trabajo: C. S. N., 10/10/1945, J. A., 1946-I, p. 68; C. Civil Cap., Sala F, 2/6/1959, L. L., t. 95, p. 628; voto del doctor FLEITAS en fallo de la C. Civil Cap., Sala D, 20/3/1959, L. L., t. 94, p. 353; C. Fed. Cap., Sala II, 9/11/1982; E. D., fallo n° 36.628, íd., Sala III, 24/4/1986, L. L., fallo n° 85.416.

(nota 16) De acuerdo: C. Civil Cap., Sala E, 10/5/1984, L. L., fallo n° 83.524.

(nota 17) C. Civil 1ª Cap., 21/11/1935, J. A., t. 52, p. 429; C. Civil 1ª La Plata, 7/5/1940, J. A., t. 71, p. 421; SALVAT, Hechos ilícitos, n° 2806; ACUÑA ANZORENA, nota en L. L., t. 27, p. 635, n° 7; COLOMBO, Culpa aquiliana, 2ª ed., n° 114; CAMMAROTA, Responsabilidad extracontractual, t. 2, n° 332; AGUIAR, t. 3, n° 93; MORELLO, en DE GÁSPERI, Obligaciones, t. 4, n° 1846, a.

(nota 18) BIBILONI, nota al art. 1415 del Anteproyecto; ACUÑA ANZORENA, nota en L. L., t. 27, p. 630; COLOMBO, Culpa aquiliana, 2ª ed., n° 116; MACHADO, t. 3, p. 410.

(nota 19) C. S. N., 4/11/1942, J. A., 1943-I, p. 443; C. Civil 1ª Cap., 21/11/1935, J. A., t. 52, p. 430; C. Paz Let. Cap., 29/5/1940, J. A., t. 73, p. 284; Sup. Corte Buenos Aires, 1/10/1940, J. A., t. 75, p. 68. Y autores citados en las dos notas siguientes.

(nota 20) Autores que, aun sosteniendo el sistema de la culpa, adhieren a esta solución: SALVAT, Hechos ilícitos, n° 2805; LLAMBÍAS, voto en C. Civil Cap., Sala A, 26/8/1963, E. D., t. 6, p. 278; íd., Inexcusabilidad de la responsabilidad del principal, J. A., diario del 18/6/1975; AGUIAR, t. 3, n° 84.

(nota 21) SPOTA, nota en J. A., t. 71, p. 420; BARCIA LÓPEZ, El carácter inexcusable

de la responsabilidad civil del principal por el acto ilícito del subordinado, Revista del Colegio de Abogados de Buenos Aires, nov.-dic., 1940, p. 445; FLEITAS, voto en C. Civil Cap., Sala D, 20/3/1959, L. L., t. 94, p. 353.

1116/10650

B.— RESPONSABILIDAD DE LOS PADRES (ver nota 1)

1116/1381

1381. RESPONSABILIDAD DE LOS PADRES: SU FUNDAMENTO.— El primitivo art. 1114 Ver Texto disponía que el padre y, por su muerte, ausencia o incapacidad, la madre, son responsables de los daños causados por sus hijos menores que estén bajo su poder, y que habiten con ellos, sean legítimos o naturales. Esta disposición ha sufrido una importante reforma por la ley 23264 . El nuevo art. 1114 Ver Texto dispone: El padre y la madre son solidariamente responsables de los daños causados por sus hijos menores que habiten con ellos, sin perjuicio de la responsabilidad de los hijos si fueran mayores de diez años. En caso de que los padres no convivan, será responsable el que ejerza la tenencia, salvo que al producirse el evento dañoso el hijo estuviere al cuidado del otro progenitor.

La norma primitiva era coherente con el sistema de Código Civil que atribuía el ejercicio de la patria potestad al padre; pero hoy, el ejercicio de ella es conjunto entre el padre y la madre que convivan, sea en una unión matrimonial, sea en un simple concubinato (art. 264 Ver Texto , ref. por ley 23264 ); es lógico, por consiguiente, que si el ejercicio de la patria potestad es conjunto, la responsabilidad recaiga por igual en ambos progenitores. Además la ley ha querido asegurar a la víctima la reparación del daño sufrido atribuyendo a los padres una responsabilidad solidaria.

Pero si los padres no conviven, el responsable es el progenitor que ejerce la tenencia (que en la generalidad de los casos es la madre), dado que el otorgamiento de la tenencia a uno de ellos supone atribuirle el ejercicio de la patria potestad con carácter excluyente (art. 264 Ver Texto , inc. 2º). Sin embargo, si al producirse el evento dañoso estuviere al cuidado del otro progenitor (como ocurriría, por ejemplo, si en ese momento el hijo estuviere visitando al padre que no tiene la tenencia), será éste el responsable.

En el nuevo texto legal se ha omitido toda referencia a los hijos legítimos o extramatrimoniales, porque hoy todos ellos gozan del mismo status jurídico. Esta responsabilidad se funda esencialmente en la culpa in vigilando. Los padres tienen el deber de vigilar y educar a sus hijos; y este deber no sólo existe en las relaciones paterno-filiales, sino también respecto de terceros. Frente a éstos, el padre es responsable de toda omisión en el cabal desempeño de la patria potestad.

Que la culpa in vigilando sea el fundamento de esta responsabilidad, parece claro en el sistema de nuestra ley, desde que la responsabilidad cesa cuando el menor no habita con su padre (art. 1114 Ver Texto ), o cuando ha sido colocado bajo la vigilancia de otra persona (art. 1115 Ver Texto ) o cuando prueba que le ha sido imposible impedir el daño (art. 1116 Ver Texto ).

Hay que agregar que en el derecho moderno la responsabilidad de los padres tiende a fundarse no en el deber de vigilancia, en la culpa in vigilando, sino simplemente en la relación de paternidad y en la necesidad de no dejar desamparada a la víctima de un hecho ilícito (ver nota 2).

1116/1382

1382. CONDICIONES PARA QUE EXISTA RESPONSABILIDAD PATERNA.— Para que funcione la responsabilidad de los padres es preciso: a) que los hijos sean menores de edad; b) que estén bajo la patria potestad; c) que habiten con los padres. Estudiaremos a continuación cada uno de estos requisitos.

1116/1383

1383. a) Que los hijos sean menores de edad.— En primer lugar se requiere que se trate de hijos menores (art. 1114 Ver Texto ). Los actos ilícitos de los mayores de edad no originan responsabilidad de los padres, aunque vivan con ellos o dependan de ellos económicamente. La responsabilidad de los padres concluye con la mayoría, pues en ese momento cesa el deber de vigilancia paterna. Esta solución se aplica aun en caso de demencia del hijo; si está declarado demente, el responsable será el curador (art. 1117 Ver Texto ), que puede o no ser el progenitor; si no lo está, tampoco hay responsabilidad paterna, puesto que las responsabilidades reflejas sólo pueden surgir de un texto legal, y no hay ninguno que la imponga al progenitor de un demente mayor de edad (ver nota 3).

1116/1384

1384-1385. b) Que estén bajo la patria potestad paterna.— El art. 1114 Ver Texto exige, para desencadenar la responsabilidad paterna, que los hijos estén bajo su poder. Es claro así, que no los afectan los actos de sus hijos menores emancipados por matrimonio o por habilitación de edad (ver nota 4). Si el matrimonio fuera declarado nulo, la responsabilidad paterna no cubre los actos del menor realizados con anterioridad al día en que la sentencia que declaró la nulidad haya pasado en autoridad de cosa juzgada, pues hasta ese momento

subsiste la emancipación (art. 132 Ver Texto ) (ver nota 5).

En cambio, la llamada emancipación comercial no tiene influencia sobre la responsabilidad de los padres, ya que éstos mantienen su patria potestad y, por consiguiente, su deber de vigilancia (ver nota 6). Pero cabe preguntarse si la responsabilidad paterna subsiste en caso de que el hecho ilícito haya sido cometido con motivo del comercio que fue autorizado a ejercer. Si bien la cuestión está controvertida, nos inclinamos por la negativa. Desde que el menor está emancipado para el ejercicio del comercio, escapa al poder y vigilancia de los padres y, por consiguiente, será excesivo mantener la responsabilidad refleja del padre (ver nota 7).

Análoga es la situación de los menores que han cumplido 18 años o poseen un título habilitante para ejercer una profesión. Puesto que ellos pueden trabajar aun contra la oposición paterna, resulta obvio que escapan al poder de vigilancia y contralor de sus padres en todo lo que atañe a su trabajo o profesión. Si, por consiguiente, el acto ilícito se vincula con dicho trabajo, no hay responsabilidad paterna, la que en cambio se mantiene en relación a las demás actividades del menor (ver nota 8).

1116/1386

1386.— Tampoco hay responsabilidad si uno de los progenitores es incapaz (demente, sordomudo que no sabe darse a entender por escrito), pues no ejerce la patria potestad; o si por cualquier motivo ha sido privado de la patria potestad (ver nota 9). Desde luego, la responsabilidad recae exclusivamente sobre el progenitor capaz o que no ha sido privado de la patria potestad.

1116/1387

1387. c) Que los menores habiten con sus padres.— La ley parte de la base de que si los hijos no viven con sus padres, no puede exigírseles a éstos una vigilancia que las circunstancias de hecho hacen imposible. Es claro que si el menor no vive con su padre porque éste lo ha abandonado o porque tolera su vagabundaje, la responsabilidad paterna se mantiene, pues tiene la culpa de no haber ejercido como correspondía su deber de vigilancia (ver nota 10); para excluirla, es necesario que el alejamiento del menor del hogar paterno obedezca a un motivo legítimo. Si lo dicho anteriormente no ofrece dudas, en cambio sí las presenta el siguiente problema, que ha dividido la opinión de los autores:

1) Para algunos, basta para excluir la responsabilidad paterna que el alejamiento se deba a un motivo legítimo, como podría ser un curso universitario o una temporada de descanso pasada en casa de parientes o amigos (ver nota 11), siempre, claro está, que se hubiera

confiado el menor a personas aptas y responsables (ver nota 12).

2) Para otros no basta que el alejamiento obedezca a un motivo legítimo; es preciso, además, que la responsabilidad se transfiera a alguna de las personas legalmente responsables conforme con los arts. 1113 Ver Texto y 1117 Ver Texto , es decir, cuando el incapaz reviste la calidad de dependiente, alumno o aprendiz de otra persona (ver nota 13). Esta opinión se funda, sobre todo, en el propósito de que el tercero, víctima del daño, encuentre siempre una persona responsable por los hechos del menor. Pero hay que convenir en que el sistema de nuestra ley, fundado esencialmente en la culpa in vigilando se compagina mejor con la primera tesis. En efecto, si el alejamiento ha obedecido a un motivo legítimo y en razón de ese alejamiento le ha sido imposible al padre ejercer su deber de vigilancia, parece claro que no le es imputable ninguna responsabilidad por los daños que el menor haya podido cometer durante su ausencia.

Salvo prueba en contrario, se presume que los hijos habitan con sus padres (ver nota 14).

1116/1388

1388.— ¿La responsabilidad paterna exige, como condición ineludible que el daño sea ocasionado por un hecho ilícito del menor? Un sector doctrinario hace la siguiente distinción: si se trata de un menor que ha cumplido ya diez años, no habrá responsabilidad paterna sin hecho ilícito, es decir, sin que se demuestre culpa o dolo del menor (ver nota 15); si, por el contrario, el menor no ha cumplido todavía aquella edad, hay responsabilidad paterna a pesar de que no puede haber hecho ilícito, ya que los menores de esa edad, por carecer de discernimiento, no pueden cometerlo (ver nota 16).

Destacamos, ante todo, que no todo daño ocasionado por el menor desencadena la responsabilidad de sus padres. Es obvio que si el daño lo ha cometido en defensa propia o por culpa de la víctima, no habrá responsabilidad (ver nota 17). Por lo demás, nos parece ilógico e injustificado dar un punto de apoyo distinto a la responsabilidad paterna según se trate de hijos mayores o menores de diez años, ya que en un caso se exigiría culpa del menor y en el otro no. Esa responsabilidad tiene un fundamento único, la omisión del deber de vigilancia; es inútil, por lo tanto, indagar si ha mediado o no culpa del menor. Basta que el menor haya ocasionado a un tercero un daño injustificado (ver nota 18).

1116/1389

1389.— Se ha declarado, con razón, que no se presume la culpa del menor autor del daño: la víctima que la invoca debe probarla (ver nota 19).



1116/1390

1390-1394. LA RESPONSABILIDAD PATERNA NO SE EXTIENDE A OTROS PARIENTES O GUARDADORES.— La responsabilidad paterna no puede extenderse por analogía a otras personas que tienen a su cargo el cuidado o vigilancia de los menores, a menos que se les haya discernido la tutela. Las responsabilidades reflejas son de interpretación estricta y no se las puede hacer recaer sobre personas distintas a quienes la ley expresamente señala (ver nota 20). Ni siquiera la guarda otorgada judicialmente permite apartarse de esta regla (ver nota 21).

Sin embargo, en un caso se resolvió que si el abuelo se había hecho cargo del menor para iniciarlo en actividades rurales en la estancia de su propiedad, era él y no el padre quien debía responder por los daños ocasionados por aquél (ver nota 22). Pensamos que esta solución se justifica no porque el abuelo había quedado a cargo de la guarda del menor, sino porque éste estaba bajo su dependencia.

1116/1395

1395. ACUMULACIÓN DE RESPONSABILIDADES REFLEJAS.— La circunstancia de que los padres responden en su calidad de tales por los daños ocasionados por sus hijos, no excluye la posibilidad de que también sea responsable en su carácter de principal. Así podría ocurrir si el hijo trabaja para su padre o, para decirlo en términos más generales, si se encuentra respecto de él en una relación de dependencia.

La cuestión puede tener interés desde el punto de vista del tercero damnificado, porque en tal caso el padre no puede excusarse alegando que el menor no vive con él o que le fue imposible impedir el daño o que ha sido privado de la patria potestad o de la guarda (ver nota 23).

1116/1396

1396. CESACIÓN DE LA RESPONSABILIDAD DE LOS PADRES.— La responsabilidad de los padres cesa:

a) Si el hijo ha sido colocado en un establecimiento de cualquier clase y se encuentra de manera permanente bajo la vigilancia y autoridad de otra persona (art. 1115 Ver Texto ); tal ocurriría con el ingreso del menor en un colegio o en un taller en calidad de aprendiz. De una manera más general, podría decirse que cesa la responsabilidad paterna cuando el

menor, por un motivo legítimo, ha dejado de habitar con él (véase nº 1387).

b) Cuando los padres probaren que les ha sido imposible impedir los hechos de sus hijos (art. 1116 Ver Texto ). Una interpretación benévola para los padres llevaría a la conclusión de que la simple ausencia de ellos del lugar en que aconteció el hecho, es suficiente para excluir la responsabilidad, pues no se ve cómo podría haberse impedido el daño si el padre no estaba presente. No es ése, sin embargo, el sentido de nuestra ley, que el segundo párrafo del art. 1116 Ver Texto se encarga de aclarar: Esta imposibilidad no resultará de la mera circunstancia de haber sucedido el hecho fuera de su presencia, si apareciere que ellos no habían tenido una vigilancia activa sobre sus hijos (ver nota 24). La ausencia de los padres no siempre demuestra que no hubo culpa in vigilando de su parte, pues se supone que debieron tomar las precauciones necesarias para evitar el hecho dañoso. La verdad es, sin embargo, que el padre más prudente y precavido, a pesar de haber dado a sus hijos una educación óptima, no puede impedir los hechos imprevisibles de sus hijos menores durante sus inevitables ausencias provocadas por razón de sus actividades. Encontrar aquí una culpa in vigilando es bien forzado. Pero la ley quiere que el tercero damnificado tenga una persona solvente a quien pueda dirigir su reclamo; y por ello presume la culpa de los padres aun durante sus accidentales ausencias. Por ello, la jurisprudencia ha sido sumamente restrictiva para admitir la excusa del padre fundada en la excepción del art. 1116 Ver Texto , es decir, en la prueba de que le ha sido imposible impedirlo (ver nota 25). Esto no quiere decir, sin embargo, que no haya supuestos en que deba admitirse tal excusa; así, ocurriría, por ejemplo, si el padre, por una razón de fuerza mayor, se ha encontrado en la imposibilidad de impedir el hecho del hijo (ver nota 26).

De acuerdo a estos principios, se ha declarado que no desaparece la responsabilidad del padre porque el arma con que realizó el daño le fuera proporcionada al hijo por la Prefectura Marítima en la que prestaba servicios como marinero, máxime cuando el hecho culposo ocurrió fuera de servicio (ver nota 27); tampoco basta para excluir la responsabilidad la recomendación de prudencia hecha por el padre (ver nota 28). Con tanta mayor razón será responsable si tolera que conduzca un automóvil (ver nota 29) o le permite salir de caza (ver nota 30) o deja armas de fuego al alcance de los menores (ver nota 31), o ignora actividades del hijo que no podían pasarle inadvertidas (ver nota 32), o no se controlan sus amistades (ver nota 33).

Significó un apartamiento de esta línea jurisprudencial, un fallo de la Sala A de la Cámara Civil de la Capital, que liberó de responsabilidad al padre de un menor que provocó un accidente conduciendo un automóvil de propiedad del primero. Dijo el tribunal que no es concebible que el padre debiera prohibir al hijo el manejo del automóvil si las disposiciones reglamentarias facultan a éste para realizar esa actividad otorgándole registro de conductor; tanto más cuanto que parece ser una exigencia de la educación de nuestro tiempo que los padres faciliten a sus hijos el aprendizaje de la conducción de automóviles (ver nota 34).

No compartimos esta doctrina. El otorgamiento del registro habilitante sólo significa que

las autoridades competentes han apreciado que el menor tiene aptitud o habilidad para conducir; pero en ninguna forma significa un juicio sobre la prudencia o sentido de la responsabilidad de quien se examina (ver nota 35). Y es justamente esa falta de prudencia la que está en juego. Son los padres quienes deben vigilar si su hijo la tiene en la medida necesaria como para conducir sin riesgos para terceros una máquina peligrosa como es el automóvil. Y es ello lo que genera su responsabilidad. Por lo demás, si el padre autorizó a su hijo a manejar su automóvil, el menor era su “dependiente” en el sentido del art. 1113 Ver Texto , según el criterio admitido por ese mismo tribunal (véase nº 1373), de tal modo que debía responder no sólo como padre sino también como principal.

En cambio, aprobamos otras decisiones que eximieron de responsabilidad al padre en virtud de circunstancias peculiares que justificaban esa solución. Así, se ha decidido que si el menor que conducía el camión de su patrón lo hacía en horas de trabajo y cumpliendo órdenes, la responsabilidad del padre se desplaza hacia el principal (ver nota 36); que la víctima que ocultó a la madre del menor que éste utilizaría el automóvil para participar en una carrera —en cuyo transcurso se produjeron el accidente y las lesiones— no tiene acción para reclamarle la indemnización de los daños (ver nota 37). También se eximió de responsabilidad a los padres de una menor que cometió un delito de defraudación, si se prueba que recibió educación adecuada, así como también enseñanzas morales dignas y honorables (ver nota 38). Con distinto criterio se resolvió que la comisión de un delito por el menor hace presumir que la vigilancia paterna ha sido defectuosa (ver nota 39). La cuestión nos parece dudosa. Es claro que las circunstancias del caso pueden inclinar a los jueces por preferir una u otra solución.

Se ha decidido, con razón, que la circunstancia de que el hijo llegue a la mayoría de edad durante la sustanciación del juicio por daños y perjuicios, no evita la responsabilidad paterna (ver nota 40).

También se ha declarado que no hay responsabilidad de los padres, si el hijo era mayor de 18 años, tenía registro habilitante y conducía un automóvil de su propiedad (ver nota 41).

1116/1397

1397. ACCIÓN REGRESIVA CONTRA EL MENOR.— El progenitor que ha pagado el daño ¿tiene acción regresiva contra su hijo? Se admite generalmente la siguiente distinción:

a) Si se trata de un menor que ha cumplido ya diez años, el padre tiene acción contra él (ver nota 42). A pesar de que no hay texto legal que lo establezca de modo expreso en el caso de los padres, parece de evidente aplicación analógica el art. 1123 Ver Texto que dispone que quien paga el daño causado por sus dependientes o domésticos, puede repetir lo que hubiese pagado, del dependiente o doméstico que lo causó por su culpa o negligencia.

b) Si el menor no ha cumplido todavía diez años, no hay acción regresiva, porque el menor carece de discernimiento y no puede ser responsable de sus actos (ver nota 43). Empero, estos menores deberán contribuir al pago de la indemnización en la medida en que se hubieran enriquecido con el hecho ilícito (art. 907 Ver Texto ) (ver nota 44).

(nota 1) BIBLIOGRAFÍA ESPECIAL: BUERES y MAYO, La responsabilidad de los padres por los hechos dañosos de sus hijos, Revista de Derecho Privado y Comunitario, t. 12, p. 285; SALAS, Responsabilidad de los padres por los daños causados por sus hijos, J. A., 1946-III, p. 798, y Estudios sobre la responsabilidad civil, p. 115 y s.; LLAMBÍAS, Requisitos de la responsabilidad refleja de los padres, E. D., t. 62, p. 529; íd., Responsabilidad excusable de los padres, E. D., t. 62, p. 481; ACUÑA ANZORENA, Responsabilidad de los padres por hechos dañosos de sus hijos menores, L. L., t. 20, p. 490, y Estudios sobre la responsabilidad civil, ps. 293 y s.; OVEJERO, Responsabilidad de los padres, J. A., t. 54, sec. doct., p. 23; y nota de jurisprudencia en E. D., t. 22, p. 149.

(nota 2) Véase en este sentido la excelente nota de MOSSET ITURRASPE, La responsabilidad de los padres y la evolución de la familia, L. L., 1979-B, p. 520; y BUERES y MAYO, op. cit. en nota 2157, p. 301.

(nota 3) De acuerdo: BUERES y MAYO, op. cit. en nota 2157, p. 291; SALVAT, Hechos ilícitos, n° 2811; SALAS, Estudios sobre responsabilidad civil, p. 124, n° 10; MAZEAUD, t. 1, n° 754.

(nota 4) Unanimidad en la doctrina.

(nota 5) SALAS, Estudios sobre responsabilidad civil, p. 126, n° 11.

(nota 6) C. Civil 1ª Cap., 13/10/1926, J. A., t. 22, p. 844; BUERES y MAYO, loc. cit. en nota 2157, p. 293; SALAS, Estudios sobre responsabilidad civil, p. 126, n° 12; ACUÑA ANZORENA, en SALVAT, Hechos ilícitos, n° 2813, a; COLOMBO, Culpa aquiliana, 2ª ed., n° 119; DE GÁSPERI, t. 4, n° 851; REZZÓNICO, Obligaciones, t. 2, p. 1354; LLAMBÍAS, Requisitos de la responsabilidad refleja de los padres, E. D., t. 62, p. 635, n° 7; BUSTAMANTE ALSINA, Teoría general de la responsabilidad civil, n° 881 (Ver Texto).

(nota 7) En nuestras primeras ediciones habíamos sostenido la doctrina opuesta, que una nueva reflexión nos induce a desechar. De acuerdo: ACUÑA ANZORENA, en SALVAT, Hechos ilícitos, n° 2813; LAFAILLE, Obligaciones, t. 2, n° 1314, texto y nota 79;

COLOMBO, Culpa aquiliana, n° 119, d; LLAMBÍAS, op. y loc. cit. en nota anterior. En contra: AGUIAR, n° 99, d; SALAS, Estudios sobre la responsabilidad civil, p. 126, n° 12; BUSTAMANTE ALSINA, Teoría general de la responsabilidad civil, n° 471 (Ver Texto) (autor que se apoya en la opinión que sostuviéramos en nuestras primeras ediciones).

(nota 8) LLAMBÍAS, Requisitos de la responsabilidad refleja de los padres, E. D., t. 62, p. 534, n° 6.

(nota 9) SALVAT, Hechos ilícitos, n° 2808; SALAS, Estudios sobre la responsabilidad civil, p. 131, n° 18.

(nota 10) SALVAT, Hechos ilícitos, n° 2815; SALAS, Estudios sobre la responsabilidad civil, p. 134, n° 22; AGUIAR, t. 3, n° 99, f; COLOMBO, Culpa aquiliana, 2ª ed., n° 120; OVEJERO, en J. A., t. 54, sec. doct., p. 15, n° 12; BONASI BENUCCI, La responsabilidad civil, n° 56.

(nota 11) SALVAT, Hechos ilícitos, n° 2815, y su anotador ACUÑA ANZORENA, n° 26, d; COLOMBO, Culpa aquiliana, 2ª ed., n° 120; AGUIAR, t. 3, n° 99, f; MORELLO, en DE GÁSPERI, t. 4, n° 1851, a; LLAMBÍAS, Requisitos de la responsabilidad refleja de los padres, E. D., t. 62, p. 539, n° 11; MAZEAUD, t. 1, n° 757 y 760; SAVATIER, t. 1, n° 249; DEMOGUE, t. 5, n° 844.

(nota 12) C. Civil Cap., Sala E, 26/9/1960, J. A., 1961-V, p. 6, sum. 52.

(nota 13) Sup. Corte Buenos Aires, 31/7/1945, J. A., 1945-IV, p. 246; SALAS, Estudios sobre la responsabilidad civil, p. 34, n° 22; OVEJERO, Responsabilidad por el hecho de tercero, J. A., t. 54, sec. doct., p. 15, n° 12.

(nota 14) C. Civil 1ª Cap., 14/4/1926, G. F., t. 61, p. 355.

(nota 15) C. Civil Cap., Sala D, 1/2/1965, L. L., t. 118, p. 22, y J. A., 1965-III, p. 130; SALVAT, Hechos ilícitos, n° 2817; SALAS, Estudios sobre la responsabilidad civil, p. 138, n° 24; ACUÑA ANZORENA, en L. L., t. 20, p. 490.

(nota 16) SALVAT y ACUÑA ANZORENA, loc. cit. en nota anterior.

(nota 17) SALAS, Estudios sobre la responsabilidad civil, p. 138, n° 25. Para obviar la

dificultad surgida de que el menor de 10 años no puede cometer hechos ilícitos, sostiene este autor, siguiendo a DEMOGUE, que basta que el hecho sea objetivamente ilícito, es decir, que haya atentado al derecho ajeno y que un mayor haya podido prever ese resultado (en sentido concordante: BONASI BENUCCI, La responsabilidad civil, n° 56). Puesto que se parte siempre de la idea de la culpa, la solución no nos parece feliz, pues no se concibe una culpa objetiva; la culpa es subjetiva o no es culpa.

(nota 18) De acuerdo; BUSTAMANTE ALSINA, Teoría general de la responsabilidad civil, n° 888 (Ver Texto).

(nota 19) C. Civil Cap., Sala A, 2/4/1957, L. L., t. 87, p. 286; C. Apel. La Plata, 17/3/1953, L. L., t. 70, p. 88.

(nota 20) De acuerdo: SALVAT, Hechos ilícitos, n° 2808; SALAS, Hechos ilícitos, p. 133, n° 21; MORELLO, en DE GÁSPERI, Obligaciones, t. 4, n° 1851, a; MAZEAUD, t. 1, n° 744; SAVATIER, t. 1, n° 247.

(nota 21) MAZEAUD, t. 1, n° 749.

(nota 22) C. Civil Cap., Sala E, 26/9/1960, J. A., 1961-V, p. 6, sum. 52.

(nota 23) SALAS, Estudios sobre la responsabilidad civil, p. 127, n° 13.

(nota 24) ACUÑA ANZORENA sostiene la siguiente solución: si el hecho del menor ocurre fuera de la presencia de los padres, excusará la responsabilidad de éstos si de las circunstancias no apareciere que hubo de su parte una falta de vigilancia activa, siendo a cargo de la víctima, que sostiene lo contrario, probar que en realidad hubo incumplimiento de aquella obligación; en tanto que de ocurrir el acto en su presencia, el hecho que de los antecedentes no aparezca que se incurrió en falta de vigilancia, es circunstancia inoperante como razón de excusabilidad, siendo deber del padre allegar la prueba de que le fue imposible evitarlo, porque sobre las apariencias está la presunción de la ley que lo considera responsable (en SALVAT, Hechos ilícitos, n° 2822, nota 31, b. De acuerdo: COLOMBO, Culpa aquiliana, 2ª ed., n° 122).

Pero esta opinión no ha prosperado en nuestra jurisprudencia, porque debilitaría mucho la garantía que los terceros tienen en la responsabilidad paterna.

(nota 25) De acuerdo con este criterio: BUSTAMANTE ALSINA, Teoría general de la responsabilidad civil, n° 895 (Ver Texto).

(nota 26) C. Civil Cap., Sala F, 28/12/1965, J. A., 1966-II, p. 250.

(nota 27) C. Civil Cap., Sala D, 21/9/1959, causa 45.278 (inérita).

(nota 28) C. Fed. La Plata, 16/6/1939, L. L., t. 17, p. 302.

(nota 29) C. Civil Cap., Sala F, 28/12/1965, Rep. L. L., t. 27, p. 488, sum. 157; C. Civil 1ª Cap., 29/7/1931, J. A., t. 36, p. 224; C. Civil 2ª Cap., 15/6/1939, J. A., t. 66, p. 920; C. Apel. Mercedes, 11/9/1953, J. A., 1954-III, p. 335.

(nota 30) C. Fed. Bahía Blanca, 8/6/1933, J. A., t. 42, p. 507.

(nota 31) C. Civil Cap., Sala D, 16/7/1954, J. A., 1954-IV, p. 129; C. Fed. Cap., 8/10/1937, J. A., t. 60, p. 58; C. 2ª Apel. La Plata, 9/10/1942, J. A., 1942-IV, p. 707; S. C. Tucumán, 2/12/1950, L. L., t.63, p. 372; S. T. Chubut, 11/2/1970, L. L., t. 141, p. 632, 25.266-S.

(nota 32) C. Civil 1ª Cap., 13/10/1926, J. A., t. 22, p. 944; C. Civil 2ª Cap., 15/6/1939, J. A., t. 66, p. 920.

(nota 33) C. Civil Cap., Sala D, 16/7/1954, J. A., 1954-IV, p. 129; C. 2ª Apel. La Plata, 9/10/1942, J. A., 1942-IV, p. 707.

(nota 34) C. Civil Cap., Sala A, 23/6/1971, L. L., t. 145, p. 199. En la misma línea doctrinaria se encuentra un fallo de la C. Civil 1ª Cap., en que se resolvió que la madre no era responsable de un accidente de caza durante la cual se le escapó un tiro de escopeta a un hijo próximo a la mayoría de edad: 16/9/1937, J. A., t. 59, p. 838.

(nota 35) De acuerdo en que la circunstancia de que el hijo posea registro de conductor no exime al padre: C. Civil 1ª Cap., 8/7/1946, J. A., 1946-III, p. 656.

(nota 36) C. Apel. 2ª La Plata, 4/5/1934, J. A., t. 46, p. 782.

(nota 37) C. Civil 2ª Cap., 3/11/1937, J. A., t. 60, p. 466.

(nota 38) C. Civil Cap., Sala E, 14/4/1967, E. D., t. 22, p. 149.

(nota 39) C. Civil Cap., Sala F, 20/9/1964, E. D., t. 14, p. 71.

(nota 40) C. Civil Cap., Sala C, 6/3/1967, J. A., 1967-IV, p. 134.

(nota 41) C. Civil Cap., Sala I, 24/8/1987, L. L., fallo n° 86.400, con nota aprobatoria de BUSTAMANTE ALSINA.

(nota 42) C. Civil Cap., Sala A, 23/5/1956, L. L., t. 83, p. 516; C. Civil 1ª Cap., 27/4/1928, J. A., t. 27, p. 513; C. Civil 2ª Cap., 27/12/1940, J. A., t. 73, p. 486; C. Apel. Rosario, 14/5/1943, J. A., 1944-II, p. 718.

(nota 43) C. Civil 2ª Cap., 15/6/1939, J. A., t. 66, p. 920; íd., 27/12/1940, J. A., t. 73, p. 486; C. Apel. Mendoza, 24/7/1967, E. D., t. 22, p. 152, sum. 27; C. Apel. Rosario, 14/5/1943, J. A., 1944-II, p. 718; SALVAT, Hechos ilícitos, núms. 2851 y 2852; SALAS, Estudios sobre la responsabilidad civil, p. 147, n° 34; AGUIAR, t. 3, n° 134; COLOMBO, Culpa aquiliana, n° 135.

(nota 44) SALAS, Estudios sobre la responsabilidad civil, en nota anterior.  
1116/10660

## C.— RESPONSABILIDAD DE LOS TUTORES Y CURADORES

1116/1398

1398. REGLA LEGAL.— Dispone el art. 1114 Ver Texto , último párrafo (ley 24830 ) que lo establecido sobre los padres rige respecto de los tutores y curadores, por los hechos de las personas que están a su cargo. Es decir, se trata de una responsabilidad análoga, que obedece a un mismo fundamento (la culpa in vigilando) y que está sujeta al mismo régimen legal.

1116/1399

1399. CONDICIONES DE LA RESPONSABILIDAD DE LOS TUTORES Y



CURADORES.— De lo dicho en el número anterior se desprenden las siguientes condiciones para que haya responsabilidad del tutor o curador:

1116/1400

1400. a) Que el autor del daño sea un incapaz— Respecto de los menores bajo tutela, el art. 433 Ver Texto dice que el tutor responde de los daños causados por sus pupilos menores de diez años que habiten con él, en tanto que el art. 1114 Ver Texto habla de las personas que están a cargo de los tutores, sin distinguir entre menores y mayores de diez años. Se suscita aquí, por consiguiente, el mismo problema legal que ya hemos estudiado con relación a los menores bajo patria potestad (véase nº 1383) y, naturalmente, la solución debe ser la misma: el tutor responde por los hechos de su pupilo, cualquiera sea su edad; pero si es menor de 10 años el único responsable es el tutor, en tanto que si es mayor de dicha edad, hay frente al tercero dos responsables: el menor y el tutor.

1116/1401

1401. b) Que se encuentre bajo tutela o curatela.— El simple hecho de que el incapaz menor o mayor de edad se encuentre bajo el cuidado de una persona, no origina la responsabilidad refleja de ésta (ver nota 1); es indispensable que se le haya discernido la tutela o curatela. Claro está que debe tratarse de la curatela definitiva: las curatelas provisionales, discernidas durante el trámite del juicio, ya sea ad litem o a los bienes, no originan responsabilidad, porque tales curadores no tienen a su cargo el cuidado de la persona de los dementes, sino que obran solamente como defensores del presunto insano en el juicio de demencia o como administradores de sus bienes.

1116/1402

1402. c) Que los incapaces habiten con sus tutores o curadores.— Esta exigencia resulta del art. 1114 Ver Texto , último párrafo, que remite a las reglas relativas a la responsabilidad de los padres, además, el art. 433 Ver Texto exige expresamente esta condición respecto de los menores de diez años bajo tutela. Por consiguiente, siempre que por un motivo legítimo el incapaz no habitara la misma casa del tutor o curador, no habrá responsabilidad de éste. Ese motivo puede ser la internación en un colegio o en un sanatorio para enfermedades mentales, la entrega de la guarda del incapaz a una persona seria y responsable, el envío del incapaz a pasar una temporada de descanso a casa de parientes o amigos, etcétera. Pero no cesará la responsabilidad del representante legal si la habitación común ha concluido por abandono o descuido de sus funciones; como ocurriría si permite el vagabundaje del incapaz o lo entrega al cuidado de personas inaptas o de escasa solvencia moral.

Este requisito de la habitación común limita considerablemente el campo de aplicación de la responsabilidad de los tutores o curadores, porque con relativa frecuencia los menores y, sobre todo, los dementes, no viven con sus representantes legales.

1116/1403

1403.— Pero la falta de habitación común no excusará la responsabilidad del tutor o curador si el daño se ha ocasionado a raíz de una culpa directa suya; como ocurriría si ha autorizado al menor o demente a conducir automóviles, a salir de caza, etcétera.

1116/1404

1404.— El caso de los penados exige una consideración especial. El art. 1114 Ver Texto , último párrafo habla en general de todas las personas que están sometidas a curatela y los penados a más de tres años de prisión o reclusión lo están (art. 12 Ver Texto , Cód. Penal). Parecería que también sus curadores son responsables por los daños que puedan hacer a terceros. Pero nos parece claro que el art. 1114 Ver Texto no les es aplicable: 1) ante todo, hay que notar que cuando el Código Civil se dictó, no existía la incapacidad de los penados, de tal modo que la norma no fue pensada para ellos; 2) la curatela de los penados es sustancialmente una curatela a los bienes, pues el cuidado de la persona queda a cargo del establecimiento carcelario; por consiguiente, no pesa sobre el curador un deber de vigilancia; 3) para que exista responsabilidad del curador es menester que el curado habite con su representante legal, lo que no ocurre con los penados, que habitan la cárcel. Sólo podría darse un supuesto de habitación común en el caso de que el penado se fugara y viviera oculto en casa de su curador; pero en tal supuesto, son suficientes los dos primeros fundamentos antes dados para excluir su responsabilidad.

Y desde luego, esta disposición es totalmente inaplicable a los ausentes y a los inhabilitados, que también están bajo curatela, pero que no están a cargo del curador, tal como lo requiere el art. 1114 Ver Texto . En estos casos, los curadores no tienen la responsabilidad legal del cuidado de la persona de sus curados, que son personas capaces; falta el fundamento mismo que da origen a la responsabilidad de tutores y curadores.

1116/1405

1405.— Aun reunidas todas las condiciones aludidas en los párrafos precedentes, el tutor o curador puede excusar su responsabilidad probando que le fue imposible impedir el daño (art. 1116 Ver Texto ). Remitimos sobre el punto a lo que hemos dicho respecto a los hijos bajo patria potestad (nº 1396, b).

1116/1406

1406.— Finalmente, es necesario agregar que no es indispensable que el incapaz haya cometido un hecho ilícito. Más aún: los menores de diez años y los dementes, por carecer de discernimiento, no pueden cometerlo. Pero esto no significa que cualquier daño dé lugar a la responsabilidad del tutor. No la hay si el daño se ha cometido en defensa propia o por culpa de la víctima. Es preciso concluir, por consiguiente, que habrá responsabilidad del tutor o curador siempre que el incapaz haya ocasionado un daño injustificado a un tercero.

1116/1407

1407. ACCIÓN RECURSORIA CONTRA EL INCAPAZ.— Los menores que han cumplido ya diez años y los sordomudos que saben darse a entender por escrito pueden cometer hechos ilícitos, puesto que tienen discernimiento (art. 921 Ver Texto ). Por consiguiente, sus representantes legales que han pagado la indemnización, tienen contra ellos acción recursoria (ver nota 2).

En cambio, los menores de diez años y los dementes carecen de discernimiento (art. 921 Ver Texto ), por lo cual no son responsables de sus actos. En consecuencia, sus representantes legales, en principio, carecen de acción contra ellos (ver nota 3). Hay que reconocer que esta solución, inspirada en la lógica de la teoría psicológica que funda la responsabilidad en la existencia de discernimiento, es gravemente injusta. Está bien que frente al tercero, víctima de un daño, la ley procure asegurarle la indemnización presumiendo una culpa in vigilando en el representante legal. Pero en las relaciones entre el autor del daño y su tutor o curador, no se explica que el deber de indemnización no recaiga sobre quien lo ha cometido.

La reforma de la ley 17711 ha permitido abrir una brecha en este sistema tan injusto. Por ello dijimos que, en principio, el incapaz privado de discernimiento no responde; en efecto, esa regla no se aplica en el supuesto del art. 907 Ver Texto que admite que las personas sin discernimiento puedan ser condenadas a pagar una indemnización fundada en equidad; y si bien esa norma contempla específicamente la relación entre el incapaz y la víctima del hecho ilícito, a fortiori debe aplicarse al supuesto de las relaciones entre aquél y su curador.

1116/1408

1408.— Claro está que si el incapaz se hubiera enriquecido, responde en la medida del enriquecimiento ante los terceros damnificados y ante su representante legal que ha pagado (art. 907 Ver Texto ) (ver nota 4).

(nota 1) Remitimos a lo dicho en el n° 1394.

(nota 2) SALVAT, Hechos ilícitos, núms. 2851 y 2852 y su anotador ACUÑA ANZORENA, nota 46, a; COLOMBO, Culpa aquiliana, 2ª ed., n° 135; AGUIAR, t. 3, n° 135.

(nota 3) Autores citados en nota anterior.

(nota 4) ACUÑA ANZORENA, en SALVAT, Hechos ilícitos, nota 46, a; SALAS, Estudios sobre la responsabilidad civil, p. 147, n° 34.

1116/10670

#### D.— RESPONSABILIDAD DE LOS PROPIETARIOS DE INSTITUTOS DE ENSEÑANZA

1116/1409

1409. RÉGIMEN LEGAL.— El anterior art. 1117 Ver Texto establecía la responsabilidad legal de los directores de colegios y maestros artesanos por los daños ocasionados por sus alumnos o aprendices mayores de diez años. Era una norma que se prestaba a numerosas y graves objeciones. Se justificaba quizás en la época en que se dictó el Código Civil, en la cual los preceptores tenían muy pocos alumnos, pero hoy los colegios tienen millares de alumnos y no es justo responsabilizar a los directores por los daños que aquéllos ocasionen, sin contar con que generalmente los directores tienen muy escasas entradas y no constituyen ninguna garantía de que los damnificados serán indemnizados. Es evidentemente más justo hacer responsables a los propietarios de institutos de enseñanza, quienes al recibir alumnos en sus casas de estudios, asumen un deber de seguridad. A ello se debió que la jurisprudencia, fundándose justamente en ese deber, admitió la responsabilidad de los institutos, aun en ausencia de todo texto legal que la impusiera (ver nota 1).

La ley 24830 (dictada en 1997) vino a subsanar esos errores. En su nueva redacción, el art. 1117 Ver Texto , primer párrafo, establece: Los propietarios de establecimientos educativos privados o estatales serán responsables de los daños causados o sufridos por los alumnos menores cuando se hallen bajo el control de la autoridad educativa, salvo que probaren el caso fortuito.

De la norma citada se desprenden las siguientes conclusiones:

- 1) Se ha eliminado la responsabilidad de los directores de colegios.
- 2) Se establece expresamente la responsabilidad de los propietarios de institutos de enseñanza, sean privados o estatales.
- 3) Se establece la responsabilidad de dichos institutos no sólo por los daños ocasionado por sus alumnos, sino también a ellos.
- 4) La norma se aplica a todos los alumnos menores de edad y no sólo a los mayores de diez años, como establecía el anterior art. 1117 Ver Texto .

1116/1410

1410.— CONDICIONES DE APLICACIÓN.— Las condiciones de aplicación son las siguientes:

- 1) Es necesario que se trate de alumnos menores de edad y de nivel primario o secundario; los institutos de nivel terciarios o universitario están exentos de responsabilidad, conforme lo dispone el tercer párrafo del art. 1117 Ver Texto .
- 2) Es necesario que en el momento de producirse el daño, el alumno esté bajo el control de las autoridades escolares. Es decir, no es necesario que se encuentre dentro del instituto; el daño puede ocurrir en un campamento de vacaciones vigilado por dichas autoridades o mismo en la vía pública, cuando una división es conducida por un celador de un lugar a otro. Este principio ha sido aplicado por los jueces con severidad. Así ocurrió en el caso en que una alumna salió corriendo del colegio por mitad de cuadra y fue embestida por un automóvil que le provocó la muerte. El Tribunal juzgó, con razón, que siendo los menores, por su propia naturaleza, indisciplinados y poco juiciosos, y la salida de clases suele ser tumultuosa, las autoridades tienen la obligación de poner orden en ella para evitar todo peligro (ver nota 2).
- 3) Que el daño no haya sido ocasionado por caso fortuito.

En cambio, no interesa que el autor del daño sea dependiente del instituto o un tercero por quien no debe responder, porque la obligación de resarcir se funda en un deber de seguridad y ésta existe respecto de todo posible dañador.

1116/1411

1411-1415. SEGURO OBLIGATORIO.— Los institutos están obligados a contratar un seguro de responsabilidad civil (art. 1117 Ver Texto , 2º párr.), como medio de garantizar el pago de las indemnizaciones correspondientes. Aunque la norma se refiere a todo establecimiento educativo, sin distinguir entre públicos o privados, nos parece evidente que sólo puede aludir a estos últimos, dado que el Estado ofrece garantía suficiente de solvencia, que hace innecesaria otra garantía.

Las autoridades administrativas deben tomar las medidas necesarias para que esta obligación de contratar seguros se haga efectiva y sancionar a los que no la cumplen.

(nota 1) C. Civil Cap., Sala A, 13/3/1972, E. D., t. 42, p. 352; íd., Sala F, L. L., 18/4/1968, t. 134, p. 140; íd., Sala D, 29/8/1983, 1984-B, p. 69; Sala I, 25/11/1991, E. D., t. 164, p. 361; C. Fed. C. y C. Cap., Sala III, 13/5/1992, E. D., fallo nº 45.151; C. Civil y Com. La Plata, Sala II, 25/3/1986, E. D., t. 123, p. 413; C. Fed. Córdoba, Rep. L. L., t. XXX, p. 441, sum. 174; C. Fed. C. y C. Cap., Sala II, J. A., 1982-II, p. 545; C. Civil y Com. 1ª La Plata, J. A., 1983-III, p. 142; etc.

(nota 2) C. Civil Cap., Sala I, 25/9/1991, E. D., t. 164, p. 361.

1116/10680

E.— RESPONSABILIDAD DE LOS DUEÑOS DE HOTELES, CASAS DE HOSPEDAJE Y ESTABLECIMIENTOS ANÁLOGOS

1116/1416

1416. RÉGIMEN LEGAL.— Los dueños de hoteles, casas públicas de hospedaje y de establecimientos públicos de todo género, son responsables del daño causado por sus agentes o empleados en los efectos de los que habiten en ellos, o cuando tales efectos desapareciesen, aunque prueben que les ha sido imposible impedir el daño (art. 1118 Ver Texto ). Este es uno de los casos en que, por disposición expresa del Código, la responsabilidad queda divorciada de la idea de culpa: aun probando que no la hubo, el

dueño del hotel, hospedaje, etcétera, será responsable.

1116/1417

1417. ESTABLECIMIENTOS COMPRENDIDOS EN LA NORMA.— El art. 1118 Ver Texto habla de hoteles, casas públicas de hospedaje y establecimientos públicos de todo género. Quedan comprendidos en los términos de la ley toda clase de hoteles y pensiones, aun las llamadas de familia, si se trata de negocios regulares (ver nota 1); pero no la casa privada que aloja accidentalmente a una persona, aunque sea cobrándole pensión (ver nota 2). Las fondas o restaurantes que no dan alojamiento están excluidos, pues la ley exige la condición de que el damnificado habite la casa.

Por establecimiento público de todo género deben entenderse todos los que dan habitación, tales como sanatorios, hospitales, asilos, etcétera (ver nota 3).

Pero debe dejarse aclarado que el régimen legal de los hoteles no es exactamente igual al de los otros establecimientos públicos de que habla el art. 1118 Ver Texto . Las obligaciones de los hoteleros están regidas por reglas especiales (arts. 2230 Ver Texto y s.; véase Tratado de Derecho Civil, Contratos, t. 2, núms. 2069 y s.) y son responsables inclusive por los hechos de terceros (art. 2230 Ver Texto ; véase Tratado de Derecho Civil, Contratos, t. 2, nº 2074); en tanto que al tenor del art. 1118 Ver Texto sólo se responde por el daño causado por los agentes o empleados; el hecho de terceros sólo puede desencadenar la responsabilidad establecida en el art. 1118 Ver Texto cuando se haya producido la desaparición del objeto.

1116/1418

1418. CONDICIONES DE LA RESPONSABILIDAD.— Para que haya responsabilidad derivada del art. 1118 Ver Texto , es preciso:

a) Que el damnificado habite en el hotel, casa pública, etcétera (art. 1118 Ver Texto ). Si sólo se encuentra accidentalmente en él, sea para comer, para visitar a un amigo, etcétera, no hay otra responsabilidad que la regida por las normas de derecho común (ver nota 4).

b) Que se trate de daños ocasionados a los efectos introducidos en el establecimiento. Si se trata de daños a la persona del viajero, el caso está regido por otras normas: si el culpable es un empleado del establecimiento, regirá el art. 1113 Ver Texto ; si es un extraño, no hay responsabilidad del dueño del establecimiento (ver nota 5).

c) Que el daño haya sido cometido por los dependientes del dueño del establecimiento o que la cosa haya desaparecido (art. 1118 Ver Texto ). Los dueños de hoteles responden también por los daños ocasionados por terceros (art. 2230 Ver Texto ; Tratado de Derecho Civil, Contratos, t. 2, n° 2074).

No habrá responsabilidad si el daño se produjo por culpa del viajero o por fuerza mayor (art. 2236 Ver Texto ).

1116/1419

1419.— Preciso es añadir que si se trata de objetos de gran valor, el pasajero debe hacerlo saber al dueño del establecimiento, y aun mostrárselos si éste se lo exige, y de no hacerlo así, cesa la responsabilidad del hotelero (art. 2235 Ver Texto ).

1116/1420

1420. CASO EN QUE EL HOTEL TENGA VARIOS DUEÑOS.— Cuando el hotel o casa de hospedaje tuviera dos o más dueños, no serán responsables solidarios, sino que responderá cada uno de ellos en proporción a la parte que tuviere en el hotel, a no ser que se probare que el hecho fue ocasionado por culpa de uno de ellos exclusivamente, en cuyo caso sólo él responde por el daño (art. 1121 Ver Texto ). En caso de culpa de uno de los hoteleros ya no rige la responsabilidad indirecta del art. 1118 Ver Texto , sino los principios generales. Pero pensamos que si dos o más hoteleros fueran personalmente responsables, su responsabilidad es solidaria como corresponde a los coautores de un cuasidelito (véase núms. 1363 y s.). No probándose su culpa, la responsabilidad deja de ser solidaria.

(nota 1) ENNECCERUS-LEHMANN, t. 2, vol 2, § 170, I, 1.

(nota 2) PLANIOL-RIPERT-SAVATIER, t. 11, n° 1186; BAUDRY LACANTINERIE y WAHL, De la société, du prêt, du dépôt, n° 1239.

(nota 3) SALVAT, Hechos ilícitos, n° 2837; CAMMAROTA, t. 2, n° 378; AGUIAR, t. 3, n° 110, c; MORELLO, en DE GÁSPERI, Obligaciones, t. 4, n° 1856, a.

(nota 4) PLANIOL-RIPERT-SAVATIER, t. 11, n° 1186; BAUDRY LACANTINERIE y WAHL, De la société, du prêt, du dépôt, n° 1240; LARENZ, Obligaciones, t. 2, § 55, p. 385.



(nota 5) ACUÑA ANZORENA, en SALVAT, Hechos ilícitos, nº 2839, nota 37, a; COLOMBO, Culpa aquiliana, 2ª ed., nº 129; AGUIAR, t. 3, nº 110; MORELLO, en DE GÁSPERI, Obligaciones, nº 1856, a.

1116/10690

#### F.— RESPONSABILIDAD DE LOS CAPITANES DE BARCOS Y AGENTES DE TRANSPORTE

1116/1421

1421. RÉGIMEN LEGAL.— Lo dispuesto en el art. 1118 Ver Texto es aplicable a los capitanes de buques y patrones de embarcaciones, respecto del daño causado por la gente de la tripulación en los efectos embarcados, cuando esos efectos se extravían; y a los agentes de transportes terrestres, respecto del daño o extravío de los efectos que recibiesen para transportar (art. 1119 Ver Texto ).

Es decir, que también éste es un caso de responsabilidad objetiva: el transportador no puede eximirse de responsabilidad demostrando que de su parte no hubo culpa.

1116/1422

1422.— Estrictamente, nos encontramos en presencia de una responsabilidad contractual y no cuasidelictual. La obligación que pesa sobre el transportador se funda en su compromiso de transportar sanas y salvas hasta el lugar de su destino las cosas que se le entregan. Es ésta una materia cuyo estudio corresponde al derecho comercial.

1116/10700

#### G.— RESPONSABILIDAD POR COSAS ARROJADAS DE UNA CASA

1116/1423

1423. RÉGIMEN LEGAL.— También es aplicable el art. 1118 Ver Texto a los padres de familia, inquilinos de la casa, en todo o en parte de ella, en cuando al daño causado a los que transiten, por cosas arrojadas a la calle o en terreno ajeno o en terreno propio, sujeto a

servidumbre de tránsito, o por cosas suspendidas o puestas de un modo peligroso que lleguen a caer; pero no cuando el terreno fuese propio y no se hallase sujeto a servidumbre de tránsito (art. 1119 Ver Texto ).

También aquí la responsabilidad es objetiva puesto que se declara aplicable al caso el art. 1118 Ver Texto , lo que significa que no se eximen de responsabilidad ni aun probando que les ha sido imposible impedir el daño, es decir, ni aun probando que no hubo culpa de su parte (ver nota 1).

1116/1424

1424. QUIÉNES RESPONDEN.— Según el art. 1119 Ver Texto son responsables los padres de familia, inquilinos de la casa. La idea no está expresada con felicidad, pero, de todas maneras, es clara. Se trata de los que habitan en la casa (como más adelante lo dice el mismo texto), sean propietarios o inquilinos. Pero no todos los habitantes, sino sólo los padres de familia. Si se trata de una casa o departamento ocupado por varias personas que no están en relación de subordinación familiar (como sería si vivieran varios hermanos o amigos), será responsable el titular del derecho de propiedad o el inquilino. Habiendo sublocación y habitando tanto el inquilino principal como el subinquilino la casa, ambos serán responsables.

Pero el sólo carácter de propietario o inquilino principal no basta para responsabilizarlo si no habita la casa.

1116/1425

1425.— Cuando dos o más personas habitan la casa y se ignora de qué habitación procede la cosa dañosa, todos son responsables por el daño causado (art. 1119 Ver Texto ); pero esa responsabilidad no será solidaria sino sólo en la parte que cada uno tuviere en la casa (art. 1121 Ver Texto ). Por interpretación a contrario, en este caso legítima, hay que admitir que si se establece de qué habitación cayó la cosa, sólo el jefe de familia que habita en ella responde. Si, además, se supiera cuál fue la persona que arrojó la cosa, sólo ella será responsable (art. 1119 Ver Texto ), sea o no jefe de familia, salvo, claro está, lo establecido sobre la responsabilidad de los padres, tutores y curadores por el hecho de las personas que se encuentran bajo su guarda.

1116/1426

1426.— Supongamos ahora que tratándose de una casa de varios departamentos, el dueño

de uno de ellos pruebe que se encontraba de viaje, con su casa cerrada, en la época en que ocurrió el daño. ¿Es, no obstante ello, responsable? La solución afirmativa parecería desprenderse del texto del art. 1118 Ver Texto , aplicable a nuestro caso, que veda la prueba de que no hubo culpa. Sin embargo nos inclinamos por una solución menos rigurosa. La responsabilidad del art. 1119 Ver Texto se aplica a los que habitan la casa; y quien se encuentra ausente, con su casa cerrada, no la habita aunque siga teniendo allí su domicilio. Además, el art. 1119 Ver Texto excluye la responsabilidad de los restantes habitantes de la casa, cuando se puede establecer de qué habitación cayó la cosa dañosa; guarda coherencia con esa solución admitir que no hay responsabilidad cuando se puede establecer que la cosa no pudo caer de cierta habitación.

Por igual motivo pensamos que sólo responden los jefes de familia de las habitaciones de las que razonablemente pudo caer la cosa; así, por ejemplo, si se trata de una casa de varios cuerpos o que da a distintas calles, sólo responden aquellos cuyas habitaciones dan a la calle en que se produjo el daño.

1116/1427

1427.— Supuesto que se trate de una casa de varios departamentos, ¿en qué proporción responden los dueños o inquilinos? El art. 1119 Ver Texto dice que responderán en proporción a la parte que tuvieren. En consecuencia, si se trata de una propiedad horizontal, cada uno responderá en proporción al porcentaje fijado a cada departamento en el reglamento de propiedad horizontal. Pero las cosas se complican si se tratare de una casa no dividida en propiedad horizontal y ocupada por distintos inquilinos. En tal supuesto no vemos otra manera de resolver el problema que haciendo pesar la responsabilidad por partes iguales entre todos (ver nota 2).

1116/1428

1428. DAÑOS POR LOS QUE SE RESPONDE.— Esta responsabilidad cubre los daños ocasionados por cosas arrojadas a la calle o caídas como consecuencia de haber sido suspendidas o puestas de modo peligroso (art. 1119 Ver Texto ); debe tratarse, asimismo, de daños ocasionados a personas que transitan por la calle o por terreno ajeno o por terreno propio sujeto a servidumbre de tránsito (art. 1119 Ver Texto ). Si, en cambio, se trata de una persona que transita por un terreno perteneciente al que arrojó la cosa y ese terreno no estaba sujeto a una servidumbre de tránsito, no hay responsabilidad (artículo citado), porque el transeúnte ha sido culpable de atravesar un terreno ajeno. Pero cabe preguntarse qué ocurre si el que atravesó un terreno ajeno no sujeto a servidumbre de tránsito tenía permiso del dueño para hacerlo. A pesar de que no hay culpa ninguna en la conducta del transeúnte, pensamos que no juega la responsabilidad del art. 1119 Ver Texto , pues las responsabilidades reflejas deben aplicarse restrictivamente, y en nuestro caso contamos con un texto expreso que la niega, sin distinguir entre la conducta culpable o lícita de la víctima.

El damnificado sólo tendrá las acciones derivadas de la culpa propia del demandado o de la responsabilidad refleja que le corresponda en su carácter de principal, padre, tutor o curado del autor del hecho.

1116/1429

1429.— El art. 1119 Ver Texto habla de los daños ocasionados a los que transitan. Debe entenderse que tales daños pueden recaer sobre la persona o los bienes del transeúnte, puesto que la ley, con toda lógica, no distingue.

(nota 1) De acuerdo: CAZEAUX y TRIGO REPRESAS, Obligaciones, t. 3, p. 373; HORWATH, La responsabilidad objetiva, J. A., Doctrina, 1970, p. 563. En contra: LLAMBÍAS, Responsabilidad por cosas arrojadas o expuestas a caer, L. L., diario del 8/9/1975.

(nota 2) Comp.: ACUÑA ANZORENA, en SALVAT, Hechos ilícitos, nº 2846, nota 43, a; COLOMBO, Culpa aquiliana, 2ª ed., nº 132, in fine, AGUIAR, t. 3, nº 133.

1116/10710

#### H.— REGLAS COMUNES

1116/1430

1430. ACCIONES QUE POSEE EL DAMNIFICADO.— En todos los casos anteriormente estudiados, de responsabilidad refleja por el hecho de otro, la víctima tiene dos acciones: una contra el autor del hecho dañoso y otra contra la persona que responde por el autor. Esas responsabilidades son indistintas, no solidarias; de tal modo que la víctima puede accionar por el total de los daños contra cualquiera de ellos o contra los dos conjuntamente; bien entendido que cobrada la indemnización de uno, no puede pretenderla del otro, porque ello significaría un enriquecimiento sin causa.

Pero si el autor del daño fuera un menor de diez años o un demente, la víctima sólo tendría acción contra su representante legal, ya que tales incapaces, por carecer de discernimiento, no son responsables por las consecuencias de sus actos.

1116/1431

1431. ACCIÓN REGRESIVA CONTRA EL AUTOR DEL HECHO.— Dispone el art. 1123 Ver Texto que el que paga el daño causado por sus dependientes o domésticos, puede repetir lo que hubiere pagado del dependiente o doméstico que lo causó por su culpa o negligencia. Aunque sólo referida a los dependientes y domésticos, es claro que esta disposición debe ser extendida a todos los supuestos de responsabilidad refleja por el hecho de otro (ver nota 1), ya que el fundamento legal es el mismo: la responsabilidad del principal funciona como garantía frente a terceros, pero en las relaciones entre el autor del hecho ilícito y quien responde de él, lo natural es que el culpable directo sea quien cargue con el peso de la reparación.

Pero no habrá acción regresiva si el autor del hecho es un menor que no ha cumplido diez años o un demente, las cuales no son responsables de sus actos (ver nota 2), salvo la hipótesis del art. 907.

(nota 1) SALVAT, Hechos ilícitos, nº 2851; COLOMBO, Culpa aquiliana, 2ª ed., nº 135. Comp.: ACUÑA ANZORENA, en SALVAT, loc. cit., nota 45, a.

(nota 2) De acuerdo: BREBBIA, Hechos y actos jurídicos, t. 1, p. 184; SALVAT, nº 149; COLOMBO, Culpa aquiliana, 2ª ed., nº 135; MACHADO, t. 3, p. 417.

1116/10720

§ 2.— Responsabilidad por los daños causados por las cosas

1116/10730

A.— DAÑOS CAUSADOS POR ANIMALES

1116/1432

1432. FUNDAMENTO DE LA RESPONSABILIDAD.— El propietario de los animales domésticos o feroces, y la persona que se sirve de ellos, son responsables por los daños que causaren (art. 1124 Ver Texto ).

Según la teoría clásica, esta responsabilidad se funda en una culpa in vigilando. Sin desconocer que en muchos casos los daños causados por animales se deben a una deficiente vigilancia, nos parece más jurídico fundar esta responsabilidad en el riesgo creado (ver nota 1). Frecuentemente no podrá encontrarse en el dueño ninguna culpa. Así ocurre, por ejemplo, cuando una tropa de ganado, encargada a reseros avezados y responsables, se asusta por cualquier hecho imprevisto y embiste y destroza un alambrado; o cuando un caballo manso se espanta y voltea a su jinete. La razón de la responsabilidad está en que el dueño y la persona que se sirven del animal han creado un riesgo del cual aprovechan y cuyas consecuencias es justo que afronten.

1116/1433

1433. PERSONAS RESPONSABLES.— Según el art. 1124 Ver Texto son responsables por los daños causados por animales su propietario y la persona a la cual se hubiere mandado el animal para servirse de él.

Cabe preguntarse, ante todo, qué significa servirse del animal. La cuestión ha dado lugar a diferentes criterios interpretativos:

1) Para algunos, se sirve del animal quien lo aprovecha conforme a su destino normal (ver nota 2); por consiguiente, queda excluido de esta responsabilidad el martillero a quien el animal fue remitido para su venta (ver nota 3), el herrero (ver nota 4), etcétera. Salvo, claro está, que se pruebe que hubo culpa directa de su parte, en cuyo caso responde conforme a los principios generales (ver nota 5).

2) De acuerdo con un criterio más amplio al que nosotros adherimos, se sirve del animal quien lo aprovecha económicamente o, para decirlo en otras palabras, quien hace del animal el uso que comporta el ejercicio de su profesión (ver nota 6). Tal es el caso del depositario que recibe una remuneración para alimentar y cuidar el animal (ver nota 7), el veterinario que lo recibe para curarlo, etcétera. Sólo quedaría exento de responsabilidad el que tiene la guarda gratuita del animal, sin servirse de él.

1116/1434

1434.— El art. 1124 Ver Texto habla de la persona a la cual se hubiere mandado el animal para servirse de él. ¿Qué ocurre si la persona se hubiera servido del animal sin el consentimiento del dueño y aun contra su voluntad? No cabe duda de que también es responsable (ver nota 8), no sólo porque con su conducta ha creado el riesgo, sino porque ha obrado de una manera gravemente culposa al apoderarse del animal sin el

consentimiento del dueño.

1116/1435

1435.— La responsabilidad del dueño subsiste aunque en el momento de causar el daño hubiera estado el animal bajo la guarda de sus dependientes (art. 1126 Ver Texto ). Aunque esta norma se refiere sólo al propietario, es obvio que también es aplicable a la persona que se sirve de los animales, que también responde cuando ha entregado la guarda a uno de sus dependientes. Va de suyo que no es necesario probar la culpa del dependiente para desencadenar la responsabilidad del principal, que surge del hecho de la propiedad o del servicio que presta el animal; a menos, claro está, que se pretenda imputar responsabilidad también al dependiente, en cuyo caso la prueba de su culpa será inevitable. También será necesaria esta prueba si el principal quiere ejercer acción de regreso contra el dependiente.

Supuesto que el dependiente se sirva de la cosa en beneficio propio, hay, a nuestro juicio, responsabilidad conjunta: la del principal, en su carácter de propietario, y la del dependiente, en su carácter de persona que se sirve del animal (ver nota 9). Sobre este tema de la responsabilidad conjunta del propietario y de la persona que se sirve del animal, volvemos más adelante.

1116/1436

1436.— Puede ocurrir que el animal pertenezca al dependiente y esté bajo su guarda inmediata, pero al servicio del principal; tal como ocurre si el sereno de una obra es propietario del perro que lo ayuda a cuidar el inmueble. En tal caso, el principal es responsable, puesto que se sirve del animal (ver nota 10).

1116/1437

1437.— ¿Qué ocurre si el propietario ha hecho abandono del animal? No nos referimos, claro está, al caso de descuido o negligencia en el cuidado, sino al abandono propiamente dicho, es decir, hecho con ánimo de desprenderse del dominio. Luego el animal comete un daño. ¿Responde quien lo abandonó? A pesar de que ya no es dueño, creemos que responde. Despojarse de la propiedad sin adoptar las medidas tendientes a evitar que el animal pueda dañar a terceros, es una conducta culpable que hace responsable a quien incurrió en ella (ver nota 11). Quizá debe exceptuarse el caso de un abandono de antigua data, pues el largo tiempo transcurrido desde que el dueño abandonó el animal, tal vez justifique eximirlo de responsabilidad.

1116/1438

1438.— Supongamos ahora que los propietarios o las personas que se sirven del animal son varios. ¿En qué forma responden frente al damnificado? En lo que atañe a la coautoría de cuasidelitos, nosotros nos hemos inclinado por la solución, predominante en la jurisprudencia, según la cual la responsabilidad es solidaria. Pero aquí no se trata de coautoría de un cuasidelito, sino de una responsabilidad objetiva que se impone al propietario o guardián del animal. Parece lógico, en este caso, decidirse en el sentido de que cada uno de los copropietarios y cada uno de los guardianes responden en proporción al interés que tengan en la propiedad o servicio (ver nota 12), porque esa solución coincide con la que establece el art. 1135 Ver Texto para el supuesto evidentemente análogo de la responsabilidad de los copropietarios de un edificio por los daños ocasionados por su ruina, y con la del art. 1121 Ver Texto sobre responsabilidad de los copropietarios de hotel, capitanes de buque, padres de familia e inquilinos.

Puede ocurrir también que una persona haya sido herida por animales pertenecientes a distintas personas o que haya sido atacada por varios de ellos y no se pueda establecer cuál fue el animal autor del daño. En este caso, debe admitirse que hay una responsabilidad indistinta de cada uno de los propietarios por el total de los daños (ver nota 13).

1116/1439

1439. ¿LA RESPONSABILIDAD DEL PROPIETARIO O GUARDIÁN ES CONJUNTA O ALTERNATIVA?— Predomina en nuestro derecho la doctrina de que la responsabilidad del propietario y de la persona que se sirve del animal es disyuntiva y no conjunta; de tal modo que si el propietario ha entregado el animal a otra persona que se sirve de él, sólo ésta responde (ver nota 14).

A no dudar, esta doctrina está influida por el pensamiento de los juristas franceses, que es pacífico en ese sentido. Pero lo que no se ha advertido es que éstos trabajan sobre un texto legal muy diferente del nuestro. En efecto, el art. 1385, Código Napoleón, dice: El propietario de un animal o quien se sirve de él, es responsable del daño... La ley es clara al establecer una alternativa: el propietario o el guardián son responsables. De donde se desprende fácilmente que habiéndose desplazado la guarda a la persona que se sirve del animal, sólo ella responde.

Muy distinto es nuestro art. 1124 Ver Texto , que dice: El propietario de un animal, doméstico o feroz, es responsable del daño que causare. La misma responsabilidad pesa sobre la persona a la cual se hubiere mandado el animal para servirse de él, salvo su recurso contra el propietario. En este texto no hay una alternativa. Después de responsabilizar al propietario, se dice que la misma responsabilidad recae sobre la persona que se sirve del



animal. Es decir, se establece una responsabilidad conjunta. Y esta interpretación queda corroborada por la frase final, que después de responsabilizar al guardián, deja a salvo su acción de regreso contra el propietario, lo que significa, inequívocamente, que la responsabilidad de éste se mantiene, no obstante haberse desplazado la guarda.

La responsabilidad conjunta no sólo resulta claramente del art. 1124 Ver Texto , sino que es también la más valiosa, pues asegura a la víctima la reparación del daño sufrido (ver nota 15).

Debe exceptuarse, sin embargo, la hipótesis de que quien se sirve del animal lo haga en contra de la voluntad del dueño, en cuyo caso sólo él es responsable (ver nota 16).

1116/1440

1440. DAÑOS POR LOS QUE SE RESPONDE.— El propietario o la persona que se sirve del animal son responsables de cualquier daño provocado por ellos, estén o no dentro de los hábitos generales de su especie (art. 1126 Ver Texto ). Por consiguiente, no puede invocarse como eximente de responsabilidad la circunstancia de que no se trataba de un daño previsible, desde que no estaba en los hábitos de la especie.

De igual modo debe indemnizarse la enfermedad transmitida por el animal (ver nota 17).

Puede tratarse de daños en las personas o los bienes; inclusive, puede tratarse de daños hechos a otros animales, supuesto este último que ha sido objeto de una reglamentación especial (véase nº 1450).

1116/1441

1441.— Para hacer surgir la responsabilidad del propietario, es menester una intervención activa del animal; no basta que el daño resulte de una presencia suya puramente pasiva en el hecho (ver nota 18), tal como ocurriría si una persona cae al suelo al pretender subir a un caballo que no se ha movido, o si una persona sufre un síncope cardíaco al ver un león al que cree libre.

1116/1442

1442. ACCIÓN DE REGRESO DEL GUARDIÁN CONTRA SU DUEÑO.— Si la persona

que se servía del animal ha pagado al tercero los daños sufridos, tiene acción de regreso contra el propietario (art. 1124 Ver Texto , in fine). Pero este derecho se pierde si el propietario advierte a quien quería servirse del animal de su peligrosidad o de sus hábitos mañosos: en tal caso, es claro que el guardián asume los riesgos y que no se justificaría la acción de regreso (ver nota 19).

1116/1443

1443. CESACIÓN DE LA RESPONSABILIDAD.— La responsabilidad del propietario o de quien se sirve del animal cesa en los siguientes casos: a) si el animal fue excitado por un tercero (art. 1125 Ver Texto ); b) si el animal se hubiera soltado o extraviado sin culpa de la persona encargada de guardarlo (art. 1127 Ver Texto ); c) si el daño causado hubiera provenido de fuerza mayor o de culpa de la víctima (art. 1128 Ver Texto ). Nos ocuparemos a continuación de estos tres supuestos.

1116/1444

1444. a) Animal excitado por un tercero.— En este caso el único responsable es el tercero (art. 1125 Ver Texto ). A nuestro juicio, la excitación elimina la responsabilidad del dueño sólo cuando ha sido deliberada (ver nota 20); pero si ha resultado más bien de la culpa o imprudencia del tercero, que no previó las consecuencias que su conducta podría tener sobre la naturaleza excitable del animal, la responsabilidad del dueño se mantiene, pues él es quien crea el riesgo con su animal excitable. En consonancia con estas ideas se ha declarado que no exime de responsabilidad al propietario la circunstancia de que el animal se haya excitado por un ruido de tránsito callejero (ver nota 21), por el estrépito producido por el paso de un camión (ver nota 22), un auto riel (ver nota 23) o un escuadrón (ver nota 24).

Naturalmente, el propietario no queda exento de responsabilidad si quien lo excitó fue dependiente suyo, pues en ese caso juega la responsabilidad refleja del art. 1113 Ver Texto (ver nota 25).

1116/1445

1445. b) Animal soltado o extraviado sin culpa de la persona encargada de guardarlo.— Esta falta de culpa será ordinariamente muy difícil de producir, porque es claro que si el animal se ha soltado es porque no se tomaron todas las precauciones necesarias para evitarlo. No basta probar que se ha tenido el cuidado ordinario (ver nota 26). A nuestro juicio, sólo podrá acreditarse falta de culpa si el animal ha sido soltado por un tercero o ha quedado libre por un acontecimiento imprevisible (ver nota 27).

La ley exige que el animal se haya soltado o extraviado sin culpa de la persona encargada de guardarlo. Esa persona puede ser un dependiente del dueño o puede ser el mismo dueño, si el animal está bajo su guarda directa (ver nota 28).

1116/11210

1445 bis. c) Animales sueltos en la ruta.— En caso de animales sueltos en la ruta, el único responsable es el dueño, propiedad que resulta de la marca del animal. Pero no se puede pretender responsabilidad conjunta del Estado ni tampoco la del concesionario del peaje, que sólo debe responder por el estado de la ruta, pero no puede responder por que el propietario abra las tranqueras o conserve en buen estado los alambrados, dado que no le es posible exigirle el cumplimiento de esas obligaciones (ver nota 29).

1116/1446

1446. d) Daño que proviene de fuerza mayor o de culpa imputable al que lo hubiere sufrido. — La fuerza mayor, ya lo sabemos, debe ser un acontecimiento imprevisible; no lo constituyen, por lo tanto, los ruidos propios del tránsito que asustan a un animal (véase jurisprudencia citada en n° 1444).

La culpa de la víctima presenta un problema interesante en el supuesto de que su conducta no obedezca a una imprudencia irrazonable, sino a un acto de arrojo. Por ejemplo, una persona quiere detener un caballo desbocado y resulta herida; o se interpone para evitar que un perro muerda a un tercero y es mordido él. ¿Queda exento de responsabilidad el propietario? Es indudable que no. El derecho debe proteger la conducta social y moralmente valiosa. Quien se ha expuesto deliberadamente al peligro, ha querido evitar a terceros (quizás al propio dueño) un daño mayor; y si le ha resultado un daño personal, es por la naturaleza peligrosa del animal. El propietario debe responder (ver nota 30).

1116/1447

1447.— ¿Qué ocurre si la persona que ha cometido la imprudencia causante del daño es un menor de diez años o un demente, que por carecer de discernimiento no pueden incurrir en culpa? Aguiar piensa que el hecho de estas personas debe considerarse como caso fortuito que exime de responsabilidad al dueño (ver nota 31). Estamos de acuerdo siempre que el contacto entre el menor de diez años o el demente con el animal haya sido un hecho realmente imprevisible; pero si, por el contrario, era previsible dicho contacto, el propietario no quedaría exento de responsabilidad aunque el acto del incapaz haya sido

objetivamente imprudente, pues el dueño del animal debió tener en cuenta el peligro surgido de la falta de reflexión de aquellas personas, para adoptar las medidas conducentes a evitarlo.

1116/1448

1448.— Se ha declarado que la circunstancia de que la víctima transitara por un lugar prohibido (vías de ferrocarril), no exime de responsabilidad al dueño del perro que la hirió y que se hallaba fuera de los límites de su propiedad (ver nota 32). Pero la Cámara Federal de Córdoba falló otro caso similar en sentido opuesto, declarando que la persona que había entrado a un campo ajeno y abierto para sacar fotografías, no tiene derecho a que se le indemnice por las lesiones que le produjo un toro; el tribunal juzgó que había mediado culpa de la víctima (ver nota 33).

1116/1449

1449. SUPUESTO DE ANIMAL FEROS.— ¿Juegan estas eximentes de responsabilidad en el caso de un animal feroz? El Código resuelve expresamente el punto al disponer que el daño causado por un animal feroz, que no reporta utilidad para la guarda o servicio de un predio, será siempre imputable al que lo tenga, aunque no le hubiese sido posible evitar el daño y aunque el animal se hubiera soltado sin culpa de los que lo guardaban (art. 1129 Ver Texto ).

En este caso, por lo tanto, no se puede invocar la fuerza mayor para excusar la responsabilidad del propietario. La solución se justifica, porque la fuerza mayor no ha actuado sino como concausa del daño; la otra concausa es la naturaleza feroz del animal, que sin utilidad alguna guardaba el propietario. Esto implica una culpa de la cual hay que responder.

La solución del art. 1129 Ver Texto ¿es también aplicable al caso de que el daño se deba a culpa de la propia víctima? Pensamos que no, porque el art. 1129 Ver Texto pone a cargo del propietario la fuerza mayor, pero no este supuesto; la aplicación de los principios generales conduce a eximir de responsabilidad al propietario. Y ésa es la buena solución. Está bien que el propietario cargue con los derechos imprevisibles, pero no con la conducta culpable de la propia víctima. Supongamos que una persona tiene encerrado en una jaula un puma o un jaguar y que un visitante entre imprudentemente en la jaula, resultando herido; imputar al dueño ese daño sería a todas luces injusto (ver nota 34).

1116/1450

1450. DAÑO CAUSADO POR UN ANIMAL A OTRO.— El daño causado por un animal a otro será indemnizado por el dueño del animal ofensor si éste provocó al animal ofendido; si el animal ofendido provocó al ofensor, el dueño de aquél no tendrá derecho a indemnización alguna (art. 1130 Ver Texto ).

Cabe preguntarse si el dueño del animal herido debe demostrar, para exigir la reparación, que el animal ofensor fue el que provocó. Según algunos fallos y autores se impone la respuesta afirmativa en vista de que el art. 1130 Ver Texto condiciona el derecho del dueño del animal dañado a la existencia de provocación por el otro (ver nota 35). Nos parece más jurídico y justo presumir que si uno de los animales resulta lesionado el otro es el provocador (ver nota 36); pensamos, por consiguiente, que en presencia de las heridas sufridas por un animal, el propietario del ofensor responde, a menos que demuestre que la provocación provino de la víctima. Si ambos animales resultan heridos no habrá lugar a acciones recíprocas, a menos que se pruebe de cuál provino la provocación (ver nota 37).

Si el animal herido ha invadido el predio donde habita el otro, debe considerársele provocador, aunque el ataque haya provenido del ofensor; tal como ocurriría si un perro guardián hiere a otro que penetra en su casa.

1116/1451

1451.— Pero puede ocurrir que animales pertenecientes a distintos propietarios, haya sido puestos bajo una guarda común y dentro de un mismo recinto; como, por ejemplo, ocurre si se entregan animales a pastoreo, dentro de un mismo potrero. En tal caso debe suponerse que los propietarios se liberan recíprocamente de sus responsabilidades, pues es obvio que se exponen deliberadamente al riesgo que supone ese contacto (ver nota 38). Sin embargo, si uno de los animales tuviera una naturaleza viciosa (por ejemplo, si es agresivo o padece de una enfermedad contagiosa) y en virtud de ella daña a los otros, su propietario es responsable, pues debió prever que el daño ocurriría (ver nota 39).

1116/1452

1452. INDEMNIZACIÓN Y ABANDONO DEL ANIMAL.— El propietario no puede sustraerse a la obligación de reparar el daño ofreciendo abandonar la propiedad del animal (art. 1131 Ver Texto ). Parece ésta una disposición superflua, pues con el abandono del animal, aunque sea en favor de la víctima, no se repara el daño sufrido, que puede ser muy superior al valor del animal. A pesar de que todo esto es muy evidente, el codificador creyó prudente establecerlo expresamente, porque la solución del derecho romano y de la antigua legislación española era distinta, ya que permitía el abandono en favor de la víctima como recurso para liberarse del pago de la indemnización de daños (ver nota 40).

(nota 1) De acuerdo: BUSTAMANTE ALSINA, Teoría general de la responsabilidad civil, núms. 1129 (Ver Texto) y s.; DEMOGUE, t. 5, nº 983; SAVATIER, t. 1, nº 337; JOSSERAND, t. 2, nº 523; PEIRANO FACIO, Responsabilidad extracontractual, nº 328.

(nota 2) SALVAT, Hechos ilícitos, nº 2865; PEIRANO FACIO, Responsabilidad extracontractual, nº 329; BAUDRY LACANTINERIE y BARDE, t. 4, nº 450, in fine; HUC, t. 8, nº 450.

(nota 3) C. Civil 2ª Cap., 27/8/1946, J. A., 1946-IV, p. 94.

(nota 4) C. Civil 1ª Cap., 25/3/1931, J. A., t. 35, p. 315.

(nota 5) C. Civil 2ª Cap., 27/8/1946, J. A., 1946-IV, p. 94; y autores citados en nota 2225.

(nota 6) PLANIOL-RIPERT-ESMEIN, t. 6, nº 593; JOSSERAND, t. 2, nº 517; SAVATIER, t. 1, nº 409; MAZEAUD, t. 2, núms. 1090 y 1097 (autores estos que ponen el acento en el poder de dirección y mando sobre el animal).

(nota 7) C. Civil 2ª Cap., 7/8/1931, G. F., t. 94, p. 74.

(nota 8) REZZÓNICO, 9ª ed., t. 2, p. 1372; AGUIAR, t. 3, nº 158, b; PLANIOL-RIPERT-ESMEIN, t. 6, nº 593; DEMOGUE, t. 5, nº 1003. En contra: ACUÑA ANZORENA, en SALVAT, Hechos ilícitos, nº 2864, nota 51, e.

(nota 9) En contra: ACUÑA ANZORENA, quien piensa que, en tal caso, el propietario no es responsable, y cita en su apoyo la autoridad de DEMOGUE, BEUDANT, GARDENAT y SALOMON-RICCI (en SALVAT, Hechos ilícitos, nº 2966, in fine). De igual opinión es REZZÓNICO, t. 2, p. 1371, nota 58. Pero a nuestro juicio, la autoridad de los tratadistas franceses no es invocable en nuestro caso, pues ellos trabajan sobre un texto legal distinto del nuestro, que los lleva a la conclusión de que la responsabilidad del propietario y de la persona que se sirve del animal es alternativa y no conjunta. En nuestro derecho, creemos, la solución es distinta (véase nº 1439).

(nota 10) C. Civil 1ª Cap., 27/9/1943, J. A., 1943-IV, p. 119; C. Civil 2ª Cap., 1/4/1929, J. A., t. 29, p. 445.

(nota 11) COLOMBO, Culpa aquiliana, 2ª ed., n° 181, c; AGUIAR, t. 3, núms. 154 y 157.

(nota 12) De acuerdo: C. Civil 1ª Cap., 27/9/1943, J. A., 1943-IV, p. 119; PEIRANO FACIO, Responsabilidad extracontractual, n° 329. En contra, sosteniendo que responden solidariamente: MAZEAUD, t. 2, n° 1092.

(nota 13) DEMOGUE, t. 5, n° 998. Los MAZEAUD formulan esta distinción: si el daño ha sido causado por varios animales, la responsabilidad de los propietarios es solidaria; pero si uno solo ha causado el daño, la víctima debe probar cuál fue, y sólo contra su propietario tiene acción (t. 2, n° 1111).

(nota 14) C. Civil 2ª Cap., 27/8/1946, J. A., 1946-IV, p. 94; Sup. Corte Buenos Aires, 9/6/1959, J. A., 1960-I, p. 289; C. Apel. Rosario, 4/8/1939, L. L., t. 15, p. 807; SALVAT, Hechos ilícitos, n° 2862; COLOMBO, Culpa aquiliana, 2ª ed., n° 178; AGUIAR, t. 3, n° 156; CAMMAROTA, Responsabilidad extracontractual, t. 2, n° 402; REZZÓNICO, t. 2, p. 1372; BUSTAMANTE ALSINA, Teoría general de la responsabilidad civil, n° 1145 (Ver Texto).

(nota 15) De acuerdo: C. Apel. 1ª Bahía Blanca, 7/11/1972, E. D., t. 47, p. 676; SPOTA, Los daños causados por animales y la responsabilidad distinta del dueño y del guardián jurídico, J. A., 1946-IV, p. 94; MOSSET ITURRASPE, Responsabilidad por daños, t. 1, n° 109, c; GARRIDO, nota en J. A., Doctrina, 1969, p. 81.

(nota 16) REZZÓNICO, t. 2, p. 1372, nota 59; MAZEAUD, t. 2, n° 1095.

(nota 17) COLOMBO, Culpa aquiliana, 2ª ed., n° 176; AGUIAR, t. 3, n° 153; DEMOGUE, t. 5, n° 990; MAZEAUD, t. 2, n° 1118.

(nota 18) MAZEAUD, t. 2, n° 1117; PEIRANO FACIO, Responsabilidad extracontractual, n° 330.

(nota 19) SALVAT, Hechos ilícitos, n° 2863; COLOMBO, Culpa aquiliana, 2ª ed., n° 178; CAMMAROTA, Responsabilidad extracontractual, t. 2, n° 402; DE GÁSPERI, t. 4, n° 1876.

(nota 20) De acuerdo: BUSTAMANTE ALSINA, Teoría general de la responsabilidad

civil, n° 1153 (Ver Texto).

(nota 21) C. Apel. La Plata, 1/10/1943, L. L., t. 34, p. 293.

(nota 22) C. Apel. Rosario, 26/3/1935, J. A., t. 51, p. 359.

(nota 23) C. Civil 1ª Cap., 6/5/1927, G. F., t. 68, p. 61.

(nota 24) C. Civil 1ª Cap., 24/2/1926, J. A., t. 19, p. 58. Sin embargo, en un caso se declaró responsable al conductor de un automóvil que pasó a gran velocidad al lado de un caballo, espantándolo: C. Civil 2ª Cap., 5/4/1940, J. A., t. 70, p. 184.

(nota 25) De acuerdo: SALVAT, Hechos ilícitos, n° 2867.

(nota 26) C.S.N., 12/6/1957, L. L., t. 93, p. 182; C. Civil Cap., Sala E, 21/11/1960, L. L., t. 101, p. 1010, 6276-S.

(nota 27) De acuerdo: SPOTA, nota en J. A., 1946-IV, p. 94, n° 6.

(nota 28) De acuerdo: COLOMBO, Culpa aquiliana, 2ª ed., n° 179; ACUÑA ANZORENA, en SALVAT, Hechos ilícitos, n° 2873, nota 52, e. En cambio, AGUIAR, t. 3, n° 160, y CAMMAROTA, Responsabilidad extracontractual, t. 2, n° 409, sostienen, con argumentos inconvincentes, que si el animal está bajo la guarda inmediata del dueño, éste no puede liberarse de responsabilidad demostrando que no hubo culpa de su parte en el hecho de que el animal se haya soltado o extraviado.

(nota 29) C. S. N., 7/11/1989, Fallos, t. 312; C. Civil Cap., Sala G, 7/6/1995, L. L., 1995-D, p. 337; C. C. 1ª San Nicolás, 2/4/1996, E. D., fallo n° 48.057; MARIENHOFF, El poder de policía y el control de seguridad en las vías públicas, Anales de la Academia de Derecho de Buenos Aires, t. 34; IMAZ VIDELA e IMAZ COSSIO, nota en diario de L. L. del 5/11/1997, quienes dicen que admitir la solución contraria sería convertir en posible lo imposible, como es advertir de inmediato la existencia de cualquier animal suelto en la ruta.

(nota 30) SALVAT, Hechos ilícitos, n° 2877; COLOMBO, Culpa aquiliana, 2ª ed., n° 121, e; PLANIOL-RIPERT-ESMEIN, t. 6, n° 601; BAUDRY LACANTINERIE y BARDE, t. 4, n° 2947.



(nota 31) AGUIAR, t. 3, n° 160, ch.

(nota 32) C. Civil 2ª Cap., 7/7/1941, L. L., t. 24, p. 201.

(nota 33) Fallo del 24/6/1942, referido por ORGAZ, Responsabilidad por el daño causado por animales, en Estudios de derecho civil, ps. 343 y s. El autor desaprueba la solución del tribunal.

(nota 34) De acuerdo: BUSTAMANTE ALSINA, Teoría general de la responsabilidad civil, n° 1159 (Ver Texto); KEMELMAJER DE CARLUCCI, en BELLUSCIO-ZANNONI, t. 5, p. 702, nota al art. 1129; SALERNO, en Responsabilidad por daños, t. 2, ps. 77 y s., Abeledo-Perrot. En contra, sosteniendo que en el supuesto de animal feroz no excusa la responsabilidad ni siquiera la culpa de la víctima: COLOMBO, Culpa aquiliana, 2ª ed., n° 180; AGUIAR, t. 3, n° 161; SALVAT, Hechos ilícitos, n° 2878 (quien no se refiere al supuesto de culpa de la víctima, pero dice que en este caso la responsabilidad del propietario no tiene excepciones de ninguna especie). La C. 1ª de San Nicolás, resolvió que la culpa de la víctima sólo exime parcialmente de responsabilidad al dueño del animal feroz: E. D., 24/9/1996, fallo n° 47.808. En este caso se trataba de una mujer que metió el brazo en la jaula.

(nota 35) En este sentido: Sup. Corte Buenos Aires, 15/5/1962, J. A., 1962-V, p. 104; SALVAT, Hechos ilícitos, n° 2870; COLOMBO, Culpa aquiliana, 2ª ed., n° 181; d.

(nota 36) De acuerdo: AGUIAR, t. 3, n° 162.

(nota 37) Esta solución nos parece más simple y lógica que la propuesta por AGUIAR, véase loc. cit. en nota anterior.

(nota 38) AGUIAR, t. 3, n° 163; DEMOGUE, t. 5, n° 1026; BAUDRY LACANTINERIE y BARDE, t. 4, n° 2951. En contra: COLOMBO, Culpa aquiliana, 2ª ed., n° 181, b, quien cree que siempre es responsable el propietario del animal agresor.

(nota 39) AGUIAR, t. 3, n° 163; BAUDRY LACANTINERIE y BARDE, t. 4, n° 2951.

(nota 40) Digesto, lib. IX, tít. 1, ley 1; Partida 7, tít. 15, ley 22.  
1116/10740

## B.— DAÑOS CAUSADOS POR COSAS INANIMADAS (ver nota 1)

1116/1453

1453. EL NUEVO ART. 1113.— La ley 17711 ha introducido en este texto profundas modificaciones. Mantiene por lo pronto el texto originario que dice así: La obligación del que ha causado un daño se extiende a los daños que causaren los que están bajo su dependencia, o por las cosas de que se sirve, o que tiene a su cuidado. Pero ha agregado dos nuevos párrafos: En los supuestos de daños causados con las cosas, el dueño o guardián, para eximirse de responsabilidad, deberá demostrar que de su parte no hubo culpa; pero si el daño hubiere sido causado por el riesgo o vicio de la cosa, sólo se eximirá total o parcialmente de responsabilidad acreditando la culpa de la víctima o de un tercero por quien no debe responder.

Si la cosa hubiese sido usada contra la voluntad expresa o presunta del dueño o guardián, no será responsable.

La reforma se completó con la supresión de los arts. 1133 Ver Texto y 1134, que además de ser contradictorios entre sí, devinieron inútiles al tratar el nuevo art. 1113 Ver Texto la responsabilidad del propietario.

1116/1454

1454.— Veamos cuáles son las consecuencias de la nueva norma:

a) Introduce oficialmente en nuestro derecho positivo la teoría del riesgo, que ya la jurisprudencia había aplicado por su cuenta.

b) Concluye con la famosa cuestión de si debía distinguirse entre los daños causados por las cosas y con las cosas y lo hace inclinándose por la mejor solución, es decir, borrando toda pretendida diferencia entre ambas situaciones. Trataremos detenidamente esta cuestión más adelante (núms. 1474 y s.).

c) Distingue entre las cosas que tienen vicios o riesgos derivados de su propia naturaleza y las que no lo tienen. En el primer caso no basta que el propietario o guardián demuestre que de su parte no hubo culpa (salvo la hipótesis del último párrafo de este artículo) y sólo queda exento de responsabilidad demostrando la existencia de la culpa de la víctima o de

un tercero por quien no debe responder (se adopta el criterio ya aplicado por nuestra jurisprudencia en materia de accidentes de tránsito: véase núms. 1506 y s.). En la segunda hipótesis, el propietario o guardián puede demostrar que de su parte no hubo culpa; basta con eso para eximirlo de responsabilidad.

d) En cualquier hipótesis, el dueño o guardián puede eximirse de responsabilidad, demostrando que la cosa ha sido usada contra su voluntad expresa o presunta; como ocurre con los daños ocasionados a un transeúnte que es embestido por quien ha robado un coche o por el tallerista o garagista que aprovecha el automóvil que le ha sido confiado para hacer un paseo.

Pero se ha resuelto que es necesario demostrar que se acredite haber obrado diligentemente, adoptando las medidas para evitar la utilización fácil e indiscriminada de la cosa por terceros (ver nota 2). Mazinghi (h), que aprueba la solución, cita como casos en que no habría exención de responsabilidad la del policía que deja su arma reglamentaria al alcance de terceros o del automovilista que deja su automóvil en marcha y con las llaves puestas (ver nota 3).

1116/1455

1455. DEROGACIÓN DE LOS ARTS. 1133 Y 1134.— La ley 17711 ha abrogado los arts. 1133 Ver Texto y 1134. El primero de ellos decía: Cuando de cualquier cosa inanimada resultare daño a alguno, su dueño responderá de la indemnización, si no prueba que de su parte no hubo culpa, como en los casos siguientes:

1º) Caídas de edificios o de construcciones en general, en el todo o parte;

2º) Caídas de árboles expuestos a caer por casos ordinarios;

3) Humareda excesiva de horno, fragua, etc. sobre las casas vecinas;

4º) Exhalaciones de cloacas o depósitos infestantes, causadas por la construcción de éstos sin las precauciones necesarias;

5º) Humedad en las paredes contiguas, por causas evitables;

6º) Atajos de los ríos para servicio de las heredades propias;

7º) Obras nuevas de cualquier especie, aunque sea en lugar público y con licencia, si causaren perjuicio.

Por su parte el art. 1134 Ver Texto disponía: Tiene lugar la indemnización del daño causado por ruina de edificio, probándose que hubo negligencia de parte de su dueño o de su representante, en hacer las reparaciones necesarias, o en tomar precauciones oportunas, aunque la ruina provenga de vicio en la construcción.

Estos textos devinieron inútiles con los agregados hechos al art. 1113 Ver Texto . Tenían además numerosos defectos que convenía eliminar. Por lo pronto había una notable contradicción entre ambos textos. El art. 1113 Ver Texto establecía que habrá responsabilidad cuando de cualquier cosa inanimada resultare daño alguno si no prueba que de su parte no hubo culpa. El artículo siguiente exigía para que haya lugar a la indemnización por ruina de edificio, la prueba de que hubo negligencia por parte del dueño, o de su representante; y adviértase que este caso no puede considerarse como una excepción al anterior porque el supuesto de ruina de edificios está expresamente previsto en el art. 1133 Ver Texto . Por lo demás la enumeración contenida en el art. 1133 Ver Texto era bastante arbitraria y desde luego incompleta; llama la atención, por ejemplo, que no se haga en él la más mínima mención a las máquinas, que son los factores más frecuentes de producción de daños.

Su supresión, pues, vino a eliminar dos disposiciones contradictorias y deficientes.

1116/1456

1456. COSAS POR CUYO DAÑO SE RESPONDE.— La ley habla de cosas en general. Deben entenderse tales todas aquellas que no sean animales (que tienen su régimen propio); con esta exclusión, quedan comprendidas todas las cosas muebles o inmuebles, sean sólidas, líquidas o gaseosas.

Así, se han declarado indemnizables los daños ocasionados por emanaciones de gas (ver nota 4), o por la rotura de un caño de agua corriente (ver nota 5). También las energías deben ser reputadas cosas (véase Tratado de Derecho Civil, Parte General, 4ª ed., t. 2, nº 757) y por ello se ha decidido que debe responderse por el daño causado por las instalaciones eléctricas, caída de un cable, etcétera (ver nota 6). Asimismo, se responde por los daños ocasionados por los alimentos en mal estado (ver nota 7).

1116/1457

1457.— Antes de la reforma de la ley 17711 , se discutía si para generar la responsabilidad del dueño o guardián era necesario que la cosa fuera peligrosa (ver nota 8). La cuestión ha quedado precisada después de la reforma del art. 1113 Ver Texto ; aun las cosas no peligrosas generan responsabilidad, pero la distinción entre ambas categorías no es irrelevante; si se trata de cosas no peligrosas, el dueño o guardián se exime de responsabilidad demostrando que de su parte no hubo culpa; si la cosa es viciosa o riesgosa, no basta con ello; debe demostrar además, la culpa de la víctima o de un tercero por quien no debe responder.

En cualquiera de estos casos, al demandante le basta con probar el daño sufrido y el contacto con la cosa de que proviene aquél (ver nota 9). Es al demandado a quien le compete probar que de su parte no hubo culpa (si la cosa no es viciosa o riesgosa) o bien la culpa de la víctima o de un tercero (si lo es).

1116/1458

1458.— ¿También se responde por el hecho de las cosas inertes? Se ha sostenido, en efecto, que para que haya responsabilidad del propietario o guardián, es menester una intervención activa de la cosa. Así, por ejemplo, si un ciclista, por una contingencia del tráfico, se estrella contra un automóvil que está estacionado y se lesiona, no puede pretender que deba ser indemnizado por el dueño del automóvil (ver nota 10).

Pensamos que esta distinción entre cosas inertes y activas, debe ser desestimada. En primer lugar, porque no está en la ley. Y, además, porque no parece razonable. Es cierto que el peligro se origina más frecuentemente en cosas en movimiento; pero también puede resultar de cosas inmóviles. Un árbol caído en una ruta, un automóvil que se deja estacionado en un camino oscuro, pueden originar un accidente. Son cosas inertes; sin embargo, su propietario debe responder. Lo que a nuestro juicio ha oscurecido el problema es que no se ha advertido que ordinariamente, tratándose de cosas inertes, será relativamente fácil a su propietario probar que el daño se produjo por culpa de la propia víctima (lo más probable) o por caso fortuito. Está claro que cuando un ciclista embiste un automóvil parado es porque ha mediado culpa de su parte: o conducía muy velozmente o no hizo la maniobra apropiada. De cualquier modo, el accidente está demostrando su culpabilidad que exime la responsabilidad del dueño de la cosa.

En suma, juzgamos que entre la responsabilidad del dueño de una cosa inerte y otra en movimiento, no hay una diferencia de naturaleza; la sola diferencia está en que el dueño de la primera podrá demostrar más fácilmente su falta de culpa (ver nota 11).

1116/1459

1459-1464.— Se ha declarado que el dueño o guardián es responsable no sólo por la caída total de un árbol, sino también por la de una de sus ramas (ver nota 12) y aun por la caída de hojas, cuando por ejemplo tapan y obturan los tubos de desagüe (ver nota 13); o las humaredas excesivas, no obstante que la fábrica o maquinaria funcione con autorización administrativa, porque esa autorización debe ser otorgada sin perjuicio de los derechos de terceros que puedan resultar afectados (ver nota 14); los daños causados por las obras destinadas a impedir el curso de las aguas pluviales o de desagüe (ver nota 15); por los daños producidos a una persona o a un vehículo que cae en una zanja abierta en la vía pública por una empresa de obras sanitarias (ver nota 16) o el causado por caños o materiales de construcción dejados sin custodia sobre la acera (ver nota 17).

1116/1465

1465. ACCIDENTES EN ASCENSORES. (ver nota 18)— La jurisprudencia no ha vacilado en declarar la responsabilidad del dueño o guardián por los accidentes originados en el mal funcionamiento del ascensor (ver nota 19), por la caída de la cabina al vacío (ver nota 20), etcétera. Igualmente indudable resulta la responsabilidad del dueño si el accidente se debe a falta de protección suficiente del ascensor, como por ejemplo, si no tuviera puerta o paredes (ver nota 21).

El propietario no se libera de responsabilidad por colocar, como es costumbre, un cartel en que dice que, habiendo escaleras a disposición del público, no se hace responsable por los accidentes que pueda ocasionar el uso del ascensor. Y es lógico que así sea, porque se trata de una responsabilidad extracontractual, fundada en la ley, de la cual no podría liberarse el responsable por una declaración unilateral de voluntad (ver nota 22).

1116/1466

1466.— Suele ocurrir, también, que los usuarios abran la puerta exterior, cuando el ascensor no está en el piso y confiado en que lo está, se precipiten al vacío. Es indudable que hay culpa del propietario, pues la causa del accidente es el mal funcionamiento del mecanismo de seguridad que permitió abrir la puerta; pero también hay culpa de la víctima, que no reparó en que el ascensor no estaba en el piso. La jurisprudencia predominante se inclina por considerar que en este supuesto hay culpa concurrente (ver nota 23), aunque no faltan fallos que se han inclinado por considerar que hay responsabilidad exclusiva del dueño (ver nota 24).

(nota 1) BIBLIOGRAFÍA ESPECIAL: SALAS, La responsabilidad por los daños causados por las cosas, Buenos Aires, 1945; SPOTA, La responsabilidad por las cosas inanimadas, J. A., t. 51, p. 589; HALPERIN, Responsabilidad por el hecho de las cosas inanimadas, L. L., t. 6, sec. doct., p. 1; ORGAZ, Responsabilidad por el hecho de las cosas inanimadas, en Nuevos estudios de derecho civil, ps. 253 y s., y L. L., t. 49, p. 701.

(nota 2) S. C. Mendoza, 8/3/1995, L. L., fallo n° 93.705.

(nota 3) Comentario al fallo citado en nota anterior.

(nota 4) C. Civil Cap., Sala C, 30/5/1955, J. A., 1955-III, p. 200; C. Civil 1ª Cap., 6/8/1945, J. A., 1945-IV, p. 84; C. Civil 2ª Cap., 28/10/1947, J. A., 1947-IV, p. 254; S. T. Entre Ríos, 1/8/1942, J. A., 1943-I, p. 695 (gases de un pozo ciego que se inflaman y explotan); S. C. Tucumán, 29/12/1942, J. A., 1943-II, p. 702 (gases acumulados en la cámara de un camión regador).

(nota 5) C. Civil 1ª Cap., 3/9/1920, J. A., t. 5, p. 231.

(nota 6) C. Civil Cap., Sala F, 27/5/1965, E. D., t. 11, p. 112; íd., 10/6/1965, L. L., t. 121, p. 263, con nota de DÍAZ MOLINA; C. Civil 1ª Cap., 8/7/1941, J. A., t. 76, p. 26; C. Civil 2ª Cap., 30/10/1939, L. L., t. 16, p. 484; íd., 28/4/1949, L. L., t. 55, p. 193; Sup. Corte Buenos Aires, 16/11/1926, J. A., t. 23, p. 264; íd., 7/7/1953, L. L., t. 71, p. 447; C. Apel. Rosario, 27/9/1940, L. L., t. 20, p. 70; C. Apel. Mendoza, 20/10/1940, J. A., t. 73, p. 589.

(nota 7) Sup. Corte Buenos Aires, 22/6/1965, J. A., 1965-V, p. 120, con nota de MORELLO.

(nota 8) Así lo sostuvieron: RIPERT, La regla moral en las obligaciones civiles, n° 124; SAVATIER, nota en D. P., 1927, 2, 169; ESMEIN, nota en Sirey, 1927, 1, 137, y fallos citados por JOSSERAND, t. 2, n° 538, nota 341.

(nota 9) C. Civil Cap., Sala A, 10/11/1970, E. D., t. 36, p. 99; Sala B, 31/7/1974, E. D., t. 57, p. 454; Sala F, 30/9/1969, E. D., t. 34, p. 246; íd., 21/10/1971, E. D., t. 39, p. 487.

(nota 10) En este sentido: SAVATIER, t. 1, n° 353. De acuerdo con este criterio, se resolvió que una pileta es una cosa inerte y por lo tanto, no es cosa riesgosa: C. Civil Cap., Sala E, 3/5/1991, E. D., fallo n° 43.375.

(nota 11) En el sentido de repudiar esta distinción: JOSSERAND, t. 2, nº 539 bis; MAZEAUD, t. 2, núms. 1211 y s.

(nota 12) C. Civil 1ª Cap., 18/6/1943, J. A., 1943-II, p. 13.

(nota 13) AGUIAR, t. 3, nº 278; COLOMBO, Culpa aquiliana, 2ª ed., nº 188-II.

(nota 14) Los fallos que hacían lugar a la indemnización por ruidos molestos, humaredas, etc., no obstante existir autorización administrativa, han perdido actualidad desde que esa solución ha sido expresamente consagrada por el nuevo art. 2618 Ver Texto (ref. por ley 17711 ).

(nota 15) C. Apel. Azul, 14/4/1936, J. A., t. 53, p. 1000.

(nota 16) C. Civil Cap., 28/10/1938, J. A., t. 64, p. 174; S. C. Tucumán, 12/5/1952, L. L., t. 69, p. 241; C. Apel. Santiago del Estero, 5/6/1952, L. L., t. 72, p. 660.

(nota 17) C. Civil 1ª Cap., 10/8/1937, L. L., t. 7, p. 809.

(nota 18) BIBLIOGRAFÍA ESPECIAL: ACUÑA ANZORENA, Responsabilidad por accidentes de ascensores y contenido de la obligación de guarda del responsable, en Estudios sobre la responsabilidad civil, ps. 361 y s., L. L., t. 15, p. 398; VÁZQUEZ, Examen de la jurisprudencia sobre accidentes producidos con motivo del uso de ascensores, J. A., 1944-III, p. 447; FINO, Responsabilidad en materia de accidentes causados por el uso de ascensores, J. A., t. 59, p. 461.

(nota 19) C. Civil Cap., Sala B, 17/9/1965, Doct. Jud., nº 2677; C. Civil 1ª Cap., 24/8/1928, J. A., t. 27, p. 503; C. Civil 2ª Cap., 22/10/1918, J. A., t. 2, p. 613; íd., 1/12/1947, L. L., t. 48, p. 224.

(nota 20) C. Fed. Cap., 2/7/1959, J. A., 1959-V, p. 68, y L. L., t. 100, p. 486.

(nota 21) De acuerdo: FINO, nota en J. A., t. 59, p. 461.



(nota 22) De acuerdo: VÁZQUEZ, nota en J. A., 1944-III, p. 447.

(nota 23) C. Civil Cap., Sala A, 7/4/1959, J. A., 1959-IV, p. 211 (el tribunal fijó la proporción de culpa en el 75% para el propietario y el 25% para la víctima, lo que significa que el propietario cargaba en esa proporción con los daños sufridos; C. Civil Cap., Sala A, 28/3/1963, E. D., t. 7, p. 599 (igual proporción de culpa); Sala C, 25/3/1971, E. D., t. 38, p. 281 (igual proporción de culpa); Sala C, 27/8/1954, L. L., t. 77, p. 117 (se fijó la culpa en el 70% para el propietario y el 30% para la víctima); Sala F, 25/6/1982, L. L., fallo n° 81.784 (80% de responsabilidad para el dueño y 20% para la víctima); C. Civil 1ª Cap., 13/4/1944, J. A., 1944-III, p. 446 (se fijó el 66% para el propietario y el 33% para la víctima). Un viejo fallo de la C. Civil 1ª Cap., 17/8/1937, J. A., t. 59, p. 446 y L. L., t. 7, p. 879, había considerado que en este supuesto mediaba culpa grave y exclusiva de la víctima, por lo que rechazó la demanda contra el propietario.

(nota 24) C. Civil Cap., Sala C, 23/5/1978, E.D., t. 83, p. 284; Sala D, 3/9/1951, G. F., t. 204, p. 370.

1116/1467

1.— Personas responsables

1467. CONCEPTO DE GUARDIÁN.— El art. 1113 Ver Texto atribuye la responsabilidad al dueño y al guardián de la cosa.

¿Qué debe entenderse por guardián de la cosa?

a) Según una primera opinión, guardián es la persona que tiene un poder legítimo e independiente de dirección y contralor de la cosa, no siempre coincidente con la detentación material de ella, que bien puede ser ejercida por un tercero sin que deje de ser guardián quien conserva el poder de dirección (ver nota 1).

b) Para otros, en cambio, no hay otra guarda que aquella que resulta de la detentación material de la cosa. La distinción entre guarda jurídica y material ha sido ideada, dice CAPITANT, por los intérpretes que ceden a la tentación de hacer construcciones jurídicas sobre una sola palabra (ver nota 2).

c) Finalmente, para otros autores lo decisivo para configurar el guardián es el aprovechamiento económico de la cosa (ver nota 3). Nos parece que ésta es la pauta

decisiva para la determinación del guardián; pero creemos también que no es posible prescindir de la noción de poder jurídico de dirección y contralor, que brinda también un elemento de juicio importante al juzgador.

1116/1468

1468.— Ordinariamente, el propietario es al mismo tiempo guardián de la cosa. Pero a veces ambas calidades se disocian; debe reputarse guardián al locatario (ver nota 4), al depositario (ver nota 5), al empresario de una obra que ha recibido una cosa ajena para realizar la obra (ver nota 6), al transportador de cosas ajenas (ver nota 7), al usufructuario (ver nota 8), al poseedor animus domini de una cosa mueble o inmueble (ver nota 9), al titular de un derecho real de uso o habitación (ver nota 10), al acreedor que ejerce el derecho de retención (ver nota 11), al acreedor prendario o anticresista que tiene la cosa en su poder (ver nota 12). El comodato exige algunas precisiones. Si se trata de un préstamo por un tiempo prolongado, hay sin duda desplazamiento de la guarda (ver nota 13); en cambio, no la hay si se trata de un préstamo accidental (ver nota 14) como ocurre si se facilita el automóvil a un amigo para que haga un paseo o un viaje. Mucho menos habrá transferencia de la guarda si se cede el volante a un amigo con el cual se viaja (ver nota 15) o se imparten lecciones de conducción del automóvil (ver nota 16).

1116/1469

1469.— Como lo ordinario es que el propietario sea al propio tiempo el guardián, cabe al dueño que alega el desplazamiento de la guarda probar ese hecho (ver nota 17). La cuestión puede tener interés práctico, pues según la jurisprudencia predominante (véase n° siguiente, a), el desplazamiento de la guarda exime de responsabilidad al propietario. Con relación a las cosas muebles, basta el hecho objetivo de la tenencia o detentación material de ellas para presumir que el que las detenta es su guardián, salvo prueba en contrario a cargo del tenedor (ver nota 18).

1116/1470

1470. ¿LA RESPONSABILIDAD DEL PROPIETARIO Y DEL GUARDIÁN ES CONJUNTA O ALTERNATIVA?— Sobre esta debatida cuestión se han sostenido en nuestra doctrina distintas opiniones:

a) La opinión más generalizada es la de que la responsabilidad recae sobre el guardián jurídico de la cosa, que puede ser el propietario (hipótesis normal), pero que puede ser también otra persona que se sirve de ella o la tiene a su cuidado. En todo caso, el guardián

es el único responsable (ver nota 19).

b) ORGAZ sostiene un punto de vista original: para él, frente a terceros, el único responsable es el propietario, salvo el derecho de éste de repetir del guardián culpable el pago de lo que debió resarcir al damnificado (ver nota 20).

Esta tesis, inaceptable dentro del sistema del Código, es ya indefendible después de la reforma del art. 1113 Ver Texto , que expresamente responsabiliza al dueño y al guardián.

c) Según CAMMAROTA, el dueño es el único responsable del daño causado por las cosas inanimadas. “El locatario, el usufructuario, son meros tenedores de ellas y representan al dueño (arg. art. 2352 Ver Texto ), así se trate de una locación (art. 1569 Ver Texto ), usufructo (art. 2917 Ver Texto ), comodato (art. 2270 Ver Texto ), etcétera; mantiene íntegra su condición y no hay por qué sustraerlo al deber de vigilar lo que es de su pertenencia, máxime si le extrae fruto civil y, lo que es más, no debe ser extraño al peligro que importa la utilización por otro, a quien la ley releva de culpa (disposiciones citadas)” (ver nota 21). Pero las disposiciones citadas no relevan la culpa a los locatarios, usufructuarios, etcétera, ni tienen relación con el problema de la responsabilidad por el hecho de terceros. Además, esta interpretación significa prescindir lisa y llanamente del art. 1113 Ver Texto que responsabiliza a quien se sirve de las cosas o las tiene a su cuidado.

d) Finalmente, según la interpretación que nosotros compartimos, el Código ha establecido simultáneamente la responsabilidad del guardián y la del propietario. El damnificado puede, por tanto, dirigir su acción indistintamente contra cualquiera de ellos por el total de los daños (ver nota 22). Pensamos que esta doctrina ha recibido un importante apoyo con los nuevos párrafos agregados por la ley 17711 al art. 1113 Ver Texto . En ellos se habla de la responsabilidad del dueño o guardián, sin establecer orden ni exclusiones. Obvio resulta que el damnificado puede dirigir su acción contra cualquiera de ellos. Es un caso claro de responsabilidad indistinta. Y hay que agregar que, además, ésta es la solución más valiosa porque contribuye a garantizar a la víctima del daño la reparación de los perjuicios sufridos, al hacerlos pesar sobre dos personas (ver nota 23).

Algunos fallos han adoptado una solución no muy ortodoxa del punto de vista de los principios, pero que ha permitido al tribunal hacer la justicia concreta del caso: se ha declarado que la responsabilidad del propietario y del guardián no son necesariamente simultáneas ni excluyentes, dependiendo la solución de las circunstancias del caso (ver nota 24). No obstante la buena intención que ha inspirado estos pronunciamientos, creemos que el sistema de nuestra ley es claro en cuanto establece la responsabilidad conjunta y que ésta es la solución más valiosa desde que aumenta la seguridad de que la víctima sea indemnizada. Sin contar con los inconvenientes de un sistema que no define claramente quién es el responsable.

1116/1471

1471.— Pero supongamos ahora que el guardián ha usado la cosa en contra de la voluntad del dueño. Así, por ejemplo, el propietario de un automóvil lo deja en un taller mecánico para someterlo a reparaciones o en un garaje para guardarlo; luego, el dueño del taller o del garaje, o uno de sus empleados, lo usa contrariando la voluntad expresa o tácita del dueño o guardián y produce un daño a terceros. Antes de la sanción de la ley 17711 predominaba la opinión de que el dueño o guardián carecía de responsabilidad; pero como esa opinión no era unánime (ver nota 25), convenía un texto legal que definiera la cuestión. El último apartado agregado al art. 1113 Ver Texto dispone que si la cosa hubiese sido usada contra la voluntad expresa o presunta del dueño o guardián, no será responsable. Es la solución razonable. La responsabilidad del propietario se funda, a nuestro entender, en el riesgo creado con la cosa que se posee. Ahora bien: cuando se lleva un automóvil a un taller o a un garaje, se lo coloca en situación de no poder ocasionar daños a terceros; el que crea el riesgo es el tallerista o garagista que, contrariando las instrucciones expresas o tácitas del dueño, lo hizo circular (ver nota 26).

Pero una solución distinta cabe en el caso de que el guardián haya obrado con autorización del dueño; así, por ejemplo, si el choque se produjo mientras el automóvil entregado al tallerista era sometido a pruebas necesarias o era conducido a la casa del cliente, como le estaba ordenado (ver nota 27).

Igualmente hay responsabilidad del propietario o guardián si quien usó la cosa contra su voluntad, pudo hacerlo en virtud de un descuido o negligencia de aquél (ver nota 28).

1116/1472

1472. COSA HURTADA O ROBADA.— Supongamos ahora que el daño se ha producido con una cosa (el supuesto más frecuente es el de los automóviles), hurtada o robada. El mismo párrafo del art. 1113 Ver Texto citado en el número anterior, decide la cuestión en el sentido de que el dueño y el guardián no son responsables, ya que también aquí la cosa ha sido usada contra su voluntad. En este caso, una elemental razón de buen sentido exige excusar su responsabilidad. El propietario ha sido víctima de un delito por parte de un tercero y repugna al sentimiento de justicia que sobre ese daño se le imponga una responsabilidad por la conducta culpable del ladrón (ver nota 29).

1116/1473

1473. SUPUESTO DE COPROPIEDAD O DE GUARDA COMPARTIDA.— Puede

ocurrir que la cosa que ha ocasionado el daño pertenezca a varios condóminos o que se halle sujeta a la guarda simultánea de varias personas, como ocurriría si hubiera pluralidad de locatarios, comodatarios, usufructuarios, etc. ¿Responden solidariamente o en proporción a su interés en la cosa?

La cuestión está discutida (ver nota 30); pero nos parece que el sistema de nuestra ley es claro. El art. 1121 Ver Texto dispone que cuando el hotel o casa pública de hospedaje perteneciera a dos o más dueños o si el buque tuviere dos capitanes o patronos, o fuesen dos o más los padres de familia o inquilinos de la casa, no responderán solidariamente sino en proporción a la parte que tuvieren; igual solución establece el art. 1135 Ver Texto para el caso de copropiedad de un edificio en ruinas. Estas disposiciones son de clara aplicación analógica a nuestro caso, pues no se ve razón para aplicar una solución distinta al supuesto de cosas inanimadas. Esta solución no es incompatible con el principio de la solidaridad entre los coautores de un cuasidelito, porque aquí no se trata de un supuesto de coautoría, sino de responsabilidad objetiva derivada de la propiedad o la guarda.

1116/11220

1473 bis. AUTOMÓVIL VENDIDO Y ENTREGADO AL COMPRADOR, PERO NO INSCRIPTO A NOMBRE DE ÉSTE; REMISIÓN.— Ocorre con mucha frecuencia que el vendedor de un automóvil no inscribe la transferencia del dominio a nombre del comprador, pero en cambio hace la tradición del vehículo y recibe el pago del precio. Supongamos que el comprador provoca un daño a terceros con el vehículo. Ninguna duda cabe de que el comprador y poseedor del vehículo es responsable. ¿Pero responde también el vendedor que se ha desprendido de la guarda del automóvil al hacer la tradición? Tratamos este asunto con mayor detenimiento en el Tratado de Derecho Civil, Derechos Reales, t. 1, n° 359 a donde nos remitimos. Sólo diremos que hasta la sanción de la ley 22977, la jurisprudencia largamente predominante eximía de toda responsabilidad al vendedor que había hecho la tradición del automóvil (ver nota 31). Pero conforme con lo dispuesto por dicha ley, el vendedor que no ha registrado la transferencia, para eximirse de responsabilidad, debe comunicar al Registro del Automotor, que ha transferido la propiedad. No obstante ello, algunas Salas de la Cámara Civil de la Capital han resuelto que la comunicación al Registro es una prueba suficiente pero no necesaria, de modo que si la transferencia se acredita suficientemente de otro modo, el que transfirió el vehículo, queda exonerado de responsabilidad (ver nota 32); otros tribunales, en cambio, han ajustado sus decisiones a lo preceptuado por la ley 22977 (ver nota 33). Este ha sido el criterio segundo por la Cámara Civil de la Capital reunida en tribunal plenario (ver nota 34).

(nota 1) C. Civil Cap., Sala C, 16/8/1954, J. A., 1956-I, p. 290; COLOMBO, Culpa aquiliana, 2ª ed., n° 173; MAZEAUD, t. 2, núms. 1155 y s.; JOSSERAND, t. 2, vol. 1, n° 424.

(nota 2) CAPITANT, Dalloz, 1936, 1, p. 81; en el mismo sentido, PLANIOL-RIPERT-BOULANGER, t. 2, n° 1160.

(nota 3) SPOTA, nota en L. L., t. 9, p. 714, y J. A., 1956-I, p. 290; SALAS, La responsabilidad por los daños de las cosas inanimadas, n° 45; DEMOGUE, t. 5, n° 1128; SAVATIER, t. 1, n° 362. Este criterio fue seguido por la C. Civil Cap., Sala C, 29/10/1963, E. D., t. 8, p. 134.

(nota 4) C. Civil Cap., Sala A, 14/10/1964, L. L., t. 117, p. 629; Sala C, 16/8/1954, J. A., 1956-I, p. 290; Sup. Corte Buenos Aires, 6/5/1941, J. A., t. 74, p. 570; C. Apel. Rosario, 11/6/1937, L. L., t. 10, p. 381. La doctrina es pacífica en este sentido: SALAS, nota en J. A., t. 74, p. 578, n° 25; SALVAT, Hechos ilícitos, n° 2893; MAZEAUD, t. 2, n° 1179; PLANIOL-RIPERT-BOULANGER, t. 2, n° 1170; COLIN-CAPITANT-JULLIOT DE LA MORANDIÈRE, t. 2, n° 371; etc.

(nota 5) C. Civil 2ª Cap., 28/8/1941, J. A., t. 75, p. 791; C. Paz Let. Cap., 23/8/1939, L. L., t. 16, p. 611; C. 1ª Apel. La Plata, 3/11/1942, J. A., 1943-I, p. 352; SALAS, nota en J. A., t. 74, p. 580, n° 30; BREBBIA, Accidentes de automotores, n° 94.

(nota 6) C. Civil Cap., Sala D, 17/12/1952, L. L., t. 69, p. 393; SALAS, nota en J. A., t. 74, p. 579; BREBBIA, Accidentes de automotores, n° 95.

(nota 7) SALAS, nota en J. A., t. 74, p. 580, n° 31; MAZEAUD, t. 2, n° 1179; SAVATIER, t. 1, n° 372.

(nota 8) SALAS, nota en J. A., t. 74, p. 579, n° 26; SPOTA, nota en L. L., t. 24, p. 256, n° 4; SALVAT, Hechos ilícitos, n° 2893.

(nota 9) SALAS, nota en J. A., t. 74, p. 576, n° 21; SPOTA, loc. cit. en nota anterior.

(nota 10) SPOTA, L. L., t. 24, p. 256, n° 4; SALVAT, Hechos ilícitos, n° 2893.

(nota 11) SPOTA, L. L., t. 24, p. 256, n° 4.

(nota 12) SPOTA, loc. cit. en nota anterior.

(nota 13) C. Civil Cap., Sala A, 20/12/1951, L. L., t. 65, p. 425; C. Civil 1ª Cap., 28/11/1941, J. A., t. 76, p. 914; C. Civil 2ª Cap., 27/12/1944, J. A., 1945-I, p. 657; Sup. Corte Buenos Aires, 6/5/1941, J. A., t. 74, p. 570; SALAS, nota en J. A., t. 74, p. 579, n° 28; SALVAT, Hechos ilícitos, n° 2893; MAZEAUD, t. 2, n° 1186.

(nota 14) C. Civil Cap., Sala F, 23/4/1963, L. L., t. 110, p. 679; C. 1ª Apel. La Plata, 19/9/1947, J. A., 1947-IV, p. 485; íd., 31/8/1949, J. A., 1949-IV, p. 296; MAZEAUD, t. 2, n° 1186..

(nota 15) MAZEAUD, t. 2, n° 1186.

(nota 16) SALAS, La responsabilidad por los daños ocasionados por las cosas, n° 61; MAZEAUD, t. 2, n° 1176.

(nota 17) BREBBIA, Accidentes de automotores, n° 91; C. Apel. 1ª La Plata, 19/9/1947, L. L., t. 49, p. 701; MAZEAUD, t. 2, n° 1184; MORELLO, en DE GÁSPERI, t. 4, n° 1889, a, p. 507.

(nota 18) Sup. Corte Buenos Aires, 15/5/1945, J. A., 1945-II, p. 767.

(nota 19) C. Civil Cap., Sala A, 20/12/1951, L. L., t. 65, p. 425; íd., Sala A, 18/9/1958, L. L., t. 96, p. 376 (la mayoría del tribunal sostuvo que la transferencia de la guarda exime de responsabilidad al propietario, a menos que se pruebe culpa de su parte en la elección de la persona que pasó a servirse de ella o a tenerla a su cuidado); C. Civil Cap., Sala C, 16/8/1954, J. A., 1956-I, p. 290; C. Paz Cap., Sala 5, 29/4/1965, J. A., 1965-III, p. 461; Sup. Corte Buenos Aires, 6/5/1941, J. A., t. 74, p. 570 (con nota de SALAS); C. Apel. Rosario, 11/6/1937, L. L., t. 10, p. 381; íd., 23/3/1955, J. A., 1955-III, p. 455; S. T. Santa Fe, 12/11/1940, L. L., t. 24, p. 254 (con nota de SPOTA); SALVAT, Hechos ilícitos, n° 2893, y su anotador ACUÑA ANZORENA, nota 69, n; COLOMBO, Culpa aquiliana, 2ª ed., n° 173; REZZÓNICO, 9ª ed., t. 2, p. 1397.

(nota 20) ORGAZ, Responsabilidad por el hecho de las cosas inanimadas, L. L., t. 49, ps. 701 y s. De acuerdo; BREBBIA, Accidentes de automotores, núms. 40 y s.

(nota 21) CAMMAROTA, Responsabilidad extracontractual, t. 2, p. 608.

(nota 22) C. Civil Cap., Sala A, 14/10/1964, L. L., t. 117, p. 629; Sala B, 30/9/1974, E.

D., t. 58, p. 346; Sup. Corte Buenos Aires, 17/3/1959, J. A., 1959-III, p. 604, Sala D, 3/9/1978, L. L. 1979-B, p. 38; íd., 8/10/1981, E. D., t. 97, fallo n° 35.192; Sala F, 16/2/1979, L. L., 1979-B, p. 559; Sala L, 7/6/1995, E. D., fallo n° 47.421. De acuerdo: SPOTA, La responsabilidad indistinta del dueño y de los guardianes de la cosa de la cual resultó un daño. L. L., t. 24, p. 254; SALAS, El responsable por los daños causados por las cosas, J. A., t. 74, p. 570; LAFAILLE, Obligaciones, t. 2, n° 1327; MOISSET DE ESPANÉS, nota en E. D., t. 48, p. 327; LLAMBÍAS, Obligaciones, t. IV-A, n° 2609.

(nota 23) ORGAZ no comparte esta interpretación del nuevo art. 1113 Ver Texto y sostiene que esta norma dice que son responsables el dueño o el guardián y no uno y otro (La culpa, p. 183, nota 24). Pero el art. 1113 Ver Texto no dice eso. Expresa que el dueño o guardián para eximirse de responsabilidad deberá demostrar que de su parte no hubo culpa. Se señala la situación en que se encuentra cualquiera de ellos. Basta pensar que si el texto dijera el dueño y guardián significaría que hay que concentrar las dos calidades para ser responsable, para descartar la interpretación de ORGAZ. De acuerdo con nuestra interpretación: C. Civil Cap., Sala F, 16/2/1979, L. L., 1978-B, p. 559; TRIGO REPRESAS, Obligaciones, t. 3, ps. 455 y s.; LLAMBÍAS, La Reforma, p. 305 (si bien este autor no está de acuerdo con la solución legal).

(nota 24) C. Civil Cap., Sala B, 18/8/1965, E. D., t. 16, p. 167; Sala E, 23/3/1961, J. A., 1962-II, p. 276; Sala D, 3/12/1979, L. L., 1980-D, p. 76, con nota de LLAMBÍAS.

(nota 25) En el sentido de que el propietario o guardián no son responsables: C. Civil Cap., Sala A, 18/9/1958, L. L., t. 96, p. 376; íd., Sala B, 2/11/1956, causa 31.186 (inédita); Sala D, 17/12/1952, L. L., t. 96, p. 393. En la legislación comparada es principio universalmente aceptado que la responsabilidad del propietario del automóvil cesa si ha sido usado contra su voluntad: así lo han dispuesto las leyes de diversos Estados de la Unión Norteamericana (véase El principio respondeat superior en la responsabilidad de los automovilistas, The Yale Law Journal, New Haven, Connecticut, vol. 6, n° 3, marzo de 1952, p. 435). Un principio similar ha sido adoptado por la ley austríaca del 9 de agosto de 1908, art. 1°; la ley alemana del 13 de mayo de 1909, art. 7°; ley suiza del 13 de marzo de 1932, art. 37; por el Código Polaco de las Obligaciones, art. 153; por la ley holandesa del 28 de abril de 1935. Es también la solución adoptada por la jurisprudencia francesa; véase la citada por MAZEAUD, t. 2, n° 1178, y por PLANIOL-RIPERT-ESMEIN, t. 6, n° 613. En cambio, sostenían la subsistencia de la responsabilidad del propietario (conjuntamente con la del guardián): SPOTA, nota en J. A., 1953-III, p. 455 y SALAS nota en J. A., t. 74, p. 570. La sostiene aun después de la reforma del art. 1113, MOSSET ITURRASPE, Responsabilidad por daños, t. 3, n° 12.

(nota 26) De acuerdo: C. Civil Cap., Sala D, 27/11/1978, L. L., 1979-B, p. 638.

(nota 27) C. Civil Cap., Sala E, 31/5/1966, L. L., t. 123, p. 258; Sala D, 27/11/1978, L. L.,



1979-B, p. 638; Sup. Corte Buenos Aires, 6/5/1941, J. A., t. 74, p. 570.

(nota 28) C. Civil Cap., Sala C, 30/9/1963, E. D., t. 10, p. 547; Sala D, 22/4/1964, E. D., t. 11, p. 117; C. Apel. 1ª Bahía Blanca, 8/9/1992, L. L., fallo n° 91.489, con nota de ACCIARRI (se trataba de un automóvil dejado en la vía pública con las llaves puestas).

(nota 29) Esta era la opinión largamente predominante antes de la sanción de la ley 17711: C. Civil Cap., Sala C, 14/2/1958, causa 43.155 (inérita); Sala F, 23/4/1963, E. D., t. 5, p. 712, y L. L., t. 110, p. 679; Sala E, 24/6/1966, J. A., 1966-V, p. 62; C. Civil 1ª Cap., 23/11/1943, L. L., t. 32, p. 780; C. 1ª Apel. La Plata, 3/12/1940, J. A., t. 72, p. 728; COLOMBO, Culpa aquiliana, 2ª ed., n° 174; SALAS, nota en J. A., t. 74, p. 570, n° 20; MOSSET ITURRASPE, Responsabilidad por daños, t. 3, n° 12. En contra, en el sentido de que el propietario mantiene su responsabilidad: SPOTA, nota en J. A., t. 24, p. 254, n° 6.

(nota 30) En el sentido de que la responsabilidad es solidaria: C. Civil 2ª Cap., 10/2/1937, J. A., t. 57, p. 371; MAZEAUD, t. 2, n° 1162. En el sentido de que se responde en proporción al interés que se tenga en la cosa: C. Civil 1ª Cap., 27/9/1943, J. A., 1943-IV, p. 119 (el caso se refería a un animal, pero la evidente analogía de situaciones hace aplicable esta jurisprudencia a las cosas inanimadas).

(nota 31) C. Civil Cap., Sala A, 7/3/1978, L. L., 1978-C, p. 132; Sala B, 25/10/1977, L. L., 1978-A, p. 575; Sala C, 6/12/1976, L. L., 1977-D, p. 513; C. Esp. C. y C. Cap. en pleno, 18/8/1980, L. L., 1981-B, p. 88 y E. D., t. 92, p. 687; S. T. Córdoba, 7/11/1980, J. A., 1981-II, p. 681, con nota de CIMA; C. Apel. Mendoza, 12/11/1979, J. A., 1980-III, p. 437. De acuerdo: TRIGO REPRESAS, nota en L. L., 1981-A, p. 691; GARCÍA CONI, en Revista del Notariado, n° 755, p. 299. En contra, vale decir, en el sentido de que mientras el automóvil sigue inscripto a nombre del vendedor se mantiene la responsabilidad de éste: C. Civil Cap., Sala F, 16/2/1979-D, p. 559; C. Apel. Córdoba, 29/3/1980, J. A., 1981-I, p. 348, con nota aprobatoria de ZAVALA DE GONZÁLEZ.

(nota 32) C. Civil Cap., Sala J, 12/12/1989, L. L., fallo n° 89.011 (fallo en el que se citan sentencias coincidentes de las Salas II y III de la antigua Cámara Civil y Comercial Especial de la Capital).

(nota 33) C. Civil Cap., Sala A, 8/2/1990, E. D., fallo n° 42.294; Sala C, 29/8/1989, L. L., fallo n° 88.199; Sala F, 8/10/1990, L. L., fallo n° 89.042; Sup. Corte Buenos Aires, 26/11/1991, L. L., fallo n° 90.181; C. Apel. Morón, 5/3/1992, E. D., fallo n° 44.801.

(nota 34) Fallo del 9/9/1993, L. L., 1993-E, p. 586.

2.— Daños por los que se responde

1474. DAÑOS CAUSADOS CON LA COSA Y POR LA COSA: ESTADO DE LA CUESTIÓN ANTES DE LA REFORMA.— Un largo debate agitó la doctrina y la jurisprudencia de nuestro país en relación al supuesto de que la cosa que produjo el daño, haya estado en ese momento bajo la acción, conducción o manejo de un hombre.

a) De acuerdo con una primera opinión, había que distinguir entre los daños ocasionados por la cosa en sí misma y los daños ocasionados con la cosa por un hombre. En el primer caso, habría un hecho de la cosa; en el segundo, un hecho del hombre. En este último supuesto, no hay responsabilidad del propietario o guardián; responde sólo el conductor de la cosa, que con su dolo o culpa es el autor del hecho. Porque la causa adecuada del daño no es el vicio o defecto de la cosa (de los que responde el propietario o guardián) sino la conducta culposa del que la maneja. Supongamos un accidente de tránsito; si él se ha producido a causa de una falla de los frenos o el estallido de un neumático, responde el propietario de la cosa; pero si se ha debido a un defecto o culpa del conductor, responde sólo el conductor. Va de suyo que si el conductor es dependiente del dueño o guardián, éste responderá, no en este carácter, sino en el de principal del conductor. Esta tesis predominó en la jurisprudencia de la Capital Federal y la provincia de Buenos Aires (ver nota 1) y era sostenida por un sector significativo de la doctrina (ver nota 2).

b) Según otra opinión, la distinción entre el daño hecho con la cosa y por la cosa debía desecharse: siempre que de una cosa haya resultado un daño a alguien, el propietario o guardián debe indemnizar a la víctima a menos que pruebe su culpa o la culpa de un tercero o el caso fortuito. En favor de esta doctrina, que por nuestra parte compartimos, se hacían valer los siguientes argumentos: 1) La distinción entre el hecho de las cosas y el hecho del hombre era completamente extraña a nuestros textos; ni el art. 1113 Ver Texto , referente al guardián, ni el art. 1113 Ver Texto , relativo al propietario, permitían hacer distinción alguna basada en el hecho de que la cosa esté o no accionada por el hombre. 2) Las cosas inanimadas, mientras están en reposo, por lo general no dan lugar a daños, que en cambio ocurren cuando bajo la acción del hombre empiezan a funcionar; por consiguiente, el papel que el art. 1113 Ver Texto desempeña como garantía de que los terceros, víctimas de un daño serán indemnizados, se perdería justamente cuando es útil. 3) La teoría que formula la distinción que impugnamos, parte de la base de que la persona que conduce o maneja una cosa tiene un control completo sobre ella; pero no es así. Refiriéndose al supuesto del automóvil, dice GALLI que “cuando se sobrepasa determinada velocidad, el vehículo no gira en la forma en que se lo quiere hacer doblar o no se detiene en el espacio que lo necesita la voluntad del conductor, accionando sobre los frenos en presencia de un peligro inmediato o cambia de dirección y de postura si se lo quiere mantener derecho o se produce el estallido de un neumático, en suma, hace todo aquello que el conductor no desea y no espera, porque necesita lo contrario. Ni siquiera se gobierna el coche a la velocidad

moderada, cuando el pavimento no está seco o la ruta es de tierra y ha llovido. El vehículo describe las curvas más caprichosas. El volante se divorcia en absoluto del gobierno nominal del conductor” (ver nota 3). Y es que, puesta en funcionamiento la máquina, cuenta ella con una fuerza y un peligro propios, que escapan frecuentemente al control del que la maneja. Atribuir el daño a la deficiente conducción es ignorar la naturaleza de las máquinas. 4) Es obviamente impropio hablar del “hecho de la cosa”. Las cosas inanimadas no obran ni producen hechos. Es el hombre quien les da movimiento, quien pone en ellas la fuerza. La intervención del hombre, dicen los MAZEAUD, se manifiesta tanto cuando una caldera explota, cuando un neumático estalla, cuando la barra de dirección de un automóvil se rompe (casos en los que se pretende encontrar un hecho de la cosa), como cuando un automóvil mal dirigido embiste a un peatón; es el hombre que ha puesto la caldera bajo presión, que ha inflado el neumático, que construye una barra de dirección de mala calidad. Sin la intervención más o menos lejana del hombre, una cosa inanimada no puede causar un daño (ver nota 4). 5) Finalmente, también es de considerar que, en la práctica, es muy difícil establecer cuándo un daño ha sido ocasionado por culpa del agente o por vicio de la cosa; por ejemplo, si han fallado los frenos o si se frenó tardíamente. Por esta teoría se inclinaban algunos tribunales (ver nota 5) y la mayor parte de los autores (ver nota 6).

Bueno es recordar que la doctrina que distinguía entre los daños ocasionados por la cosa y con la cosa, tuvo su origen en la doctrina y jurisprudencia francesa, que luego del famoso caso “Jeand’heur” terminaron por desecharla (ver nota 7).

1116/1475

1475. INTERÉS PRÁCTICO DE LA CUESTIÓN.— Las consecuencias prácticas de la cuestión que hemos analizado en los párrafos precedentes, parecen a primera vista sustanciales: a) si se admite la distinción entre el hecho de la cosa y el hecho del hombre, el propietario o guardián de la cosa no responde al daño ocasionado por ella si estaba accionada por un hombre, a menos que el daño se haya originado en un vicio propio de la cosa o que el conductor culpable sea dependiente suyo, en cuyo caso responde como principal; b) si se admite aquella distinción, pesa siempre sobre la víctima el cargo de la prueba: deberá acreditar o bien la culpa del conductor (si quiere accionar contra él o su principal) o bien que el daño se produjo por el hecho propio de la cosa. Si la distinción no se admite, basta el hecho objetivo del daño ocasionado por o con la cosa, para que proceda la acción contra el propietario o guardián; y si éste quiere liberarse de responsabilidad, corre a su cargo la prueba de la culpa de la víctima o de un tercero o el caso fortuito.

Pero la jurisprudencia anterior a la ley 17711, se encargó de reducir el significado práctico de la cuestión a muy modestos alcances. Este resultado se logró por una doble vía:

a) Ante todo, por la extensión que se ha dado al concepto de dependiente. Según lo hemos dicho en otro lugar (nº 1373), hay dependencia, en el sentido del art. 1113 Ver Texto ,

siempre que el autor del hecho haya dependido, para obrar, de una autorización del principal, como ocurre cuando se cede el volante del automóvil a un tercero, o un amigo. Por consiguiente, aun admitiendo que el propietario o guardián no responde por el daño causado con la cosa, responderá como principal del que la maneja. Apenas si son concebibles algunas hipótesis marginales, en las que el que maneja la cosa no sea al mismo tiempo el propio dueño o guardián o un dependiente suyo. Esa situación puede darse, por ejemplo, en el caso del automóvil hurtado, o robado, pero en este supuesto había acuerdo general de que no hay responsabilidad del propietario o guardián, cualquiera sea la posición que se adopte frente al problema de si debe o no distinguirse entre los daños ocasionados por la cosa y con la cosa (véase n° 1472).

b) Por otra parte, la necesidad de probar la culpa del conductor si se quiere reclamar daños y perjuicios ha sido mantenida por la jurisprudencia sólo en la teoría, por lo menos en lo que atañe a los accidentes de tránsito. En la práctica, los tribunales admiten siempre la culpa del conductor, a menos que se pruebe la de la víctima (remitimos sobre el punto a nuestro n° 1506, en que esta cuestión se trata prolijamente). Con esto se esfuma en buena medida la otra diferencia esencial entre uno y otro punto de vista.

1116/1476

1476.— La cuestión conservaba interés, sin embargo, en algunos supuestos:

a) Supongamos que la misma persona que maneja la cosa haya resultado dañada. Según la teoría que distingue entre el daño causado con la cosa y por la cosa, no habrá responsabilidad del dueño a menos que se pruebe que el accidente tuvo lugar por una falla de la cosa. Según la teoría que no hace esa distinción, el dueño o guardián responde, a menos que se pruebe la culpa de la propia víctima. Pero en materia de accidentes de tránsito (que es donde el problema se plantea principalmente) el significado de esta diferencia está sustancialmente atenuado por la jurisprudencia que ha decidido que el conductor de una máquina peligrosa debe tener en todo momento el contralor del vehículo y que no tenerlo, importa culpa (ver nota 8); en igual sentido se ha decidido que la velocidad es excesiva cuando no ha sido posible evitar el accidente (ver nota 9); todo lo cual significa que el conductor del automóvil será siempre tenido como culpable, lo que excusa la responsabilidad del dueño o guardián.

b) Supongamos que un demente, manejando su automóvil, embiste y hiere a un peatón. Está fuera de duda que el demente no responde como culpable, pues no puede serlo desde que carece de discernimiento. Y según la teoría que distingue entre los daños ocasionados por la cosa y con la cosa, tampoco responde como dueño, porque la cosa ha estado accionada por la mano del hombre. En cambio, según la teoría que no hace esa distinción, debe responder como dueño (ver nota 10).

1116/1477

1477. LA CUESTIÓN DESPUÉS DE LA REFORMA.— Este viejo problema quedó resuelto por la ley 17711 . El segundo párrafo del art. 1113 Ver Texto establece que en los supuestos de daños causados con las cosas, el dueño o guardián, para eximirse de responsabilidad, debe probar que de su parte no hubo culpa. Es la consagración de la tesis que niega toda diferencia entre el daño ocasionado por o con la cosa: en ambos el propietario responde, a menos que pruebe que de su parte no hubo culpa (ver nota 11). Y si el daño resultare “del” riesgo o vicio propio de la cosa, ya no basta probar la falta de culpa (por ejemplo, el caso fortuito), sino que es menester probar la culpa de la víctima o de un tercero por quien no deba responderse, sea el daño ocasionado con o por la cosa.

De esta manera se ha puesto fin a estériles sutilezas, consagrando la solución reclamada por una sociedad altamente mecanizada y tecnificada, en la que el riesgo derivado del uso de las cosas exige una protección eficaz de las víctimas.

Se ha sostenido que la reforma ha mantenido la distinción entre el daño ocasionado con la cosa (hecho del hombre) y por la cosa (hecho autónomo de ésta) sólo que ahora no se le asigna los efectos que antes se le atribuía, sino estos otros: que hay distintas causas exculporias de responsabilidad, pues en el primer caso, basta probar que de parte del dueño o guardián no hubo culpa, en tanto que en el segundo será indispensable probar la culpa de la víctima o de un tercero (ver nota 12). No es difícil demostrar el error de esta comprensión de la nueva norma. Si la cosa no es viciosa o riesgosa, aunque el daño sea ocasionado por ella, sin el hecho del dueño o guardián, a éstos les basta probar que no tuvieron culpa. Así ocurre si un viento huracanado voltea un árbol o un poste, que causa daños a terceros. A la inversa, si el daño es causado con una cosa peligrosa, la responsabilidad es idéntica a si se hubiere causado por ella. Ejemplo: las causas de exclusión de responsabilidad del conductor de un automóvil no aumentan (lo que sería absurdo) si embiste deliberadamente a un peatón en vez de hacerlo por accidente.

Todo ello demuestra que aunque el art. 1113 Ver Texto usa las palabras con y por, éstas han quedado totalmente desprovistas de trascendencia jurídica.

Por ello mismo, ya no cabe duda de que si la cosa pertenece a un demente o a un menor que carece de discernimiento, éstos son plenamente responsables, ya que la falta de discernimiento no es exculporia; mientras no se pruebe la culpa de la víctima o de un tercero por el cual no se debe responder, el propietario o guardián es responsable (véase nº 1343).

1116/1478

1478.— Pero debe hacerse una salvedad. Si el daño ocasionado con la cosa responde exactamente a la intención del que la maneja, debe admitirse que sólo éste es responsable (ver nota 13). Así, por ejemplo, si una persona hiere a otra con un cuchillo o un revólver, debe reputarse único responsable al autor del hecho que se ha servido de la cosa como un nuevo instrumento de su designio.

La cuestión se complica si el que utilizó el arma era un menor de 10 años o un demente, a quienes, por carecer de discernimiento, no se les puede imputar culpa. Creemos que el propietario o guardián de la cosa responde sólo en el caso de que se le puede imputar culpa por haber dejado una cosa peligrosa al alcance de una persona que carece de discernimiento.

La jurisprudencia francesa registra un interesante caso. Un demente mató de un balazo a una persona; la esposa de la víctima reclamó daños y perjuicios alegando que el balazo era un hecho de la cosa; y que el demente era responsable no por las consecuencias de sus actos propios, sino como guardián de la cosa. El tribunal de Toulouse admitió esta tesis (ver nota 14).

1116/1479

1479.— Se ha declarado, con razón, que aún en la responsabilidad objetiva, es decir, en aquella en que no se ha demostrado la culpa del responsable, sino que ella resulta por aplicación del art. 1113 Ver Texto , es indemnizable el daño moral (ver nota 15).

1116/1480

1480. COSA MOVIDA POR UN ANIMAL.— Desde luego no habrá problema si la cosa y el animal pertenecen o están bajo la guarda de una misma persona: ésta será responsable, sin que interese decir si el daño ha de imputarse a la cosa o al animal. Pero el problema se plantea cuando ellos pertenecen o están bajo la guarda de distintas personas. Ordinariamente habrá una concausa: el daño habrá resultado de una combinación de la naturaleza peligrosa de la cosa con la actividad del animal; en consecuencia, deben responder indistintamente e in solidum los propietarios o guardianes de ambos. Pero puede probarse que el daño se debió sólo al vicio de la cosa; como ocurriría si a un coche, tirado normalmente por un caballo, se le quiebra una rueda, provocándole lesiones a una persona que iba en él. En tal caso sólo respondería el dueño o guardián de la cosa (ver nota 16).

1116/1481

1481. DAÑOS PRODUCIDOS ENTRE COSAS.— ¿Qué ocurre si los daños se han producido como efecto de una colisión o contacto entre las cosas y ellos son recíprocos? Dos soluciones son posibles.

a) El propietario o guardián de cada una de ellas es responsable de los daños ocasionados con su cosa en la ajena (ver nota 17).

b) Las responsabilidades recíprocas se contrarrestan y anulan, de modo que los propietarios o guardianes de cada una de ellas nada se deben, si la acción de daños se funda en el art. 1113 Ver Texto ; el problema debe resolverse en base a la culpa de ellos (ver nota 18).

La cuestión dió lugar a soluciones jurisprudenciales encontradas, pero hoy predomina decididamente la primera solución (véase nº 1527). El problema se juzgará entonces a la luz de la culpa de quienes han conducido esas máquinas (art. 1109 Ver Texto ).

Pero hay que hacer una salvedad. Es posible que la colisión o daño se deba exclusivamente a la acción de una sola de las cosas. Así, por ejemplo, se estacionan dos automóviles en una calle en pendiente. A uno de ellos le falla el mecanismo del freno y embiste al otro, causándole daños. En tal caso, es único responsable el propietario o guardián del vehículo agresor, puesto que ha sido la causa del daño (ver nota 19). Otro ejemplo: un cable eléctrico cae sobre otra cosa, incendiándola. El propietario o guardián del cable es único responsable.

1116/1482

1482. DAÑO CAUSADO CON OCASIÓN DE PRESTAR UN SERVICIO GRATUITO.— Puede ocurrir que el daño se haya producido con ocasión de prestarse a un tercero un servicio gratuito. El supuesto más frecuente es el del transporte benévolo, que tratamos en otro lugar (véase nº 1575). Pero puede darse también en otras hipótesis. Por ejemplo, una persona presta a otra una escopeta para que vaya de caza y ésta se hiere involuntariamente con el arma; un deportista presta a otro su lancha y ésta se hunde provocando la muerte del tripulante. Desde luego, no habrá problema si se prueba que el hecho ocurrió por culpa o imprudencia de la víctima, pues ésta es causa de exoneración de responsabilidad del propietario o guardián. Pero puede ocurrir que no exista tal culpa. Aun así, predomina la opinión de que el propietario o guardián no es responsable. Quien presta un servicio gratuito, quien lleva a cabo un acto generoso debe ser juzgado con mayor lenidad que el que se sirve o aprovecha económicamente de la cosa. El art. 1113 Ver Texto ha sido pensado para proteger a terceros extraños, contra los riesgos ocasionados por las cosas; es lógico poner a cargo de quien las aprovecha económicamente la reparación de esos daños. Muy distinto es el caso del que ha prestado un servicio gratuito a quien después resultó

dañado como consecuencia de un infortunio. En este supuesto la víctima sólo tendrá derecho a la reparación de los daños si prueba que hubo culpa del que prestó el servicio (ver nota 20). Bien entendido que la gratuidad del servicio no impide la responsabilidad del guardián si, no obstante ser gratuito, es interesado; como ocurre, por ejemplo, con el uso del ascensor en una casa de comercio o de departamentos o si una persona lleva en su automóvil a un médico para realizar una atención de urgencia a un pariente, en cuya ocasión ocurre un accidente.

(nota 1) C. S. N., 17/5/1957, J. A., 1957-III, p. 420, y L. L., t. 89, p. 385 (con la disidencia de los doctores VILLEGAS BASAVILVASO y GALLI); C. Civil Cap., Sala A, 18/9/1958, L. L., t. 96, p. 377; *id.*, 13/3/1962, L. L., t. 107, p. 612 (en ambos casos con nuestra disidencia); Sala B, 12/7/1955, J. A., 1955-IV, p. 332; Sala C, 16/8/1954, L. L., t. 76, p. 725; Sala D, 24/4/1958, J. A., 1958-III, p. 311, y L. L., t. 91, p. 456 (con disidencia del doctor FLEITAS); *id.*, 31/12/1964, L. L., t. 117, p. 757; Sala E, 29/9/1960, L. L., t. 101, p. 478; *id.*, 16/3/1964, L. L., t. 116, p. 345; Sup. Corte Buenos Aires, 28/4/1950, J. A., 1950-III, p. 468; C. Apel. Rosario, 23/3/1955, J. A., 1955-III, p. 455. También se ha pronunciado en este sentido la Sala F de la C. Civil Cap. (23/8/1962, L. L., t. 109, p. 904), pero luego este tribunal parece haber adherido a la doctrina opuesta, pues en un fallo ulterior declaró que en materia de vehículos a tracción mecánica, pesa sobre el dueño una presunción de responsabilidad que sólo cede ante la prueba de que no tuvo culpa: 2/6/1963, E. D., t. 6, p. 457.

(nota 2) ORGAZ, Responsabilidad por el hecho de las cosas inanimadas, en Nuevos estudios de derecho civil, p. 263; COLOMBO, Culpa aquiliana, 2ª ed., n° 199; LLAMBÍAS, votos en los fallos de la Sala A, C. Civil Cap., citados en nota anterior; AGUIAR, t. 3, n° 149.

(nota 3) GALLI, Los daños de los automóviles en circulación como daños de cosas inanimadas, L. L., t. 15, sec. doct., p. 17.

(nota 4) MAZEAUD, t. 2, n° 1225. En igual sentido, RIPERT, La regla moral, n° 124, quien dice: “¿Se puede hablar del hecho de las cosas sin que las palabras se contradigan? Hay ciertamente un hecho del animal, porque el animal, sin tener una personalidad, tiene una actividad. Cosas hay que parecen tener un dinamismo personal; la máquina, ‘la bestia humana’, obra a veces como un animal furioso: hace explosión, propaga el incendio, hiere o mata; pero sólo en mera apariencia ese hecho es de la cosa, puesto que la cosa no tiene vida y puesto que su fuerza interna es creación del hombre. El hombre es el que produce el vapor, capta la electricidad, conduce la llama, mezcla el gas. La cosa es el instrumento del perjuicio, pero no su causa”.

(nota 5) C. Fed. Cap., 21/9/1950, L. L., t. 61, p. 439; S. T. Santa Fe, 24/11/1942, J. A.,



1942-IV, p. 675; S. T. Entre Ríos, L. L., t. 55, p. 370; S. C. Catamarca, 19/4/1944, J. A., 1944-III, p. 649; íd., 10/4/1964, J. A., 1964-V, p. 20. Debe situarse también en esta tendencia el fallo de la C. Civil Cap., Sala F, que se cita en nota 2310, in fine.

(nota 6) GALLI, Los daños de los automóviles como daños de cosas inanimadas, L. L., t. 15, sec. doct., p. 12; SALAS, La responsabilidad civil del automovilista, en Estudios sobre la responsabilidad civil, ps. 99 y s.; SPOTA, La responsabilidad presumida en materia de cuasidelitos, J. A., t. 64, p. 1044; HALPERIN, Responsabilidad por daño causado por cosas inanimadas, L. L., t. 6, sec. doct., ps. 1 y s.; BREBBIA, Accidentes de automotores, n° 21; REZZÓNICO, Obligaciones, 9ª ed., t. 2, p. 1388; SALVAT, Hechos ilícitos, n° 2898, y su anotador ACUÑA ANZORENA, nota 735.

(nota 7) C. Cas., 13/2/1930, Sirey, 1930, 1, 121, y Dalloz, 1930, 1, 57. Los más eminentes juristas franceses han dado su aprobación a esta jurisprudencia: PLANIOL-RIPERT-ESMEIN, t. 6, n° 618; RIPERT, La regla moral en las obligaciones civiles, n° 124; MAZEAUD, t. 2, n° 1222; JOSSERAND, t. 2, n° 542; SAVATIER, t. 1, núms. 326 y 329; etcétera.

(nota 8) C. Civil Cap., Sala A, 31/10/1957, L. L., t. 88, p. 656; íd., 26/4/1962, E. D., t. 2, p. 876; íd., 7/10/1963, E. D., t. 7, p. 38; Sala C, 17/11/1961, L. L., t. 105, p. 168; Sala D, 5/10/1960, L. L., t. 100, p. 762, 5738-S; íd., 22/8/1958, L. L., t. 93, p. 630.

(nota 9) C. Civil Cap., Sala A, 7/10/1963, E. D., t. 7, p. 38; íd., 10/11/1964, causa 101.195 (inérita); Sala E, 27/11/1962, L. L., t. 10, p. 903.

(nota 10) SPOTA, t. 1, vol. 32, n° 822; BREBBIA, Hechos y actos jurídicos, t. 1, p.175; MAZEAUD, t. 2., núms. 1136 y 1300.

(nota 11) De acuerdo: C. Civil Cap., Sala B, 8/11/1971, E. D., t. 40, p. 250; íd., 29/11/1974, L. L., fallo 71.614; íd., 8/3/1974, L. L., t. 155, p. 229; Sala D, 12/12/1972, E. D., t. 49, p. 634; Sala F, 30/11/1971, E. D., t. 42, p. 303 (este último fallo, cuya doctrina es confusa, consagra en verdad la tesis que sostenemos en el texto); Sup. Corte Buenos Aires, 10/12/1974, E. D., t. 61, n° 26.739. C. Paz Let. Santa Fe, 24/4/1978, J. A., 1979-II, p. 349. En contra: C. Civil Cap., Sala A, 8/2/1973, J. A., t. 20, 1973, p. 259.

(nota 12) TRIGO REPRESAS, Obligaciones, t. 3, p. 442. En sentido concordante: CAZEAUX, Obligaciones, t. 1, p. 204. BUSTAMANTE ALSINA sostiene que se mantiene la distinción de daño ocasionado con o por la cosa, sólo que ahora daño ocasionado con la cosa significa con cosa no riesgosa, en tanto que daño ocasionado por la cosa significa por cosa riesgosa. Pero admite que esta famosa distinción ha perdido el sentido que antes le

atribuía un sector de la doctrina y la jurisprudencia (Teoría general de la responsabilidad civil, núms. 1032 y s., especialmente 1041 y 1049). Pero la distinción entre daño ocasionado por o con la cosa sólo interesa en el sentido de si la responsabilidad del propietario es la misma en ambos supuestos, pues ya se dijo que según un sector de la doctrina, el propietario no respondía cuando el daño era causado con la cosa y sí cuando era ocasionado por la cosa, distinción con la cual ha concluido definitivamente el nuevo art. 1113 Ver Texto .

En cuanto a la distinción entre cosas riesgosas y no riesgosas, son tan claros sus efectos jurídicos en el nuevo art. 1113 Ver Texto que no interesa discutir si estas categorías deben hacerse o no coincidir con la distinción de daños ocasionados por o con las cosas.

(nota 13) De acuerdo: HALPERIN, nota en L. L., t. 6, sec. doct., p. 13; BREBBIA, Accidentes de automotores, n° 21; MAZEAUD, t. 2, n° 1248; JOSSERAND, t. 2, n° 540. En sentido concordante MAZEAUD-TUNC dicen que el dueño o guardián no son responsables si la cosa ha sido un objeto pasivo, obediente en manos de quien la maneja (t. 2, vol. 1, n° 1257).

(nota 14) Revue Trimestrielle, ab.-jun. 1952, p. 22.

(nota 15) C. Civil Cap., Sala G, 19/5/1982, E. D., fallo n° 35.947.

(nota 16) El problema ha dado lugar a opiniones encontradas. Comp.: SALVAT, Hechos ilícitos, n° 2899, y su anotador ACUÑA ANZORENA, nota 73, b; PLANIOL-RIPERT-ESMEIN, t. 6, n° 619; MAZEAUD, t. 2, n° 1119; SAVATIER, t. 1, n° 407.

(nota 17) MAZEAUD, t. 2, n° 1211-3.

(nota 18) SALVAT, Hechos ilícitos, n° 2901; PLANIOL-RIPERT-ESMEIN, n° 621; JOSSERAND, t. 2, n° 550.

(nota 19) PLANIOL-RIPERT-ESMEIN, t. 6, n° 621.

(nota 20) Es ésta la solución de la jurisprudencia francesa: véase MAZEAUD, t.2, núms. 1274 y s. De acuerdo: PEIRANO FACIO, Responsabilidad extracontractual, n° 319. En nuestro derecho, ha sostenido esta opinión con referencia al transporte benévolo: ACUÑA ANZORENA, Estudios sobre la responsabilidad civil, p. 353.  
1116/11230

### 3.— Cesación de la responsabilidad

1482 bis. DISTINTOS CASOS.— Conforme con el art. 1113 Ver Texto las causas por las que cesa la responsabilidad son las siguientes:

a) Como principio, el dueño o guardián se exime de responsabilidad demostrando que de su parte no hubo culpa.

b) Pero si el daño hubiere sido causado por el riesgo o vicio de la cosa, sólo podrá eximirse de responsabilidad probando la culpa de la víctima o de un tercero por el cual no debe responder.

c) Por último, en cualquier caso, aun en el de cosas peligrosas o viciosas, el dueño o guardián puede eximirse de responsabilidad, demostrando que ellas han sido usadas en contra de su voluntad expresa o presunta.

Nos ocuparemos de cada uno de estos casos en los párrafos que siguen.

1116/1483

1483. PRUEBA DE QUE NO HUBO CULPA.— Según la regla general del art. 1113 Ver Texto , el propietario o guardián de una cosa que ha producido daños, sólo podrá eximirse de responsabilidad demostrando que de su parte no hubo culpa. ¿Cómo debe entenderse esta disposición?

a) Según una primera opinión, al dueño le basta con probar que ha obrado con la diligencia que las circunstancias del caso requerían, para estar exento de responsabilidad (ver nota 1).

b) De acuerdo con otra doctrina, hoy prevaleciente en la jurisprudencia (ver nota 2), no basta con la simple prueba de la diligencia: es menester que se pruebe que el daño se produjo por culpa de la propia víctima o de un tercero o que resultó de un caso fortuito o el dueño es inimputable. Adherimos a esta doctrina que es la que mejor se adecua con nuestra opinión de que la responsabilidad del dueño se funda en el riesgo creado. Basta que haya relación de causalidad entre la acción de la cosa y el daño para que el propietario responda, a menos que se prueben las aludidas circunstancias eximentes, porque ellas probarían que el daño no resultó del riesgo sino de otras causas.

1116/1484

1484.— La culpa de la víctima o de un tercero exime totalmente al propietario siempre que se pruebe que esa culpa fue la causa exclusiva del hecho dañoso. Si, por el contrario, esa culpa no fue sino una concausa, habrá sólo una exoneración parcial. El problema debe resolverse sobre las bases que ya hemos estudiado en otro lugar (núms. 1322 y s.).

1116/1485

1485.— En cuanto a la fuerza mayor, ella debe tratarse de un hecho de proveniencia externa, con exclusión del accidente inherente al funcionamiento, a la existencia, a la utilización de la máquina (ver nota 3). No tiene virtud exoneratoria el reventón de una cubierta, el mal estado del camino, el hecho de que sea resbaladizo; tampoco lo tienen los vicios ocultos de la cosa (ver nota 4).

1116/1486

1486.— La nueva redacción del art. 1113 Ver Texto ha eliminado una cuestión que anteriormente se planteaba: si la situación del propietario y la del guardián era igual frente a este problema de la prueba (ver nota 5). En el nuevo texto no cabe duda que es igual; la disposición es expresa sobre este punto.

1486-1. SUPUESTO DE COSAS RIESGOSAS O VICIOSAS.— En este caso sólo cesa la responsabilidad del dueño o guardián si prueba la culpa de la víctima o de un tercero por quien no debe responder o si la cosa se usó en contra de su voluntad expresa o presunta (art. 1113 Ver Texto ). Pero no es eximente la fuerza mayor o la inimputabilidad del dueño o guardián, lo que marca una muy importante diferencia con la regla general.

Pero supongamos que se trate de una fuerza mayor extraña a la cosa. Es un supuesto más teórico que práctico, porque apenas se puede imaginar un caso en el que el riesgo o vicio de la cosa no haya sido concausa del daño, lo que bastaría para hacer responsable al dueño o guardián. Pero si la fuerza mayor era totalmente extraña a la cosa, pensamos que no hay responsabilidad (ver nota 6). Es la solución congruente con la norma que excluye la responsabilidad del dueño o guardián si prueba que el daño ocurrió por culpa de un tercero por quien no debe responder.

El art. 1113 Ver Texto dispone que en caso de culpa de la víctima o de un tercero cesa total

o parcialmente la responsabilidad del dueño o guardián, vale decir, que se aplican los principios a que hemos aludido en el n° 1484.

1486-2. COSAS USADAS EN CONTRA DE LA VOLUNTAD DEL DUEÑO O GUARDIÁN.— El último párrafo del art. 1113 Ver Texto dispone que si la cosa hubiere sido utilizada en contra de la voluntad expresa o presunta del dueño o guardián, no habrá responsabilidad. Ya nos hemos ocupado anteriormente de los casos más frecuentes de aplicación de esta norma (núms. 1471 y 1472). Lo que allí se dice debe extenderse a todo supuesto de cosa usada contra la voluntad expresa o presunta del dueño por un tercero de quien no se debe responder. Por ejemplo, el dueño de un bastón va a una reunión y lo deja a la entrada; durante la reunión, uno de los invitados provoca a otro, se apodera del bastón y lo hiere o mata. Obviamente, no hay responsabilidad del dueño de la cosa.

Pero la solución no resulta tan clara si tratándose de una cosa peligrosa o viciosa, el dueño o guardián la ha dejado con notoria imprudencia en situación de que cualquiera pueda apoderarse de ella y hacer un mal dolosa o culposamente. Supongamos que una persona deja un revólver cargado en un lugar visible, por ejemplo, la mesa de una casa de familia. La toma un tercero (quizás un inimputable, por ejemplo, un niño, un demente), se le escapa un balazo y mata a otro. ¿Hay responsabilidad del dueño? Obviamente, la cosa ha sido usada en contra de la voluntad expresa o presunta del dueño o guardián, lo que haría aplicable el último párrafo del art. 1113 Ver Texto . Pero no es menos cierto que ha mediado de su parte una grave negligencia. Nos inclinamos a pensar que existe responsabilidad, no ya por aplicación del art. 1113 Ver Texto , sino por lo dispuesto por el art. 1109 Ver Texto , relativo a los daños ocasionados por culpa o negligencia.

(nota 1) C. Civil Cap., Sala D, 18/7/1960, L. L., t. 100, p. 247; C. Paz Cap., Sala II, 15/2/1953, L. L., t. 73, p. 306; C. 1ª Apel. La Plata, 10/3/1953, L. L., t. 69, p. 672; ACUÑA ANZORENA, en SALVAT, Hechos ilícitos, n° 2900, nota 73, c; COLOMBO, Culpa aquiliana, 2ª ed., n° 172, b; AGUIAR, t. 3, n° 174, e.

(nota 2) C. Civil Cap., Sala A, 18/9/1958, L. L., t. 96, p. 376; Sala C, 8/4/1960, J. A., 1960-V, p. 65, y L. L., t. 99, p. 299; íd., 29/10/1963, E. D., t. 8, p. 135; C. Civil, 1ª Cap., 27/7/1945, J. A., 1945-III, p. 605; C. Paz Cap., 28/8/1940, J. A., t. 71, p. 761; S. T. Entre Ríos., 11/6/1949, L. L., t. 55, p. 370; S. C. Tucumán, 5/12/1951, L. L., t. 67, p. 199 (aunque en este último caso la doctrina del tribunal es más oscura, pues los votos de sus integrantes no coinciden exactamente); MORELLO, en DE GÁSPERI, Obligaciones, t. 4, n° 1889, a, letra f). La posición de SALVAT es confusa: comienza por afirmar que basta demostrar que el dueño ha tenido todos los cuidados y precauciones posibles; pero a continuación agrega que prácticamente, para eliminar la responsabilidad del dueño, habrá que probar la culpa del damnificado o de un tercero o el caso fortuito (Hechos ilícitos, n° 2900).

(nota 3) JOSSE RAND, t. 2, n° 547.

(nota 4) Autor y loc. cit. en nota anterior.

(nota 5) SALAS sostenía la siguiente distinción: al propietario le basta probar que de su parte no hubo culpa, en tanto que el guardián debe demostrar, para eximirse de responsabilidad, la culpa de la víctima, o de un tercero, o el caso fortuito (La responsabilidad por el hecho de las cosas, n° 43).

(nota 6) De acuerdo: ALTERINI, Responsabilidad civil, n° 140; TRIGO REPRESAS, Obligaciones, t. 3, p. 446; CAZEAUX, Obligaciones, t. 1, p. 204.

1116/1487

#### 4.— Acciones regresivas

1487. DISTINTOS CASOS.— Supongamos ahora que el propietario o el guardián hayan pagado la indemnización correspondiente a la víctima del daño; cabe preguntarse entonces si tienen acciones de regreso contra otro responsable. Veamos los distintos casos:

1116/1488

1488. a) Acción contra el enajenante de la cosa dañosa.— Supongamos que el daño se haya producido en razón de un vicio de la cosa: un neumático que revienta, unos frenos que fallan, una caldera que estalla. ¿El propietario que ha pagado la indemnización a la víctima tiene derecho a repetirla contra la persona de la cual la adquirió? La cuestión se plantea sólo respecto del enajenante a título oneroso, pues el que lo hace por título gratuito no está obligado por los vicios redhibitorios (arts. 2164 Ver Texto y 2165). Según el art. 2176 Ver Texto el enajenante que conocía o debía conocer el vicio por razón de su oficio o arte, no sólo debe devolver el precio (obligación que también tiene el vendedor de buena fe), sino también pagar al comprador los daños y perjuicios sufridos. Dentro de estos daños está desde luego la indemnización pagada a terceros; a primera vista, el enajenante será responsable. Pero no es posible aceptar esa solución con carácter general y sin hacer la siguiente e indispensable distinción: 1) Si se trata de un vicio que el enajenante debía conocer en razón de su profesión u oficio (pero sin que se pruebe que realmente lo conocía), no hay dolo del enajenante; su responsabilidad es contractual y, por lo tanto, sólo debe los perjuicios que fueren consecuencia inmediata y necesaria del vicio (art. 520 Ver Texto ), entre los cuales no se cuentan los daños indirectamente ocasionados a terceros. 2) Por el contrario, si se trata de un vicio que el enajenante conocía y ocultó, hay dolo de su parte; y como el dolo importa un acto ilícito del enajenante (véase Tratado de Derecho

Civil, Parte General, t. 2, n° 1148), la indemnización debe cubrir también las consecuencias indirectas o mediatas, ya que en materia de hechos ilícitos domina el principio de la reparación integral. En este caso, por consiguiente, el propietario tiene acción de regreso contra el enajenante por la indemnización que haya tenido que pagar a terceros (ver nota 1).

Como esta acción nace de la relación contractual entre el enajenante y el adquirente, sólo puede ser ejercida por el propietario y no por el guardador no propietario.

Lo dicho en los párrafos anteriores no se aplica a los daños ocasionados al consumidor por los productos elaborados, que se rigen por otros principios que estudiaremos más adelante (núms. 1943 y s.). A lo que decimos en el lugar indicado, puede agregarse que la venta al consumidor de un producto, no puede considerarse una consecuencia mediata del contrato por el cual el productor enajenó la cosa al comerciante que la vendió a un tercero, porque esta última venta era el objetivo tenido en mira al celebrarse el primer contrato.

1116/1489

1489. b) Acción del guardador contra el propietario.— Pensamos que este problema debe resolverse sobre las mismas bases que el supuesto considerado en el párrafo anterior: el guardador sólo tendrá derecho a repetir del propietario la indemnización pagada a la víctima, cuando la guarda se le haya transferido por un título oneroso y el propietario le ocultó dolosamente al guardador los defectos ocultos de la cosa. Y, claro está, esa acción sólo es concebible cuando el daño haya derivado del defecto o vicio de la cosa.

1116/1490

1490. c) Acción del propietario contra el guardador.— Supuesto que el propietario hubiera pagado la indemnización, ¿tiene acción contra el guardador? El problema nos parece de clara solución: si el guardador ha sido directamente culpable del daño, responde (véase n° 1491); pero si el culpable ha sido un tercero que conducía la cosa (sea o no dependiente del guardador), o el daño se ha producido por un vicio de aquélla, entonces no hay responsabilidad frente al propietario, pues la que tiene el guardador como tal sólo existe respecto de terceros.

1116/1491

1491. d) Acción contra el culpable del hecho.— Si el daño se ha producido como consecuencia de la culpa de la persona que conducía la cosa, el propietario y el guardián tienen acción contra el culpable (ver nota 2).

¿La tienen también contra el principal del culpable? La negativa parece imponerse. La responsabilidad del principal, establecida en el art. 1113 Ver Texto , sólo existe respecto del tercero damnificado; es una garantía excepcional, que sólo éste puede invocar en su favor.

(nota 1) De acuerdo en todo este párrafo: AGUIAR, t. 3, nº 174, c.

(nota 2) C. Civil Cap., Sala D, 5/6/1956, J. A., 1956-IV, p. 263; MORELLO, en DE GÁSPERI, Obligaciones, nº 1889, a, letra g.

1116/1492

#### 5.— Fundamento de la responsabilidad

1492. REMISIÓN.— Hemos dicho ya que, según la teoría clásica, la responsabilidad del propietario o guardián de la cosa se debe a la presunción de una culpa in vigilando. Nos parece una concepción estrecha y falsa. A nuestro modo de ver, esta responsabilidad se funda en el riesgo creado con la cosa. Es la doctrina que ha quedado consagrada por el nuevo art. 1113 Ver Texto (ref. por ley 17711 ). Hemos considerado el tema en otro lugar (nº 1341), al que remitimos.

1116/10750

#### C.— DAÑOS CAUSADOS POR PRODUCTOS ELABORADOS (ver nota 1)

1116/1493

1493. IMPORTANCIA DE LA CUESTIÓN.— El fenómeno económico de la producción en masa de bienes de consumo y la complejidad moderna de los sistemas de producción, hace que no siempre sea posible un completo y perfecto control de calidad, lo que da lugar muchas veces a vicios o defectos en los productos, que ocasionan daños a los consumidores. La cuestión ha adquirido proyecciones sociales. Hoy se pretende la reparación lo más amplia posible de esos daños y el problema de nuestros días es determinar quién o quiénes deben repararlo.

La tendencia a ampliar cada vez más el círculo de responsables, no está exenta de inconvenientes. Se ha señalado que esa tendencia conduce a elevar desmedidamente los costos de los seguros contra la responsabilidad civil, a que tales seguros entren en crisis y a



que haya numerosos rubros que las compañías se nieguen ya a asegurar, con lo cual muchas víctimas dejarán de obtener la indemnización de los perjuicios sufridos (ver nota 2).

Pero estas críticas no han podido detener la tendencia universal a extender cada vez más la responsabilidad por daños al consumidor, que una razón de justicia impone.

La cuestión ha tomado tanta importancia económica y social, que la protección al consumidor ha asumido rango constitucional (art. 42 Ver Texto , Const. Nac.).

Por productos elaborados deben entenderse todos los bienes muebles de consumo, tales como alimentos, medicamentos, electrodomésticos, automóviles, etcétera.

Cabe agregar que el art. 40 Ver Texto de la ley 24240 de protección al consumidor, establecía la responsabilidad solidaria de los productores, importadores, distribuidores y vendedores de los productos de consumo, pero la norma fue vetada por el Poder Ejecutivo, por lo cual la responsabilidad debe juzgarse por aplicación de los principios generales de derecho establecidos en el Código Civil.

1116/1494

1494. RESPONSABILIDAD DEL FABRICANTE; FUNDAMENTO.— El primer responsable de los daños ocasionados por los productos elaborados es, desde luego, el fabricante. Veamos ahora, cómo se puede fundamentar esa responsabilidad en nuestro derecho.

El primer caso a considerar, es el de la venta directa del productor al consumidor. Hay, desde luego, una responsabilidad contractual; pero esta sola resulta insatisfactoria, porque conforme con los arts. 520 Ver Texto y 521, en caso de incumplimiento contractual sólo se responde por las consecuencias inmediatas y necesarias y no por las mediatas, a menos que mediare dolo de parte del incumplidor; y como veremos enseguida, en el caso de que la venta al consumidor haya sido hecha por un intermediario, la responsabilidad es amplia, comprendiendo las consecuencias mediatas. No es razonable, por tanto, que cuando la venta sea directa se tenga menos responsabilidad que cuando es hecha por intermediarios. Hay que admitir, por tanto, que en este caso, a la responsabilidad contractual se une una extracontractual, cuyo fundamento analizaremos en el párrafo siguiente.

1494-1.— El caso que verdaderamente tiene transcendencia social, es el de la venta hecha por intermediarios. El fabricante o productor se limita a elaborar el producto y luego entrega su distribución y venta a terceros. Cabe preguntarse en este caso, cuál es el

fundamento de su responsabilidad frente a los consumidores. Sobre el punto, se han sostenido dos teorías distintas.

Conforme con la primera, la responsabilidad debe fundarse en el art. 1109 Ver Texto , que dispone que todo el que ejecuta un hecho que por su culpa o negligencia ocasiona un daño a otro, está obligado a la reparación del perjuicio. En este caso, la culpa derivaría de no haber controlado debidamente la calidad del producto puesto en circulación; la culpa quedaría probada por la mera existencia del vicio o defecto, razón por la cual, al consumidor le basta con probar el daño y la existencia de ese vicio o defecto, para que su acción de reparación sea viable (ver nota 3).

De acuerdo con una segunda opinión, la responsabilidad del fabricante debe sustentarse en el art. 1113 Ver Texto , que dispone que si el daño hubiera sido causado por el riesgo o vicio de la cosa, su dueño o guardián es responsable a menos que acredite la culpa de la víctima o de un tercero por quien no debe responder. Se ha hecho contra esta doctrina, la objeción de que el fabricante no es dueño ni guardián de la cosa que ha puesto en circulación, por lo que el art. 1113 Ver Texto no sería aplicable. A lo que se ha contestado que si bien el texto legal alude sólo al propietario o guardián de la cosa cuyo riesgo ocasionó el daño, la hermenéutica apropiada del precepto debe apoyarse en la fundamentación última de la teoría exteriorizada por el art. 1113 Ver Texto , cuyo punto de partida ha de ser ineludiblemente la introducción o creación del riesgo (ver nota 4).

Ambas teorías llegan por distintos caminos, al mismo resultado: probado el vicio o defecto de la cosa, es procedente la acción de daños intentada por el consumidor contra el productor o fabricante.

1494-2.— Cualquiera que sea el fundamento que se admita para responsabilizar al productor, es indudable que esa responsabilidad cesa si se prueba la culpa de la víctima o de un tercero por quien no debe responderse; si se parte del art. 1109 Ver Texto , estas circunstancias impiden aplicar la presunción de culpa; si se parte del art. 1113 Ver Texto , ellas están expresamente previstas en dicha norma como eximentes de responsabilidad.

La justicia de tal solución es evidente. Supóngase el caso del farmacéutico que vende una droga después de la fecha de vencimiento expresamente indicada en el envoltorio; o el del consumidor que hace un uso o empleo contraindicado en las instrucciones del fabricante; o el del almacenero que vende una lata de conservas después de dicho vencimiento. Resulta obvio que el fabricante no debe responder.

1494-3.— La responsabilidad del fabricante nace en el momento de poner en circulación el producto (ver nota 5). De ello surge la siguiente consecuencia: que si el producto, aún dañoso o vicioso, no hubiera sido puesto en circulación por el fabricante sino que, por

ejemplo, hubiera sido sustraído y vendido por un tercero, el fabricante no responde. Y ello por la simple razón de que hasta el momento de ponerlo en circulación, el productor puede hacer un control de calidad, lo que le hubiera permitido detectar el vicio o defecto y corregirlo, antes de lanzar el producto al mercado.

Puede ocurrir que la dañosidad del producto se conozca después de su puesta en circulación. La cuestión es especialmente importante en materia de productos farmacéuticos; el progreso de la ciencia puede demostrar los peligros de una droga, hasta entonces desconocidos. De acuerdo con una opinión, el elaborador responde aunque sea desconocida la nocividad del producto al momento de lanzarlo al mercado. Se trataría de un riesgo del desarrollo científico, que el elaborador debe asumir (ver nota 6). Conforme con una segunda opinión, la existencia del defecto de fabricación debe juzgarse según las normas científicas y técnicas corrientes a la época de la puesta en circulación (ver nota 7). Adherimos sin vacilación a esta última opinión. No hay aquí solamente un problema de falta de culpa, lo que no sería suficiente, porque también hay otras fuentes de responsabilidad. Hay también un problema esencial de justicia. ¿Cómo es posible responsabilizar a quien ha elaborado un producto que según la ciencia y la técnica imperantes al tiempo de ponerlo en circulación era bueno y conveniente para la salud del consumidor? De responsabilizarlo, la idea de justicia quedaría gravemente herida (ver nota 8).

1494-4. RESPONSABILIDAD DEL IMPORTADOR Y DE QUIEN LE PONE SU MARCA AL PRODUCTO.— La responsabilidad del importador, es la misma del fabricante. El pone en circulación un determinado producto en el país y, por lo tanto, es responsable de los daños ocasionados por sus vicios o defectos. Por lo demás, no sería razonable obligar al dañado a acudir a tribunales de un país extraño (el del domicilio del productor) para obtener la reparación.

Lo mismo ocurre con quien pone su marca en el producto. Quien lo hace, asume una obligación de seguridad y el consumidor confía en el prestigio de la marca para adquirirlo (ver nota 9).

1494-5. RESPONSABILIDAD DEL PROVEEDOR O MAYORISTA.— También en este caso, se postula una responsabilidad concurrente con la del fabricante (ver nota 10). No nos parece justo. Ellos se limitan a distribuir el producto. Asumen el papel de simples intermediarios. No tienen culpa alguna por los defectos del producto, ni han creado ningún riesgo. Y si lo que se pretende es asegurar que el consumidor dañado no quede sin reparación, esa preocupación está suficientemente cubierta con los otros responsables (fabricante, importador, vendedor y quien le ha puesto su marca al producto).

Consideramos razonable la solución dada al caso por la directiva de la Comunidad Europea del 25 de julio de 1985, que dispone que si el productor del bien no puede ser identificado,

cualquier proveedor será considerado como productor o como importador, a menos que él indique a la víctima, en un plazo razonable, la identidad de éstos (art. 3. 3).

1494-6. RESPONSABILIDAD DEL VENDEDOR NO FABRICANTE.— Cabe preguntarse si la responsabilidad por daños ocasionados por el producto vicioso o defectuoso es también imputable al vendedor no fabricante. Por una parte, se sostiene que media en el caso una responsabilidad objetiva, nacida de la obligación de seguridad (ver nota 11). Nos parece una conclusión excesiva e injusta. Más razonable es la declaración aprobada en las VIII Jornadas de Derecho Civil, que expresa: “El vendedor no fabricante se libera si se reúnen conjuntamente los siguientes requisitos: el vicio es de fabricación, el vendedor no tenía ni debía tener conocimiento del defecto en razón de su arte o profesión, le era imposible controlar la calidad del producto; no asumió personalmente la garantía” (ver nota 12).

Este es el criterio predominante en las jurisprudencias norteamericana, alemana e italiana; en ellas se distingue entre los productos envasados, cuya calidad y estado no pueden controlar los vendedores y por cuyos vicios no son responsables; y los no envasados, cuyos vicios pueden ser controlados, por lo que el vendedor es responsable (ver nota 13). Así, por ejemplo, el propietario de un restaurante es responsable por los vicios de los alimentos que proporciona a sus clientes (ver nota 14); pero un almacenero no responde por la toxicidad de una lata de conservas, cuyo estado no hubiera podido controlar sin abrirla, lo que la inutilizaba para la venta.

Es claro que si el farmacéutico o el almacenero venden productos después de vencida la fecha marcada en el envase, son plenamente responsables, pues hay en su conducta una culpa grave, tanto más cuanto que en ese caso, dejaría de ser responsable el fabricante (véase nº 1494-2).

1494-7. ACCIONES RECURSORIAS.— El vendedor que ha sido condenado a pagar los daños, tiene acción recursoria contra el fabricante, que es el responsable directo de los vicios o defectos de la cosa (ver nota 15).

Por las mismas razones dadas en el nº 1494-4, también tiene acción contra el importador y contra quien puso su marca en el producto. Por su parte, estos últimos, si son condenados a pagar el daño, tienen acción recursoria contra el fabricante, que es el responsable final.

Puede ocurrir que el daño se haya producido por una falla o defecto de una cosa incorporada al producto por el fabricante antes de lanzarlo a la circulación como ocurriría, por ejemplo, si el estallido de un neumático comprado a un tercero por el fabricante de un automóvil provoca un accidente; en tal caso, el fabricante vendedor que ha pagado la indemnización tiene acción recursoria contra su proveedor.

1494-8. PROTECCIÓN DE SERVICIOS.— La ley 24240 incluye dentro del concepto de consumidores, a quienes reciben la prestación de un servicio (art. 1º Ver Texto ), pero el art. 2º Ver Texto excluye de ese carácter a los servicios profesionales liberales que requieren para su ejercicio título universitario y matrícula otorgada por colegios profesionales reconocidos oficialmente. Los casos de mayor interés social excluidos del concepto de producto de consumo, son los servicios de abogados, médicos, contadores, arquitectos, ingenieros, de los cuales nos hemos ocupado en Tratado de Derecho Civil, Contratos, t. 2, núms. 1028 y siguientes.

1116/10760

#### D.— DAÑOS CAUSADOS POR RUINA DE EDIFICIOS

1116/1495

1495. ESTADO ACTUAL DEL PROBLEMA.— La derogación de los arts. 1133 Ver Texto y 1134 (véase núms. 1453 y s.) ha eliminado el problema interpretativo a que dieran lugar aquellos artículos. Hoy se aplica a los edificios, como a todas las demás cosas, la norma general del art. 1113 Ver Texto . Conviene, empero, detenerse en algunos aspectos peculiares de los daños causados por la ruina de edificios. Y empecemos por decir que ya antes de la derogación de los arts. 1133 Ver Texto y 1134 la jurisprudencia había declarado que el dueño responde, a menos que demuestre que de su parte no hubo culpa, en casos tales como derrumbes de edificios en construcción (ver nota 16), caída de paredes (ver nota 17), de revoques (ver nota 18), de cornisas (ver nota 19), derrumbe de las tribunas de una cancha de fútbol (ver nota 20).

No basta para exonerar de responsabilidad al dueño la prueba de que el derrumbe se debió a culpa del constructor a quien aquél había encargado la obra: el art. 1113 Ver Texto pone a cargo del dueño los daños derivados de la cosa, sin perjuicio de la responsabilidad del constructor (véase nº 1498).

1116/1496

1496. PERSONAS RESPONSABLES.— Dispone el art. 1135 Ver Texto que si la construcción arruinada estaba arrendada o dada en usufructo, el perjudicado sólo tendrá derecho contra el dueño de ella. Esta solución implica una excepción al principio general, establecido en el art. 1113 Ver Texto , que hace responsable, frente a los damnificados, al

guardián de la cosa. En el caso de ruina del edificio, sólo el propietario es responsable, no el guardián. Esta solución se funda en que, en materia de edificios, el propietario es quien debe correr con las reparaciones necesarias. Y lo que dice del inquilino y usufructuario, debe aplicarse también al comodatario, al que ejerce un derecho de uso y habitación, al acreedor que tiene la cosa cedida en anticresis y, en general, a todo guardián. ¿También quedará exonerado de responsabilidad, frente a los damnificados, el poseedor animus domini del inmueble? Nos parece que quien posee pretendiendo derechos de dueño, no puede eximirse de responsabilidad; sin perjuicio de la que también le incumbe al propietario verdadero.

1116/1497

1497.— Supongamos ahora que la persona que tiene a su cargo la guarda del edificio, se hubiera comprometido contractualmente con el dueño a hacer las reparaciones cuya omisión determinó la ruina; o bien que esas reparaciones estén a su cargo por disposición de la ley (como ocurre, por ejemplo, con el usufructuario, art. 2881 Ver Texto ; el comodatario, art. 2266 Ver Texto ; el anticresista, art. 3258 Ver Texto ; etc.). No cabe duda de que el propietario que pagó a la víctima tiene contra el guardián una acción de regreso (ver nota 21). Pero ahora se trata de saber si la víctima tiene acción directa contra ellos; la solución negativa parece imponerse atento los términos del art. 1135 Ver Texto , que no formulan ninguna distinción. Pero de cualquier modo, es obvio que la víctima tendría a su disposición la acción subrogatoria.

1116/1498

1498.— La situación del constructor de la obra, merece una consideración especial, porque no sólo es guardián del inmueble (por lo menos hasta el momento de la entrega de la obra), sino también porque es responsable de su culpa o de la de sus dependientes (arts. 1109 Ver Texto y 1113 Ver Texto ). Como tal puede ser demandado directamente por el damnificado; su responsabilidad es solidaria con la del dueño (ver nota 22).

1116/1499

1499.— Supongamos ahora que la cosa perteneciera a varios condóminos. En tal caso, la indemnización debe pesar sobre ellos en proporción a la parte que tuviesen en la propiedad del edificio (art. 1135 Ver Texto ).

1116/1500

1500. PERSONAS QUE TIENEN DERECHO A LA REPARACIÓN.— En principio todo damnificado tiene derecho a la reparación, sea vecino, transeúnte, etcétera. ¿Tiene acción también el locatario del edificio? La cuestión está discutida (ver nota 23). Por nuestra parte, pensamos que debe hacerse la siguiente distinción: si el perjuicio consiste en que el locatario no puede seguir usando y gozando del inmueble en las condiciones en que le aseguraba el contrato de locación, la responsabilidad del propietario es contractual y no derivada del art. 1135 Ver Texto ; si, por el contrario, el locatario ha sufrido daños directos como consecuencia del derrumbamiento (lesiones físicas, destrozos en los muebles, etc.), es aplicable la responsabilidad extracontractual del art. 1135 Ver Texto (ver nota 24). Igual solución hay que aplicar en todo otro supuesto de ocupación de la casa por un tercero, como consecuencia de un contrato suscripto con el dueño.

1116/1501

1501. ABOLICIÓN DE LA CAUCIÓN DAMNI INFECTI; DENUNCIA DEL DAÑO TEMIDO (ver nota 25).— Conforme con el art. 1132 Ver Texto , Código Civil, el propietario de una heredad contigua a un edificio que amenace ruina, no puede pedir al dueño de éste garantía alguna por el perjuicio eventual que podrá causarle su ruina. Tampoco puede exigirle que repare o haga demoler el edificio.

Esta disposición importó la abolición de la caución damni infecti que en el derecho romano se otorgaba al propietario del fundo vecino cuando un edificio amenazaba ruina. VÉLEZ la suprimió entendiendo que la admisión de una acción preventiva en esta materia, da lugar a pleitos de una resolución más o menos arbitraria y que los intereses de los vecinos de un edificio que amenaza ruina, están garantizados por la vigilancia de la policía y por el poder generalmente concedido a las municipalidades de ordenar la reparación o demolición de los edificios que amenacen ruina (nota al art. 1132 Ver Texto ). El acierto del criterio de nuestro codificador parece más que dudoso. No es justo que el vecino deba permanecer impasible ante la ruina inminente de un edificio, que puede provocarle ingentes daños materiales y aun personales; y tampoco es posible librarlo todo a la diligencia de las autoridades policiales o municipales que, ya se sabe, no siempre cumplen con su deber.

La necesidad de conceder al vecino una acción para exigir las medidas de seguridad necesarias era palmaria y fue reconocida por todos los proyectos de reformas (Anteproyecto de BIBILONI, arts. 1424 y 2472; Proyecto de 1936, arts. 868 y 1561; Anteproyecto de 1954, art. 1563); y consagrada finalmente por la ley 17711 , que agregó al art. 2499 Ver Texto el siguiente párrafo: Quien tema que de un edificio o de otra cosa derive un daño a sus bienes, puede denunciar ese hecho al juez a fin de que se adopten las oportunas medidas cautelares.

Del cotejo de este artículo con el 1132 Ver Texto , resulta: a) que éste se mantiene en vigor en cuanto niega la actio damni infecti; es decir, el vecino no puede pedir garantía contra el

perjuicio eventual que pueda causar la ruina del edificio; b) que ha quedado derogado el segundo párrafo que niega acción para la reparación o demolición del edificio.

1501-1.— ¿Quiénes tienen la acción del art. 2499 Ver Texto , segundo párrafo? La ley dice: quien tema que de un edificio o de otra cosa derive un daño a sus bienes. La disposición es amplísima: no sólo tiene la acción el propietario vecino, sino toda persona que tema pueda resultarle un daño a sus bienes: el poseedor, sea de buena o mala fe, el simple tenedor, el que ostenta un simple derecho personal como el locatario (ver nota 26), el comodatario, depositario, etcétera (ver nota 27). Además, y esto es muy importante, la acción puede nacer no sólo del peligro originado en la ruina de un edificio, sino también de cualquier otro evento.

Demás está decir, que no se necesita ser vecino en el sentido de colindante con la cosa que amenace ruina; puede muy bien ocurrir que los propios ocupantes de la cosa que amenaza ruina soliciten esas medidas.

1501-2.— En cuanto al procedimiento, el texto del art. 2499 Ver Texto es claro en el sentido de que se trata de una medida cautelar, es decir, que el juez puede tomar las providencias del caso inaudita parte (ver nota 28). Pero pensamos que si la medida que se pide es la demolición del edificio o cosa, el juez no podría adoptarla sin escuchar al dueño, pues de lo contrario podría afectar la garantía constitucional de la propiedad (ver nota 29).

(nota 1) Sobre la protección al consumidor véase Revista de Derecho Privado y Comunitario, t. 5, en importantes trabajos de MOSSET ITURRASPE, RIVERA, LÓPEZ CABANA, KEMELMAJER DE CARLUCCI, LORENZETTI, BERGEL y PAOLANTONIO, HIGHTON y ÁLVAREZ, ROITMAN, RICHARD.

(nota 2) DAVERAT, Responsabilité du fait des produits prétendus defectueux, cit. por ANDORNO, Responsabilidad del fabricante en el derecho francés, L. L., diario del 21/10/1992.

(nota 3) C. Civil Cap., Sala J, 10/2/1992, E. D., fallo n° 44.365; LLAMBÍAS, nota en L. L., 1979-B, p. 1907; BUSTAMANTE ALSINA, nota en L. L., t. 143, p. 870; COMPAGNUCCI DE CASO, en Temas de responsabilidad civil en Homenaje al Dr. Augusto M. Morello, p. 272; SALERNO, nota en E. D., t. 95, p. 789; CASIELLO, nota en L. L., 1981-D, p. 1192.

(nota 4) Así lo señalan LÓPEZ CABANA-LLOVERAS, La responsabilidad civil del industrial, E. D., t. 64, p. 572; de acuerdo: GARRIDO-ANDORNO, El art. 1113 del Código



Civil, ps. 440 y s.; KEMELMAJER DE CARLUCCI, en BELLUSCIO-ZANNONI, Código Civil, t. 5, p. 549; MOSSET ITURRASPE, Estudios de responsabilidad por daños, t. 1, p. 66; GOLDENBERG, nota en J. A., 1982-I, p. 746; ZANNONI, Responsabilidad por productos elaborados, p. 323; STIGLITZ, Protección jurídica del consumidor, p. 94; TRIGO REPRESAS, La responsabilidad del fabricante, L. L., 1982-B, ps. 678 y s.

(nota 5) NANA, La reparation des dommages causes para les vices d'une chose, p. 327; TRIGO REPRESAS, La responsabilidad del fabricante, L. L., 1982-B, p. 679; es también la solución de la Directiva de la C. E. E., del 27 de julio de 1985 (art. 7º, a).

(nota 6) Recomendación de KEMELMAJER DE CARLUCCI, GOLDENBERG, ZAGO, PARELLADA, VILLORDO, VIDELA ESCALADA, DÍAZ y STODART en las VIII Jornadas Nacionales de Derecho Civil, La Plata, 1981. En sentido coincidente se pronunciaron las IV Jornadas Rioplatenses de Derecho, Punta del Este, 1986. De acuerdo: ANDORNO, en Derecho de daños, 2ª parte, p. 714.

(nota 7) Recomendación de FERREIRA RUBIO, MOISSET DE ESPANÉS, COMPAGNUCCI DE CASO, LOUZÁN DE SOLIMANO, RODRÍGUEZ, VIRGILI, JAUJE, GHERSI y PARDO en las Jornadas Rioplatenses de 1981, citadas en nota anterior. De acuerdo: ZANNONI, Responsabilidad por productos elaborados, p. 334. Es también la solución propiciada por la Directiva Comunitaria de la C. E. E. del 25 de julio de 1985 (art. 7º, b); y la consagrada por la jurisprudencia francesa: CHABAS, cit. por ALTERINI-LÓPEZ CABANA, Derecho de daños, p. 359.

(nota 8) Puede verse una síntesis completa de los argumentos en favor de una y otra tesis en ALTERINI-LÓPEZ CABANA, Derecho de daños, p. 360.

(nota 9) Sobre este punto hay unanimidad en la doctrina y es la solución de la Directiva Comunitaria de la C. E. E., del 25 de julio de 1985.

(nota 10) Es la solución del proyecto de ley sobre protección al consumidor del que son autores los doctores ALTERINI, LÓPEZ CABANA y STIGLITZ, y que fuera aprobado por la Cámara de Diputados el 27/9/1990 (art. 18). En contra y, por consiguiente, de acuerdo con nuestra opinión, TRIGO REPRESAS, La responsabilidad del fabricante, L. L., 1982-B, p. 683.

(nota 11) BUSTAMANTE ALSINA, Teoría general de la responsabilidad civil, 7ª ed., p. 409, nº 1101; LLAMBÍAS, nota en L. L., 1979-B, ps. 1098 y 1100; GARRIDO-ANDORNO, El art. 1113 del Código Civil, ps. 446 y s.; ALTERINI-LÓPEZ CABANA, Derecho de daños, p. 322.

(nota 12) En igual sentido, C. Com. Cap., Sala A, 11/2/1997, E. D., fallo n° 47.811; RIVERA, Responsabilidad del fabricante y del vendedor de productos defectuosos, E. D., nota al fallo n° 48.309 (recomendamos la lectura de este trabajo).

(nota 13) Esta es la solución del common law (NOEL-PHILLIPS, Products liability, p. 25) y el predominante en la jurisprudencia alemana e italiana (SANTOS BRIZ, La responsabilidad civil, p. 513) (la cita de estos autores está tomada de KEMELMAJER DE CARLUCCI, en BELLUSCIO-ZANNONI, Código Civil, t. 5, ps. 539 y 540). De acuerdo: TRIGO REPRESAS, Protección de usuarios y consumidores, p. 23; MOSSET ITURRASPE-LORENZETTI.

(nota 14) Así lo resolvió la Sup. Corte Buenos Aires, 22/6/1965, J. A., 1965-V, p. 121.

(nota 15) La doctrina es unánime. También fue la declaración unánime de las VIII Jornadas Nacionales de Derecho Civil, La Plata, 1981.

(nota 16) C. Civil 2ª Cap., 5/9/1927, J. A., t. 25, p. 1356.

(nota 17) C. Civil 1ª Córdoba, 7/5/1935, L. L., t. 1, p. 567; C. Apel. Rosario, 3/3/1939, L. L., t. 17, p. 325.

(nota 18) C. Civil 2ª Cap., 25/11/1938, L. L., t. 13, p. 285.

(nota 19) C. Civil Cap., Sala D, 1/8/1952, causa 6390 (in re “Belon c/Rubio”, inédita); C. Civil 2ª Cap., 27/4/1936, L. L., t. 3, p. 38; C. Apel. 1ª La Plata, 10/3/1953, L. L., t. 69, p. 672.

(nota 20) C. Civil Cap., Sala C, 21/5/1965, L. L., t. 119, p. 544; C. Civil 2ª Cap., 13/9/1941, J. A., t. 76, p. 244.

(nota 21) SALVAT, Hechos ilícitos, n° 2916; AGUIAR, t. 3, n° 189; COLOMBO, Culpa aquiliana, 2ª ed., n° 189, f.

(nota 22) De acuerdo: C. Civil Cap., Sala B, 28/9/1954, L. L., t. 78, p. 446; C. Civil 2ª Cap., 9/12/1927, J. A., t. 26, p. 1210; íd., 5/9/1927, J. A., t. 25, p. 1356; SPOTA, Locación

de obra, 2ª ed., t. 2, núms. 408 y s.; REZZÓNICO, Contratos, 2ª ed., t. 2, p. 807; RUBINO, L'appalto, nº 239.

(nota 23) En el sentido de que la responsabilidad es solamente contractual: SALVAT, Hechos ilícitos, nº 2917; MAZEAUD, t. 2, nº 1046-7; BAUDRY LACANTINERIE y BARDE, t. 4, nº 2958. En el sentido de que la responsabilidad es extracontractual (sin perjuicio de la que pudiera derivarse del contrato): CAMMAROTA, Responsabilidad extracontractual, t. 2, nº 501; JOSSERAND, t. 2, nº 527; DEMOGUE, t. 5, nº 1103.

(nota 24) En este sentido: C. Civil 2ª Cap., 29/11/1937, L. L., t. 8, p. 973 (se trataba de una inquilina caída por un boquete, en cuyo caso se hizo aplicación de los arts. 1134 Ver Texto y s.).

(nota 25) BIBLIOGRAFÍA ESPECIAL: MARIANI DE VIDAL, Denuncia del daño temido, Lecciones y Ensayos, nº 40-41, p. 137; ADROGUÉ, Obra vieja o ruinoso, L. L., t. 139, p. 925.

(nota 26) Nos apartamos, por el momento, de la cuestión doctrinaria de si el derecho del locatario tiene carácter real o personal.

(nota 27) De acuerdo: MARIANI DE VIDAL, op. cit.; en cambio, ADROGUÉ, op. cit., piensa que sólo tienen legitimación el propietario y el poseedor, pero no el simple tenedor ni quien ostenta un derecho personal.

(nota 28) De acuerdo: MARIANI DE VIDAL, op. cit.; ADROGUÉ, op. cit., aunque con la reserva de que sólo se procederá inaudita parte, cuando las circunstancias del caso así lo requieran, lo que parece prudente.

(nota 29) De acuerdo: MARIANI DE VIDAL, op. cit.

1116/10770

E.— ACCIDENTES DE TRÁNSITO (ver nota 1)

1116/1502

1502. EL PROBLEMA DEL AUTOMÓVIL.— No sin razón, la nuestra ha sido llamada la

era del automóvil. Esta moderna máquina es un instrumento utilísimo de trabajo, confiere libertad de acción y de desplazamiento, proporciona placer y, en fin, da prestigio social al que lo posee. El hombre contemporáneo es capaz de los mayores sacrificios, aun de cosas esenciales, para gozar de él. Si a la enorme cantidad de automóviles particulares añadimos todavía los automotores de transporte colectivo y los camiones de carga se comprenderá que el número de unidades en circulación es enorme. Y por consiguiente, los accidentes de tránsito son numerosísimos. En los Estados Unidos, en 1955, los muertos por esta causa sobrepasaron el número de 35.000, y el de los heridos llegó casi a 2.000.000, estimándose las pérdidas económicas en más de 3.000.000.000 de dólares (ver nota 2).

1116/1503

1503.— El peatón estaba prácticamente inerte ante este peligro que constantemente lo acecha. Desde el punto de vista de la responsabilidad civil, no estaba debidamente protegido por textos que, como los de nuestro Código, no fueron pensados en función de este problema, inexistente a la época de su sanción. Pero el nuevo art. 1113 Ver Texto (ref. por ley 17711 ) ha resuelto el problema estableciendo la responsabilidad objetiva por los daños ocasionados por las cosas riesgosas o peligrosas, como es el automóvil.

Debemos añadir que en relación a los accidentes de tránsito, es necesario distinguir dos hipótesis, en que la cuestión de la responsabilidad debe resolverse sobre bases distintas: el caso de que la víctima sea un peatón y el supuesto de que el accidente haya resultado de la colisión de dos automóviles. Trataremos por separado ambas hipótesis.

1116/1504

1504. RESPONSABILIDADES DERIVADAS DE LOS ACCIDENTES DE TRÁNSITO. — Antes de entrar en el estudio del tema, es necesario poner de manifiesto que todo accidente de tránsito entraña o puede entrañar distintas responsabilidades: a) la del conductor del vehículo, que se apreciará al tenor del art. 1109 Ver Texto ; b) la del principal del conductor, emergente del art. 1113 Ver Texto ; c) la del propietario o guardián del vehículo, derivada del art. 1113 Ver Texto . Esas responsabilidades son respecto de la víctima, indistintas, es decir, el damnificado puede demandar por el total a cualquiera de ellos; sin perjuicio de las acciones de repetición que eventualmente tienen el principal del conductor o el propietario y guardián del automóvil contra el conductor culpable. Sobre la cuestión de si existen acciones de regreso entre el principal, dueño y guardián, véase núms. 1487 y s.

1116/1505

1505. RESPONSABILIDAD DE LAS LÍNEAS DE COLECTIVOS.— Un problema peculiar de nuestro tránsito lo constituye la responsabilidad de las líneas de colectivos. Generalmente estas líneas están formadas por vehículos pertenecientes cada uno de ellos a su dueño; la “línea” no se constituye como sociedad formal y no es otra cosa que una organización destinada esencialmente a fijar los horarios y hacerlos cumplir, pues la explotación del colectivo aprovecha exclusivamente a su dueño, con la obligación de contribuir a los gastos de la oficina general. Ahora bien: ¿la “línea” es responsable de las consecuencias de un accidente ocasionado por uno de los vehículos que la integran?

Esta cuestión ha sido resuelta por los tribunales de la Capital en sentido afirmativo. Se ha sostenido que aun cuando no exista un instrumento contractual que vincule a los propietarios de los vehículos, el acto de postular y obtener la concesión para la prestación del servicio en unión de otros copropietarios concesionarios, los vincula entre sí bajo la forma jurídica de un contrato de adhesión, que puede o no ser innominado, pero que en caso de serlo debe reglarse por la legislación de los contratos de mayor afinidad, que indudablemente en este caso es el de sociedad; la entidad “línea de colectivos” es, por consiguiente, responsable ante los terceros víctimas de un accidente (ver nota 3).

Juzgado el problema con criterio riguroso, la solución de la jurisprudencia parece harto discutible, pues la “línea” no es propietario ni guardián del vehículo agresor. ¿Cómo explicar entonces su responsabilidad? Pero ya veremos que no es ésta la única vez que la jurisprudencia fuerza las soluciones legales para asegurar a la víctima la reparación de los daños sufridos, lo que en este caso se logra por la vía de admitir un responsable más, con la ventaja de su indiscutible solvencia.

(nota 1) BIBLIOGRAFÍA ESPECIAL: BREBBIA, Accidentes de automotores, Buenos Aires, 1961; GALLI, Los daños de automóviles en circulación como daños de la cosa inanimada, L. L., t. 15, sec. doct., p. 12; PERA VERDAGUER, La ley del automóvil, Barcelona, 1963; GUIJARRO CONTRERAS, Responsabilidad civil del automovilista, Anuario de Derecho Civil, Madrid, julio-setiembre 1963, p. 641; REYES MONTERREAL, La responsabilidad civil en la nueva ley de accidentes de tráfico, Anuario de Derecho Civil, Madrid, julio-setiembre 1963, p. 701; TAUZIN, Un exemple de “socialisme juridique” en matière de responsabilité des faits des choses, tesis, París, 1929. Véanse asimismo notas de jurisprudencia en E. D., t. 58, p. 274; E. D., t. 85, p. 712; y E. D., t. 90, p. 673 (compilada por DARAY).

(nota 2) BREBBIA, Accidentes de automotores, n° 4, p. 18.

(nota 3) C. Civil Cap., Sala A, 30/10/1957, causa 38.710 (inérita); Sala B, 3/6/1963, causa 83.066, Doct. Jud., n° 1997; íd., 31/3/1966, L. L., t. 123, p. 424, y E. D., t. 16, p. 189; íd., 18/2/1976; L. L., 1976-D, p. 64; Sala C, 24/2/1972, E. D., t. 42, p. 306; Sala D,

23/12/1966, L. L., t. 126, p. 57; Sala F, 23/4/1960, J. A., 1960-V, p. 322.

1116/1506

1.— Accidentes de que son víctimas los peatones

1506. LA PRUEBA DE LA CULPA DEL CONDUCTOR Y EL FUNDAMENTO DE LA RESPONSABILIDAD.— Era principio admitido en forma prácticamente unánime por nuestra jurisprudencia, que la víctima de un accidente de tránsito debía probar la culpa del conductor del vehículo agresor si pretende ser indemnizada. Esta solución se fundaba en una razón legal elemental: la responsabilidad del conductor no tenía en nuestro derecho otro fundamento que el art. 1109 Ver Texto del Código Civil. Sin culpa probada no había indemnización. Pero este sistema, que sin duda era el del Código, no se compaginaba con la realidad actual. La reparación de los daños sufridos por los peatones no puede ya juzgarse a la luz de la culpa aquiliana. Lo cierto es que los automovilistas crean un riesgo constante para los peatones; y es enteramente justo que si ellos gozan y aprovechan económicamente de la máquina que conducen, respondan luego por los daños derivados de la cosa peligrosa que ponen en circulación. Por otra parte, el contacto permanente con el peligro, hace que los peatones descuiden muchas veces las precauciones que sería razonable adoptar, y no es justo que un descuido común, propio del acostumbramiento con el peligro, lo prive de su derecho a la indemnización.

Nuestra jurisprudencia no fue insensible a esta exigencia de la justicia y de la dinámica moderna. Mientras mantenía teóricamente el principio de que era necesario probar la culpa del conductor, en la práctica se llegó a una verdadera inversión del cargo de la prueba. Esta evolución comenzó declarando que en materia de accidentes de tránsito es necesario afinar la apreciación de la culpa del conductor (ver nota 1), que la más leve negligencia o culpa es bastante para hacer lugar a la acción de daños y perjuicios (ver nota 2). Esto permitió admitir cualquier indicio, cualquier prueba, por débil que sea, como suficiente para tener por acreditada la culpa del conductor. Pero los tribunales fueron más lejos: declararon que el conductor de una máquina peligrosa como es el automóvil, debe tener en todo momento el control de su vehículo, de modo de poder detenerlo cuando se presenta una de las frecuentes contingencias del tránsito, para evitar daños a terceros; importando la omisión de tal deber de vigilancia, culpa suficiente para hacer lugar a la acción (ver nota 3). Aquí ya la presunción de culpa del conductor, derivada del accidente en sí mismo, es neta: si el accidente se produjo es porque el conductor faltó al deber de vigilancia que le imponía estar en condiciones de detener en cualquier momento el vehículo. Y en sentido concordante se ha resuelto que la velocidad del automóvil es excesiva cuando no permite detenerlo en el momento oportuno (ver nota 4). Por consiguiente, desde el momento que el accidente se produjo, ello significa que la velocidad ha sido excesiva.

Hoy estas soluciones jurisprudenciales han recibido consagración legal, puesto que el art. 1113 Ver Texto (ref. por ley 17771 ) ha consagrado la teoría del riesgo creado al prescribir

que tratándose del daño ocasionado por una cosa riesgosa o viciosa, el dueño o guardián sólo se libera de responsabilidad probando la culpa de la víctima o de un tercero por quien no debe responder. Más aún: los tribunales absuelven a los peatones de su culpa leve y no por existir ella rechazan su demanda de daños y perjuicios; pues se ha declarado que no cabe exigirles igual atención que al conductor del automóvil, por ser distintas las consecuencias que para terceros pueden derivar de una omisión culposa, por lo que, en ciertas circunstancias, la atención del conductor debe suplir la del peatón (ver nota 5).

En sentido semejante, se ha resuelto que el peatón distraído o imprudente es un riesgo común en el tránsito, razón por la cual ello no se exime de responsabilidad al conductor del vehículo que lo embiste, porque el guardián de esa cosa peligrosa que es el automóvil está obligado a preverlo y a tener en todo momento el control de su marcha (ver nota 6).

Este sistema legal y jurisprudencial se completa con una serie de presunciones de culpa, algunas legales, otras pretorianas, que estudiaremos a continuación.

1116/1507

1507. PRESUNCIONES LEGALES DE CULPA.— La ley 24449 , sobre reglamento de tránsito para los caminos y calles dependientes de la jurisdicción nacional, ha establecido las siguientes presunciones de culpa:

1116/1508

1508-1510. a) Cruce de calles.— El peatón tiene en las zonas urbanas prioridad de paso en las sendas de seguridad señaladas en la calle; si no existiera señalamiento, se considerará zona reservada para el peatón la parte de la calzada que prolonga la acera en sentido longitudinal. En todo accidente producido en dicha zona se presume la culpa del conductor (art. 64).

La prioridad de paso del peatón cesa si los vehículos tienen vía libre por indicación del agente de tránsito o de los aparatos mecánicos de señales.

1116/1511

1511.— ¿Qué ocurre si el peatón cruza la calle a mitad de cuadra, o, mejor dicho, fuera de la zona que le está reservada para el cruce? Sin duda hay culpa de su parte, pues no se sujetó a la reglamentación que prescribe el cruce por las esquinas. Pero la jurisprudencia se

inclina a considerar que también media culpa concurrente del conductor del automóvil que lo embistió, pues éste, a su vez, ha omitido su obligación de tener en todo momento el contralor de su vehículo (ver nota 7). Es una solución prudente, que los jueces deben hacer jugar teniendo en cuenta las circunstancias de cada caso. No es posible que el automovilista se sienta autorizado a conducir descuidadamente y, más aún, desaprensivamente, entre las esquinas. De lo contrario se crearía en su favor un privilegio irritante, pues significaría que fuera de la zona de seguridad para los peatones, éstos pueden ser embestidos impunemente por los automovilistas (ver nota 8).

Se ha declarado, con razón que no incurre en culpa quien cruza la calzada en un lugar no habilitado para peatones, si ello era necesario para alcanzar un vehículo que estaba estacionado en un lugar adecuado (ver nota 9). Tampoco hay culpa en el obrero que está trabajando en la calzada fuera de la zona de seguridad (ver nota 10). En ambos casos, el responsable exclusivo es el conductor.

1116/1512

1512. b) Velocidad.— La ley 24449 considera velocidad máxima en las zonas urbanas las siguientes: 1) en calles, 40 km.; en avenidas, 60 km.; en cruce de calles o avenidas, 30 km.; 2) en zonas rurales, para automóviles y motocicletas, 110 km; para ómnibus, 90 km.; para camiones y transportes de sustancias peligrosas, 80 km.; 3) en autopistas, para automóviles y motocicletas, 130 km.; 4) en la proximidad de establecimientos deportivos o con gran afluencia de gente, 20 km. (art. 51 Ver Texto ).

Pero sería un error creer que la observancia de los límites legales exime de responsabilidad al conductor; ello permitiría arribar a la conclusión de que el conductor, mientras observe los límites legales de velocidad, no está obligado a detener el vehículo si se cruza un peatón, porque de todas maneras el respeto de aquellos límites lo pondría fuera del alcance de todo eventual responsabilidad. La jurisprudencia no ha seguido, por cierto, criterio tan desprovisto de sentido común. Por el contrario, ha resuelto que en los accidentes de que son víctimas los peatones, la velocidad debe considerarse excesiva cuando no ha permitido detener oportunamente el vehículo (ver nota 11). En sentido concordante, se ha resuelto que una velocidad inferior a la máxima reglamentaria puede ser imprudente cuando las circunstancias imponen una mayor lentitud (ver nota 12), como ocurre si era lógico extremar las precauciones por falta de visibilidad o por encontrarse húmedo el pavimento (ver nota 13) o debido a la presencia de menores que salían de un colegio (ver nota 14).

Algunos fallos han declarado que el exceso de velocidad puede presumirse del hecho de haber arrastrado a la víctima varios metros (ver nota 15), de la gravedad de las lesiones sufridas (ver nota 16) o de las huellas dejadas en el pavimento (ver nota 17) o de la violencia del choque (ver nota 18). Por lo común serán innecesarios estos indicios, pues ya se ha dicho que la jurisprudencia considera excesiva la velocidad cuando el accidente no se



ha podido evitar; pero ellos pueden tener interés como demostración de una mayor gravedad en la culpa del conductor, que eventualmente puede eliminar la pretendida culpa concurrente de la víctima.

No importa culpa de la víctima su vacilación al cruzar la calle, originada en la velocidad excesiva que llevaba el vehículo; es la natural reacción ante el peligro inminente. El conductor es único responsable (ver nota 19).

La velocidad (aunque siempre dentro de límites razonables) no es causa de imputación si se trata de una ambulancia o bomba de incendio (ver nota 20), siempre que haga las señales sonoras características (ver nota 21) y vaya a prestar servicio y no sea de vuelta de él (ver nota 22).

1116/1513

1513. d) Luces.— El uso de luces de largo alcance sólo está permitido en las zonas rurales y en las zonas urbanas deberá usarse la luz de alcance medio (art. 47 Ver Texto , ley 24449). El conductor que omite cumplir esta regla incurre en culpa (ver nota 23).

1116/1514

1514. PRESUNCIONES JURISPRUDENCIALES.— Paralelamente a las presunciones legales de culpa, la jurisprudencia ha admitido otras:

1116/1515

1515. a) Contramano.— Se presume la culpa del conductor que marcha a contramano (ver nota 24); es natural, pues se trata de una contravención gravísima que lógicamente debe tomar desprevenido al peatón. Esta presunción no queda destruida por el hecho de que el vehículo fuera a marcha moderada (ver nota 25).

1116/1516

1516. b) Marcha atrás.— Debe presumirse la culpa del conductor que dio marcha atrás, pues se trata de una maniobra generalmente imprevisible, para efectuar la cual es necesario adoptar todas las precauciones tendientes a evitar daños a terceros (ver nota 26), tanto más, si se trata de una calle de tránsito intenso (ver nota 27) o si había menores en las

proximidades (ver nota 28).

1116/1517

1517. c) Falta de registro habilitante.— Se presume la culpa del conductor si carece de registro habilitante (ver nota 29), pues ello constituye un fuerte indicio de que se carece de la destreza o la experiencia necesaria para sortear las dificultades de un tránsito intenso. Claro está que cabe prueba en contrario, la que deberá demostrar que el accidente se debió a culpa de la víctima (ver nota 30).

1116/1518

1518. d) Omisión de toques de bocina o de señales con la luz.— Se presume la culpa del conductor que ha omitido los toques de bocina o las señales de luz para prevenir el peligro al peatón (ver nota 31); bien entendido que haber hecho dichas señales no basta para excluir su responsabilidad (ver nota 32).

1116/1519

1519. e) Mal estado del vehículo.— Se presume la culpa del conductor de un vehículo que está en mal estado, particularmente si sus frenos son deficientes (ver nota 33) o no lleva las luces reglamentarias (ver nota 34).

1116/1520

1520. f) Maniobras sorprendidas.— Se presume la culpa del conductor que realiza maniobras sorprendidas o audaces o bruscas (ver nota 35).

1116/1521

1521. g) Accidentes ocurridos en lugares reservados para los peatones .— Se presume la culpa del conductor si el accidente se produjo en circunstancias en que el peatón se hallaba en lugares que le están reservados, tales como veredas o refugios (ver nota 36).

1116/1522

1522. h) Peatón lesionado como consecuencia de la colisión de dos vehículos.— Cuando un peatón resulta lesionado como consecuencia de la colisión de dos vehículos, uno de los cuales se ha desplazado hiriendo al peatón, la demanda puede dirigirse contra ambos, que responden solidariamente (ver nota 37), pues la víctima no tiene porqué investigar la mecánica del accidente para establecer quién ha sido el verdadero culpable (ver nota 38), lo que casi siempre le resultaría imposible antes de que las partes interesadas produzcan toda la prueba en el juicio. Al conductor que sostiene que la culpa exclusiva del hecho le corresponde a otro debe probarlo (ver nota 39).

Algunos fallos han declarado que la prueba de la culpa exclusiva de alguno de los conductores puede hacerse en el mismo juicio en que la víctima demanda de ambos la reparación (ver nota 40); otros, por el contrario, ha decidido que este problema es ajeno a dicho juicio y que debe ventilarse entre ambos conductores (o sus principales o los dueños de los vehículos) en juicio aparte (ver nota 41). Adherimos a la primera doctrina; y recordamos en apoyo de esa opinión lo dicho por la Sala A de la Cámara Civil de la Capital, que luego de insistir en el principio de que la víctima no tiene porqué investigar la mecánica del accidente y puede dirigir su acción contra cualquiera de los conductores, ello no ata las manos a la justicia para decidir bien la causa si se demuestra la culpa exclusiva de uno de ellos (ver nota 42).

1116/1523

1523. PRUEBA DE QUE SE HAN OBSERVADO LAS REGLAMENTACIONES LEGALES.— El conductor del vehículo agresor no excusa su responsabilidad limitándose a probar que ha observado las reglamentaciones del tránsito (ver nota 43), pues las circunstancias del caso suelen exigir una diligencia mayor destinada a prevenir daños a terceros. En otras palabras: aun encuadrada dentro de los reglamentos, la conducción del vehículo puede ser culpable.

1116/1524

1524-1525. RESPONSABILIDAD DEL PROPIETARIO DEL VEHÍCULO.— El accidente de tránsito, ya lo hemos dicho, no sólo pone en juego la responsabilidad del conductor y de su principal, sino también la del propietario y guardián del vehículo, al tenor del art. 1113 Ver Texto . Y como es de naturaleza riesgosa, no puede eximirse de responsabilidad probando que de su parte no hubo culpa; para eximirse de ella, debe probar: a) que hubo culpa de la víctima o de un tercero por quien no se debe responder; o bien: b) que la cosa ha sido usada en contra de la voluntad expresa o presunta del dueño (art. 1113 Ver Texto ).

Supongamos que el accidente se produce cuando el automóvil ha sido vendido y entregado

al comprador, pero todavía no inscripto a nombre de éste. ¿Quién responde como dueño, el vendedor o el comprador? Hemos tratado la cuestión en el n° 1473 bis, al que remitimos.

1116/1526

1526. LEGISLACIÓN COMPARADA.— En la legislación comparada se advierte un importante movimiento en defensa del peatón. Se han dictado leyes especiales en Alemania (ley del 3 de mayo de 1909), Finlandia (10 de diciembre de 1937, reformada el 5 de junio de 1951), Italia (Código de la Circulación de 1933, incorporado en su principio esencial de inversión del cargo de la prueba al Código de 1942, art. 2054), Suiza (ley del 15 de marzo de 1932), Polonia (Código de las Obligaciones, arts. 152 y 153), España (ley del 24 de diciembre de 1962), Venezuela (ley del 25 de julio de 1960). En lo fundamental, todas estas leyes establecen la responsabilidad del conductor y del propietario del automóvil, a menos que prueben que el accidente obedeció a la culpa de la víctima o de un tercero o a una fuerza mayor.

(nota 1) C. Civil Cap., Sala A, 31/10/1957, L. L., t. 88, p. 656; Sala C, 9/8/1951, L. L., t. 65, p. 185; Sala D, 26/7/1961, E. D., t. 1, p. 626; Sala E, 7/4/1961, J. A., 1961-V, p. 387; Sala F, 1/8/1963, E. D., t. 6, p. 267, y L. L., t. 112, p. 513; íd., 16/6/1964, L. L., t. 117, p. 291; Sup. Corte Buenos Aires, 24/9/1963, J. A., 1964-IV, p. 543.

(nota 2) C. Civil Cap., Sala A, 31/10/1957, L. L., t. 83, p. 656; Sala C, 9/8/1951, L. L., t. 65, p. 185; Sala D, 26/7/1961, E. D., t. 1, p. 626; íd., 17/8/1961, E. D., t. 2, p. 642; íd., 31/12/1964, L. L., t. 113, p. 489; Sala E, 7/4/1961, J. A., 1961-V, p. 387; Sala F, 1/8/1963, E. D., t. 6, p. 267, y L. L., t. 112, p. 513.

(nota 3) C. Civil Cap., Sala A, 31/10/1957, L. L., t. 88, p. 656; íd., 7/10/1963, E. D., t. 7, p. 38; íd., 10/11/1964, causa 101.195 (inérita); Sala C, 17/11/1961, L. L., t. 105, p. 68; íd., 28/2/1958, causa 44.064 (inérita); Sala D, 5/10/1960, L. L., t. 100, p. 762, 5738-S; íd., 22/8/1958, L. L., t. 93, p. 630.

(nota 4) C. Civil Cap., Sala A, 7/10/1963, E. D., t. 7, p. 38; íd., 10/11/1964, causa 101.195 (inérita); Sala E, 27/11/1962, L. L., t. 110, p. 903; C. Civil 1ª Cap., 12/7/1938, J. A., t. 63, p. 106; C. Esp. C. y C. Cap., Sala IV, 31/10/1980; E. D., t. 92, p. 446; C. Fed. Bahía Blanca, 28/5/1953, L. L., t. 70, p. 224.

(nota 5) C. Civil Cap., Sala E, 4/5/1962, Doct. Jud., n° 1659.

(nota 6) C. Civil Cap., Sala H, 7/9/1994, E. D., fallo n° 46.906; Sala C, 6/7/1970, J. A., t. 9-1971, p. 40; Sala A, 6/5/1972, L. L., t. 149, p. 568; Sala D, 18/8/1978, J. A., 980-I, p. 57; Sala B, 2/5/1975, L. L., 1975-D, p. 441; Sala F, 2/6/1976, E. D., t. 68, p. 434; C. 1ª C. C. La Plata, Sala III, 18/10/1973, L. L., 1975-A, p. 795 (32.204-S).

(nota 7) C. Civil Cap., Sala A, 8/8/1960, L. L., t. 101, p. 996, 6141-S; Sala B, 18/12/1959, L. L., t. 99, p. 118, Sala D, 5/3/1959, Doct. Jud. 1959, p. 657; Sala E, 16/3/1959, L. L., t. 95, p. 342; Sala F, 12/5/1992, L. L., fallo n° 91.308, con nota de TRIGO REPRESAS; C. Com. Cap., Sala A, 16/7/1959, causa 95.221. Doct. Jud., 1959, p. 657. En algunos casos se ha considerado que existe culpa exclusiva de la víctima teniendo en cuenta que se trataba de una avenida de intenso tráfico que hacía particularmente culposo el cruce por mitad de cuadra (C. Civil Cap., Sala F, 21/11/1963, E. D., t. 7, p. 41), máxime si a aquella circunstancia se une la de que el peatón atravesó la avenida diagonalmente y dando la espalda al tránsito (C. Civil Cap., Sala A, 24/2/1961, causa 72.435, inédita).

La protección jurisprudencial del peatón ha llegado a declarar que hay culpa concurrente, si aquél cruzó la calle en momentos en que los automóviles tenían luz verde, pues esta circunstancia no exonera al conductor de adoptar las precauciones debidas en las zonas de cruce de peatones (C. Civil Cap., Sala F, 17/11/1966, J. A., 1967-III, p. 311).

(nota 8) De acuerdo, C. Civil Cap., Sala F, 12/5/1992, L. L., fallo n° 91.308, con nota de TRIGO REPRESAS.

(nota 9) C. Civil Cap., Sala C, 18/3/1959, causa 53.673, Doct. Jud., 1959, p. 657.

(nota 10) C. Civil Cap., Sala B, 21/11/1960, causa 66.269, Doct. Jud., del 6/12/1960.

(nota 11) Véase jurisprudencia citada en nota 2357.

(nota 12) C. Civil Cap., Sala E, 6/11/1962, E. D., t. 3, p. 584; íd., 27/11/1962, L. L., t. 110, p. 903; C. Civil 1ª Cap., 12/4/1944, L. L., t. 34, p. 259; Sup. Corte Buenos Aires, 23/10/1945, J. A., 1946-I, p. 52.

(nota 13) C. Civil Cap., Sala F, 27/6/1961, causa 69.277, Doct. Jud., n° 1394; C. Paz Cap., Sala III, 7/6/1957, causa 34.938 (inédita).

(nota 14) C. Civil Cap., Sala A, 28/10/1957, causa 33.697, Doct. Jud., 1957-II, p. 222.

(nota 15) C. Civil Cap., Sala C, 5/12/1960, causa 67.426 Doct. Jud., 16/12/1960.

- (nota 16) C. Civil Cap., Sala F, 31/5/1960, L. L., t. 99, p. 765, 4738-S.
- (nota 17) C. Civil Cap., Sala C, 5/12/1960, causa 67.426, Doct. Jud. del 16/12/1960.
- (nota 18) C. Civil Cap., Sala C, 30/6/1952, L. L., t. 67, p. 506.
- (nota 19) C. Civil Cap., Sala A, 4/8/1960, causa 62.115, Doct. Jud. del 21/8/1960.
- (nota 20) C. Fed. Cap., 26/3/1941, J. A., t. 73, p. 812; C. Fed. Bahía Blanca, 28/5/1954, J. A., 1954-III, p. 300.
- (nota 21) C. Fed. Bahía Blanca, 28/5/1954, J. A., 1954-III, p. 300.
- (nota 22) C. S. N., 20/7/1942, L. L., t. 27, p. 859.
- (nota 23) C. Civil Cap., Sala D, 21/6/1960, L. L., t. 99, p. 783, 4925-S.
- (nota 24) C. S. N., 5/4/1935, J. A., t. 50, p. 10; C. Civil Cap., Sala F, 20/3/1962, L. L., t. 106, p. 994; C. Civil 1ª Cap., 25/10/1926, J. A., t. 22, p. 912.
- (nota 25) C. Civil 2ª Cap., 24/7/1935, J. A., t. 51, p. 199.
- (nota 26) C. Civil 1ª Cap., 12/12/1938, J. A., t. 64, p. 770; C. Civil 2ª Cap., 4/9/1940, J. A., t. 71, p. 898.
- (nota 27) C. Civil 1ª Cap., 21/2/1935, J. A., t. 49, p. 258.
- (nota 28) C. Civil 1ª Cap., 12/12/1938, J. A., t. 64, p. 770.
- (nota 29) C. Civil Cap., Sala A, 19/6/1951, causa 71.873 (inérita); íd., 3/2/1966, L. L., t. 123, p. 90; Sala B, 9/4/1965, causa 100.588, Doct. Jud., nº 2550; Sala C, 21/9/1972, J. A., t. 17-1973, p. 83; Sala F, 31/3/1970, J. A., t. 7-1970, p. 201; Sala F, 12/7/1962, causa 77.727,

Doct. Jud., del 27/7/1962; íd., 21/7/1966, L. L., t. 124, p. 281; C. Apel. Rosario, 26/8/1941, L. L., t. 23, p. 931.

(nota 30) C. Civil Cap., Sala C, 21/9/1972, J. A., t. 17-1973, p. 83, Sala F, 14/7/1960, causa 62.837, Doct. Jud., del 7/8/1960; S. T. Entre Ríos, 26/9/1939, J. A., t. 70, p. 45.

(nota 31) C. Civil 1ª Cap., 27/11/1939, J. A., t. 68, p. 796; C. Civil 2ª Cap., 12/3/1926, J. A., t. 19, p. 399.

(nota 32) C. Civil 1ª Cap., 19/6/1934, J. A., t. 46, p. 968.

(nota 33) C. Civil Cap., Sala A, 30/12/1952, L. L., t. 69, p. 580; C. Civil 1ª Cap., 16/11/1933, J. A., t. 44, p. 154.

(nota 34) C. Civil 1ª Cap., 19/6/1934, J. A., t. 46, p. 965.

(nota 35) C. Civil Cap., Sala D, 25/4/1962, Doct. Jud. del 10/5/1962; C. Civil Cap., Sala F, 28/2/1962, Doct. Jud. del 12/3/1962; C. Civil 2ª Cap., 8/5/1939, L. L., t. 14, p. 888.

(nota 36) C. Civil Cap., Sala B, 18/12/1961, L. L., t. 106, p. 308.

(nota 37) C. Civil Cap., Sala E, 11/10/1972, E. D., t. 46, p. 718; Sala A, 6/9/1989, E. D., fallo n° 42.453.

(nota 38) C. Civil Cap., Sala A, 26/3/1975, L. L., t. 1975-C, p. 29; íd., 15/5/1979, L. L., 1979-C, p. 283; íd., 6/9/1983, E. D., n° 42.453; Sala B, 16/6/1975, J. A., t. 29-1975, p. 63; Sala C, 5/9/1972, E. D., t. 44, p. 579; Sala D, 13/4/1972, E. D., t. 43, p. 514; Sala E, 11/10/1972, E. D., t. 46, p. 718; Sala F, 2/4/1970, E. D., t. 32, p. 164; íd., 27/11/1969, E. D., t. 32, p. 165; íd., 9/3/1976, L. L., 1976-C, p. 245. En contra, sosteniendo que aun en caso de colisión debe el actor probar la culpa de cada uno de los conductores: C. Civil Cap., Sala A, 24/5/1972, E. D., t. 43, p. 512.

(nota 39) C. Civil Cap., Sala A, 24/5/1961, causa 71.966 (inédita); íd., 16/3/1964, causa 94.368 (inédita); Sala C, 10/8/1966, E. D., t. 10, p. 179. Más terminante es todavía un fallo de la Sala F, que declaró que la víctima tiene acción contra quien la embistió; sin perjuicio del derecho de éste de accionar contra el conductor del otro vehículo, verdaderamente culpable: 17/3/1966, E. D., t. 10, p. 176.

(nota 40) C. Civil Cap., Sala A, 15/5/1979, L. L., 1979-C, p. 283; íd., 15/3/1976, L. L., 1976-C, p. 264; Sala C, 5/9/1972, E. D., t. 44, p. 579; Sala C, 13/4/1972, E. D., t. 43, p. 514; íd., 22/10/1975, L. L., 1976-A, p. 378; Sala B, 9/9/1975, L. L., 1976-A, p. 141; Sala F, 9/3/1976, L. L., 1976-C, p. 245.

(nota 41) C. Civil Cap., Sala E, 11/10/1972, E. D., t. 46, p. 718; Sala F, 17/3/1966, E. D., t. 10, p. 176.

(nota 42) C. Civil Cap., Sala A, 15/5/1979, L. L., 1979-C, p. 283; en igual sentido Sala H, 15/5/1996, L. L., fallo n° 94.886.

(nota 43) C. Civil Cap., Sala C, 17/11/1961, E. D., t. 3, p. 474, y jurisprudencia citada en nota 2363.

1116/11240

## 2.— Colisión entre un automóvil y una bicicleta

1526 bis. CRITERIO PREDOMINANTE.— El criterio largamente predominante en nuestro derecho es el de que debe aplicarse al ciclista el mismo criterio que al peatón; vale decir, que conforme lo dispuesto en el art. 1113 Ver Texto , el propietario o guardián del automóvil debe indemnizar al ciclista a menos que pruebe la culpa de éste (ver nota 1). Esta solución se funda en la mayor peligrosidad del automóvil, su mayor potencia, velocidad y tamaño y en la circunstancia de que, la falta de carrocería, coloca al ciclista en un estado de indefensión análoga al del peatón.

Cabe agregar, empero, que se está insinuando otra doctrina conforme con lo cual también la bicicleta puesta en movimiento es una cosa peligrosa, de modo que en caso de una colisión entre una bicicleta y un automóvil, el dueño o guardián de cada uno de ellos debe indemnizar los daños ocasionados al otro (ver nota 2). Pensamos que esta doctrina tiene un alcance más teórico que práctico, pues es difícil imaginar que en una colisión de esta naturaleza, el automóvil o sus ocupantes puedan sufrir daños de consideración, a la inversa de lo que ocurre con el ciclista.

(nota 1) C. Civil Cap., Sala D, 27/8/1973, L. L., t. 133, p. 226; Sala E, 27/11/1973, t. 57, p. 213; Sala A, 5/2/1976, L. L., 1976-C, p. 31; Sala B, 16/3/1976, J. A., 1977-I, p. 199; Sala J, 19/12/1989, L. L., fallo n° 35.862; C. C. C. Esp. Cap., Sala IV, 5/2/1982, E. D., fallo n°



35.862; S. C. Salta, Sala 3, 26/2/1975, J. A., 1976-I, p. 329; C. C. C. La Plata, Sala 3, 30/12/1980, J. A., 1981-III, p. 67; C. Apel. Morón, Sala 1, 12/4/1984, E. D., t. 111, p. 501; íd., Sala 2, 26/3/1985, J. A., 1986-I, p. 256 Ver Texto ; GARRIDO y ANDORNO, El art. 1113, Código Civil, p. 327; DARAY, Accidentes de tránsito, t. 1, p. 151; BREBBIA, Problemática jurídica de los automotores, t. 1, p. 267.

(nota 2) PIZARRO, Responsabilidad civil por el riesgo o vicio de la cosa, p. 552; GALDOS, nota al fallo n° 92.045 de L.L.

1116/1527

### 3.— Colisión entre dos automotores

1527. FUNDAMENTO DE LA RESPONSABILIDAD.— Hasta 1986 era pacífica la jurisprudencia y doctrina en el sentido de que, en el caso de colisión de dos automóviles, el factor de riesgo creado queda neutralizado y que, por consiguiente, la cuestión debe decidirse a la luz de la culpa de los conductores (ver nota 1). Pero en ese año, la Suprema Corte de la Provincia de Buenos Aires dictó un fallo apartándose de ese criterio y resolviendo que en ese supuesto, cada uno de los conductores (y propietarios) responde por los daños ocasionados al otro, salvo que se pruebe alguna de las eximentes del art. 1113 Ver Texto , vale decir, la culpa de la víctima o de un tercero por el cual no se debe responder (ver nota 2). Poco tiempo después, la Corte Suprema Nacional adhirió a ese criterio, que hoy está imperante en todos los tribunales del país (ver nota 3).

Cabe destacar que no obstante el nuevo rumbo que ha tomado la jurisprudencia nacional, la culpa no es extraña a la solución de estos conflictos, porque si uno de los conductores prueba que el otro fue el culpable de la colisión, está exento de la obligación de pagarle los daños que éste hubiera sufrido, conforme lo dispuesto por el art. 1113 Ver Texto y puede reclamarle los daños sufridos (ver nota 4).

1116/1528

1528.— También aquí, como en el caso de los peatones, la ley y la jurisprudencia han establecido una serie de presunciones de culpa, que estudiaremos a continuación.

1116/1529

1529. PRESUNCIONES LEGALES DE CULPA.— La ley 24449 establece las siguientes presunciones:

1116/1530

1530. a) Salida de un vehículo a la vía pública.— El vehículo que sale a la vía pública de un inmueble o de un lugar de estacionamiento debe hacerlo a paso hombre. Y debe ceder el paso a los que transitan normalmente por la calle, por lo que en caso de colisión, debe presumirse su culpa (ver nota 5); no lo exime de responsabilidad la circunstancia de que un empleado de la compañía propietaria del vehículo haya estado en la calle con una bandera roja anunciando la salida, pues la misión de este empleado no es detener los vehículos que transitan por la calle (para lo que carecería de atribuciones), sino anunciar al automóvil que sale del garage que la vía está expedita (ver nota 6). Igual solución debe admitirse en el supuesto de que la salida del vehículo haya sido anunciada por timbre de alarma.

Pero si el choque se ha producido con un vehículo que transitaba a contramano, es éste el responsable porque el conductor que sale a la vía pública sólo tiene obligación de vigilar la dirección correcta (ver nota 7).

1116/1531

1531. b) Conducción en carreteras.— Todo conductor que transite por una carretera debe ceñirse estrictamente a la derecha en las encrucijadas, virajes, puentes, alcantarillas y túneles, al atravesar las vías férreas, cuando otro conductor le pida paso mediante señales acústicas o luminosas y, en general, cuando el polvo, la niebla, la nieve o la lluvia impidan una visibilidad normal. Está prohibido cambiar de dirección, disminuir bruscamente la velocidad o detener el vehículo antes de asegurarse de que es posible hacerlo sin peligro para terceros y sin haber prevenido de tal intención mediante señales adecuadas. La inobservancia de estas precauciones crea la presunción de responsabilidad en caso de accidente (véase arts. 41 Ver Texto -43, ley 24449).

Los vehículos que transitan en una misma dirección deben guardar entre ellos una distancia prudencial, tanto mayor cuanto mayor sea la velocidad (ver nota 8).

1116/1532

1532. c) Forma de adelantarse a otro vehículo.— Al adelantarse un vehículo a otro que marcha en la misma dirección, lo hará por la izquierda de éste, con las debidas precauciones y toque de bocina o señal luminosa. Adelantarse por la derecha o pedir paso por ese lado constituyen infracciones graves contra la seguridad de las personas (art. 42 Ver Texto , ley 24449) y crean una presunción de culpa en contra de quien lo ha hecho.

Son también graves infracciones contra la seguridad del tránsito: no ceñirse inmediatamente a la derecha cuando se ha pasado un vehículo; acelerar el automóvil cuando otro está por pasar correctamente; adelantarse a otro vehículo cuando éste efectúa la misma maniobra respecto de un tercero; adelantarse a otro vehículo en los puentes y túneles, al atravesar las vías férreas, en las bocacalles, encrucijadas, en curvas, cima de cuestras y, en general, en toda circunstancia en que tal maniobra implique una perturbación en la marcha normal de los demás vehículos y pueda constituir por ésta o por otra causa un peligro para terceros (art. 42 Ver Texto , ley 24449).

1116/1533

1533. d) Cruce de calles.— El conductor que llega a una bocacalle o encrucijada, debe en todos los casos reducir sensiblemente la velocidad y tiene la obligación de ceder espontáneamente el paso a todo vehículo que se le presente por la derecha; la violación de esta norma hace responsable al conductor (art. 41 Ver Texto , ley 24449).

La prioridad del que circula por la derecha sólo juega cuando ambos vehículos se han presentado en el cruce en forma simultánea o casi simultánea (ver nota 9), pero no si el que venía por la izquierda estaba considerablemente adelantado (ver nota 10), como ocurre cuando éste se encontraba ya a mitad de la calzada (ver nota 11) o finalizaba el cruce de la bocacalle (ver nota 12). Se ha dicho, con razón, que es un derecho que debe ejercerse apropiadamente y no autoriza a barrer con todo lo que se encuentra en el trayecto (ver nota 13).

1116/1534

1534.— La prioridad de paso del que circula por la derecha no juega en el caso de que el otro vehículo sea una ambulancia, un vehículo de la policía o de bomberos, que siempre tienen prioridad (art. 41 Ver Texto , inc. c, ley 24449).

1116/1535

1535.— En las zonas rurales también juega la prioridad de paso del que circula por la derecha, a menos que se trate del cruce de dos caminos, uno de los cuales tiene mayor importancia que el otro, en cuyo caso debe cederse el paso al que circula por la ruta principal (art. 41 Ver Texto , incs. d y g).

1116/1536

1536. e) Virajes.— El conductor que desee doblar hacia la derecha (o hacia la izquierda) para tomar otra calle o camino, debe ocupar el lado derecho (o lado izquierdo) de la calzada por lo menos treinta metros antes de iniciar la maniobra; la omisión de estas precauciones crea la presunción de culpa del conductor (art. 43 Ver Texto , ley 24449).

1116/1537

1537. f) Circulación giratoria.— En la circulación giratoria alrededor de rotondas, plazoletas, monumentos, refugios o construcciones análogas, se adoptará una velocidad precaucional y los vehículos no se detendrán, salvo caso de fuerza mayor, respetándose las siguientes reglas: La circulación a su alrededor será ininterrumpida sin detenciones y dejando la zona central a la izquierda; tiene prioridad de paso el que circula por ella sobre el que trata de ingresar, debiendo cederla al que egresa, salvo señalización en contrario (art. 43 Ver Texto , inc. e).

1116/1538

1538. g) Velocidad.— Son aplicables al caso las disposiciones legales y la jurisprudencia citada en el n° 1512, con una importante salvedad. No juega en el supuesto de colisión de dos vehículos la regla que la velocidad se presume excesiva cuando no ha sido posible evitar el accidente (ver nota 14). No cabe extraer del hecho de la colisión una presunción de culpa, pues dicha presunción se aplicaría a los dos vehículos, con lo que queda neutralizada.

1116/1539

1539. h) Detención de vehículos en la vía pública.— Está prohibido detener un vehículo por propia voluntad en medio de la calzada, aun cuando sea para tomar o dejar pasajeros o cargas. En caso de inmovilización por fuerza mayor, su conductor debe hacer lo necesario para colocarlo de inmediato junto a la acera o borde del camino de su mano, donde no estorbe el tránsito. Cuando por causa de accidente o fuerza mayor, un vehículo quede inmovilizado en la vía pública y no pueda ser removido de inmediato, el conductor debe tomar las medidas necesarias para garantizar la seguridad del tránsito y, en particular, para asegurar desde la caída del día la iluminación del obstáculo ya sea con las luces propias del vehículo o con luces de emergencia. Esta obligación es particularmente grave en calles solitarias y oscuras y, sobre todo, en rutas en las que los vehículos desarrollan velocidades, por lo que un automóvil detenido de noche resulta particularmente peligroso.

Si un automóvil ha sido estacionado en pendiente y luego se desliza provocando el accidente, debe reputarse culpable a quien lo estacionó (ver nota 15).

1116/1540

1540. CARÁCTER DE LAS PRESUNCIONES LEGALES.— Las presunciones legales de culpa no tienen carácter absoluto, sino *juris tantum*, de modo que pueden ser destruidas por prueba en contrario que demuestre la culpa concurrente o exclusiva del damnificado (ver nota 16). Basta considerar que en un mismo caso suelen jugar presunciones opuestas (por ejemplo, un vehículo tiene prioridad de paso pero marcha a velocidad excesiva), para llegar a la inevitable conclusión que ellas tienen carácter relativo y que el juez debe apreciar prudentemente las circunstancias del caso para decidir el problema de la culpabilidad.

1116/1541

1541. PRESUNCIONES JURISPRUDENCIALES.— La jurisprudencia ha admitido las siguientes presunciones de culpa:

1116/1542

1542. a) Contramano.— Es aplicable al caso la jurisprudencia citada en el n° 1515. Puede ocurrir que un vehículo se vea obligado a ocupar la mano opuesta por encontrar un obstáculo a su paso (obras en la vía pública, otro vehículo, etc.); en tal supuesto, el conductor debe cerciorarse de que no se aproxima otro automóvil en dirección contraria y por su mano, que tiene prioridad de paso.

Aunque la contramano implica una gravísima presunción de culpa, no queda totalmente excluida la posibilidad de demostrar la culpa concurrente del otro conductor; pero en este caso, el cargo de la prueba de dicha culpa pesa sobre el conductor que ocupó la mano opuesta y debe recaer sobre una falta grave, concluyentemente probada (ver nota 17).

El conductor que ocupó la mano opuesta no se libera de responsabilidad aduciendo que no estaba marcado el centro de la calle o ruta (ver nota 18).

1116/1543

1543. b) Marcha atrás.— Es aplicable lo dicho en el n° 1516.

1116/1544

1544. c) Falta de registro habilitante.— Remitimos a la jurisprudencia indicada en el n° 1517.

1116/1545

1545. d) Mal estado del vehículo.— Es de aplicación la jurisprudencia indicada en el n° 1519.

1116/1546

1546. e) Maniobras sorpresivas.— Es aplicable lo dicho en el n° 1520.

1116/1547

1547. f) Automóvil que embiste a otro con su parte delantera.— Se presume la culpa del conductor del automóvil que embiste a otro con la parte delantera de su vehículo, sea en la parte trasera o el costado del otro (ver nota 19).

No obsta a esta presunción el hecho de que el automóvil que marchaba delante haya frenado bruscamente, porque el conductor que marchaba detrás está obligado a guardar una distancia prudencial (mayor cuanto mayor sea la velocidad) para prevenir una siempre posible detención brusca (ver nota 20).

1116/1548

1548. g) Vehículos que transitan por una avenida en direcciones contrarias.— Cuando dos vehículos transitan por una avenida en direcciones contrarias y uno de ellos pretende tomar una calle transversal cortando la otra mano, debe dejar el paso a los vehículos que transitan por ésta; no hacerlo, importa una grave imprudencia (ver nota 21).

1548-1. h) Automóvil que embiste a otro estacionado.— Se presume la culpa del conductor

que embiste a otro que estaba estacionado; y si se aduce estacionamiento antirreglamentario, corre la prueba a cargo de quien aduce esta defensa (ver nota 22).

No cambia la solución por el hecho de que el automóvil estacionado en lugar permitido lo esté de contramano (ver nota 23), solución lógica, pues desde el punto de vista de la culpa en la colisión, es indiferente que el vehículo esté estacionado en una dirección u otra.

1548-2. i) Ambulancias.— El conductor de una ambulancia, no obstante la dispuesto en el art. 42 Ver Texto , inc. c, no está autorizado para apartarse de las reglas de circulación relativas al paso de bocacalles, luces, límites de velocidad, etcétera; y no es excusable la temeridad en el manejo del vehículo (ver nota 24).

1548-3. Una curiosidad jurídica.— El art. 76 Ver Texto de la ley 24449, dispone que las personas jurídicas no responden por las faltas de sus dependientes que no han respetado las reglas de circulación. Es decir, no responden frente a los terceros dañados.

Esta disposición supone nada menos que dejar sin efecto los arts. 43 Ver Texto y 1113 Ver Texto del Código Civil. Por el primero se dispone que las personas jurídicas son responsables de los daños que ocasionen sus dependientes. Por el segundo, que los dueños o guardianes de cosas riesgosas o peligrosas (en nuestro caso, los automotores) responden por los daños que ellas ocasionen, salvo la culpa de la víctima o de un tercero por el cual no deben responder.

Se trata de dos disposiciones fundamentales de nuestro derecho de responsabilidad civil, que no pueden de modo alguno ser derogadas por una disposición incidental de una ley reglamentaria de la circulación del tránsito.

Se justifica que este art. 76 Ver Texto haya caído en el más completo olvido y que los jueces jamás lo hayan aplicado.

(nota 1) C. Civil Cap., Sala A, 31/8/1979, L. L., 1980-A, p. 208; Sala B, 13/12/1974, J. A., t. 26, 1975, p. 349; Sala C, 8/8/1974, L. L., t. 156, p. 318; íd., 15/2/1977, L. L., 1977-C, p. 142; íd., 16/11/1978, L. L., 1979-B, p. 282; íd., 12/3/1975, J. A., t. 27, 1975, p. 77; Sala D, 24/4/1972, E. D., t. 43, p. 508; Sala F, 5/4/1973, E. D., t. 49, p. 630; C. Apel. 1ª La Plata, 19/3/1974, E. D., t. 57, p. 198, sum. 60. De acuerdo: MOSSET ITURRASPE, Responsabilidad por daños, t. II-B, n° 208; BUSTAMANTE ALSINA, Teoría general de la responsabilidad civil, n° 1071 ter (Ver Texto); ORGAZ, La culpa, n° 96.

(nota 2) Sup. Corte Buenos Aires, 8/4/1986, L. L., 1986-D, p. 483.

(nota 3) C. S. N. 23/12/1987, E. D., t. 128, p. 281; id., 26/3/1991, L. L. fallo, n° 89.736; C. Civil Cap., en pleno, 10/11/1994, E. D., fallo n° 46.273; C. Civil Cap., Sala A, 27/2/1991, L. L., fallo n° 89.775; Sala C, 10/8/1989, L. L., 1990-B, p. 275; Sala D, 16/5/1992, E. D., fallo n° 44.938; Sala F, 2/9/1991, L. L., 1991-E, p. 337 (con nota aprobatoria de BUSTAMANTE ALSINA, quien modifica su anterior criterio); Sala G, 4/9/1991, L. L., 1992-C, p. 129 (con nota de PEREIRO); S. C. Santa Fe, 5/6/1990, J. A., 1990-IV, p. 365 (con nota aprobatoria de PIZARRO). La doctrina hoy largamente predominante está de acuerdo con esta solución; véase una minuciosa reseña de ella en el voto del Dr. GRECO en el fallo antes citado de la C. Civil Cap., Sala G.

(nota 4) C. Civil Cap., Sala C, 17/11/1992, L. L., fallo n° 91.537.

(nota 5) C. Civil Cap., Sala A, 10/3/1965, L. L., t. 119, p. 611, J. A., 1965-IV, p. 565, y E. D., t. 14, p. 896, n° 7638; C. Paz Cap., Sala IV, 2/10/1961, L. L., t. 105, p. 767.

(nota 6) C. Civil Cap., Sala A, 10/3/1965, causa 103.196 (inérita); Sala F, 14/4/1981, L. L., 1982-A, p. 450.

(nota 7) C. Paz Cap., 21/4/1964, L. L., t. 116, p. 799, 10.964-S.

(nota 8) C. Civil Cap., Sala D, 23/8/1960, L. L., t. 100, p. 742, 5526-S.

(nota 9) C. S. N., 22/12/1987, L. L. fallo n° 86.788; C. Civil Cap., Sala A, 29/5/1989, L. L., 1990-E, p. 306.

(nota 10) C. Civil Cap., Sala A, 29/4/1963, L. L., t. 110, p. 663; id., 3/10/1963, causa 90.635; Sala B, 10/7/1974, E. D., t. 57, p. 191, sum. 7; Sala C, 20/2/1962, L. L., t. 106, p. 510; id., 20/10/1960, L. L., t. 101, p. 216; id., 27/12/1965, E. D., t. 14, p. 868, n° 7623; Sala D, 11/9/1962, causa 97.595 (inérita); id., 2/7/1965, J. A., 1965-V, p. 250; Sala F, 3/10/1963, L. L., t. 115, p. 319; Sala F, 2/9/1977, L. L., 1978-C, p. 332; id., 9/4/1979, L. L., 1979-E, p. 562; C. Paz Cap., Sala IV, 23/5/1957, causa 31.331 (inérita).

(nota 11) C. Civil Cap. Sala C, 2/5/1962, causa 68.301, Doct. Jud. del 28/5/1962; C. Paz Cap., 28/5/1958, L. L., t. 92, p. 392.



(nota 12) C. Civil Cap., Sala C, 30/5/1954, J. A., t. 23-1974, p. 144; Sala E, 22/11/1974, J. A., t. 26-1975, p. 143; Sala F, 8/6/1976, J. A., 1977-II, p. 99; C. Paz Let. Cap., Sala IV, 16/3/1956, L. L., t. 82, p. 211.

(nota 13) C. Civil Cap., Sala C, 28/3/1990, L. L., fallo n° 89.016; Sala F, 13/3/1979, J. A., 1977-I, p. 169; C. Apel. Concordia, 22/2/1995, in re “Anduzzi c/ Fuerte, H. y otros” Ver Texto .

(nota 14) Véase jurisprudencia citada en nota 2357.

(nota 15) C. Paz Cap., Sala IV, 30/8/1961, causa 39.241, Doct. Jud. del 7/10/1961.

(nota 16) C. Civil Cap., Sala A, 21/12/1964, J. A., 1965-II, p. 507; íd., 26/4/1963, causa 83.949 (inérita); Sala C, 20/2/1962, L. L., t. 106, p. 510; íd., 20/10/1960, L. L., t. 101, p. 216; íd., 24/8/1965, L. L., t. 120, p. 555; Sala D, 2/7/1965, causa 106.031, Doct. Jud., n° 2632, sum. 3535; íd., 31/12/1964, J. A., 1965-II, p. 276; Sala F, 12/7/1962, causa 77.727 (inérita); íd., 20/8/1963, E. D., t. 11, p. 134; íd., 22/4/1965, L. L., t. 119, p. 203.

Esta es la misma solución adoptada por la jurisprudencia francesa: véase Revue Trimestrielle de Droit Civil, extrato por el doctor ORÚS en J. A., 22/6/1965.

(nota 17) C. Civil Cap., Sala A, 22/7/1965, J. A., 1965-V, p. 234.

(nota 18) C. Paz Cap., Sala IV, 21/4/1964, L. L., t. 116, 10.964-S.

(nota 19) C. Civil Cap., Sala A, 8/8/1958, causa 46.179 (inérita); íd., 10/9/1959, causa 56.093 (inérita); íd., 23/7/1959, causa 54.413 (inérita); íd., 2/9/1965, E. D., t. 14, p. 883, n° 7632; íd., 30/7/1976, J. A., 1977-IV, p. 154; Sala B, 29/11/1974, J. A., t. 27-1975, p. 171; Sala B, 29/5/1974, E. D., t. 57, p. 190. sum. 3; Sala C, 18/3/1966, E. D., t. 14, p. 867, n° 7622; íd., 27/12/1965, E. D., t. 14, p. 868, n° 7623; Sala D, 1/12/1963, J. A., 1964-IV, p. 219; L. L., t. 113, p. 489, y E. D., t. 7, p. 386 (así lo decidió el tribunal a pesar de que el vehículo agresor tenía prioridad de paso); íd., 25/3/1974, E. D., t. 57, p. 200, sum. 78; Sala F, 6/6/1963, E. D., t. 6, p. 460; íd., 22/4/1965, L. L., t. 119, p. 203; íd., 16/10/1963, E. D., t. 6, p. 462; íd., 26/6/1973, E. D., t. 57, 200, sum. 83; íd., 13/3/1979, J. A., 1979-III, p. 313, Sala E, 15/6/1965, L. L., t. 120, p. 325; C. Fed. Cap., 2/2/1965, J. A., 1965-II, p. 32; C. Paz Cap., Sala II, 22/8/1952, L. L., t. 68, p. 663; C. Apel. La Plata, Sala III, 21/5/1965, E. D., t. 14, p. 890, n° 7636.

(nota 20) C. Civil Cap., Sala A, 28/8/1964, L. L., t. 117, p. 691; Sala D, 23/8/1960, L. L., t. 100, p. 747, 5526-S.

(nota 21) C. Civil Cap., Sala A, 30/8/1960, causa 66.046 (inédita); íd., 18/12/1961, J. A., 1963-I, p. 635; íd., 8/5/1963, E. D., t. 4, p. 861.

(nota 22) C. Civil Cap., Sala A, 22/3/1966, L. L., t. 122, p. 774.

(nota 23) C. Civil Cap., Sala F, 28/12/1971, E. D., t. 42, p. 259.

(nota 24) C. Civil Cap., Sala A, 22/8/1972, E. D., t. 46, p. 661; Sala B, 28/9/1973, L. L., t. 153, p. 150; Sala C, 12/9/1989, L. L., 1990-A, p. 577; Sala C, 15/2/1977, J. A., 1978-I, p. 392; C. Esp. C. y C. Cap., Sala IV, 8/5/1978, J. A., 1979-III, p. 310; C. Fed. Rosario, 25/4/1977, J. A., 1978-I, p. 136.

1116/1549

#### 4.— Accidentes en pasos a nivel ferroviarios (ver nota 1)

1549. REGLAS JURISPRUDENCIALES.— Si el que cruza la vía ferroviaria es un peatón, debe presumirse su culpa en el accidente, pues por tratarse de una zona peligrosa, transitada por trenes de difícil manejo y que no pueden detenerse en cortos trechos, deben extremarse las precauciones, sin que sea explicable omitir la muy elemental de mirar hacia ambos lados de la vía. Pero la jurisprudencia, que mira con simpatía a la víctima, suele encontrar motivos para responsabilizar a la empresa en cualquier falta, como, por ejemplo, no haber hecho sonar el silbato para advertir al peatón del peligro (ver nota 2). Con mayor razón habrá de responsabilizársela si las barreras estaban levantadas, porque aunque ellas no están destinadas a permitir o impedir el paso de peatones, que siempre tienen una pasarela independiente, de todos modos la circunstancia de que estén levantadas, permite cruzar con confianza las vías y hace razonable que se descuiden las precauciones habituales.

1116/1550

1550.— Veamos ahora el supuesto de que se trate del accidente sufrido por un automotor. La responsabilidad de la empresa ferroviaria será inexcusable si habiendo barreras, ellas estaban levantadas (ver nota 3); no es motivo de exculpación la circunstancia de que en el cruce donde ocurrió el accidente, el servicio de guardabarreras se limitase a ciertas horas (ver nota 4), porque los conductores de los vehículos que cruzan las vías donde hay barreras no tienen por qué estar informados de que éstas funcionan sólo a ciertas horas.

Los ferrocarriles no tienen obligación de instalar barreras en todos los pasos a nivel porque obligarlo a ello encarecería la explotación ferroviaria en perjuicio directo del público; pero la empresa debe reputarse culpable del accidente si las circunstancias hacían aconsejable su instalación, como ocurre cuando el tránsito es muy intenso o la visibilidad de las vías es defectuosa (ver nota 5) por existir construcciones, arboledas, etcétera, que impidan la vista de los trenes que se aproximan. En un caso se declaró que ocurrido el accidente en un paso a nivel sin barreras, corre a cargo de la empresa ferroviaria, la prueba de que no eran necesarias (ver nota 6). Es la solución que estimamos correcta, pues se adecua mejor al principio del riesgo creado.

Tratándose de autovías, no sometidas a horarios preestablecidos, sus conductores deben extremar las precauciones al cruzar los pasos a nivel (ver nota 7).

(nota 1) Véase MOSSET ITURRASPE, Accidentes ferroviarios, J. A., Doctrina 1973, p. 268.

(nota 2) C. Civil Cap., Sala A, 20/7/1965, causa 105.054.

(nota 3) C. Civil Cap., Sala C, 3/7/1973, L. L. t. 112, p. 408; C. Apel. La Plata, 6/5/1938, L. L., t. 10, p. 1013. Comp.: MOSSET ITURRASPE, Responsabilidad por daños, t. II-B, n° 216.

(nota 4) C. Fed. Rosario, 4/3/1954, L. L., t. 75, p. 633.

(nota 5) C. S. N., 6/10/1939, J. A., t. 68, p. 92; íd. 16/6/1988, E. D., t. 130, p. 529 y L. L., t. 1988-E, p. 430; C. Civil Cap., Sala A, 14/3/1995, E. D., fallo n° 46.977; C. Fed. Cap., 16/6/1939, J. A., t. 66, p. 754; íd., 4/6/1953, J. A., 1953-IV, p. 238; C. Fed. Tucumán, 13/12/1947, J. A., 1947-IV, p. 693. En algunos casos se ha declarado la culpa concurrente de la empresa ferroviaria y del conductor del vehículo: C. Civil Cap., Sala A, 20/8/1959, causa 55.972 (inédita); C. Fed. Rosario, 27/4/1990, F. C. A. c/ Acosta (inédita).

(nota 6) C. Civil Cap., Sala A, 31/12/1962, causa 82.775, Doct. Jud., n° 1884.

(nota 7) C. Fed. La Plata, 28/5/1952, L. L., t. 67, p. 473.

## 5.— Problemas peculiares de la indemnización de daños

1551. APLICACIÓN DE LOS PRINCIPIOS GENERALES.— La indemnización de los daños sufridos en un accidente de tránsito, está sujeta a las reglas generales que hemos estudiado en otro lugar; es de principal aplicación lo dicho sobre el principio de la reparación integral propio de los hechos ilícitos (véase nº 1629), sobre la reparación del daño moral (núms. 173 y s.), sobre los intereses (nº 168), etcétera. Aquí deseamos tratar algunos problemas que se presentan con especial frecuencia en los accidentes de tránsito.

1116/1552

1552. a) ¿Es necesaria la prueba de la propiedad del automóvil dañado?— Con gran frecuencia el demandado por los daños y perjuicios sufridos por un vehículo como consecuencia de una colisión, opone la exceptio sine actione, fundado en que el actor no ha probado la propiedad del vehículo dañado. Tal defensa es improcedente, porque la acción de daños y perjuicios no tiene carácter real ni se basa en el derecho de propiedad sobre el automóvil. La tiene también el simple usuario (arts. 1095 Ver Texto y 1110 Ver Texto ). Basta acreditar que se han pagado las reparaciones (ver nota 1), porque ésta es la prueba de que se ha sufrido un perjuicio. En un caso se resolvió inclusive que aunque el actor no haya probado la propiedad del automóvil ni tampoco que hiciera efectivo el pago de las reparaciones puede demandar su importe del culpable del accidente, si acredita que encargó la compostura a un taller, pues es obvio que de esta manera ha asumido la obligación de pagarla (ver nota 2).

1116/1553

1553. b) Gastos de farmacia.— Se ha declarado que corresponde admitir la indemnización de los gastos de farmacia, aunque no se produzca la prueba de haberlos hecho (ver nota 3). Esta jurisprudencia se funda en que se trata de gastos de muy difícil prueba, que las circunstancias del caso demuestran que han debido ocurrir. Los tribunales admiten en estas condiciones, sumas moderadamente razonables; si se pretenden sumas importantes, hay que probar el monto.

1116/1554

1554. c) Gastos de médico y de sanatorio.— El demandado por un accidente que originó gastos de sanatorio, no puede aducir para liberarse de su obligación de reparar, que la víctima pudo asistir en un hospital gratuito; tampoco puede objetar los gastos incurridos en un sanatorio de lujo, porque la víctima de un accidente tiene el derecho de elegir la

clínica en la que ha de asistirse, así como también el médico que lo ha de atender; tanto más si se considera que los sanatorios llamados de lujo lo son tan sólo por la bondad de sus servicios y por la autoridad y prestigio científicos de sus médicos (ver nota 4). De igual modo, el hecho de que el damnificado esté protegido por una obra social, no obsta a que sea respetada su preferencia de hacerse atender por otros médicos de su confianza (ver nota 5).

Los gastos hechos en el sanatorio por el acompañante de la víctima en tanto sean razonables y adecuados a la gravedad de las heridas y a la costumbre, deben ser indemnizados (ver nota 6).

1116/1555

1555. d) Privación del uso del automóvil.— La jurisprudencia admite hoy que la sola privación del uso del automóvil constituye por sí un daño, que a falta de prueba, deberá fijar el juez prudencialmente (ver nota 7). Y con tanta mayor razón debe admitirse esta solución si el damnificado es una persona que trabaja (ver nota 8).

1116/1556

1556. e) Lucro cesante de las empresas de servicios públicos.— Cuando como consecuencia de un accidente, un automóvil particular ha debido ser sometido a reparaciones, es de toda evidencia que su dueño tiene derecho a que se le repare el lucro cesante que resulta de no haber podido usar el vehículo durante el tiempo que estuvo en el taller. ¿Tienen también este derecho las empresas de servicios públicos? Si éstas prueban que ha habido un daño efectivo y concreto, la respuesta afirmativa es indudable. Pero generalmente los representantes de las empresas hacen un cálculo del daño sobre la base del número de pasajeros que normalmente traslada el vehículo y el tiempo que duró la reparación; así, su pretensión debe rechazarse. El solo hecho de que el vehículo de transporte colectivo haya estado en reparaciones, no indica que la empresa haya perdido los pasajes que dicho vehículo pudo transportar durante ese tiempo, porque la empresa tiene la obligación de tener coches de repuesto para reemplazar a los dañados y asegurar así la regularidad del servicio y porque es lógico suponer que en todo caso los pasajeros fueron absorbidos por los otros coches (ver nota 9).

1116/1557

1557. f) Honorarios del abogado que patrocinó a la víctima en la querrela criminal.— La víctima tiene derecho a incluir, dentro de la reparación de los daños sufridos, los honorarios del abogado que lo patrocinó en la querrela criminal originada en el accidente (ver nota 10).

1116/1558

1558. g) ¿Puede la condena exceder el monto reclamado en la demanda?— Remitimos al n° 166, en donde hemos desarrollado el tema.

1116/1559

1559. h) Culpa concurrente.— Remitimos a los núms. 161 y s. y 1481 y s.

1116/1560

1560. i) Vendedor que no ha inscripto en el Registro la enajenación de su automóvil.— Remitimos al n° 1473 bis.

1116/11250

1560 bis. j) Desde cuándo corren los intereses de la indemnización.— Para resolver esta cuestión, juzgamos necesario distinguir según se trate de daños al vehículo o a las personas.

En el primer caso, se sostienen dos opiniones distintas: 1) conforme con la primera, los intereses se deben desde el mismo momento en que el automóvil sufrió el daño cuya reparación reclama (ver nota 11); 2) de conformidad con la segunda, los intereses corren a partir del pago de la reparación del automóvil (ver nota 12).

Nos inclinamos por la segunda solución. No es lo mismo pagar la reparación que no pagarla. En el primer supuesto, hay el uso de un capital y, por consiguiente, la privación de sus intereses. En el segundo, el damnificado no ha perdido interés alguno. Poner en igual situación a los dos, es injusto. No nos parece convincente el argumento de que si el damnificado no hubiera hecho la reparación en ningún momento, no se justificaría que la sentencia condenase a pagar intereses a partir de la notificación de la demanda, dado que no se ha hecho uso de ningún capital. Si la sentencia lo ha decidido así, es porque ha reconocido la existencia de una deuda y, por lo tanto, es justo reconocer intereses desde el momento en que se reclamó su pago.

Distinto nos parece el caso de que se reclame indemnización por las lesiones físicas sufridas por las víctimas. En este caso, el respeto debido al ser humano exige una

reparación lo más amplia posible y, tanto más, si de las lesiones ha surgido una incapacidad temporaria o permanente. Por consiguiente los intereses de la indemnización deben correr desde la fecha del accidente.

(nota 1) C. Civil Cap., Sala A, 21/3/1963, L. L., t. 112, p. 752; íd., 26/4/1965, causa 103.719 (inérita); Sala B, 8/2/1974, J. A., t. 22, 1974, p. 190; Sala C, 22/10/1960, L. L., t. 101, p. 216; Sala D, 11/12/1970, E. D., t. 40, p. 428; Sala E, 31/10/1962, L. L., t. 110, p. 937, 8931-S; Sala F, 27/5/1965, L. L., t. 119, p. 349; íd., 2/9/1977, L. L., 1978-C, p. 332; C. Paz Cap., Sala I, 19/3/1962, E. D., t. 3, p. 1009.

(nota 2) C. Civil Cap., Sala A, 26/4/1965, causa 103.719 (inérita).

(nota 3) C. Civil Cap., Sala A, 13/10/1976, L. L., 1977-A, p. 146; íd., 4/11/1958, causa 49.585 (inérita); Sala C, 17/12/1958, causa 51.700 (inérita); íd., 18/5/1971, E. D., t. 43, p. 470; Sala D, 20/8/1958, causa 48.743 (inérita); Sala F, 9/4/1979, L. L., 1979-B, p. 562.

(nota 4) C. Civil Cap., Sala A, 10/3/1965, causa 103.197 (inérita); Sala E, 19/3/1965, L. L., t. 118; p. 724; Sala C, 6/5/1965, E. D., t. 7, p. 6; C. C. C. Esp., Cap., Sala IV, 10/6/1982, L. L., fallo n° 81.330.

(nota 5) C. Civil Cap., Sala C, 31/7/1990, E. D., fallo n° 42.837.

(nota 6) C. Civil Cap., Sala C, 11/5/1965, L. L., t. 119, p. 620.

(nota 7) C. Civil Cap., Sala A, 4/2/1976, J. A., 1977-I, p. 129; íd., 14/10/1974, J. A., t. 26-1975, p. 83; Sala B, 5/3/1974, E. D., t. 57, p. 197, sum. 42; íd., 8/2/1974, L. L., t. 154, p. 248; Sala D, 26/4/1974, E. D., t. 57, p. 196, sum. 35; íd., 11/2/1974, E. D., t. 57, p. 193, sum. 18; Sala F, 2/9/1977, L. L., 1978-C, p. 332; íd., 9/4/1974, J. A., t. 22-1974, p. 425; Sala G, 18/5/1982, E. D., fallo n° 36.135; C. Com. Cap., Sala D, 11/9/1975, L. L., 1976-A, p. 228; C. Apel. San Isidro en pleno, 19/6/1986, E. D., t. 121, p. 240; S. C. Mendoza, 13/8/1986, L. L., fallo n° 85.516. En contra: C. C. C. Especial Cap., 23/9/1985, L. L., 1986-C, p. 179; C. Com. Cap., Sala A, 3/6/1989, E. D., t. 134, p. 699.

(nota 8) C. Civil Cap., Sala A, 22/3/1966, L. L., t. 122, p. 774, y E. D., t. 14, p. 880, n° 7630; Sala B, 8/7/1974, J. A., t. 22, 1974, p. 190; Sala C, 31/3/1966, L. L., t. 122, p. 765; íd., 17/5/1966, L. L., t. 123, p. 275; Sala E, 20/3/1963, causa 85.393 (inérita); íd., 5/10/1970, E. D., t. 40, p. 427; Sala F, 12/7/1966, J. A., 1966-V, p. 627.

(nota 9) C. Civil Cap., Sala A, 18/6/1960, causa “Lucheti c/Municipalidad de la Capital”; íd., 7/3/1960, causa 61.483 (inédita); íd., 3/4/1962, causa 77.818 (inédita); Sala D, 10/8/1972, E. D., t. 44, p. 576; Sala F, 11/12/1969, L. L., t. 139, p. 618. En contra, y por la procedencia de la reparación: C. Civil Cap., Sala C, 13/3/1964, J. A., 1964-III, p. 547; Sala B, 29/6/1972, E. D., t. 44, p. 326 C. Esp. C. y C. Cap., Sala II, 28/9/1977, L. L., 1978-B, p. 180.

(nota 10) C. Civil Cap., Sala A, 2/10/1958, causa 47.252 (inédita).

(nota 11) C. C. C., Esp. Cap., Sala III, 21/9/1988, L. L., 1990-B, p. 563, con nota aprobatoria de SOTO; Sup. Corte Buenos Aires, 3/7/1979, Rep. L. L., XXXIX A-1, p. 1193; C. Fed. Cap., Sala I, 12/4/1985, L. L., 1986-C, p. 290; T. S. Córdoba, 29/5/1987, La Ley Córdoba, t. 1987, p. 925; C. 3ª C. C. Córdoba, 13/3/1981, L. L., 1982-B, p. 247; C. Apel. C. C., Sala I, Santa Fe, 29/8/1980, Rep. L. L., t. XLI, A-I, p. 1740.

(nota 12) C. Civil Cap., Sala C, 18/9/1974, L. L., 1975-A, p. 876; Sala E, 19/8/1974, L. L., 1975-A, p. 465; íd., 21/8/1985, L. L., 1986-C, p. 145; C. 2ª, C. C. La Plata, Sala 2, 3/4/1973, L. L., t. 154, p. 616; C. 2ª C. C. Córdoba, 27/5/1975, L. L., 1976-A, p. 508; C. Apel. C. C. Santa Fe, 12/8/1974, Rep. L. L., t. XXXV, A-1, p. 770.

1116/10780

F.— ACCIDENTES OCURRIDOS CON OCASIÓN DEL TRANSPORTE (ver nota 1)

1116/1561

1561. EL ART. 184, CÓDIGO DE COMERCIO Y SU APLICACIÓN EXTENSIVA A TODO MEDIO DE TRANSPORTE.— El art. 184 Ver Texto del Código de Comercio establece que en caso de muerte o lesión de un viajero, acaecida durante el transporte en ferrocarril, la empresa estará obligada al pleno resarcimiento de los daños y perjuicios, no obstante cualquier pacto en contrario, a menos que pruebe que el accidente provino de fuerza mayor o sucedió por culpa de la víctima o de un tercero por quien la empresa no sea civilmente responsable.

Esta importante norma contiene una inversión del cargo de la prueba. Se funda en la obligación contractual del transportador de llevar sano y salvo al pasajero a su lugar de destino; por consiguiente, si el pasajero sufre algún daño, la empresa debe repararlo a menos que pruebe que el daño ocurrió por fuerza mayor, culpa de un tercero o de la propia víctima.



Otra importante disposición contenida en esta norma, es la que prohíbe todo pacto en contrario. Es justo que así sea, porque el de transporte es generalmente un contrato de adhesión, que los pasajeros deben aceptar tal como se les ofrece. De ser válidas las cláusulas que dispensaran de responsabilidad al transportador, todos los contratos de transporte las incluirían, dejando inerte al pasajero.

1116/1562

1562.— Adviértase que la norma se refiere a la muerte o lesión acaecida durante el transporte en ferrocarril. Algunos viejos fallos, interpretando esta norma con criterio estricto, decidieron que su ámbito de aplicación se limitaba a los transportes ferroviarios, con exclusión de todo otro medio de transporte colectivo (ver nota 2). Era sin duda un criterio excesivamente estrecho, fundado en una aplicación literal de la ley y que no resiste la crítica. Si el fundamento de esta responsabilidad que se impone al transportador, es su obligación contractual de llevar sano y salvo al pasajero a su lugar de destino, resulta obvio que igual obligación tiene cualquier transportador; es razonable así, aplicar analógicamente el art. 184 Ver Texto , Código de Comercio, a cualquier medio de transporte colectivo, sean ómnibus, colectivos, subterráneos, etcétera. Esta doctrina es hoy jus receptum en nuestro país: la han adoptado sin vacilaciones todos los tribunales de la Capital y del interior (ver nota 3). Y en materia aeronáutica, ha sido expresamente consagrada por el art. 139 , Código Aeronáutico, que prescribe que el transportador es responsable de los daños y perjuicios causados por muerte o lesión corporal sufrida por un pasajero cuando el accidente que ocasionó el daño se haya producido a bordo de las aeronaves o durante las operaciones de embarco y desembarco; a menos que pruebe que él y sus dependientes han tomado todas las medidas necesarias para evitar el daño o que les fue imposible tomarlas (art. 142 ).

1116/1563

1563.— Si no existen ya vacilaciones acerca de que el art. 184 Ver Texto se aplica a todo medio colectivo de transporte, en cambio cabe preguntarse si también rige respecto del transporte de pasajeros hecho en taxímetros y automóviles de alquiler en general. La jurisprudencia está dividida. Algunos fallos se han pronunciado por la negativa, aduciendo que el taximetrista no es una empresa y que el servicio que presta puede calificarse como servicio público impropio (ver nota 4). Tales argumentos no parecen convincentes. La distinción entre servicios públicos propios e impropios tiene relevancia en el derecho administrativo, pero carece por completo el significado en el derecho privado para juzgar la responsabilidad del porteador. Por lo demás, el fundamento de esta responsabilidad es siempre el mismo: la obligación de resultado asumida por el porteador de llevar sano y salvo al pasajero a su destino, obligación que, desde luego, pesa también sobre el taximetrista. En este sentido se ha inclinado la más reciente jurisprudencia de los tribunales de la Capital (ver nota 5).

1116/1564

1564.— La responsabilidad emergente del art. 184 Ver Texto , Código de Comercio, recae sólo sobre el transportador y no sobre el dependiente que guiaba el vehículo (ver nota 6); sin perjuicio, claro está, de que éste deba responder por su culpa, al tenor de art. 1109 Ver Texto , Código Civil.

1116/1565

1565.— Finalmente, debe hacerse notar que el pasajero que ha sido víctima, de un accidente, tiene a su disposición dos acciones: una derivada del art. 184 Ver Texto , Código Comercio; y otra nacida del hecho ilícito (arts. 1109 Ver Texto y 1113 Ver Texto , Cód. Civil). La primera prescribe a los diez años (arts. 4023 Ver Texto ); la segunda a los dos años (art. 4037 Ver Texto ). Cabe destacar que antes de la sanción de la ley 17711 , la acción contractual tenía una gran ventaja sobre la extracontractual, porque la víctima no debía probar la culpa del dañador, en tanto que sí debía hacerlo quien intentaba esta última. Hoy la acción extracontractual goza de igual privilegio (art. 1113 Ver Texto ).

1116/1566

1566. PERSONAS QUE PUEDEN INVOCAR EL ART. 184, CÓDIGO DE COMERCIO.  
— ¿A qué persona alcanza el beneficio del art. 184 Ver Texto ? Esta norma habla de viajeros; no cabe duda, pues, de que están comprendidos en ella todos los pasajeros que han abonado su pasaje; también lo están aquellos que sin haberlo adquirido, se proponen hacerlo así. Tal es el caso de los pasajeros de un ómnibus a quienes el guarda todavía no ha cobrado el boleto o de los de un tren, cuyas reglamentaciones permiten el cobro durante al viaje, aunque sea pagando una multa (ver nota 7). Pero no está protegido el que viaja clandestinamente (ver nota 8). Ordinariamente, la presencia del pasajero en el vehículo hará presumir que viaja regularmente, salvo que las circunstancias del caso indiquen lo contrario, como ocurriría si un vagabundo viaja en vagones no destinados a pasajeros.

También están comprendidos en el art. 184 Ver Texto aquellas personas que, aunque viajan gratuitamente, lo hacen de acuerdo a un derecho que la empresa les reconoce; tal es el caso de los niños menores de cierta edad, el de los empleados o funcionarios públicos que tienen pase libre, o de los dependientes de las empresas que se benefician con pasajes gratuitos o de los empleados de policía o de correos que viajan en desempeño de sus tareas (ver nota 9). Ninguno de estos configura supuestos de transporte benévolo, en cuyo caso no juega el art. 184 Ver Texto (véase n° 1573). Dudoso es el supuesto del vendedor de diarios que ha sido autorizado a hacerlo durante el viaje. Un fallo le niega derecho a acogerse a los

beneficios del art. 184 Ver Texto (ver nota 10).

En cambio, es claro que los empleados de la empresa que viajan en cumplimiento de sus funciones, no son pasajeros y no pueden invocar por tanto el art. 184 Ver Texto (ver nota 11).

1116/1567

1567. OCASIÓN DEL ACCIDENTE.— La empresa es responsable por los daños sufridos durante el transporte y también con ocasión del ascenso y descenso de pasajeros (ver nota 12), porque los transportistas están obligados a asegurar que tanto el acceso a los vehículos como el egreso de ellos se haga en condiciones suficientes de seguridad. Más aún, se ha resuelto que la responsabilidad de la empresa comienza cuando el pasajero entra en la zona del recinto de partida y cesa cuando sale de la estación de llegada (ver nota 13)

Se ha declarado que no exculpa a la empresa la circunstancia de que la víctima, empujada por otros pasajeros que pretendían subir al coche subterráneo, haya introducido el pie entre el andén y el coche, lo que provocó el accidente al ponerse éste en movimiento, ya que el guarda no debió dar salida al tren hasta ver despejado el espacio entre éste y los pasajeros aglomerados en la estación (ver nota 14); de igual modo, se ha declarado que la empresa es responsable si la víctima fue empujada por otros pasajeros que pugnaban por ascender al tren, si el hecho fue motivado por un servicio deficiente en cuanto a organización y vigilancia (ver nota 15); también la responsabilizó por la muerte de un pasajero que fue agredido por una patota que lo arrojó al andén después de golpearlo salvajemente, porque la empresa tiene el deber de prevenir y reprimir delitos de que pueden ser víctimas los pasajeros (ver nota 16).

Pero no hay responsabilidad de la empresa si el pasajero incurrió en culpa grave al pretender subir a un colectivo en movimiento (ver nota 17).

1116/1568

1568. EXTENSIÓN DE LA REPARACIÓN.— Según el art. 184 Ver Texto , el transportador está obligado al pleno resarcimiento del daño. La disposición tiene importancia porque en materia contractual rige el principio de que sólo son indemnizables los daños directos e inmediatos (véase núms. 143 y s.); pero aquí la ley habla de pleno resarcimiento, lo que significa que debe aplicarse el principio de la reparación integral, propio de los hechos ilícitos (ver nota 18). Se justifica que así sea, porque en este contrato está de por medio la integridad física de los viajeros; la severidad de la ley tiende a resguardarla. Después de la reforma del art. 522 Ver Texto , inclusive corresponde la

indemnización del daño moral, problema que antes de la ley 17711 había dado lugar a divergencias jurisprudenciales (ver nota 19).

1116/1569

1569. CAUSAS DE EXONERACIÓN.— Según el sistema del art. 184 Ver Texto , Código de Comercio, se presume la culpa del transportador; de tal modo que sólo puede exonerarse de la responsabilidad demostrando la culpa de la víctima, de un tercero por quien la empresa no sea civilmente responsable o la fuerza mayor.

Se ha considerado que existe culpa de la víctima que excluye la responsabilidad del transportador, cuando ella ha pretendido subir al vehículo en movimiento (ver nota 20), o bajar en iguales circunstancias fuera del lugar destinado a ese fin (ver nota 21), o cuando viajaba sacando el codo (ver nota 22) o el brazo por la ventanilla (ver nota 23) o sentado en el estribo de un vagón de ferrocarril (ver nota 24).

En cambio, se ha decidido reiteradamente que no constituye culpa del pasajero, con virtualidad suficiente como para eliminar la responsabilidad del transportador, si la conducta imprudente de aquél es la consecuencia de las condiciones penosas en que se desenvuelve el transporte colectivo de pasajeros (ver nota 25); como ocurre si ha debido viajar en el estribo de los ómnibus (ver nota 26) o trenes (ver nota 27), porque la aglomeración le impide entrar al interior del coche. Es una solución plenamente justificada, pues los usuarios se ven obligados a viajar en esas condiciones o no hacerlo; y si tienen necesidad, viajarán aunque sea colgados. No es suya la culpa. Con tanta mayor razón no habrá responsabilidad si el pasajero se vio obligado a viajar de pie (lo que facilitó el accidente) aunque ello estuviera prohibido por el Reglamento General de los ferrocarriles (ver nota 28).

También se ha decidido que no debe reputarse culpable al pasajero de un colectivo que próximo a llegar a la parada donde debe descender, baja al estribo; la habitualidad de esa conducta y el hecho de que sea tolerada por el transportador, le hace perder carácter culpable (ver nota 29).

Y todavía, con criterio más amplio, se ha decidido que la empresa está obligada a cuidar que los pasajeros no viajen en condiciones antirreglamentarias, por lo que no excusa su responsabilidad el hecho de que viajaran en el estribo (ver nota 30).

1116/1570

1570-1571. TERCEROS POR LOS CUALES RESPONDE LA EMPRESA.— Desde luego, la empresa responde por el hecho de sus dependientes; el problema se plantea cuando la culpa es de un tercero por el cual no debe responder. El principio es, desde luego, que la empresa no responde por los daños sufridos por el pasajero, conforme lo disponen expresamente el art. 184 Ver Texto , Código de Comercio y el art. 1113 Ver Texto , Código Civil. Sin embargo, la tendencia judicial a proteger a quienes han sido víctimas de un daño, ha dado lugar a una jurisprudencia cambiante y a veces contradictoria.

Así, se ha resuelto que la empresa es responsable por los daños ocasionados por piedras u otros objetos tirados por terceros desde la zona de vías (ver nota 31), o que es responsable si el pasajero fue agredido por un asaltante que ingresó en las dependencias de la empresa (ver nota 32), o si el pasajero se arrojó del tren en movimiento para perseguir unos ladrones que le arrebataron un bolso (ver nota 33). Creo que estos fallos no tienen sustento jurídico. En todos ellos se trata de hechos de terceros por quien la empresa no tiene obligación de responder, de conformidad con los textos expresos de los arts. 184 Ver Texto , Código de Comercio y 1113 Ver Texto , Código Civil. Y la injusticia de la solución dada en el último caso citado, se ve agravada por la circunstancia de que medió culpa grave de la víctima, como fue arrojarse del tren en movimiento.

Con mejor criterio jurídico y mayor equidad y justicia, se ha resuelto que si el pasajero fue atacado por dos personas para robarle el bolso, la empresa no es responsable porque se trata de hechos de terceros por los cuales no debe responder, sobre todo si se tiene en cuenta que la policía de seguridad en los ferrocarriles, conforme con lo que dispone el art. 1º de la ley 20952, debe ser ejercida por la Policía Federal (ver nota 34).

1116/1572

1572. PRESCRIPCIÓN.— Se ha dicho ya que la acción por daños y perjuicios del pasajero víctima de un accidente, no se funda en un hecho ilícito (por lo cual es inaplicable la prescripción bianual del art. 4037 Ver Texto , Cód. Civil), sino en un contrato. Es, además, un contrato de naturaleza comercial, para el cual la ley 22096, art. 1º , ha fijado el plazo de un año para la prescripción de las acciones derivadas del transporte de personas o cosas en el interior del país, y de dos años para el transporte en el exterior.

(nota 1) BIBLIOGRAFÍA ESPECIAL: SPOTA, La responsabilidad por daños a pasajeros, J. A., 1944-II, p. 701; ACUÑA ANZORENA, Transporte de ómnibus y naturaleza jurídica de la responsabilidad del porteador, en Estudios sobre la responsabilidad civil, p. 325, y J. A., t. 70, p. 113; SALAS, La responsabilidad en el transporte oneroso de personas, en Estudios sobre la responsabilidad civil, p. 33; ALCONADA ARAMBURÚ, Ámbito de aplicación del art. 184 del Código de Comercio; contrato de transporte oneroso y benévolo, L. L., t. 80, p. 891; BREBBIA, Accidentes de automotores, Buenos Aires,

1961.

(nota 2) C. Civil 1ª Cap., 28/2/1940, L. L., t. 70, p. 113; *id.*, 27/8/1941, J. A., t. 76, p. 674. En igual sentido: SALAS, La responsabilidad en el transporte oneroso de personas, en Estudios sobre la responsabilidad civil, p. 33.

(nota 3) C. Civil Cap., Sala A, 11/8/1958, J. A., 1959-II, p. 178; *id.*, 2/8/1960, causa 64.994 (inédita); Sala B, 11/12/1952, L. L., t. 69, p. 261; Sala C, 24/8/1955, L. L., t. 81, p. 97; Sala F, 29/10/1959, L. L., t. 98, p. 207; C. Com. Cap., Sala A, 31/12/1962, E. D., t. 4, p. 178; Sup. Corte Buenos Aires, 23/9/1947, L. L., t. 49, p. 374; *id.*, 25/5/1950, L. L., t. 59, p. 153; C. Fed., Rosario, 29/8/1942, Repertorio de Santa Fe, t. 1, p. 235; S. T. Santa Fe, 21/12/1942, L. L., t. 29, p. 597; C. Apel. Rosario, Sala I, 6/8/1948, L. L., t. 54, p. 269; S. C. Tucumán, 14/11/1954, L. L., t. 78, p. 405; S. T. Entre Ríos, 31/8/1953, L. L., t. 77, p. 44; C. Fed. Mendoza, 28/10/1947, J. A., 1947-IV, p. 557. Aprueban esta solución: SPOTA, J. A., 1944-II, p. 701; BREBBIA, Accidentes de automotores, n° 130; COLOMBO, Culpa aquiliana, 2ª ed., p. 678; AGUIAR, Hechos y actos jurídicos, n° 56; ACUÑA ANZORENA, J. A., t. 70, p. 113.

(nota 4) Sup. Corte Buenos Aires, 28/5/1950, J. A., 1950-III, p. 468.

(nota 5) C. Civil Cap., Sala A, 2/8/1960, causa 63.994 (inédita); Sala F, 19/9/1958, J. A., 1960-IV, p. 453; *id.*, 29/10/1959, L. L., t. 98, p. 207; C. Paz Cap., Sala III, 31/8/1960, L. L., t. 102, p. 897, 6696-S. De acuerdo: BREBBIA, Accidentes de automotores, n° 131.

(nota 6) C. Civil Cap., Sala D, 31/12/1964, E. D., t. 11, p. 128.

(nota 7) Sup. Corte Buenos Aires, 19/8/1965, L. L., t. 120, p. 48; C. Apel. 2ª Tucumán, 8/3/1960, J. A., 1960-VI, p. 449; BREBBIA, Accidentes de automotores, n° 133; SPOTA, nota en J. A., 1944-III, p. 701, nota 4.

(nota 8) Sup. Corte Buenos Aires, 19/8/1965, L. L., t. 120, p. 48; C. Apel. 2ª Tucumán, 8/3/1960, J. A., 1960-VI, p. 449. Unanimidad en la doctrina: véase BREBBIA, loc. cit. en nota anterior; ALCONADA ARAMBURÚ, L. L., t. 80, p. 891, n° 2. Sin embargo, un fallo de la C. Civil Cap., Sala M, resolvió que toda persona que viaje en un medio de transporte público, aunque no haya pagado pasaje, debe considerarse viajero; 10/11/1994, E. D., fallo n° 46.585. Es un criterio demasiado amplio que no creemos aplicable al caso del pasajero clandestino.

(nota 9) C. Civil Cap., Sala E, 29/12/1964, E. D., t. 11, p. 115 (se trataba de un empleado

de correos que acompañaba la valija de correspondencia); BREBBIA, Accidentes de automotores, n° 133; ALCONADA ARAMBURÚ, nota en L. L., t. 80, p. 891, n° V; BRITO PERET, nota en L. L., t. 111, p. 687, n° IV, in fine.

(nota 10) C. Apel. 1ª La Plata, 28/6/1951, J. A., 1951-IV, p. 467. La solución es criticada por BREBBIA, Accidentes de automotores, n° 133, in fine.

(nota 11) Unanimidad en la doctrina: BREBBIA, loc. cit. en nota anterior; ALCONADA ARAMBURÚ, nota en L. L., t. 80, p. 891, n° II; FERNÁNDEZ, Código de Comercio comentado, t. 1, vol. 1, p. 303, etc.

(nota 12) C. Civil Cap., Sala A, 11/8/1958, J. A., 1959-II, p. 178; íd., 8/10/1963, E. D., t. 6, p. 358; Sala C, 27/12/1961, causa 76.038 (inérita); Sala E, 19/5/1966, E. D., t. 16, fallo n° 8298 (descenso); C. Civil 1ª Cap., 20/11/1931, J. A., t. 36, p. 1450; C. Civil 2ª Cap., 1/4/1939, L. L., t. 14, p. 255.

(nota 13) C. Civil Cap., Sala A, 20/11/1962, L. L., t. 110, p. 419.

(nota 14) C. Civil Cap., Sala A, 11/8/1958, J. A., 1959-II, p. 178.

(nota 15) C. Fed. Cap., 19/6/1973, L. L., t. 151, p. 357.

(nota 16) C. Fed. Cap., C. C. Sala III, 12/12/1990, L. L., 89.469. Inclusive se ha llegado a responsabilizar a la empresa por los daños ocasionados a un pasajero por un proyectil arrojado durante el trayecto y desde fuera del ámbito ferroviario (C. Civil Cap., Sala L, 30/10/1990, L. L., fallo n° 90.545), lo que nos parece un grave error, porque no es posible responsabilizar a la empresa por el hecho de un tercero que ella no tiene posibilidades de impedir. En este sentido se pronunció la C. Fed. C. y C. Cap., Sala III, al decidir que la empresa ferroviaria no era responsable si el ataque de un tercero extraño a ella se perpetró desde un lugar ajeno al ámbito sometido a la vigilancia ferroviaria: 26/8/1992, L. L., fallo n° 91.205.

(nota 17) C. Civil Cap., Sala F, 17/3/1960, causa 58.279, Doct. Jud., n° 929; C. Com. Cap., 30/7/1962, causa 108.347, Doct. Jud., n° 1731.

(nota 18) Es el criterio seguido invariablemente por la jurisprudencia. De acuerdo: SPOTA, nota en J. A., 1944-II, p. 712, n° 8.

(nota 19) En el sentido de que no cabía indemnización del daño moral: C. C. Cap., en pleno, 14/5/1964, J. A., 1964-III, p. 363, y E. D., t. 7, p. 815. En sentido contrario: C. Civil Cap., Sala F, 6/10/1959, L. L., t. 96, p. 608, y J. A., 1960-I, p. 333; Sup. Corte Buenos Aires, 10/8/1965, L. L., t. 120, p. 48; íd., 18/6/1957, L. L., t. 87, p. 596, con nota de COLOMBO; C. Fed. Córdoba, 5/7/1955, J. A., 1955-IV, p. 4.

(nota 20) Véase jurisprudencia citada en nota 2434; además, C. Civil 1ª Cap., 6/3/1933, J. A., t. 41, p. 295; C. Civil 2ª Cap., 5/9/1938, L. L., t. 11, p. 1006.

(nota 21) C. Civil 1ª Cap., 29/2/1932, J. A., t. 37, p. 702; C. Civil 2ª Cap., 16/3/1934, J. A., t. 45, p. 509.

(nota 22) C. Civil 1ª Cap., 27/4/1936, J. A., t. 54, p. 176. Pero esta imprudencia no exculpa a la empresa si el accidente se debió a una maniobra deficiente del conductor del ómnibus que subió a un refugio y rozó la columna que lesionó al pasajero en el brazo, a lo que se añade que la ventanilla carecía de rejillas para evitar que los pasajeros pudieran sacar el brazo: C. Civil 2ª Cap., 28/1/1932, J. A., t. 40, p. 210.

(nota 23) C. Civil 2ª Cap., 9/9/1935, J. A., t. 51, p. 925.

(nota 24) C. Civil Cap., Sala C, 20/2/1997, in re “Sosa c/ F. F. A. s/ daños y perjuicios”; Sala H, 28/5/1997, L. L., fallo n° 95.795.

(nota 25) C. Civil Cap., Sala E, 6/6/1961, L. L., t. 103, p. 382, y J. A., 1962-IV, p. 119; Sala F, 9/12/1959, L. L., t. 98, p. 530; C. Fed. Cap., 27/8/1958, Doct. Jud., 1958-II, p. 17; íd., 21/7/1965, L. L., t. 119, p. 895; íd., 30/6/1966, J. A., 1967-II, p. 190.

(nota 26) C. Civil Cap., Sala A, 31/5/1965, causa 103.365 (inédita); Sala C, 1/6/1965, causa 104.087 (inédita); Sala E, 6/6/1961, causa 72.090, Doct. Jud., n° 1365; Sala F, 23/4/1960, J. A., 1960-V, p. 329; C. Apel. Rosario, 22/10/1954, L. L., t. 75, p. 78.

(nota 27) C. Civil Cap., Sala E, 6/6/1961, L.L., t. 103, p. 382, y J. A., 1962-IV, p. 119; Sala F, 23/4/1960, J. A., 1960-V, p. 329; C. Apel. Rosario, 22/10/1954, L. L., t. 75, p. 78; íd., 21/7/1965, L. L., t. 119, p. 895; íd., 30/6/1966, J. A., 1967-II, p. 190. En un caso se resolvió que había culpa concurrente de la víctima: C. Civil Cap., Sala C, 22/9/1958, Doct. Jud. 1958, p. 317.



(nota 28) C. Civil Cap., Sala B, 19/4/1954, J. A., 1954-III, p. 266.

(nota 29) C. Com. Cap., 13/8/1964, E. D., t. 11, p. 143.

(nota 30) C. Civil Cap., Sala C, 1/6/1965, L. L., t. 119, p. 772.

(nota 31) C. Civil Cap., Sala A, 30/7/1962, L. L., t. 110, p. 252; C. Fed. Cap. C. y C., 3/9/1973, L. L., t. 152, p. 188.

(nota 32) C. Civil Cap., Sala L, 7/10/1994, in re “Ledesma c/ E. F. A.” Ver Texto .

(nota 33) C. Civil Cap., Sala K, 20/10/1994, in re “Fernández c/ E. F. A.” Ver Texto .

(nota 34) C. Civil Cap., Sala M, 12/4/1994, E. D., fallo n° 46.031.

1116/10790

G.— ACCIDENTES ACAECIDOS CON OCASIÓN DEL TRANSPORTE BENÉVOLO  
(ver nota 1)

1116/1573

1573. CONCEPTO DE TRANSPORTE BENÉVOLO.— Llámase transporte benévolo aquel que se realiza por amistad, cortesía o buena voluntad. Es por su misma naturaleza, necesariamente gratuito; pero no basta que lo sea para considerarse benévolo. Es preciso, además, que sea desinteresado. Por consiguiente, no tienen este carácter a pesar de ser gratuitos.

a) Ciertos transportes que la empresa realiza gratuitamente por imponerlo así la concesión, como ocurre con los empleados de correos o de policía que suelen viajar en cumplimiento de sus funciones en trenes u otros medios de transporte colectivos (ver nota 2).

b) El transporte gratuito o pase libre con que la empresa suele beneficiar a sus empleados, porque ésta debe considerarse como una de las contraprestaciones que forman parte del contrato de trabajo (ver nota 3).

c) El transporte gratuito de los hijos menores de cierta edad o el boleto sin cargo que beneficia a las familias que han adquirido determinado número de pasajes, porque se trata de incentivos que la empresa ofrece para inducir a los viajeros a ocupar sus servicios (ver nota 4).

d) Todo otro transporte en el que exista interés del transportador; como ocurre en el caso de la persona que lleva en su automóvil al médico para atender a un pariente.

Algunos casos son dudosos. Así, por ejemplo, el del vendedor de diarios que la empresa tolera que haga su negocio en el interior de los vehículos (ver nota 5). Creemos que es necesario distinguir dos situaciones: si es evidente que el transportador ha tolerado la venta de diarios en el solo beneficio del vendedor, hay transporte benévolo; en cambio no lo hay, si la empresa tiene interés en la venta de diarios o revistas porque añade comodidades o entretenimientos a los pasajeros. Supongamos ahora el caso del empleado u obrero que su patrón o principal lleva al lugar de trabajo. También aquí se impone formular distingos. Si el transporte tenía cierta habitualidad, de modo que podía considerarse como una de las ventajas acordadas por lo menos tácitamente en el contrato de trabajo, o si el patrón, aun sin mediar esa habitualidad, tenía un interés personal en llevarlo al obrero en un automóvil (por ejemplo, porque era necesario realizar un trabajo urgente), entonces no hay transporte benévolo; pero sí lo hay si se trata de un servicio ocasional y el patrón ofreciera llevar a su destino a su empleado sólo como una atención circunstancial (ver nota 6).

Se ha considerado transporte benévolo el caso del automovilista que invita a una desconocida a subir a su vehículo para realizar un paseo (ver nota 7). Estamos en desacuerdo con esa solución. Indudablemente, no hay interés económico; pero quien insta a una desconocida a subir a su automóvil con fines de diversión y, por tanto, en interés propio, no puede ser juzgado con el mismo criterio de lenidad que quien realiza un acto de cortesía o de contenido altruista.

Lo mismo ocurre si el automovilista lleva no ya a una desconocida, sino a una amiga o amigo con el fin de diversión.

1116/1574

1574.— No priva al transporte de su carácter benévolo el hecho de que el transportado tenga a su vez una atención con quien le presta el servicio; como ocurriría con el amigo a quien se lleva a Mar del Plata y se adelanta a pagar el almuerzo o la nafta que se ha cargado en algún surtidor (ver nota 8). Bien entendido que si el pago de nafta asumiera el carácter de contraprestación, no estaríamos ya en presencia de un transporte gratuito, ni por tanto, benéfico.

1575. NATURALEZA Y EXTENSIÓN DE LA RESPONSABILIDAD DEL TRANSPORTADOR.— El transporte benévolo nos interesa ahora en orden a la eventual responsabilidad del transportador por los daños y perjuicios sufridos por el pasajero con ocasión de un accidente.

Ante todo, cabe preguntarse de qué naturaleza es esa responsabilidad. Algunos autores opinan que la relación que une al transportista y al viajero, es un contrato. Se trata de un acuerdo de voluntades por el cual una persona se compromete a conducir a otra a cierto lugar. Están dados todos los elementos de los contratos. La circunstancia de que sea gratuito, es irrelevante, porque numerosos contratos tienen este carácter (ver nota 9). Pero esta tesis no resiste la crítica. Como dice JOSSERAND, todo contrato implica la intención de ligarse, el *animus negotii contrahendi*, la voluntad de hacer un negocio (ver nota 10). En apoyo de estos conceptos podemos recordar que el art. 944 define el acto jurídico (y el contrato es un acto jurídico típico) como el acto voluntario, lícito, realizado con el fin inmediato de producir efectos jurídicos. En el transporte benévolo, no hay ni siquiera vestigios de ese propósito de producir efectos jurídicos, de contraer derechos y obligaciones. Todo lo que hay es un acto altruista, un servicio que responde a un sentimiento de amistad o de solidaridad humana. Nadie piensa en contratar sino en prestar una ayuda.

En nuestro derecho es largamente dominante la opinión de que la relación que une a transportador y transportado no es contractual; y que, por consiguiente, la responsabilidad del conductor no tiene ese carácter sino que se funda en la culpa aquiliana (ver nota 11).

Pero cabe preguntarse si esta solución de aplicar al transportador benévolo el régimen común de la culpa aquiliana, resulta satisfactoria. ¿Es justo considerar su responsabilidad con el mismo rigor con el que se aprecia, por ejemplo, la del automovilista que embiste y lesiona a un peatón?

La doctrina universal está de acuerdo en reconocer que la situación del transportador benévolo merece un tratamiento peculiar (ver nota 12). Es necesario que la ley y la jurisprudencia contemplen con simpatía la situación de quien ha sido autor de un servicio altruista. Es preciso no descorazonar a quien procede con generosidad y con buena voluntad hacia el prójimo. Algunas legislaciones llegan inclusive a exonerar totalmente de responsabilidad al transportador benévolo (véase nº 1579). No creemos que deba llegarse a tanto. No por prestar un servicio desinteresado, debe considerarse el automovilista autorizado a incurrir en las más graves imprudencias. Si, por ejemplo, el accidente ha sobrevenido como consecuencia de haber conducido a 150 kilómetros, debe responder de

su culpa. Pero si se trata de un ligero descuido, de una maniobra poco feliz, de un cálculo erróneo, la situación cambia. La responsabilidad no parece ya justificarse. Y no deja de ser repugnante a la buena fe y a la lealtad, la conducta de quien ha recibido un servicio y luego no vacila en demandar por las consecuencias dañosas de un infortunio, en el que casi siempre resulta también perjudicado el conductor.

Hay, pues, conciencia generalizada de que la situación del transportador benévolo debe ser considerada con lenidad. Pero el problema es determinar de qué recursos puede valerse el juez argentino para llegar a ese resultado, puesto que los textos legales no prevén el caso.

Estas son las soluciones propuestas:

a) Ante todo, se sostiene que sólo debe hacerse responsable al transportador benévolo de su culpa grave (ver nota 13). Esta tesis ha suscitado resistencia en nuestro derecho, pues se sostiene que la clasificación de la culpa en grave y leve es extraña a nuestro Código (ver nota 14). En otro lugar hemos expresado nuestra opinión de que dicha clasificación no es totalmente ajena a nuestra ley (véase núms. 93 y s.). Y aquí parece oportuno destacar que en materia de accidentes de tránsito, los tribunales han sentado reiteradamente el principio de que hay que afinar el criterio de culpa y que aun la más leve compromete la responsabilidad del conductor (véase nº 1506). Es decir, que una culpa que de ordinario no bastaría para responsabilizar al autor, en ese caso es suficiente. Si, pues, las circunstancias en que se desenvuelve el tránsito y el peligro constante que los automóviles significan para los peatones, han influido para que respecto de los accidentes en que éstos son víctimas, se afine el concepto de culpa, ¿por qué en otra situación distinta, que pide a voces un tratamiento también distinto, no han de ser más restrictivos los jueces en la apreciación de lo que constituye una conducta culpable? Más aún, aunque los jueces no digan que sólo admiten una culpa grave, en la práctica lo harán, porque así lo reclama la justicia. Y calladamente, sin mencionar el delicado problema de la clasificación de la culpa, encontrarán no culpable una conducta que, en otras circunstancias, podría serlo.

En suma, pensamos que sólo una culpa grave debe desencadenar la responsabilidad del transportador benévolo (ver nota 15).

b) Otro recurso que se propugna para atenuar la responsabilidad del transportador benévolo, es hacer jugar la culpa concurrente de la víctima. Así, por ejemplo, la persona que “hace dedo” o que acepta la invitación de ser llevada en un automóvil sin conocer la destreza del conductor, incurre sin duda en culpa (ver nota 16). Con mayor razón habrá culpa concurrente, si acepta ser transportada por quien se encuentra en estado de ebriedad o si conoce la imprudencia habitual del conductor (ver nota 17).

Esto permite atenuar la responsabilidad del transportador en la mayoría de los casos.

c) Cabe destacar finalmente, un acertado fallo de la Cámara de Apelaciones de Mar del Plata, que declaró que atento el espíritu de equidad que campea en el Código luego de las reformas de la ley 17711 , procede una moderación razonable del resarcimiento (ver nota 18). Es una inteligente comprensión del papel de la equidad como correctora de la rigidez de la ley.

1116/11260

1575 bis. ESTADO ACTUAL DE LA CUESTIÓN EN NUESTRO DERECHO.— Cuando había una tendencia generalizada en nuestra doctrina y jurisprudencia a considerar que el transportador benévolo merecía una atenuación de su responsabilidad, la Corte Suprema de la Nación, en fallo dictado en 1992, decidió que el transporte benévolo debía ser tratado con el mismo rigor que el oneroso, a menos que hubiera culpa concurrente de la víctima, culpa que sólo podía darse en el supuesto de que el accidente hubiera podido habitual y razonablemente sobrevenir (ver nota 19); y la trascendencia de este fallo es que la Corte abrió el recurso extraordinario y anuló la sentencia que había dispuesto lo contrario, con lo cual ha quedado prácticamente uniformada la jurisprudencia en todo el país, dado que los fallos de los tribunales que consideren justo atenuar aquella responsabilidad, serán inexorablemente anulados.

Por las razones dadas en el número anterior, nos parece una solución desdichada y los tribunales ordinarios han seguido aplicando la jurisprudencia según la cual el transportado debe probar la culpa del transportador y la responsabilidad debe juzgarse con cierta atenuación (ver nota 20).

1116/1576

1576.— La situación del transportador benévolo ha sido contemplada en el Código Aeronáutico (ley 17285 ), que siempre que no se trate de un servicio regular de transporte, limita la responsabilidad del transportador a trescientos argentinos oro por persona dañada y autoriza las convenciones que eximen de responsabilidad al transportador (art. 163 ). Por último, el transportador no responderá si prueba que él y sus dependientes han tomado las medidas adecuadas para evitar el daño o les ha sido imposible tomarlas (arts. 142 y 164 ).

1116/1577

1577. RESPONSABILIDAD DEL PROPIETARIO.— ¿Responde el propietario no conductor del automóvil, por los daños ocasionados a la persona que se transportó

gratuitamente? La respuesta afirmativa, sostenida por algunos autores (ver nota 21), se funda en que el art. 1113 Ver Texto no hace ninguna distinción: en consecuencia, el propietario responderá a menos que pruebe la culpa de la víctima o de un tercero o la fuerza mayor.

Estamos en desacuerdo con tal tesis. Hemos dicho en otro lugar (nº 1482), que el propietario de la cosa con la cual se hizo el daño, no responde si la cosa se utilizó para prestar un servicio gratuito. Y nos parece que el punto de vista contrario, fundado en el adagio ubi lex non distinguit..., no resiste el análisis. Este remanido principio está hoy hartamente desprestigiado. Por el contrario, el intérprete debe distinguir cada vez que sea lógico, razonable y justo hacerlo. Hoy existe acuerdo en que el intérprete puede apartarse de una regla legal enunciada como principio general, cuando resulta evidente que una determinada consecuencia no fue prevista al establecerla (ver nota 22). Y resulta evidente que el supuesto del servicio gratuito, no fue previsto por el legislador al dictar el art. 1113 Ver Texto. Está bien que el que aprovecha económicamente una cosa, en su carácter de dueño o guardián, deba responder por los daños que se han ocasionado a terceros extraños con esa cosa; pero cuando la cosa ha servido para favorecer a una persona, que luego ha resultado dañada por ella como consecuencia de un infortunio, los presupuestos de hecho cambian de tal modo, que la ley deja de ser aplicable. La presunción de responsabilidad, dice ACUÑA ANZORENA, no juega ya, porque la víctima, participando del uso de la cosa, se ha asociado en cierta manera al guardián, corriendo en común los riesgos que le son propios (ver nota 23).

1116/1578

1578. TRANSPORTE CLANDESTINO.— Supongamos ahora que el viajero haya tomado clandestinamente un medio de transporte y que resulta herido en un accidente. ¿El transportador responde por su culpa lo mismo que en el supuesto de transporte benévolo? A nuestro juicio, se impone la negativa. El viajero clandestino que demanda por los daños y perjuicios sufridos, alega su propia torpeza. Se dirá, quizá, que él no alega su torpeza sino la culpa del conductor del vehículo. Pero su acción se funda en hechos que son inseparables del fraude que ha cometido, lo que inhibe de accionar (ver nota 24).

1116/1579

1579. LEGISLACIÓN COMPARADA.— Pocas son las legislaciones que han previsto las consecuencias de los daños derivados de un transporte benévolo. El art. 141 del Código del Camino portugués consagra la irresponsabilidad del transportador benévolo (ver nota 25). En los Estados Unidos, la legislación difiere en los distintos Estados; algunos exigen la comisión de una falta grave para responsabilizar al transportador, en tanto que otros lo eximen por completo de responsabilidad (ver nota 26). En donde no hay legislación, los tribunales se inclinan por exigir la culpa grave (ver nota 27). En Italia, el Código de

Navegación sólo admite la responsabilidad del transportador amigable en caso de dolo o culpa grave (art. 414); y en cuanto al transporte terrestre la jurisprudencia se inclina por atenuar la responsabilidad del transportador, que se reputa extracontractual, para lo cual los tribunales tienen en cuenta la gratuidad del servicio o la aceptación de los riesgos por el damnificado (ver nota 28).

En Francia y Alemania, donde no hay ley especial, la jurisprudencia ha decidido que la responsabilidad es extracontractual (ver nota 29).

(nota 1) BIBLIOGRAFÍA ESPECIAL: LLAMBÍAS, Responsabilidad civil originada en el transporte benévolo, L. L., t. 150, p. 935; KEMELMAJER DE CARLUCCI, en BELLUSCIO-ZANNONI, nota al art. 1107; BREBBIA, Accidentes de automotores, núms. 112 y s.; ACUÑA ANZORENA, Transporte gratuito y responsabilidad en caso de accidente, en Estudios sobre la responsabilidad civil, ps. 341 y s., y L. L., t. 15, p. 209; BRITTO PERET, Responsabilidad del conductor en el transporte gratuito, L. L., t. 111, p. 687; DELLA CROCE, Responsabilidad civil en el transporte desinteresado, Buenos Aires, 1965; CAMMAROTA, La cuestión del transporte gratuito, L. L., t. 40, p. 1001; SEMON, El transporte benévolo en la jurisprudencia, Revista del Colegio de Abogados de Buenos Aires, t. 20, n° 4, p. 487 y s.; BIANCHI, Encuadre jurídico del transporte benévolo, J. A., diario del 24/11/1975.

(nota 2) C. Civil Cap., Sala E, 29/12/1964, E. D., t. 11, p. 115; BREBBIA, Accidentes de automotores, n° 133; ALCONADA ARAMBURÚ, nota en L. L., t. 80, p. 891, n° V; BRITTO PERET, nota en L. L., t. 111, p. 687, n° IV.

(nota 3) De acuerdo: autores citados en nota anterior.

(nota 4) De acuerdo: autores citados en nota 2453.

(nota 5) En el sentido de que es un transporte benévolo: C. Apel. 1ª La Plata, 29/6/1951, J. A., 1951-IV, p. 467. En el sentido de que no lo es: BREBBIA, Accidentes de automotores, n° 133, in fine.

(nota 6) Comp.: BREBBIA, Accidentes de automotores, n° 112.

(nota 7) C. Civil 2ª Cap., 29/4/1944, L. L., t. 34, p. 353, y J. A., 1944-IV, p. 312. Es necesario decir que el tribunal no calificó como benévolo este transporte, pero aun sin mencionarlo hizo aplicación de las soluciones que son características de él, al decidir que

importa culpa que libera al transportador la conducta de quien acepta subir a un automóvil de un desconocido, cuya pericia, por lo tanto, no le consta (véase nº 1575, b).

(nota 8) De acuerdo: BREBBIA, loc. cit. en nota anterior: DELLA CROCE, La responsabilidad civil en el transporte desinteresado, nº 4; CAMMAROTA, nota en L. L., t. 40, p. 1001, nº 7.

(nota 9) SAVATIER, Traité, t. 1, nº 123 y s.; LALOU, La responsabilité civile, 2ª ed., nº 465.

(nota 10) JOSSERAND, Le transport benévole et les accidents de automobile, D. H., 1926, Chronique, p. 22, cit. por ACUÑA ANZORENA, Estudios sobre la responsabilidad civil, p. 347.

(nota 11) C. Civil Cap., Sala G, 13/9/1996, E. D., fallo nº 47.985; Sala A, 13/7/1962, causa 78.713, Doct. Jud., nº 1736; Sala D, 17/10/1960, L. L., t. 101, p. 1, y J. A., 1961-I, p. 177; C. Civil 2ª Cap., 3/5/1939, L. L., t. 15, p. 209; íd., 20/4/1944, L. L., t. 34, p. 353; C. Apel. 1ª La Plata, 26/11/1946, J. A., 1946-IV, p. 778; íd., 14/11/1944, L. L., t. 37, p. 572; C. Apel. Rosario, Sala I, 2/7/1943, L. L., t. 32, p. 904; BREBBIA, Accidentes de automotores, núms. 116 y s.; COLOMBO, Culpa aquiliana, 2ª ed., nº 203; ACUÑA ANZORENA, nota en L. L., t. 15, p. 209, y en Estudios sobre la responsabilidad civil, ps. 341 y s.; BRITO PERET, nota en L. L., t. 111, p. 687; CAMMAROTA, nota en L. L., t. 40, p. 1001; DELLA CROCE, Responsabilidad civil en el transporte desinteresado, nº 16 y s.; LLAMBÍAS, L. L., t. 150, p. 938; en contra KEMELMAJER DE CARLUCCI, en BELLUSCIO-ZANNONI, nota al art. 1107.

(nota 12) En este sentido: C. Civil Cap., Sala E, 24/2/1997, L. L., fallo nº 95.972; MAZZINGHI (h), nota al fallo nº 93.705 de L. L.; MARTORELL, E. D., diario del 10/8/1995. ACUÑA ANZORENA, nota en L. L., t. 15, p. 209; BREBBIA, Accidentes de automotores, p. 242, nota 455 y nº 187; DELLA CROCE, Responsabilidad civil del transportador benévolo, nº 40; BRITO PERET, nota en L. L., t. 111, p. 695, nº VIII; MESSINEO, t. 5, § 147, nº 14 bis; SAVATIER, t. 1, nº 124 y s.

(nota 13) VOISENET, La faute lourde en droit privé français, p. 111, cit. por SEMON, Revista del Colegio de Abogados de Buenos Aires, 1942, nº 4, p. 492. Esta es también la solución de SAVATIER, t. 1, nº 124, aunque este autor prefiere no hablar de culpa grave, sino más bien de que no puede exigirse al transportador benévolo la misma diligencia que a quien cobra por hacerlo; lo que, en cualquier forma, implica admitir una graduación de culpas.



(nota 14) BREBBIA, loc. cit. en nota anterior; BRITO PERET, nota en L. L., t. 111, p. 687, n° IV; DELLA CROCE, La responsabilidad civil en el transporte desinteresado, n° 36.

(nota 15) De acuerdo: ACUÑA ANZORENA, Estudios sobre la responsabilidad civil, p. 360. Este autor, sin entrar a analizar el problema de la clasificación de la culpa, se limita a sostener que la responsabilidad del transportador benévolo debe juzgarse con menos severidad que la puesta ordinariamente para apreciar la conducta en general del autor de un hecho ilícito. En sentido concordante se manifiesta COLOMBO, Culpa aquiliana, 2ª ed., n° 203. La C. Civil Cap., Sala D, ha decidido que la culpabilidad debe, en este caso, apreciarse con menor rigor (lo que se acerca al concepto de que queda excluida la culpa leve); pero, agregó el tribunal, establecida la culpa, la reparación no debe sufrir limitación alguna: 6/8/1974, L. L., fallo n° 71.806.

(nota 16) De acuerdo: C. Civil 2ª Cap., 29/4/1944, L. L., t. 34, p. 353, y J. A., 1944-IV, p. 312; BREBBIA, Accidentes de automotores, n° 119.

(nota 17) C. Civil Cap., Sala D, 17/10/1960, L. L., t. 101, p. 1, y J. A., 1961-I, p. 177; C. Apel. Rosario, Sala I, 2/7/1943, L. L., t. 32, p. 904. De acuerdo: BREBBIA, loc. cit. en nota anterior.

(nota 18) C. Apel. 1ª Mar del Plata, 18/4/1974, J. A., t. 24, 1974, p. 533. El tribunal redujo la indemnización al 50% de los daños.

(nota 19) C. S. N., 7/7/1992, E. D., fallo n° 44.799, con nota del Dr. MOSSET ITURRASPE; en sentido concordante un fallo anterior de la C. Civil Cap., Sala M, 27/7/1991, L. L., fallo n° 89.594.

(nota 20) C. Civil Cap., Sala A, 11/12/1994, Revista Derecho Privado y Comunitario, t. 11, p. 288 (se resolvió también que el transportador no responde por el vicio o riesgo propio de la cosa, siendo necesario probar la culpa); Sala E, 24/2/1997, L. L., fallo n° 95.972; Sala G, 13/9/1996, E. D., fallo n° 47.985.

(nota 21) LLAMBÍAS, L. L., t. 150, p. 941, VII; BREBBIA, Accidentes de automotores, n° 118; DELLA CROCE, Responsabilidad civil en el transporte desinteresado, n° 49.

(nota 22) ENNECCERUS-KIPP-WOLF, t. 1, vol. 1, p. 224 y s.; CASTÁN TOBEÑAS, Teoría de la aplicación e investigación del derecho, Madrid, 1947, p. 279.

(nota 23) ACUÑA ANZORENA, en Estudios sobre la responsabilidad civil, p. 353. En sentido concordante: PEIRANO FACIO, Responsabilidad extracontractual, n° 319; MAZEAUD, t. 2, núms. 1274 y s.

(nota 24) De acuerdo: MAZEAUD, t. 2, n° 1275. BREBBIA, en cambio, sostiene que el transportador debe responder por su culpa aun en el caso del transporte clandestino, pero agrega que en tal supuesto la culpa de la víctima en la producción del daño será de tal magnitud que la indemnización debida por el responsable deberá ser disminuida en una gran proporción y hasta puede desaparecer por completo (Accidentes de automotores, n° 121). En sentido concordante con la opinión de BREBBIA, DELLA CROCE, Responsabilidad civil en el transporte desinteresado, n° 27.

(nota 25) AGUIAR DÍAZ, Tratado de la responsabilidad civil, t. 1, p. 211.

(nota 26) SEMON, en Revista del Colegio de Abogados de Buenos Aires, t. 20, n° 4, p. 501.

(nota 27) Sup. Corte de los EE. UU., fallo reseñado en J. A., t. 45, sec. jurisprud. extranjera, p. 88.

(nota 28) Véase jurisprudencia cit. por BREBBIA, Accidentes automotores, n° 124.

(nota 29) Puede verse una excelente reseña sobre la jurisprudencia de estos países en SEMON, El transporte benévolo en la jurisprudencia, Revista del Colegio de Abogados de Buenos Aires, t. 20, n° 4, p. 487. Además, para la jurisprudencia francesa véase MAZEAUD, t. 2, núms. 1274 y s.; para la alemana, ENNECCERUS-LEHMANN, t. 2, vol. 2, p. 722, nota 13.

1116/10800

## CAPÍTULO XI - LA ACCIÓN DE DAÑOS Y PERJUICIOS

1116/10810

§ 1.— Sujetos de la acción

1116/10820

## A.— LEGITIMACIÓN ACTIVA

1116/1580

1580. QUIÉNES PUEDEN EJERCER LA ACCIÓN DE DAÑOS.— La acción por indemnización de los daños y perjuicios derivados de un hecho ilícito corresponde:

a) Ante todo, al damnificado mismo, sea directo o indirecto (art. 1079 Ver Texto ). El damnificado indirecto presenta problemas delicados que estudiaremos en párrafo aparte (nº 1581). Si el daño fue ocasionado a las cosas, pueden reclamar la indemnización no sólo el propietario, sino también los que tuvieren su posesión y aun su simple tenencia, como el locatario, el comodatario, el depositario (art. 1095 Ver Texto ), el usufructuario, el usuario (art. 1110 Ver Texto ), si el daño irrogase perjuicio a su derecho. De igual modo, se reconoce la acción a la persona que tiene la cosa con obligación de responder de ella, pero sólo en caso de que el dueño no ejerza la acción (art. 1110 Ver Texto ). Finalmente, también la tiene el acreedor hipotecario contra cualquiera que haya dañado la cosa gravada, siempre, claro está, que el daño le haya irrogado perjuicio; pues si su crédito está suficientemente garantizado a pesar del daño, carecería del interés que es el fundamento de toda acción en justicia. Y el Código le reconoce dicha acción inclusive contra el propietario, si es él quien ha dañado la cosa (art. 1095 Ver Texto ).

b) A los sucesores universales del damnificado. Más adelante tratamos el problema surgido de los delitos que han provocado la muerte de una persona (véase nº 1588); por ahora nos limitamos a dejar sentado que no hay transmisión hereditaria de la acción para reclamar el daño moral, a menos que la propia víctima la hubiera ya entablado antes de su fallecimiento. Esta es la solución del art. 1099 Ver Texto para el supuesto de delitos que no hubieran causado sino un daño moral, como las injurias o la difamación; y es indudable que debe ser extendida a todo otro supuesto de daño moral, porque dada la naturaleza personalísima de éste, no se concibe que pueda invocarlo nadie que no sea la propia víctima (véase nº 179). Pero si la víctima había iniciado la acción antes de morir, las cosas cambian: queda ya de manifiesto no sólo la existencia del daño sino el propósito de la víctima de hacerlo valer en justicia; en esas condiciones, se justifica que los herederos puedan continuar la acción.

Todo ello sin perjuicio, claro está, de la acción que por derecho propio pueden ejercer los herederos forzosos de la víctima (art. 1078 Ver Texto ).

c) A los acreedores de la víctima, en ejercicio de la acción oblicua; salvo el caso del daño moral que no puede dar lugar al ejercicio de la acción subrogatoria dado su carácter personalísimo (véase nº 179).

d) A los cesionarios de la acción de daños y a los terceros que pagan a la víctima subrogándose en sus acciones. El caso práctico más importante es el de las compañías de seguros que han indemnizado a la víctima y luego demandan al responsable.

1116/11270

1580 bis. DEMANDAS DE LA COMPAÑÍA DE SEGUROS POR INDEMNIZACIÓN DE DAÑOS Y DESVALORIZACIÓN DE LA MONEDA.— Frecuentemente la compañía que asegura un riesgo y paga al asegurado los daños sufridos en un hecho ilícito (la cuestión se presenta casi siempre con motivo de los accidentes de tránsito), demanda luego al culpable del hecho por reparación de los daños, subrogándose en las acciones de la víctima. Se planteaba entonces la cuestión de si la compañía tenía como tope de su acción la suma pagada a la víctima o si podía pedir también un plus por desvalorización monetaria. La cuestión suscitó una controversia jurisprudencial y doctrinaria, que creemos interesante recordar, a pesar de que luego de la sanción de la ley 23928 la cuestión ha perdido interés práctico, dado que dicha ley prohíbe todo género de indexación.

Prevalecía la tesis que reconoce ese derecho a las compañías de seguros; se aducía que éstas, al demandar al autor del hecho, lo hacen subrogándose en los derechos del damnificado y, por consiguiente, gozan de las acciones de éste, con sus mismos alcances. Lo que quiere decir que si la víctima tenía derecho a reclamar la reparación de la desvalorización monetaria, también lo tenía la compañía de seguros que se subrogó en sus derechos (ver nota 1).

Sin embargo, de acuerdo con otra corriente jurisprudencial y doctrinaria, los aseguradores tenían como tope de su acción la suma pagada al asegurado y no podían reclamar compensación por desvalorización monetaria (ver nota 2). Esta tesis se apoyaba en los siguientes fundamentos: la indemnización pagada por la compañía de seguros tiene su causa en el contrato de seguro; y los fondos para el pago de la indemnización son tomados de las primas que se fijan en base a cálculos matemáticos y sin tener en cuenta la posible acción resarcitoria contra el tercero. Siendo así, reconocerle el derecho a un plus en concepto de desvalorización monetaria, podría llegar a configurar un enriquecimiento indebido.

Aunque la cuestión es dudosa, pensamos que la última es la buena solución. En el mundo moderno se procura que todo el que ha sufrido un daño sea indemnizado. Por ello se ha producido el estallido de la noción de culpa como fundamento único de la responsabilidad

extracontractual y se ha hecho imprescindible recurrir a la noción del riesgo creado, que amplía considerablemente el campo de la responsabilidad. Ya no es indispensable la existencia de dolo o culpa; basta haber creado el riesgo. Pero se comprende que con esta teoría sólo se procura impedir que la víctima de un hecho dañoso quede sin reparación, pues el derecho moderno mira el problema de la responsabilidad más bien del lado de la víctima que del autor del hecho.

Pero si la víctima ha sido ya reparada (en nuestro caso, por la compañía de seguros), el problema debe ser reexaminado. Está bien que entre la víctima y el autor del hecho, la simpatía de la ley y de los jueces se incline por la primera; y que, por consiguiente, la indemnización se fije con criterio amplio. Pero entre la compañía de seguros (cuyo buen negocio está garantizado por cálculos matemáticos) y el autor del hecho, parece natural simpatizar por éste, tanto más cuanto que los accidentes de tránsito son muchas veces inevitables, dada la extraordinaria densidad del tránsito moderno. Que los jueces procuren que la víctima sea integralmente reparada, está bien; pero que contribuyan con su decisión a aumentar las ganancias de las compañías de seguros en perjuicio del autor del hecho (muchas veces inevitable) es ya excesivo.

Se podrá argüir, quizá, que con ese fundamento podría llegar a negarse a las compañías de seguros el derecho de repetir suma alguna del autor del hecho.

Aquí diremos una vez más que siendo la lógica un instrumento inapreciable e imprescindible para el jurista, el puro rigor lógico suele llevar a consecuencias injustas y, por consiguiente, antijurídicas. Porque la justicia es inescindible del derecho. Y ello obliga a contrastar constantemente las consecuencias lógicas de un principio con la realidad humana sobre las que se han de proyectar y a prescindir sin vacilaciones de una consecuencia injusta derivada lógicamente de un principio justo.

En nuestro caso, no sería ni prudente, ni razonable, ni justo, que el autor de un hecho ilícito quedara exento de responsabilidad porque la víctima estaba asegurada. Sería una suerte de incitación a conducirse irresponsablemente dada la extensión que ha tomado el seguro en la vida moderna. Está bien, por lo tanto, que la compañía de seguros se subroge en las acciones que tenía la víctima a quien indemnizó. De lo que se trata es de que la acción de la compañía de seguros no se juzgue exactamente con la misma vara que la de la víctima; que la simpatía humana (tantas veces vertida en las sentencias, sobre todo en las sentencias de los buenos jueces) se vuelque en favor de la víctima para apreciar con la máxima amplitud su derecho a ser reparada, pero que en cambio, no se aprecie con igual largueza la pretensión de la compañía de seguros (ver nota 3).

1581. DAMNIFICADOS INDIRECTOS.— El art. 1079 Ver Texto concede la acción de reparación aun a los perjudicados indirectamente por el hecho ilícito. Esta disposición envuelve un delicado problema, pues las irradiaciones de un daño pueden ser infinitas. Por ejemplo, muere una persona, como consecuencia de lo cual la sociedad de la que formaba parte debe disolverse; esto trae aparejado el despido y desocupación del personal obrero; a su vez, uno de los obreros pasaba una pensión de alimentos a su madre, etcétera. Todas estas personas son perjudicados indirectos; pero es evidente que no todos ellos pueden reclamar la reparación de los daños al autor del hecho ilícito. Una razón de sensatez exige cortar en un cierto punto esta cadena causal. De no procederse así, habría que admitir, dice MACHADO, que la sociedad misma podría demandar los perjuicios que sufre por la desaparición de un ser útil (ver nota 4). Por lo pronto, está fuera de duda, que no debe responder por las consecuencias casuales (art. 905 Ver Texto ), es decir, por aquellas consecuencias que no pueden ser razonablemente previstas por una persona diligente. La conexión del hecho ilícito con el daño debe ser más o menos próxima, en otras palabras debe haber entre ambos una causación adecuada (véase nº 140). Este es un problema en que la apreciación judicial tiene un ancho campo de acción.

Una segunda limitación resulta, a nuestro juicio, de la exigencia de que medie lesión a un interés legítimo. Este es un problema que se discute en nuestra doctrina. Para un sector de ella basta que exista un interés de hecho, lesionado por el acto ilícito, para que el culpable deba responder (ver nota 5); por ello, tendrían acción, en caso de muerte o incapacidad de una persona para el trabajo, su concubina o el lisiado que recibía una pensión mensual de la víctima a título benéfico. No estamos de acuerdo con tal criterio. Como dice ACUÑA ANZORENA, el daño, como elemento integrante de la noción de responsabilidad y presupuesto necesario de la acción resarcitoria, debe incidir indefectiblemente en el desconocimiento o en el quebrantamiento de un derecho, es decir, de un interés legítimo o legalmente protegido (ver nota 6). La razón de esa exigencia es muy simple: si el accionante no podía, en vida de la víctima, exigirle en justicia el pago de los alimentos o dádivas, no puede reconocérsele acción contra el autor del homicidio para que éste le pague una indemnización que viene a ser el sustitutivo de aquellos beneficios a los que no tenía derecho. Por lo demás, la doctrina opuesta amenaza extender el círculo causal más allá de lo razonable. Puede tratarse, por ejemplo, de una víctima rica, que acostumbra hacer donaciones regularmente a ciertas instituciones benéficas o culturales. ¿También ellas serán titulares de la acción de daños? ¿También lo será la persona a quien la víctima acostumbraba llevar cotidianamente a su trabajo en forma gratuita, o la que en forma gratuita también, recibía lecciones de idiomas, ciencias o arte? Todos estos beneficios y muchos otros que pueden recibirse ¿darán título para demandar daños al autor del homicidio? Una elemental razón de sensatez obliga a responder negativamente (ver nota 7).

Sentados así los principios generales en base a los cuales debe resolverse el problema de la legitimación activa, veamos ahora las aplicaciones concretas. Empezaremos por el supuesto de que el hecho ilícito haya ocasionado la muerte de la víctima.

1582. PERSONAS QUE TIENEN ACCIÓN EN CASO DE MUERTE DE LA VÍCTIMA. (ver nota 8)— ¿Quiénes tienen acción por daños y perjuicios en caso de muerte de una persona provocada por un hecho ilícito? La cuestión es extraordinariamente compleja en nuestro derecho, pues los textos legales no son claros y aparecen, por lo menos ante un primer examen, como contradictorios. Veamos ante todo los textos. El art. 1079 Ver Texto dispone que la obligación de reparar un daño existe no sólo respecto del damnificado directo, sino también respecto de toda persona que por él hubiere sufrido, aunque sea de una manera indirecta. Por su parte, el art. 1084 Ver Texto establece que si el delito fuere de homicidio, el delincuente tiene la obligación de pagar todos los gastos hechos en la asistencia del muerto y en su funeral; además, lo que fuere necesario para la subsistencia de la viuda e hijos del muerto, quedando a la prudencia de los jueces fijar el monto de la indemnización y el modo de satisfacerla. El art. 1085 Ver Texto , a su vez expresa que el derecho de exigir la indemnización de la primera parte del artículo anterior, compete a cualquiera que hubiere hecho los gastos de que allí se trata. La indemnización de la segunda parte del artículo, sólo podrá ser exigida por el cónyuge sobreviviente y por los herederos necesarios del muerto, si no fueren culpados del delito como autores o cómplices o si no lo impidieron pudiendo hacerlo. Es decir, que mientras el art. 1079 Ver Texto confiere la acción a todo interesado, el art. 1084 Ver Texto parece concederla sólo a la viuda e hijos, y el art. 1085 Ver Texto a los herederos necesarios del muerto.

Las opiniones sobre la interpretación de estos artículos están divididas:

a) Algunos autores piensan que el art. 1079 Ver Texto establece una regla general que, en el caso del homicidio, está limitada por los arts. 1084 Ver Texto y 1085. En otras palabras, en tanto que en cualquier otro hecho ilícito cualquier damnificado indirecto puede reclamar la reparación del daño, en el caso de muerte de la víctima sólo tienen acción los herederos forzosos. Pero si el homicidio ha dado lugar a una condena criminal, entonces cualquier damnificado podría reclamar la reparación de los daños, dado que el art. 29 Ver Texto , Código Penal, le reconoce ese derecho a la víctima, a su familia y a los terceros, lo que significa que esta disposición ha derogado el sistema de los arts. 1084 Ver Texto y 1085 cuando hay condena criminal (ver nota 9).

b) Según otra opinión, hoy prevaleciente en la doctrina y la jurisprudencia, la acción de indemnización en caso de muerte está abierta a cualquier damnificado, sea o no heredero forzoso de la víctima (ver nota 10). Los arts. 1084 Ver Texto y 1085 no serían contradictorios con el art. 1079 Ver Texto ; ellos no harían otra cosa que reconocer la acción a los herederos forzosos, lo que no excluye que igual derecho tengan los restantes damnificados, conforme con lo dispuesto en el art. 1079 Ver Texto . De lo contrario habría que llegar a esta conclusión absurda: que si como consecuencia de un hecho ilícito, una persona sufre una incapacidad total y permanente, cualquier damnificado puede reclamar la indemnización, en tanto que si la víctima ha fallecido, sólo pueden reclamarla los herederos forzosos. Es una incongruencia que no se sostiene.

Dentro de esta corriente todavía caben divergencias importantes:

a) ABELLEYRA sostiene que el art. 1084 Ver Texto no tiene otro significado que el de crear una presunción de daño en favor de la viuda e hijos menores de la víctima. La ley supone, porque ello es lo que generalmente acontece, que la muerte del padre de familia ha dejado sin recursos a la viuda e hijos; de ahí que ellos no tengan necesidad de probar dicho perjuicio para que el tribunal lo admita, a diferencia de cualquier otro damnificado con la muerte, que no puede omitir la prueba de dicho perjuicio, si pretende se le indemnice. Agrega que aunque la ley no diga expresamente que los hijos deben ser menores, esta exigencia parece desprenderse del fundamento de la norma, que no es otro que proteger la familia que estaba a cargo de la víctima. El autor que estamos glosando concluye su tesis sosteniendo que la presunción de daño que la ley establece en favor de la esposa e hijos, es sólo *juris tantum*, de tal modo que el demandado puede probar que ellos no han experimentado perjuicio alguno; asimismo, la esposa e hijos pueden realizar la prueba de su perjuicio, para evitar que el juez, en defecto de elementos probatorios suficientes, fije una indemnización inferior a los daños efectivamente sufridos (ver nota 11).

b) CAMMAROTA (ver nota 12) y algunos tribunales (ver nota 13) han extendido el círculo de las personas que se benefician con la presunción de que el fallecimiento ha perjudicado a todos los herederos forzosos del difunto, comprendiendo por lo tanto al marido, los descendientes mayores de edad y los ascendientes; todos los otros damnificados tendrían que probar el perjuicio que les ha causado la muerte.

Sea que se acepte la tesis de ABELLEYRA o la más amplia que reconoce la presunción de daños en favor de todos los herederos forzosos, lo cierto es que cualquiera de ellas permite conciliar de manera plenamente satisfactoria el principio general del art. 1079 Ver Texto con los arts. 1084 Ver Texto y 1085; además, ellas brindan un apoyo de derecho positivo a la regla jurisprudencial según la cual la vida humana tiene por sí un valor económico que no es necesario probar (véase nº 155). Esta regla tenía en la jurisprudencia un fundamento emocional. Los jueces la aplicaban por un sentimiento de justicia, sin sustentación en textos legales concretos; sustentación que ahora tiene en virtud de esta interpretación de los arts. 1084 Ver Texto y 1085.

Por nuestra parte, nos inclinamos por reconocer el beneficio de la presunción de daño a todos los herederos forzosos. No creemos, por ejemplo, que deba exigirse a los padres la prueba del daño que les ha ocasionado la muerte del hijo de corta edad. Ese daño está en el orden natural de la vida. El padre y la madre tienen el derecho a contar con que, llegados a la vejez, tendrán el apoyo de sus hijos en sus enfermedades, su ayuda material si llega el momento en que carezcan de recursos y no puedan ya trabajar. Todo ello constituye un daño (véase nº 155). De igual modo, la colaboración de la esposa en la vida del hogar tiene un significado espiritual y material que no requiere prueba; y por ello resulta lógico aplicar



la presunción del daño también en favor del marido (ver nota 14). Se explica así que la jurisprudencia haya resuelto que la regla según la cual la vida humana tiene un valor económico por sí misma e independiente de la prueba, beneficia también a los ascendientes (ver nota 15).

La acción de daños y perjuicios no está supeditada a la previa declaratoria de herederos (ver nota 16), a menos que la acción sea *jure hereditatis* (sobre esta cuestión véase núms. 1588 y 1589, *in fine*).

Si desde el punto de vista de la justicia esta solución resulta preferible a la que limita la presunción de daños a la viuda e hijos menores, desde el ángulo del derecho positivo nos parece mejor fundada. El art. 1085 Ver Texto reconoce la acción a todos los herederos forzosos; en la colisión entre esta norma y el art. 1084 Ver Texto, no resulta dudoso que el intérprete debe aplicar la primera, que siendo más amplia, subsume la otra.

En suma: si bien cualquier damnificado por la muerte de una persona puede reclamar la reparación probando concretamente el daño sufrido, los herederos forzosos gozan de una presunción *juris tantum* de que ese evento les ha producido un daño (ver nota 17). Con la salvedad de que esa presunción puede ser destruida por prueba en contrario por el autor del hecho y de que el damnificado puede aportar al juicio todos los elementos probatorios que acrediten el verdadero alcance y extensión del daño sufrido.

1116/1583

1583.— Como consecuencia de los principios sentados en los párrafos anteriores, debe reconocerse la acción de daños:

a) Al cónyuge (arts. 1084 Ver Texto y 1085). Mientras los cónyuges se mantienen unidos no hay problemas. Pero en cambio sí los hay cuando ellos están divorciados o separados de hecho.

Empecemos por desbrozar las dificultades. No hay duda alguna que la esposa tiene derecho a accionar por daños y perjuicios contra el autor del homicidio de su esposo, si recibía de éste una pensión de alimentos (ver nota 18). No importa que estuviera divorciada por su culpa. Aun en este caso su derecho a los alimentos que recibía está fundado en la ley (arts. 209 Ver Texto y 217 Ver Texto). Lo mismo debe decirse de la mujer separada de hecho, aunque fuere culpable.

Supongamos ahora que la mujer divorciada o separada de hecho no recibía alimentos. En

opinión de algunos autores, la esposa conserva su acción aunque sea culpable del divorcio o de la separación de hecho, porque aun en estas hipótesis mantiene su derecho a reclamar alimentos del marido, si le fueren de toda necesidad (arts. 209 Ver Texto y 217 Ver Texto ) (ver nota 19).

Para otros, en cambio, la mujer que no recibe actualmente alimentos conservaría su acción de daños si ha sido inocente en el divorcio o si no es culpable de la separación de hecho (ver nota 20). Creemos que ésta es la solución de nuestro derecho positivo. Hemos dicho ya que la presunción legal de que la muerte de una persona causa un daño, sólo existe respecto de los herederos forzosos, carácter este que conserva la esposa inocente. En cambio, la mujer culpable del divorcio o de la separación de hecho pierde su vocación hereditaria, por lo cual el daño no se presume y sólo podrá reclamar indemnización probando los perjuicios concretos que le ha ocasionado la muerte de su marido; y es obvio que si no recibía pensión alimentaria de él, no podrá invocar ningún perjuicio actual. Sólo existe el riesgo muy eventual e hipotético de que algún día llegue a faltarle todo medio de subsistencia, en cuya hipótesis, de vivir el marido, hubiera podido exigirle alimentos. Pero este perjuicio eventual y remoto no basta para justificar una acción de daños y perjuicios contra el tercero autor del hecho ilícito.

Desde el punto de vista ético, resulta inadmisibles que quien ha sido culpable del divorcio o de la separación y que no tiene necesidades actuales (como lo prueba el hecho de no recibir alimentos), pueda especular con la muerte del marido que abandonó, para reclamar de terceros el pago de una suma de dinero.

En cuanto al daño moral, es indudable que si el supérstite es culpable de la separación, no tiene acción para reclamarlo (ver nota 21); si es inocente, su acción es viable, pero no está amparado por la presunción legal del daño, es decir, que debe probarlo (ver nota 22), lo que ocurriría, por ejemplo, si no obstante la separación, los cónyuges conservaron una buena amistad.

Aunque hemos examinado el problema desde el ángulo de la mujer, por ser la hipótesis de mayor interés práctico, iguales conclusiones se imponen en el caso de que el cónyuge supérstite sea el marido. Sólo podrá reclamar daños y perjuicios del tercero si recibe alimentos de su mujer o si, no recibéndolos, fue inocente del divorcio o de la separación de hecho.

b) A los hijos, sean legítimos o extramatrimoniales, menores o mayores de edad (arts. 1084 Ver Texto y 1085). Si esta solución es de indiscutible justicia en el caso de los hijos menores, en cambio puede ofrecer reparos cuando son mayores y se han independizado económicamente de su padre. En tal caso puede no haber daño económico, pero siempre será indemnizable el daño moral (ver nota 23).

c) A los padres y demás ascendientes (art. 1085 Ver Texto ), aunque se trate de un hijo de corta edad, que en el momento de la muerte sólo originaba gastos (ver nota 24) o aun de un hijo en gestación (ver nota 25).

d) A los hermanos; pero como ellos, por no ser herederos forzosos, carecen del beneficio del daño presunto, deben demostrar que la muerte les ha ocasionado un perjuicio concreto y actual, como ocurriría si recibían del muerto una pensión de alimentos o si vivían en su casa y a costa suya (ver nota 26).

e) A toda otra persona que, aun sin ser pariente, recibiera del muerto una pensión de alimentos fundada en un derecho nacido de la ley o de un contrato; como podría ser el caso del donante.

f) Finalmente, queda por considerar la situación de otras personas que también pueden alegar un daño cierto y actual fundado en un interés legítimo: el acreedor, el socio, el mandante, el empleado, el empleador de la víctima. La cuestión de si estas personas tienen también acción de daños ha suscitado vacilaciones y opiniones contradictorias (ver nota 27).

Por lo pronto es necesario decir que no cabe la menor duda de que no hay acción si el acreedor puede cobrar su crédito de los herederos, si el socio, el empleado o mandatario son reemplazables, si el empleado cuyo principal ha fallecido puede encontrar otro trabajo análogo. En ninguno de estos casos hay perjuicio. Pero supongamos que el deudor no haya dejado bienes con qué responder a una obligación que, empero, hubiera podido atender con su trabajo personal. El perjuicio del acreedor que no puede cobrar es evidente. Supongamos que el socio, el empleado, el mandatario fallecidos, tenían condiciones o calidades muy difíciles de encontrar en otras personas o que sólo ellos reunían. También aquí hay perjuicio para el socio supérstite, el empleador, el mandante. Supongamos, finalmente, que el empleado u obrero que ha quedado sin trabajo por la muerte de su empleador, no pueda encontrar otra ocupación análoga, lo que es perfectamente posible si, por ejemplo, hay desocupación. También en este caso hay perjuicio.

Pero cabe preguntarnos si el autor del hecho ilícito que provocó la muerte debe responder de estos daños. Nos parece que es extender el alcance de la responsabilidad más allá de lo razonable. Si la víctima tenía 1.000 obreros que han quedado sin trabajo, el autor del hecho ilícito (que puede ser un infortunado accidente de tránsito) tendrá que afrontar 1.000 juicios y pagar otras tantas indemnizaciones. Es una solución que repugna al sentido común (ver nota 28).

Aunque en todos estos casos hay lesión a un interés legítimo, opinamos que, como

principio general, tales daños deben reputarse consecuencias casuales y, por lo tanto, no imputables al autor del hecho. Así, en el ejemplo de la muerte del empleador que ha provocado la cesantía de los obreros, es necesario que el evento (muerte) se conecte con un hecho distinto (desocupación) para que surja un perjuicio que sin duda debe reputarse imprevisible. Están así reunidos todos los elementos de las consecuencias casuales (art. 901 Ver Texto ) que son inimputables. También debe reputarse consecuencia casual que el socio, el empleador, el mandante, no encuentren otra persona que reúna las calidades que tenía la víctima; sin contar con que la apreciación de esas calidades dependerá muchas veces de criterios estrictamente subjetivos y que, por lo tanto, será imposible la prueba concreta de que ha sufrido un verdadero daño.

Pero esto no excluye que existan situaciones en que el daño sea reparable. Imaginemos la hipótesis de una vieja sirvienta que ha servido toda su vida a una persona que la conserva a su lado, pagándole su sueldo, más que por los servicios que aún pueda prestar, por afecto y por no dejarla abandonada a una edad en que no podría ya encontrar otra ocupación. La muerte de su empleador la deja en la miseria. No cabe duda de que corresponde la acción de daños contra el autor del hecho ilícito. Quizá podría generalizarse esta situación reconociendo la acción de daños a todas aquellas personas que hayan tenido con la víctima una relación contractual tan íntimamente vinculada con su persona, que la muerte de ésta les produce un daño irremediable. Ya no es necesario, para que éste se produzca, la conexión con otro hecho. La muerte por sí misma produce el daño (ver nota 29).

Para concluir con este delicado tema, agregaremos que nuestra jurisprudencia no registra, que nosotros sepamos, casos de demandas de daños basadas en la muerte del socio, el empleador o empleado, el deudor. Parece que el sentido común estuviera indicando que son improcedentes o que hubiera formada una conciencia jurídica que las rechaza.

1116/1584

1584.— ¿Tiene acción la concubina para reclamar indemnización por la muerte de su concubino? Esta cuestión ha dado lugar a dos posiciones distintas en nuestra doctrina y jurisprudencia.

De acuerdo con la primera, la concubina carece de tal acción puesto que no tiene un derecho legalmente protegido; ella no tenía derecho a reclamar alimentos a su concubino y, por lo tanto, sería inadmisibles reclamar de un tercero una indemnización que tiene el significado de un sustituto de los alimentos a los que no tiene derecho (ver nota 30).

Otro sector de la doctrina, se inclina por sostener que basta un perjuicio de hecho para dar lugar a la indemnización de los daños y que, por lo tanto, la acción de la concubina es procedente (ver nota 31).

En nuestra jurisprudencia se advierte una tendencia cada vez más definida a admitir la acción de la concubina, siempre que ésta pruebe daños ciertos y serios; se exige generalmente la prueba de una larga convivencia y de que ella vivía de los alimentos y recursos que le proporcionaba el muerto (ver nota 32). A veces se ha tomado también en consideración que los concubinos habían tenido hijos comunes (ver nota 33).

Los fallos contradictorios de las distintas salas de la Cámara Civil de la Capital dieron lugar a un plenario que resolvió que los concubinarios están legitimados para reclamar la indemnización del daño patrimonial causado por la muerte de uno de ellos como consecuencia de un hecho ilícito, en tanto no medie impedimento de régimen (ver nota 34).

En nuestras primeras ediciones, nosotros habíamos adherido a la primera postura; pero una nueva reflexión del tema, nos mueve a coincidir en líneas generales con la jurisprudencia hoy predominante. Nos parece claro que el simple concubinato no hace nacer una acción de indemnización, dado que se trata de una unión de hecho, no protegida por la ley (salvo casos de excepción expresamente previstos, entre los cuales no está el nuestro) y que, por lo tanto, no puede ser invocada como título para el ejercicio de una acción de indemnización. Pero si se trata de una larga unión, si se prueba que la concubina vivía de los recursos que le proporcionaba el fallecido, que la muerte de éste la deja en la indigencia, entonces parece justo abrir una acción de indemnización.

Lo dicho hasta aquí sólo se refiere a los daños materiales; respecto del daño moral, la concubina carece de toda acción. En efecto, el art. 1078 Ver Texto dispone expresamente que la acción por indemnización del daño moral sólo competirá al damnificado directo; si del hecho hubiere resultado la muerte de la víctima, únicamente tendrán acción los herederos forzosos. Y puesto que la concubina no hereda a su compañero, carece de acción por daño moral.

Nos hemos referido hasta aquí a la concubina, que es el caso que generalmente se plantea ante la justicia y el considerado preferentemente por los autores; pero es obvio que la misma solución es aplicable al concubino que demuestre que no tiene aptitud para trabajar y que vivía de los recursos que le proporcionaba su compañera (ver nota 35).

1584-1.— Aunque la cuestión esta discutida, pensamos que carecen de acción la prometida (ver nota 36), la persona que recibía una asistencia benéfica del muerto, aunque tuviera carácter regular y prolongado, si carecía de derecho a exigirla (ver nota 37), las instituciones culturales o de beneficencia que recibían de la víctima contribuciones regulares, etcétera.

1584-2.— En cuanto al daño moral surgido de un hecho ilícito que ha provocado la muerte, la ley 17711 ha precisado con toda claridad que sólo tienen acción los herederos forzosos (art. 1078 Ver Texto ). Sobre la cuestión de cuáles son los herederos forzosos que tienen acción, véase nº 177.

1116/1585

1585.— ¿Tiene acción la compañía aseguradora que ha pagado al beneficiario la indemnización pactada por muerte del asegurado, para que el homicida le reintegre esa suma? El art. 525 Ver Texto , Código de Comercio, establece que los aseguradores que hayan pagado la pérdida o daño sobrevenido a la cosa asegurada, quedan subrogados en los derechos de los asegurados para repetir dicha indemnización de los autores del daño que hayan padecido las cosas. Pero hay acuerdo general que esta disposición no es aplicable analógicamente al seguro de vida y que, en este supuesto, el asegurador no tiene acción contra el autor del hecho ilícito (ver nota 38). Esta diferencia se funda en que el seguro de vida no es, como los demás seguros, un contrato de indemnización, sino más bien un acto de previsión; el seguro de una cosa está ligado al valor de ella y, desde luego, no puede excederlo; en el seguro de vida, la cantidad de la prima a que se somete el asegurado, determina la del capital correspondiente y depende del asegurado constituir un capital más o menos fuerte, según el sacrificio anual que se impone. Ello explica también que el beneficiario de un seguro de cosas no pueda acumular la indemnización que recibe de la compañía de seguros y la que pretende recibir del autor del hecho ilícito (ver nota 39); en tanto que nada se opone a que el beneficiario del seguro de vida lo acumule con la indemnización que reclama del homicida (ver nota 40). Ni siquiera podría esgrimirse el argumento que, de no ocurrir el siniestro, la compañía no se hubiera visto obligada a pagar el seguro; porque la muerte ha de ocurrir irremediamente y la compañía estará siempre obligada al pago de la indemnización.

1116/1586

1586. CASO EN QUE EL ACCIONANTE RECIBE BIENES EN LA SUCESIÓN DE LA VÍCTIMA.— Puede ocurrir que el accionante por daños y perjuicios haya recibido bienes en la sucesión del difunto. Aparentemente, la muerte no lo ha perjudicado; antes bien, desde el punto de vista económico parece haberlo beneficiado. Cabe preguntarse si en tales casos hay acción de daños.

Desde luego, hay un supuesto que no ofrece dudas: si los bienes heredados son muy modestos, si la privación de los recursos que la víctima aportaba a su hogar obliga a la viuda e hijos a reducir su tren de vida, es evidente que ellos tienen acción de daños. ¿ Pero qué ocurre si los bienes son cuantiosos? Según la opinión predominante, el autor del hecho ilícito no puede oponer compensación del daño con el beneficio derivado de la herencia, puesto que este beneficio no tiene conexión con el hecho ilícito, sino que deriva de la

vocación sucesoria del damnificado; el hecho ilícito no es más que la ocasión fortuita que da vida a dicha vocación, en tanto que es causa de los daños que se pretende compensar (ver nota 41). Todavía se añade que admitir esa compensación importaría una reducción de la deuda del autor del hecho ilícito, que por vía de evitar un enriquecimiento a la víctima, llevaría al indebido enriquecimiento de aquél, con evidente injusticia (ver nota 42).

Nos parece que la cuestión está mal planteada. No se trata, a nuestro juicio, de una compensación entre el daño y el beneficio; se trata de que el hecho de la muerte no ha producido al heredero ningún perjuicio económico, porque al recibir la herencia su patrimonio se ha acrecentado. Igualmente impropio nos parece sostener que la solución de negar la indemnización conduce a un enriquecimiento del autor del hecho. Nuevamente tenemos que decir que el problema debe plantearse desde el ángulo de si ha habido o no perjuicio; si no lo ha habido, nada tiene que indemnizar el autor del hecho, sin que esto importe enriquecimiento para él. Simplemente no ha habido daño. Esta falta de daño puede derivar de muchas causas, quizá casuales y totalmente ajenas a la criminalidad del acto; en nuestro caso, no puede aducir el perjuicio patrimonial derivado de la muerte de una persona, quien como consecuencia de esa muerte ha recibido cuantiosos bienes (ver nota 43). Lo único que puede reclamar es la indemnización del daño moral.

1116/1587

1587. CASO EN QUE EL HECHO ILÍCITO NO HAYA OCASIONADO LA MUERTE.— Puede ocurrir que el hecho ilícito sólo haya ocasionado una incapacidad total y permanente. Esta situación tiene una similitud evidente con el supuesto de muerte en cuanto a los daños que indirectamente pueda provocar para terceros. Tal incapacidad significa, como la muerte, un cese de las actividades y del trabajo productivo de la víctima; si de ello resulta daño a terceros, éstos tienen derecho a reclamar indemnización.

Pero cabe preguntarse si los parientes que en el momento del accidente ostentaban la calidad de potenciales herederos necesarios, se benefician aquí también con la presunción de daño establecida en los arts. 1084 Ver Texto y 1085. Creemos que no. Este es un régimen de excepción, establecido por la ley sólo para el caso de homicidio. Está bien que así sea. Cuando la víctima sobrevive al hecho que la incapacita, parece lógico concentrar en ella el derecho a reclamar indemnización; y sólo admitirlo también en favor de terceros, cuando el daño resulte muy evidente y concluyentemente probado. Creemos, pues, que los demás parientes sólo podrían reclamar daños si, como consecuencia del hecho que ha privado a la víctima de sus entradas habituales, ha debido suspender la pensión alimentaria o una ayuda económica equivalente.

1116/1588

1588. ACCIONES CON QUE CUENTAN LOS HEREDEROS CON MOTIVO DE LA MUERTE DE UNA PERSONA (ver nota 44).— De lo expuesto en los párrafos anteriores resulta que los herederos (como todo otro perjudicado que pruebe los daños sufridos) tienen derecho a reclamar la indemnización de los perjuicios que les ha producido la muerte de una persona. Es una acción que les corresponde *jure proprio*, como damnificados personales, independiente de todo título hereditario. Pero cabe preguntarse si también tienen otra acción *jure hereditatis*, es decir, nacida de su calidad de herederos.

Desde luego, hay daños respecto de los cuales no cabe discusión; si entre el momento del hecho ilícito y el de la muerte, la víctima ha realizado gastos (médicos, sanatorio, remedios, etc.) o ha dejado de ganar dinero por razón de encontrarse imposibilitada para trabajar como consecuencia de las lesiones, es indudable que ese daño sufrido por la víctima en su patrimonio puede ser reclamado por sus herederos en su carácter de tales. En lo que atañe al daño moral sufrido en ese tiempo por la víctima (padecimientos, dolores, temor a la muerte), la acción no se transmite a los herederos a menos que haya sido iniciada en vida por el causante (art. 1099 Ver Texto ).

Pero la cuestión más delicada es la de si la muerte en sí misma hace nacer o no una acción *jure hereditatis*. Es necesario decir que no se trata de una cuestión meramente académica, sino que tiene un evidente interés práctico: a) si los herederos tuvieran dos acciones, una *jure hereditatis* y otra *jure proprio*, podrían reclamar una doble indemnización: la primera, por el perjuicio que el homicidio ha causado a la víctima; la segunda, por el perjuicio que los herederos han sufrido personalmente (ver nota 45); b) quienes intentan la acción *jure hereditatis* no necesitan probar el daño, puesto que éste consiste en la misma muerte; en tanto que los que invocan un daño personal, necesitan, en principio, probarlo. Pero ya hemos dicho que, según una corriente jurisprudencial y doctrinaria que nosotros compartimos, los herederos necesarios no precisan probar el daño, que está presumido por la ley. Esto reduce considerablemente el interés de esta consecuencia que, sin embargo, lo mantiene en las siguientes hipótesis: 1) que el heredero no sea forzoso (por ejemplo, un hermano), en cuyo caso la acción *jure proprio*, exige la prueba del daño; 2) que se pruebe que el heredero (sea o no forzoso) ha recibido cuantiosos bienes en la sucesión del difunto, en cuyo caso carece de acción *jure proprio*, en tanto que ese hecho no influye en la acción *jure hereditatis*, pues el perjuicio que la víctima ha sufrido con su muerte no depende de su mayor o menor fortuna.

Sentado así cuál es el interés de la cuestión, veamos si debe admitirse que la muerte, en sí misma, hace nacer una acción *jure hereditatis*. La opinión afirmativa se funda en razones no despreciables. La vida es el supremo bien humano, como que sin ella no puede gozarse de ningún otro. La pérdida de ese bien es, por lo tanto, indemnizable; y si lo es, debe admitirse la transmisibilidad de la acción a los herederos (ver nota 46). Los autores que comparten esta opinión hacen notar, con razón que no cabe formular ninguna distinción fundada en la circunstancia de que la muerte haya sido o no instantánea. En vano se dirá que la muerte instantánea no produce ningún dolor, ningún sufrimiento; o que, puesto que la víctima murió simultáneamente con la agresión, no pudo adquirir ningún derecho. Es un



razonamiento que no se sostiene. Basta pensar que entre el hecho ilícito y la muerte hay una relación de causa a efecto para comprender que el primero ha debido necesariamente ser anterior a la segunda; basta ese instante para que el derecho quede anterior a la segunda; basta ese instante para que el derecho quede adquirido por la víctima.

Para considerar el problema, es necesario, pues, apartarse de la cuestión, ya superada, de si la muerte ha sido o no instantánea. Porque lo que se cuestiona es si el hecho mismo de la muerte es indemnizable. Y la muerte se produce en un solo instante, haya o no mediado un lapso prolongado desde que ocurrió el hecho ilícito. En otras palabras, es necesario determinar si la muerte hace nacer una acción en favor de la víctima (que luego pueda transmitir a sus herederos). Esto decide, a nuestro entender, la cuestión. No puede nacer un derecho en favor de un muerto. Este deja de ser persona en el mismo momento que se produce el daño. Por consiguiente, la muerte en sí misma no da lugar al nacimiento de una acción en cabeza del muerto que luego se transmita a sus herederos; éstos sólo pueden accionar *jure proprio*, en razón del perjuicio que a ellos personalmente les ha producido aquel infortunio (ver nota 47).

1116/1589

1589.— Aunque negamos que el hecho de la muerte en sí mismo pueda generar una acción *jure hereditatis* en favor de la víctima, hemos dicho ya que tal acción existe con relación a todos los perjuicios que la víctima hubiera podido reclamar en vida; además, los herederos cuentan con la acción nacida del perjuicio que personalmente les ha causado la muerte. La distinción entre una y otra acción tiene importancia:

a) La renuncia o transacción hecha por la víctima con el autor del hecho ilícito, tiene plenos efectos respecto de sus herederos en relación a la acción *jure hereditatis*; en cambio, no afecta en lo más mínimo a la acción *jure proprio*.

b) La circunstancia de que en el juicio por daños y perjuicios seguido por la víctima haya recaído sentencia fijando el monto de los daños, no afecta el derecho de los herederos de reclamar del autor del hecho la reparación de los perjuicios que personalmente les ha producido la muerte (ver nota 48); en tanto que aquella sentencia hace cosa juzgada respecto de la acción *jure hereditatis*.

c) Quien demanda *jure hereditatis* debe comprobar su carácter de heredero, lo que no tiene que hacer quien demanda *jure proprio* (ver nota 49).

1116/1590

1590. CONCURRENCIA DE DAMNIFICADOS.— Si de la muerte o de la incapacidad de una persona originada en un hecho ilícito, resulta varios damnificados, cada uno de ellos tiene una acción independiente. De donde se desprende que no hay entre los damnificados ninguna solidaridad activa; la renuncia a la acción de unos no perjudica a los otros (art. 1100 Ver Texto ); tampoco puede serles opuestas a éstos la transacción; y la condena al autor del daño en el juicio seguido por una de las víctimas no hace cosa juzgada respecto de los otros (ver nota 50).

Todas estas consecuencias se desprenden muy clara y lógicamente del principio de que las acciones son independientes. Pero el sistema puede conducir a singulares complicaciones. Así, por ejemplo, muere una persona casada que tiene hijos y ascendientes vivos. ¿Habrá que reconocer acción a la viuda, a los hijos, a los dos padres, a los cuatro abuelos, al hermano que recibía alimentos, quizás al empleado? Las acciones en cadena podrían no tener fin.

Para poner un poco de orden en este intrincado problema, distingamos diversas situaciones. Puede ocurrir, ante todo, que el accidente no haya provocado la muerte, sino una incapacidad total y permanente. Pensamos que, en este caso, la acción se concentra en la víctima. Si ella acciona, no puede hacerlo ya su cónyuge, pues en la demanda de la víctima debe comprenderse todo el perjuicio que de la incapacidad deriva para el damnificado directo y su núcleo familiar. Pero si el damnificado directo no demanda o, más aún, si renuncia a su acción, por efecto de la independencia de las acciones, puede hacerlo su esposa, por sí y por sus hijos menores (art. 1100 Ver Texto ). En cuanto a los otros parientes, sólo pueden demandar, a nuestro juicio, si en el momento del hecho ilícito recibían alimentos u otra ayuda análoga de la víctima y, como consecuencia de la incapacidad, han dejado de recibirlos (véase nº 1587).

1116/1591

1591.— Supongamos ahora que la víctima ha fallecido. Nos parece que la concurrencia de los diversos parientes debe resolverse sobre esta base: habiendo esposa e hijos los ascendientes carecen de derecho a accionar por daños y perjuicios (ver nota 51), a menos que prueben un daño actual y concreto, como sería recibir una pensión de alimentos, vivir en la casa de la víctima a costa de ésta, etcétera. Esta solución resulta lógicamente del principio de que la presunción de daños sólo juega en favor de los herederos forzosos (véase nº 1582); y habiendo cónyuge e hijos, los ascendientes carecen de vocación hereditaria, por lo que no pueden invocar el beneficio del daño presunto y sólo pueden accionar en base a un perjuicio concreto, debidamente probado. Ya no podrán los padres limitarse a invocar el daño eventual que les resulta de no poder contar en el futuro con la ayuda que es de esperar de un hijo.

Con esta solución se pone coto a la proliferación indeseable de demandas de daños intentadas por todos los ascendientes y descendientes.

1116/1592

1592.— Todavía hay más complicaciones cuando los padres de la víctima son los accionantes. Supongamos que el matrimonio esté unido. ¿La acción intentada por el marido excluye la de la esposa? La dilucidación de este problema es extremadamente delicada. La indemnización exigible por la muerte de un hijo se compone de distintos rubros, algunos de los cuales tienen el carácter de bien propio de los cónyuges, y otros son gananciales (véase Tratado de Familia, t. 1, n° 319). Si es propio o de administración reservada de uno de los cónyuges, sólo él puede ejercer la acción. Pero vayamos al rubro quizá más importante: el valor económico que la jurisprudencia ha reconocido a la vida humana. ¿Es de carácter propio de cada uno de los padres o es ganancial? La cuestión es dudosa. Si fuera propia, queda fuera de duda que la acción de cada uno de los cónyuges es perfectamente independiente. Pero aunque fuera ganancial, nos parece indiscutible que se trata de un bien ganancial de administración reservado para el cónyuge que ha sufrido el daño (en nuestro caso, ambos), dado que la ley 17711 ha creado un sistema bicéfalo de administración de la sociedad conyugal. Por ello pensamos que la acción de cada cónyuge es independiente y que la renuncia o transacción del marido no puede ser opuesta a la mujer (ver nota 52).

1116/1593

1593.— Frecuentemente, el cónyuge supérstite de la víctima de un hecho ilícito, demanda la reparación de los daños a nombre propio y de sus hijos. Fijado el monto total de la indemnización, ¿en qué proporción se la debe distribuir entre todos ellos? Si la acción se ejerce jure hereditatis, la proporción está dada por las reglas del derecho sucesorio y dependerá del carácter propio o ganancial de los distintos rubros que integran la reparación (véase Tratado de Derecho Civil, Familia, t. 1, n° 319). Si la acción se ejerce jure proprio (y ya hemos dicho que la derivada del daño que causa la muerte en sí mismo sólo puede ejercitarse en este carácter) la proporción será fijada prudencialmente por los jueces. Algunos fallos lo han establecido en el 50% para el cónyuge supérstite y en el 50% para todos los hijos (ver nota 53). Pero nos parece que no cabe formular reglas fijas y que es necesario tener en cuenta las circunstancias del caso para decidir la cuestión.

1116/1594

1594. LEGITIMACIÓN ACTIVA EN CASO DE INJURIAS.— Según el art. 1080 Ver Texto , el marido y los padres pueden reclamar pérdidas e intereses por las injurias hechas a la mujer e hijos. Esta disposición presenta algunos problemas que es necesario dilucidar.

Ante todo, es claro que se trata de una acción propia que la ley concede al marido y al padre, independiente de la que corresponde a la propia víctima (ver nota 54). Es natural que así sea, pues si se tiene en cuenta la solidaridad normal del grupo familiar, es obvio que la injuria o calumnia hecha a la esposa e hijos, hiere al jefe del hogar. De ahí que la renuncia que hiciera la esposa de su acción, no obstaría a la procedencia de la de su marido.

La ley confiere la acción al marido. ¿Significa esto que la mujer no tiene acción por la injuria hecha a su esposo? La cuestión es discutible (ver nota 55); pero nosotros nos inclinamos por reconocérsela. Nos parece fuera de toda discusión que la injuria hecha al marido hiere a su mujer. En consecuencia y por aplicación de la regla general del art. 1079 Ver Texto , ésta tiene acción de resarcimiento.

¿Subsiste la acción aun en caso de divorcio? Podría argüirse, en favor del reconocimiento de la acción, que el divorcio de nuestra ley no destruye el vínculo y que el marido bien puede sentirse afectado por una ofensa hecha a quien, de cualquier modo, es su esposa; pero no obstante la fuerza del argumento, nos inclinamos por la solución opuesta. Estas acciones están encaminadas a la reparación pecuniaria del daño; y resulta poco digno que el marido aparezca lucrando con una ofensa hecha a la mujer de la cual se encuentra divorciado.

En opinión de algunos autores, los padres sólo tienen acción cuando se trata de sus hijos menores o incapaces (ver nota 56). Nos parece una interpretación inadmisibles. Hay que notar que no se trata aquí de una acción ejercida en nombre de los hijos, sino a nombre propio. No interesa, por lo tanto, que sean menores o mayores. Más aún, parece indudable que el padre debe sentir la ofensa más vivamente si se refiere a un hijo mayor que a uno menor de edad; porque una injuria o una imputación calumniosa es evidentemente más grave cuando se refiere a un hombre formado que cuando alude a una criatura. Y resultaría que esta interpretación privaría de acción al padre justamente cuando esa acción tiene mayor justificativo. Finalmente, puede todavía hacerse un argumento de derecho positivo: la ley no distingue entre hijos menores y mayores de edad. Está bien que así sea (ver nota 57).

1116/1595

1595.— Hasta aquí nos hemos referido al daño derivado de la injuria en sí misma; se trata de la reparación del daño moral. Pero de la calumnia pueden derivarse también daños económicos. Por ejemplo, a raíz de una acusación calumniosa, una persona es despedida de su empleo. En tal caso, todos los damnificados indirectos (esposa, hijos, parientes que recibían alimentos y han dejado de percibirlos, etc.) tienen acción de daños de conformidad a la regla del art. 1079 Ver Texto .

1116/11280

1595 bis. RETRACTACIÓN DEL ACUSADO POR INJURIAS O CALUMNIAS.— La retractación no impide la procedencia del resarcimiento tanto material como moral, porque retractarse implica admitir que se ha faltado a la verdad, lo que constituye un amplio reconocimiento del hecho y de la culpa (ver nota 58).

1116/1596

1596. LEGITIMACIÓN ACTIVA EN CASO DE DAÑO MORAL; REMISIÓN.— Hemos tratado el tema en el n° 179, al que remitimos.

1116/11290

1596 bis. LEGITIMACIÓN ACTIVA PARA INTENTAR LA ACCIÓN CIVIL DENTRO DEL PROCESO PENAL.— La Cámara Criminal de la Capital ha declarado que sólo pueden intentar la acción civil dentro del proceso penal las personas que, conforme a la ley procesal, puedan constituirse en querellantes (ver nota 59). Ahora bien: conforme al art. 170, Código de Procedimientos en lo Criminal de la Capital Federal (antes de la reforma introducida por decreto-ley 2021/1963) sólo podía asumir el papel de querellante la persona particularmente ofendida y, si se trata de incapaces, sus representantes legales. En consonancia con el espíritu estricto de la norma, los tribunales decidieron que los herederos y sucesores de la parte ofendida en delitos de acción pública, no tienen derecho de querellarse (ver nota 60).

En lo que atañe al delito de homicidio, esta jurisprudencia parecía excesivamente restrictiva y motivó la sanción legal de un agregado al art. 170, Código de Procedimientos en lo Criminal, que dice así: En caso de homicidio, o de cualquier otro delito que tuviera como consecuencia una muerte, también podrán querellar el cónyuge, los padres y los hijos de la víctima; y quien en ese momento hubiera sido su tutor, curador o guardador (decreto-ley 2021/1963).

En suma: como principio general aplicable a todos los delitos que no sean homicidio, sólo pueden querellar (y, por lo tanto, accionar por indemnización de daños en el proceso penal) las personas directamente ofendidas; en caso de homicidio pueden también querellar y reclamar los daños dentro del proceso penal, el cónyuge, los padres y los hijos de la víctima. Los otros damnificados indirectos, cualquiera sea el delito de que se trate, deberán ocurrir ante la jurisdicción civil para accionar por daños y perjuicios.

1116/1597

1597. HECHOS QUE OBSTAN AL NACIMIENTO DE LA ACCIÓN.— Dispone el art. 1085 Ver Texto que la indemnización derivada de la muerte de una persona sólo podrá ser exigida por el cónyuge sobreviviente y por los herederos necesarios del muerto, si no fueren culpables del delito como autores o cómplices o si no lo impidieron, pudiendo hacerlo. En lo que atañe al supuesto de autoría o complicidad, era innecesario decirlo, pues en tal caso el culpable no sólo no puede tener acción, sino que es responsable del daño.

Y lo que se dispone para el supuesto de homicidio es obviamente aplicable a todo daño causado por cualquier otro delito.

Sobre si la indignidad para heredar priva de la acción de indemnización por la muerte de una persona, véase nº 1349.

1116/1598

1598. EXTINCIÓN DE LA ACCIÓN.— La acción de resarcimiento derivada de un hecho ilícito, se extingue:

a) Por renuncia que de ella haga el damnificado (art. 1100 Ver Texto ); pero hay que tener en cuenta que si hay varios damnificados, las acciones son independientes, de tal modo que ni siquiera la renuncia del damnificado directo priva a los demás de la acción que a ellos les corresponde (art. 1100 Ver Texto ; véase nº 1590).

b) Por transacción (art. 842 Ver Texto ); se entiende que lo único que puede ser objeto de transacción es la acción civil derivada de un hecho ilícito, pero no la acción penal (artículo citado).

c) Por prescripción, que se opera a los dos años del hecho ilícito (art. 4037 Ver Texto ). Sobre los problemas que origina el cómputo del término, véase nº 1136.

(nota 1) C.S.N. 12/10/1976, E. D., t. 70, p. 275; C. Civil Cap., en pleno, 22/9/1978, L. L., 1978-D, p. 180; C. Com. Cap., en pleno, 29/11/1978, L. L., 1978-D, p. 756; C. Esp. C. y C. Cap., en pleno, 30/9/1975, L. L., 1976-C, p. 12; Sup. Corte Buenos Aires, 20/7/1976, E. D., t. 68, p. 147; C. C. y C. Córdoba en pleno, 10/6/1977, J. A., 1977-III, p. 624 Ver Texto ; C.

Civil Cap., Sala A, 14/4/1975, L. L., 1975-C, p. 16; íd., “Cosmos c/Armada Nacional” (inédito), con disidencia del doctor Moncayo; Sala D, 31/7/1974, L. L., t. 156, p. 31; íd., 16/5/1974, E. D., t. 58, p. 336; C. Paz Cap., Sala III, 27/12/1973, J. A., t. 21, 1974, p. 201; C. Fed., Cap., 15/10/1968 E. D., t. 28, p. 334; C. Apel. Rosario, 9/12/1972, E. D., t. 46, p. 684; SOLARI BRUMANA. J. A., t. 24, 1974, p. 180; GARRIGA. J. A., t. 22, 1974, p. 242; BUSTAMANTE ALSINA. La acción del asegurador contra el responsable del daño, L. L., t. 1975-A; MORELLO y TRÓCOLI, El asegurador y el pago con subrogación de una deuda de valor, J. A., t. 6, 1970, p. 602; GARCÍA CAFFARO, ¿Encaja en la subrogación del asegurador el reconocimiento de depreciación monetaria?, L. L., t. 138, p. 753; HALPERIN, Seguros, n° 118.

(nota 2) C. Civil Cap., Sala B, 3/10/1974, L. L., t. 1975-A, p. 495; íd., 30/8/1974, L. L., t. 156, p. 315; Sala C, 27/3/1974, L. L., t. 154, p. 554, y J. A., t. 22, 1974, p. 240; íd., 12/9/1974, E. D., t. 58, p. 330; y L. L., t. 156, p. 616; Sala E, 5/6/1974, L. L., t. 156, p. 22; íd., 10/9/1974, E. D., t. 58, p. 335; íd., 30/10/1974, t. 62, p. 274; Sala F., 19/3/1974, L. L., t. 155, p. 283; íd., 23/9/1974, E. D., t. 58, p. 333; íd., 1/8/1974, J. A., t. 24, 1974, p. 179; C. Paz Cap., Sala 1ª, 16/11/1973, J. A., t. 21, 1974, p. 200; íd., 26/2/1975, L. L., n° 72.127; C. Com. Cap., Sala A, 26/4/1974, E. D., t. 56, p. 366; íd., 11/6/1974, E. D., t. 56, p. 368; Sala B, 23/6/1961, L. L., t. 106, p. 138; íd., 30/6/1970, E. D., t. 39, p. 778; Sala C, 28/4/1969, E. D., t. 30, p. 548; C. Civil y Com. Córdoba, 26/12/1974, L. L., fallo n° 72.027; QUAGLIA, Seguro, desvalorización monetaria, L. L., diario del 12/3/1975; PLINER, La subrogación del asegurador, E. D., t. 61.

(nota 3) Para mayores desarrollos del tema véase nuestro trabajo: Algo más acerca del controvertido derecho de las compañías de seguros a reclamar la desvalorización monetaria, L. L., 1975-C, p. 793.

(nota 4) MACHADO, t. 3, p. 360.

(nota 5) COLOMBO, Culpa aquiliana, 2ª ed., núms. 234 y 238; CAMMAROTA, Responsabilidad extracontractual, t. 2, núms. 507 y s.; SPOTA, nota en J. A., 1956-I, p. 53, n° 4 (autor que, sin embargo, hace la salvedad de que el interés de hecho no debe ofender la moral ni una ley de orden público); SALVAT, Hechos ilícitos, núms. 2921 y 2923; BUSTOS BERRONDO, en Jus, 1962, n° 3, p. 69, n° 9.

(nota 6) ACUÑA ANZORENA, en SALVAT, Hechos ilícitos, n° 2921, nota 2, b. De acuerdo: C. Civil Cap., Sala A, 23/8/1965, causa 99.071; ORGAZ, El daño resarcible, n° 32; REZZÓNICO, 9ª ed., t. 2, p. 1417; ABELLEYRA, nota en L. L., t. 114, p. 959; AGUIAR, t. 5, n° 97; MAZEAUD, t. 2, n° 1873; DEMOGUE, t. 4, núms. 526 y s.

(nota 7) El problema resulta insoluble para los autores que se conforman con un interés de

hecho para fundar la acción de daños. Así, por ejemplo, BUSTOS BERRONDO se plantea el problema y renuncia a resolverlo, limitándose a decir, vagamente, que sería interesante plantear el mayor número de casos posibles para proponer las soluciones adecuadas; pero no expresa sobre qué bases han de darse esas soluciones (véase su trabajo en Jus. 1962, nº 3, p. 84, nº 9).

(nota 8) BIBLIOGRAFÍA ESPECIAL: ANDORNO, Responsabilidad civil; la legitimación activa jure proprio en caso de muerte de personas, J. A., 1979-IV, p. 699 (estudio muy completo del tema); ABELLEYRA, El derecho a la reparación de los daños patrimoniales que se originan en el homicidio, L. L., t. 114, p. 959; SPOTA, Titulares de la acción de resarcimiento por la muerte de una persona a causa de un hecho ilícito, J. A., 1956-I, p. 53; SALAS, Personas con derecho a la indemnización por la muerte de otra, en Estudios sobre la responsabilidad civil, p. 49, y J. A., t. 70, p. 309; ACUÑA ANZORENA, Personas con derecho a la reparación por la muerte de otras, en Estudios sobre la responsabilidad civil, p. 89, y L. L., t. 28, p. 727; DASSEN, Daños causados por la muerte de una persona; quiénes tienen derecho a su reparación, en Estudios de derecho privado, p. 161; BUSTOS BERRONDO, Acción resarcitoria del daño causado por homicidio, Jus, 1962, nº 3, p. 69.

(nota 9) SALAS, en Estudios sobre la responsabilidad civil, ps. 49 y s., y J. A., t. 70, p. 309; ACUÑA ANZORENA, en Estudios sobre la responsabilidad civil, ps. 81 y s., y L. L., t. 28, p. 727.

(nota 10) En este sentido: C. Civil Cap., Sala A, 29/11/1957, L. L., t. 91, p. 107; Sala B, 4/6/1959, J. A., 1959-IV, p. 347, y L. L., t. 96, p. 713; Sala D, 19/9/1962, J. A., 1963-III, p. 249, L. L., t. 108, p. 209; íd., 16/3/1979, L. L., 1979-C, p. 181; Sala E, 23/12/1960, L. L., t. 102, p. 725; íd., 30/9/1969, L. L., t. 138, p. 526; Sala F, 10/9/1964, L. L., t. 116, p. 538; íd., 12/5/1966, L. L., t. 123, p. 417; C. Apel. Rosario, Sala III, 27/10/1960, L. L., t. 105, p. 349; ABELLEYRA, nota en L. L., t. 114, p. 959; COLOMBO, Culpa aquiliana, 2ª ed., nº 234; ORGAZ, en Estudios de derecho civil, p. 83; SPOTA, nota en J. A., 1956-I, p. 53; REZZÓNICO, Obligaciones, 9ª ed., p. 1916, en nota; CAMMAROTA, Responsabilidad extracontractual, t. 2, núms. 507 y s.; BUSTOS BERRONDO, en Jus. 1962, nº 3, ps. 69 y s.

(nota 11) ABELLEYRA, El derecho a la reparación de los daños patrimoniales que se originan en el homicidio, L. L., t. 114, p. 959. Su opinión ha sido seguida por la C. Civil Cap., Sala A, 9/6/1964, L. L., t. 117, p. 603, y 23/7/1965, L. L., t. 119, p. 630, con nuestra disidencia parcial y por la C. Civil Cap., Sala A, 18/8/1976, E. D., t. 72, p. 134; íd., 27/2/1978, L. L., 1978-D, p. 79; por el S. T. Córdoba, 23/12/1976, J. A., 1977-IV, p. 163. En sentido concordante, LLAMBIAS, Personas damnificadas por homicidio, E. D., t. 51, p. 890, nº 19; MOSSET ITURRASPE, Responsabilidad por daños, t. II-B, nº 29, a. BUSTOS BERRONDO comparte el criterio de ABELLEYRA de que la viuda y los hijos menores deben probar el daño, que la ley presume; pero sostiene que esta presunción no admite prueba en contrario y favorece también al viudo (Acción resarcitoria del daño causado por



homicidio, Jus, 1962, n° 3, p. 69, n° 4). De acuerdo: ZANNONI, El daño en la responsabilidad civil, nos. 33 y 48.

(nota 12) CAMMAROTA, Responsabilidad extracontractual, t. 2, n° 511. De acuerdo: CAZEAUX y TRIGO REPRESAS, Obligaciones, t. 3, ps. 512 y s.

(nota 13) C. Civil Cap., Sala C, 7/12/1965, J. A., 1966-II, p. 42 (hijos mayores de edad); Sala D, 19/9/1962, J. A., 1963-III, p. 249, y L. L., t. 108, p. 209; íd., 13/8/1976, L. L., 1977-A, p. 146; íd., 30/8/1977, E. D., t. 75, p. 306; Sala E, 23/6/1977, E. D., t. 75, p. 463; íd., 22/8/1977, E. D., t. 78, p. 174; Sala F, 5/12/1978, E. D., t. 82, p. 488; Sala F, 10/9/1964, L. L., t. 116, p. 538; íd., 12/5/1966, L. L., t. 123, p. 417. En la misma línea están los fallos que han declarado que el padre tiene derecho a reclamar indemnización por la muerte de un hijo de corta edad, aunque no produzca prueba de los daños: C. Civil Cap., Sala A, 7/11/1963, J. A., 1964-II, p. 304; íd., 7/6/1960, L. L., t. 98, p. 722; Sala B, 8/7/1959, causa 50.201 (inérita); Sala D, 23/5/1960, L. L., t. 99, p. 783, 4926-S, y J. A., 1960-IV, p. 606; íd., 19/10/1956, L. L., t. 86, p. 45; íd., 6/9/1963, L. L., t. 112, p. 640: C. Apel. La Plata, 3/5/1960, J. A., 1961-IV, síntesis jurisp., p. 12, n° 144.

(nota 14) C. Civil Cap., Sala E, 22/8/1977, E. D., t. 78, p. 174.

(nota 15) Véase jurisprudencia citada en nota 2487.

(nota 16) C. Civil Cap., Sala C, 3/11/1966, L. L., t. 125, p. 733.

(nota 17) En sentido concordante: C. Civil Cap., Sala B, 29/11/1974, J. A., t. 26, 1975, p. 299; CAZEAUX y TRIGO REPRESAS, Obligaciones, t. 3, p. 515.

(nota 18) Sobre este punto no hay disidencias; véase ACUÑA ANZORENA, en SALVAT, Hechos ilícitos, n° 2760, nota 9, a; y autores que se citan en las notas siguientes.

(nota 19) MORELLO, Separación de hecho entre cónyuges, n° 167; BUSTOS BERRONDO, en Jus, 1962, n° 3, p. 76, n° 5, MOSSET ITURRASPE, Responsabilidad por daños, t. II-B, p. 164, nota 77, TRIGO REPRESAS, t. III, p. 516; LLAMBÍAS, nota en E. D., t. 51, p. 892.

(nota 20) C. Civil Cap., Sala D, 3/4/1959, L. L., t. 94, p. 303 (se trataba de un caso de separación de hecho y el tribunal resolvió que mientras no se pruebe que la esposa ha perdido su derecho a los alimentos, conserva la acción de daños contra el tercero autor del

homicidio); DÍAZ DE GUIJARRO, nota en J. A., t. 48, p. 119. La jurisprudencia y la doctrina francesa admiten el derecho de la esposa separada de hecho a reclamar la reparación de los daños derivados de la muerte del esposo, sin hacer distinción entre la culpable y la inocente de la separación (MAZEAUD, t. 1, n° 277-3; SAVATIER, t. 2, n° 549); pero no existen allá los textos legales que en nuestro derecho legitiman esa distinción.

(nota 21) KEMELMAJER DE CARLUCCI, Separación de hecho entre cónyuges, p. 120.

(nota 22) KEMELMAJER DE CARLUCCI, op. y loc. cit. en nota anterior; SPOTA, nota en J. A., 1956-I, p. 53.

(nota 23) S. C. Mendoza, 7/6/1960, J. A., 1960-VI, p. 550; C. Apel. Rosario, 11/10/1955, J. A., 1957-IV, p. 190; ZANNONI, El daño en la responsabilidad civil, n° 36; SPOTA, nota en J. A., 1953-III, p. 337, n° 4.

(nota 24) Véase jurisprudencia citada en nota 2487.

(nota 25) C. Civil Cap., Sala A, 18/11/1964, J. A., 1965-I, p. 615, C. 615; C. Esp. C. y C. Cap., Sala IV, 30/3/1979, E. D., t. 85, p. 771; ZANNONI, El daño en la responsabilidad civil, n° 35.

(nota 26) En este sentido se ha uniformado hoy la jurisprudencia: C. Civil Cap., Sala A, 29/11/1957, L. L., t. 91, p. 107; Sala B, 4/6/1959, J. A., 1959-IV, p. 347, y L. L., t. 96, p. 713; Sala C, 3/3/1955, L. L., t. 79, p. 276; Sala E, 23/12/1960, L. L., t. 102, p. 725; C. Fed. Rosario, 16/8/1954, L. L., t. 78, p. 660. Algunos viejos fallos le negaban ese derecho: C. Civil 2ª Cap., 14/5/1937, J. A., t. 58, p. 510; Sup. Corte Buenos Aires, 10/9/1946, J. A., 1946-IV, p. 604.

(nota 27) En el sentido de que el acreedor y el socio tienen acción de daños: MAZEAUD, t. 1, n° 277-6, LLAMBÍAS, Personas damnificadas por homicidio, E. D., t. 51, p. 892, n° 26; ANDORNO, J. A., 1979-IV, p. 699, n° 14. En sentido contrario: SAVATIER, t. 2, n° 552. La jurisprudencia francesa registra muy pocos casos y es vacilante (véase la citada por estos autores). También es poco firme la jurisprudencia italiana (véase la citada por BONASI BENUCCI, La responsabilidad civil, n° 16).

(nota 28) De acuerdo: LLAMBÍAS, loc. cit. en nota 2497 (con reservas para el caso de homicidio intencional).

(nota 29) Concuerta con esta doctrina un fallo de la C. Civil Cap., Sala E, que reconoció el derecho a ser indemnizada por la muerte de un menor a la persona que lo crió desde los tres meses hasta el momento del deceso (en que tenía 12 años), dándole trato de verdadero hijo: 30/9/1969, L. L., t. 138, p. 526. En un orden de ideas semejante, la Corte Suprema italiana ha admitido la resarcibilidad del daño derivado de la muerte de un dependiente o de un socio cuando en la configuración de la relación contractual perturbada, la posición del sujeto aparezca tan íntimamente vinculada a su persona que llegue a constituir un elemento verdaderamente esencial e insustituible en el proceso productivo (fallo de 18/7/1940, cit. por BONASI BENUCCI, La responsabilidad civil, n° 16, p. 67).

(nota 30) C. Civil Cap., Sala A, 23/7/1965, causa 99.071; Sala D, 31/7/1958, L. L., t. 93, V° Daños y perjuicios, p. 40, n° 13; C. C. C. Esp. Cap., Sala V, 9/11/1978, J. A., 1979-III, p. 3; BUSTAMANTE ALSINA, Teoría de la responsabilidad civil, n° 339 (Ver Texto); ORGAZ, El daño resarcible, núms. 35 y s.; LLAMBÍAS, nota en E. D. t. 51, p. 892, n° 28; KEMELMAJER DE CARLUCCI, nota en J. A., 1979-III, p. 6; ALTERINI, Responsabilidad civil, n° 153, CAZEAUX-TRIGO REPRESAS, Obligaciones, t. 1, p. 333; BUSSO, t. 2, p. 126, n° 106; DASSEN, nota en L. L. t. 1, ps. 687 y s., nota 7; ANDORNO, nota en J. A., 1979-IV, p. 705; MÉNDEZ COSTA, nota en L. L., t. 1987-D, 516.

(nota 31) SALVAT, Hechos ilícitos, n° 2923; SPOTA, nota en J. A., 1947-II, p. 305; COLOMBO, Culpa aquiliana, 2ª ed., n° 235; CAMMAROTA, Responsabilidad extracontractual, t. 2, n° 513; BUSTOS BERRONDO, en Jus, 1962, n° 3, p. 85; ZANNONI, Derecho de familia, t. 2, n° 784 y El concubinato, p. 53.

(nota 32) C. Civil Cap., Sala A, 31/3/1987, L. L., 1981-D, p. 516; Sala B, 13/8/1987, E. D. t. 132, p. 241; Sala C, 4/6/1977, E. D. t. 75, p. 545; Sala F, 14/3/1967, E. D. t. 21, p. 229; C. Apel. San Isidro, 27/10/1988, Doctrina Judicial, n° 3580; C. Apel. Morón, 12/4/1984, E. D. t. 111, p. 500; C. Fed. Tucumán, 23/7/1971, L. L., t. 144, p. 476.

(nota 33) La C. Civil Cap., Sala B, tomó en consideración, además de una larga convivencia, la circunstancia de que la pareja había tenido tres hijos: 13/8/1987, E. D., t. 132, p. 241.

(nota 34) C. Civil Cap. en pleno, 4/4/1995, L. L., 1995-C, p. 643, con numerosas e importantes disidencias.

(nota 35) C. Civil Cap., Sala C, 4/6/1977, E. D., t. 75, p. 545 (la demanda fue rechazada, pero con el argumento de que el concubino debió haber probado en qué medida el aporte de su compañera lo privaba de recursos, lo que significa que si esa prueba se hubiera producido, la demanda hubiera sido procedente).

(nota 36) En este sentido: BONASI BENUCCI, La responsabilidad civil, n° 16; es también la solución de la jurisprudencia francesa: véase la citada por MAZEAUD, t. 1, n° 277-5 (hay que decir que estos autores critican esta jurisprudencia, sosteniendo que debe admitirse la acción de la prometida).

(nota 37) Salvo las excepciones que se han hecho en los núms. 1584 in fine y 1585. Con un criterio más general, admiten esta acción BUSTOS BERRONDO, en Jus. 1962, n° 3, p. 85, nota 38; CAMMAROTA, Responsabilidad extracontractual, t. 2, n° 514; MAZEAUD, t. 1, n° 277-5.

(nota 38) C. Com. Cap., 30/4/1935, L. L., t. 3, p. 765, y J. A., t. 50, p. 281; Sup. Corte Buenos Aires, 27/9/1948, L. L., t. 52, p. 636, y J. A., 1948-III, p. 512; *id.*, 8/6/1955, L. L., t. 80, p. 589; ORGAZ, El daño resarcible, 2ª ed., n° 33, p. 132, nota 22; HALPERIN, Contrato de seguro, 2ª ed., p. 414, n° 124; ZAVALA RODRÍGUEZ, Código de Comercio comentando, t. 2, n° 1931.

(nota 39) C. S. N., 2/8/1939, L. L., t. 15, p. 675, y jurisprudencia allí citada.

(nota 40) HALPERIN, Contrato de seguro, 2ª ed., en nota anterior.

(nota 41) En este sentido, ORGAZ, El daño resarcible, n° 55, p. 210. cuyo razonamiento fue invocado por la C. Civil Cap., Sala B, 4/6/1959, L. L., t. 96, p. 713. De acuerdo: C. Civil 2ª Cap., 26/12/1942, J. A., 1943-I, p. 644 y L. L., t. 29, p. 265; C. Apel. Dolores, 8/4/1933, J. A., 1933-II, p. 109; PLANIOL-RIPERT-ESMEIN, ed. La Habana, t. 6, p. 940, nota 1; DEMOGUE, t. 4, n° 606; SAVATIER, t. 2, n° 584.

(nota 42) Así lo dijo la C. Civil Cap., Sala B, en el voto citado en nota anterior.

(nota 43) De acuerdo: C. 2ª Apel. La Plata, 26/6/1942, J. A., 1942-II, p. 385.

(nota 44) BIBLIOGRAFÍA ESPECIAL: SALAS, Acciones de indemnización por la muerte de una persona en Estudios sobre la responsabilidad civil, p. 59, y J. A., 1943-II, p. 942; *id.*, Determinación del daño causado a la persona por el hecho ilícito, Revista del Colegio de Abogados de La Plata, 1961, n° 7, p. 305; ORGAZ, La acción de indemnización en los casos de homicidio, en Estudios de derecho civil, p. 63; SPOTA, Los titulares del derecho al resarcimiento en la responsabilidad aquiliana, J. A., 1947-II, p. 305, nota 2.

(nota 45) Es necesario decir que los tribunales fijan siempre una indemnización global, sin tener en cuenta esta artificiosa distinción.

(nota 46) De acuerdo con esta doctrina: C. Civil 1ª Cap., 12/12/1944, L. L., t. 37, p. 128; C. Civil 2ª Cap., 23/12/1944, J. A., 1947-II, p. 305; C. Apel. 1ª La Plata, 16/4/1948, J. A., 1948-I, p. 734; íd., 23/12/1954, J. A., 1955-III, p. 124; C. Apel. 2ª La Plata, 26/7/1949, J. A., 1949-IV, p. 40; C. Apel Mercedes, 5/9/1952, L. L., t. 70, p. 288; SPOTA, nota en J. A., 1947-II, p. 305, nota 2; MAZEAUD, t. 2, n° 1912; SAVATIER, t. 2, n° 543.

(nota 47) Adhieren a este criterio: C. Civil Cap., Sala A, 18/8/1976, E. D., t. 72, p. 134; Sala D, 19/9/1962, L. L., t. 108, p. 209, y E. D., t. 3, p. 233 (siguiendo un importante voto del doctor FLEITAS); LLAMBÍAS, voto en fallo de la C. Civil Cap., Sala A, 7/7/1964, E. D., t. 9, p. 32; BUSTOS BERRONDO, en Jus. 1962, n° 3, p. 69; ORGAZ, en Estudios de derecho civil, ps. 68 y s.; DASSEN, en L. L., t. 1, p. 687, n° 3; SALAS, Determinación del daño causado a la persona por el hecho ilícito, Revista del Colegio de Abogados de La Plata, 1961, n° 7, p. 316 (donde este autor rectifica su anterior opinión de que es viable la acción jure hereditatis, sostenida en Estudios sobre la responsabilidad civil, ps. 62 y s.); LLAMBÍAS, La vida humana como valor económico, J. A., Doctrina 1974, p. 624, n° 3; ANDORNO, nota en J. A., 1979-IV, p. 699, n° III; MOSSET ITURRASPE, Responsabilidad por daños, t. II-B, n° 227, c; JOSSERAND, t. 2, vol. 1, n° 470; BONASI BENUCCI, La responsabilidad civil, n° 16.

(nota 48) C. Civil 2ª Cap., 6/5/1943-III, p. 532.

(nota 49) C. Civil Cap., Sala C, 3/11/1966, L. L., t. 125, p. 733.

(nota 50) De acuerdo en todo lo sostenido en este párrafo: C. Apel. Mercedes, 5/9/1952, L. L., t. 70, p. 288; SALVAT, Hechos ilícitos, n° 2925; MAZEAUD, t. 2, n° 1877. En sentido concordante, un fallo de la C. Apel. 1ª La Plata declaró que la renuncia a la acción hecha por el padre de la víctima, no es oponible a la madre de ésta y esposa del renunciante: 3/11/1944, J. A., 1944-IV, p. 366.

(nota 51) De acuerdo: C. Civil 1ª Cap., 3/12/1945, J. A., 1946-I, p. 57; CICHERO, nota en E. D., t. 66, p. 181, n° XIV; BELLUSCIO, en BELLUSCIO-ZANNONI, t. 5, p. 117. En contra, sosteniendo que todos los potenciales herederos forzosos tienen acción: KEMELMAJER DE CARLUCCI, nota en E. D., t. 140, p. 892; ZANNONI, en BELLUSCIO-ZANNONI, t. 5, p. 117; LLAMBÍAS, Obligaciones, t. IV-A, n° 2365.

(nota 52) De acuerdo: Sup. Corte Buenos Aires, 3/12/1963, L. L., t. 114, p. 290; C. Apel. La Plata, 3/11/1944, J. A., 1944-IV, p. 366; C. Apel. Bahía Blanca, 28/9/1962, J. A., 1963-

VI, p. 185 (en este caso el Tribunal tuvo en cuenta que el marido renunciante había abandonado su familia). En sentido concordante, la C. Civil 2ª Cap., reconoció a la esposa el derecho de demandar la reparación del daño resultante de la muerte de un hijo: 28/12/1944, L. L., t. 37, p. 169.

(nota 53) C. Civil Cap., Sala D, 9/5/1951, L. L., t. 62, p. 794; C. Fed. Rosario, 15/6/1949, L. L., t. 57, p. 15. Es necesario agregar que el tribunal de la Capital dijo, con manifiesto error, que debían aplicarse las reglas del derecho sucesorio, por lo que, considerando ganancial la indemnización, aplicó la referida proporción. En cambio, el tribunal de Rosario dejó en claro que no se trataba de la aplicación de las reglas de derecho sucesorio, sino de una apreciación prudencial de la forma en que había incidido el daño en la esposa e hijos.

(nota 54) De acuerdo: AGUIAR, t. 5, n° 99; SALVAT, Hechos ilícitos, n° 2924 y 2925 y su anotador ACUÑA ANZORENA, nota 4, e; ORGAZ, El daño resarcible, n° 28. En cambio, CAMMAROTA piensa que la acción es exclusiva del marido y que la mujer ofendida estaría impedida de accionar: Responsabilidad extracontractual, n° 520.

(nota 55) En el sentido de que la mujer no tiene acción por injurias hechas a su marido: ORGAZ y CAMMAROTA, loc. cit., en nota anterior.

(nota 56) ORGAZ, El daño resarcible, n° 28; CAMMAROTA, Responsabilidad extracontractual, n° 520; SALVAT, Hechos ilícitos, n° 2924.

(nota 57) De acuerdo: AGUIAR, t. 5, n° 99, p. 233; ACUÑA ANZORENA, en SALVAT, Hechos ilícitos, n° 2934, nota 4, e.

(nota 58) C. Civil Cap., Sala B, 10/8/1983, E. D. fallo 37.105; Sala F, 30/8/1979, E. D., t. 86, p. 331.

(nota 59) C. Crim. Cap., en pleno, 21/5/1926, J. A., t. 20, p. 491.

(nota 60) C. Crim. Cap., 21/11/1919, J. A., t. 3, p. 1049.

1116/10830

B.— LEGITIMACIÓN PASIVA

1116/1599

1599. CONTRA QUIÉNES PUEDE INTENTARSE LA ACCIÓN DE DAÑOS.— La acción de daños y perjuicios derivada de un hecho ilícito puede intentarse:

a) Contra el autor del hecho (arts. 1109 Ver Texto y 1081 Ver Texto ), a menos que carezca de discernimiento y sea, por lo tanto, inimputable, salvo que se trate de un daño originado en el vicio o riesgo de la cosa, en cuyo caso responden aun los inimputables, o que se trate de la hipótesis del art. 907 Ver Texto , segundo apartado.

b) Contra los consejeros o cómplices del autor del delito, aunque se trate de un hecho que no sea penado por el derecho criminal (art. 1081 Ver Texto ). Cabe preguntarse si también el encubridor es responsable ante la víctima. A nuestro juicio, es necesario hacer la siguiente distinción: si el encubrimiento no causase ningún perjuicio al accionante, no hay responsabilidad, precisamente porque no hay daño; pero si del encubrimiento resultase algún perjuicio, el encubridor es responsable; así ocurrirá, por ejemplo, si el encubridor guardara, escondiera o vendiera la cosa sustraída, dificultando la recuperación material para su dueño (ver nota 1). En otras palabras: el encubridor no responde por las consecuencias del delito originario, sino por las de su propio delito, que es encubrir.

c) Contra el que lucró con los efectos de un delito, hasta la concurrencia de lo que hubiera recibido (art. 32 Ver Texto , Cód. Penal).

d) Contra las personas que responden por el hecho de otro o por los daños ocasionados por las cosas que son de su propiedad o están bajo su guarda. Sobre estas responsabilidades reflejas remitimos a lo que hemos dicho en otro lugar (Capítulo X).

e) Contra los sucesores universales de las personas enumeradas anteriormente, salvo la limitación resultante de haber aceptado la herencia con beneficio de inventario (art. 1098 Ver Texto ). Los sucesores singulares no son responsables (ver nota 2).

1116/11300

1599 bis.— Supuesto que el evento dañoso haya resultado de un choque de vehículos, como consecuencia del cual ha sido lesionado un peatón por el desplazamiento de uno de aquéllos, la víctima tiene acción contra los dos conductores o dueños, sin que esté obligado a investigar la mecánica del accidente, para determinar quién es el verdadero culpable (véase nº 1522).

1600.— ¿La víctima de un hecho ilícito tiene acción directa de reparación contra el asegurador del responsable? La cuestión, muy controvertida en nuestra jurisprudencia y doctrina (ver nota 3), fue finalmente resuelta por la ley 17418 , que establece que al demandar por daños y perjuicios, el damnificado puede citar en garantía al asegurador hasta que se reciba la causa a prueba. En tal caso debe interponer la demanda ante el juez del lugar del hecho o del domicilio del asegurador. La sentencia que se dicte hará cosa juzgada respecto del asegurador y será ejecutable contra él en la medida del monto asegurado (art. 118 Ver Texto ).

De esta manera ha quedado consagrada la acción directa, solución adecuada a la moderna concepción del seguro, que contempla no sólo los intereses de asegurado, sino también los del damnificado. Prescindiendo de la intención que pudo guiar al asegurado al contratar, no es posible desconocer que en el derecho moderno el seguro de responsabilidad tiene una proyección social. En un ordenamiento jurídico —dice el doctor BARGALLO CIRIO— en que no prevalezca una total conformación individualista, es imposible concebir que el destinatario del seguro resulte ser exclusivamente el asegurado por el daño que en su patrimonio pudiera sufrir y no la verdadera víctima del evento dañoso, la que puede resultar perjudicada no sólo en sus bienes, sino en su misma persona, por mengua de su integridad física, de su salud, de su capacidad laborativa (ver nota 4).

Desde el punto de vista práctico, las ventajas de esta solución son patentes. Sabido es que los contratos de seguro imponen al asegurado encomendar su representación y defensa en juicio de daños al abogado que designe la compañía. En los hechos, la víctima de un hecho ilícito debe enfrentar la contienda judicial con la compañía, que empero, actúa en nombre de su cliente; pero si no se admite la acción directa y el demandado es insolvente, aun ganando el pleito deberá seguir un nuevo pleito contra la compañía por vía de la acción oblicua y la indemnización que pague la compañía se convertirá en prenda común de todos los acreedores del asegurado, junto a los cuales se verá obligada a concurrir la víctima; de tal modo que su desmedro físico vendrá a beneficiar a terceros.

La integración de la litis con el asegurado y el asegurador no perjudica a ninguno de ellos. El asegurador asume desembozadamente la defensa de su cliente y la suya propia. Desde el punto de vista de la administración de justicia, esta solución permite defender en su solo juicio lo que, de lo contrario, exigiría dos (ver nota 5).

1600-1. RESPONSABILIDAD COLECTIVA (ver nota 6).— Ocurre a veces que el daño ha sido causado por alguna de las personas que forman un grupo, aunque no es posible determinar cuál de ellas es el verdadero culpable. Así, por ejemplo, varios cazadores participan conjuntamente en una cacería; uno de los tiros huere a un tercero, sin que la



víctima pueda determinar cuál fue el tirador que lo hirió. O un grupo de exaltados comete depredaciones con motivo de un episodio político o deportivo, rompiendo vidrieras, incendiando automóviles, etcétera, sin que se pueda establecer quién fue el verdadero culpable.

A la luz de los principios clásicos de la prueba de la culpa, es evidente que no habría derecho a indemnización, puesto que el demandante no puede probar ciertamente quién ha sido el autor del hecho. La solución es injusta, porque deja sin reparación a la víctima y permite la probable maniobra de los intervinientes en el hecho, que pudiendo quizás identificar al culpable, no lo hacen, burlando los derechos del damnificado.

En el Código alemán, el caso está expresamente previsto en el art. 830 que establece la responsabilidad de todos los participantes en el hecho, si no se puede saber quién entre ellos ha causado el daño. Análoga es la solución admitida en Francia por la ley del 4 de junio de 1970.

¿Es aplicable esta solución en nuestro derecho positivo? Pensamos que sí, pues en el fondo no se trata sino de una aplicación de la teoría del riesgo creado (ver nota 7), que ha sido incorporada por la ley 17711 a nuestro derecho positivo, a través de la reforma del art. 1113 Ver Texto . Todos los participantes en el suceso han contribuido a la creación del riesgo del que resultó el daño.

1600-2.— Para que surja la responsabilidad colectiva es preciso:

- a) Que no se haya individualizado al autor del hecho; la responsabilidad colectiva es subsidiaria y sólo surge en caso de que no sea posible aquella individualización.
- b) Que se pruebe que los demandados han participado en la acción riesgosa del grupo.

Del mismo carácter subsidiario ya señalado, surge esta otra consecuencia: que si uno de los integrantes del grupo agresor prueba quién fue el autor (ver nota 8) o simplemente que el autor no pudo ser el demandado (ver nota 9) (por ejemplo, por llevar un arma de distinto calibre a la que produjo el daño), queda excluido de responsabilidad.

La responsabilidad colectiva es solidaria (ver nota 10), puesto que tiene ese carácter la derivada de la comisión de hechos ilícitos. Como esta solución resulta a veces —no siempre— algo dura en el caso de la responsabilidad colectiva, la ley francesa del 4 de junio de 1970 autoriza a los jueces a dispensar de la solidaridad (que se admite como principio) al demandado o a condenarlo a pagar sólo una parte del daño.

Entre los integrantes del grupo, hay acción recursoria para obligar a los restantes a contribuir al pago de la reparación. (ver nota 11). Más aún, podría ocurrir que después de pagada la indemnización por uno de los del grupo, él probara, en el juicio seguido contra otro de los integrantes, que sólo éste ha sido el autor del daño, en cuyo caso obvio es que la acción de repetición será por el total. Si, en cambio, no se puede individualizar al culpable, la indemnización se dividirá entre todos los integrantes del grupo por partes iguales.

(nota 1) De acuerdo: C. Crim. Cap., en pleno, 10/10/1944, J. A., 1945-I, p. 502. Esta es también la opinión de REZZÓNICO, quien dice que el encubridor comete un delito previsto y penado en el Código Penal, pero no está obligado a indemnizar a la víctima del delito encubierto (Obligaciones, 9ª ed., t. 2, p. 1427, nota 21). En otro caso se condenó al encubridor que indujo a un tercero a comprar un vehículo hurtado, a indemnizar a este tercero: Sup. Corte Buenos Aires, 7/7/1943, L. L., t. 32, p. 181.

Un fallo anterior de la C. Crim. Cap., había declarado, sin formular salvedades, que el encubridor no es responsable ante la víctima del delito: 24/9/1929, J. A., t. 31, p. 330.

(nota 2) De acuerdo: SALVAT, Hechos ilícitos, n° 2930, in fine; CAMMAROTA, Responsabilidad extracontractual, t. 2, n° 525, in fine; COLOMBO, Culpa aquiliana, n° 232.

(nota 3) Negaron la acción directa: C. Civil Cap., en pleno, 16/12/1954, J. A., 1955-I, p. 291; C. Com. Cap., 13/9/1937, L. L., t. 8, p. 475; *id.*, 28/3/1946, L. L., t. 42, p. 709; *id.*, 28/3/1946, J. A., 1946-II, p. 481; C. Paz Cap., 9/9/1942, Rep. L. L., t. 4, Vº Seguro, sum. 34; *id.*, 23/12/1942, Rep. L. L., t. 5, Vº Seguro, n° 50; *id.*, 6/7/1949, L. L., t. 58, p. 551; C. Apel. 1ª La Plata, 2/11/1945, L. L., t. 42, p. 55; S. T. Santa Fe, 6/6/1939, L. L., t. 14, p. 1054; 18/9/1945, Rep. L. L., t. 8, Vº Seguro, n° 28; C. Apel. Rosario, 8/3/1940, L. L., t. 17, p. 792. C. Fed. Rosario, 13/12/1945, J. A., 1946-II, p. 110; etc. En contra, algunos fallos aislados: C. Civil Cap., Sala B, 31/10/1952, J. A., 1954-I, p. 258; C. Civil 1ª Cap., 17/5/1935, J. A., t. 53, p. 53 (los dos fallos citados precedentemente son, desde luego, anteriores al plenario); C. Paz Cap., Sala III, 28/6/1939, L. L., t. 15, p. 379; C. Apel. 1ª La Plata, 15/5/1939, L. L., t. 14, p. 581.

Por el contrario, la doctrina apoyaba casi unánimemente la acción directa: SPOTA, El seguro de responsabilidad y la acción directa del asegurado, J. A., 1955-I, p. 291; HALPERIN, La acción directa de la víctima contra el asegurador del responsable civil del daño, Buenos Aires, 1940, y nota en L. L., t. 20, p. 690; ACUÑA ANZORENA, nota en J. A., t. 53, p. 53; AGUIAR, t. 5, n° 101; FERNÁNDEZ Código de Comercio comentado, t. 2, n° 580; REZZÓNICO, Obligaciones, 9ª ed., t. 2, p. 1430, nota; COLOMBO, Culpa aquiliana, 2ª ed., n° 77; MASNATTA, Responsabilidad y riqueza, J. A., 1954-III, sec. doct., p. 8; ésta fue también la opinión que sostuvimos en la 1ª y 2ª edición de esta obra, t. 2, n° 1600. Se pronunciaban, en cambio, en contra de la acción directa: SALVAT, Obligaciones, n° 246; MALAGARRIGA, Tratado elemental de derecho comercial, t. 3, p. 472;

VITERBO, nota en J. A., t. 71, p. 1006.

(nota 4) Voto en el plenario de la C. Civil Cap., 10/12/1954, J. A., 1955-I, p. 291.

(nota 5) Hemos seguido de cerca el excelente voto del doctor PODETTI, en el plenario citado en nota anterior.

(nota 6) BIBLIOGRAFÍA: BUSTAMANTE ALSINA, La responsabilidad colectiva en el resarcimiento de daños, L. L., t. 142, p. 976; MOSSET ITURRASPE, Daños causados por un miembro no identificado de un grupo determinado, J. A., Doctrina, 1973, p. 1; LÓPEZ CABANA y LLOVERAS, La responsabilidad colectiva, E. D., t. 48, p. 799; LLAMBÍAS, Responsabilidad colectiva o anónima, E. D., t. 83, p. 783.

(nota 7) Admiten la responsabilidad colectiva en nuestro derecho positivo los autores citados en nota anterior, admitiendo los dos primeros que esa responsabilidad tiene su fundamento en el riesgo creado, aunque MOSSET ITURRASPE hace intervenir también la noción de culpa. LÓPEZ CABANA y LLOVERAS encuentran que esa responsabilidad tiene su fundamento en la aplicación analógica del art. 1119 Ver Texto , Código Civil. Las Quintas Jornadas de Derecho Civil reunidas en Rosario en 1971, recomendaron admitir la responsabilidad colectiva si hubo culpa o riesgo en la acción del conjunto (recomendación 13).

Cabe agregar que la jurisprudencia francesa admitió la responsabilidad colectiva sin texto legal alguno que se refiera expresamente a ella (véase BUSTAMANTE ALSINA, L. L., t. 142, p. 982), si bien luego esa responsabilidad fue reconocida por la ley del 4 de junio de 1970.

(nota 8) MOSSET ITURRASPE, J. A., Doctrina, 1973, p. 4, nota 14.

(nota 9) De acuerdo: BUSTAMANTE ALSINA, L. L., t. 142, p. 984.

(nota 10) De acuerdo: C. Apel. La Plata, Sala III, 30/9/1986, L. L., fallo n° 85.901; MOSSET ITURRASPE, J. A., Doctrina, 1973, p. 4; 13ª recomendación de las Quintas Jornadas de Derecho Civil, Rosario, 1971. BUSTAMANTE ALSINA, si bien adhiere al principio de la solidaridad, considera que los jueces deben tener atribuciones para atenuar la responsabilidad de los miembros del grupo o eximirlos de la solidaridad considerando su diversa participación en la acción del grupo (L. L., t. 142, p. 984). LÓPEZ CABANA y LLOVERAS sostienen que la responsabilidad es simplemente mancomunada (E. D., t. 48, p. 808), solución insostenible, no sólo porque la solidaridad es la regla que rige la responsabilidad de los hechos ilícitos, sino también porque en este caso la simple mancomunidad conduce a consecuencias inaceptables. Supongamos un tumulto popular,

con los consiguientes daños. Los autores han sido muy numerosos, pero los individualizados (generalmente por detención de la policía) muy pocos. ¿Cómo se aplica en este caso la regla de la mancomunidad? ¿Se divide el daño entre los integrantes del grupo que fueron individualizados? ¿Por qué han de cargar ellos con toda la responsabilidad si hay prueba de que los integrantes del grupo fueron muchos más y los demandados son reponsables sólo mancomunados?.

(nota 11) BUSTAMANTE ALSINA, L. L., t. 142, p. 985 y 989; MOSSET ITURRASPE, J. A., Doctrina, 1973, p. 4.

1116/10840

§ 2.— Relaciones entre la acción civil y la penal (ver nota 1)

1116/10850

A.— EL PRINCIPIO DE LA INDEPENDENCIA

1116/1601

1601. EL PRINCIPIO: SUS CONSECUENCIAS Y LIMITACIONES.— El art. 1096 Ver Texto consagra el principio de la independencia de las acciones penal y civil emergentes de un hecho ilícito. La disposición es lógica, pues una acción tiene por objeto lograr el castigo del delincuente, en tanto que la otra se propone la reparación de los daños.

De este principio resultan las siguientes consecuencias, señaladas por el art. 1097 Ver Texto : la acción civil no se juzgará renunciada por no haber los ofendidos intentado la acción criminal durante su vida o por haber desistido de ella, ni se entenderá que renunciaron a la acción criminal por haber intentado la acción civil o por haber desistido de ella.

1116/1602

1602.— Pero esta independencia no es absoluta: a) la renuncia a la acción civil o los convenios sobre reparación de daños importan renuncia a la acción criminal (art. 1097 Ver Texto ); b) si la acción criminal hubiera precedido a la civil o fuere intentada pendiente ésta, no habrá condenación en el juicio civil antes de dictada la sentencia en el juicio criminal (art. 1101 Ver Texto ); c) la querrela criminal suspende la prescripción de la acción

civil hasta el momento del desistimiento o la terminación del proceso (art. 3982 bis Ver Texto ); d) en los juicios relativos a nulidad de matrimonio, no habrá condenación en juicio criminal antes de que la sentencia civil pasare en autoridad de cosa juzgada (art. 1104 Ver Texto , Cód. Civil); e) finalmente, la sentencia criminal tiene una importante influencia sobre la responsabilidad civil (véase núms. 1615 y s.).

1116/1603

1603. RENUNCIA A LA ACCIÓN CIVIL.— Aunque ya hemos aludido a esta cuestión en el párrafo anterior, conviene detenerse en ella, siquiera sea brevemente, para aclarar un texto cuya inteligencia ha suscitado dificultades. El art. 1097 Ver Texto , luego de establecer que la acción civil no se entenderá renunciada por no haber intentado la acción criminal o haberla desistido, agrega: ni se entenderá que renunciaron a la acción criminal por haber intentado la acción civil o por haber desistido de ella. Pero si renunciaron a la acción civil o hicieron convenios sobre el pago del daño, se tendrá por renunciada la acción criminal. ¿Cómo se entiende esta disposición?

Según una opinión bastante difundida, la primera parte de esta norma alude a los delitos de acción pública, en tanto que la última se refiere a los de acción privada (ver nota 2). La acción pública no sería susceptible de renuncia, en tanto que la privada sí.

Pero esta interpretación no nos parece convincente. Por lo pronto, el texto legal no distingue entre ambas acciones. Se refiere a la acción penal, sin distinciones ni limitaciones. A nuestro juicio, el texto es claro: la renuncia expresa a la acción civil o el convenio sobre el pago de daños (que la ley interpreta como renuncia tácita), importa también renuncia a la acción penal; en cambio, no tiene el significado de renuncia a la acción penal haber intentado la acción civil o haber desistido de ella. En otras palabras, renunciada la acción penal (lo que la ley entiende que ocurre cuando se renunció a la acción civil o se hizo convenios sobre el pago de daños) el damnificado no puede pretender que se le reconozca intervención en el proceso penal, tratándose de un delito de acción pública o privada (ver nota 3). Ello, claro está, sin perjuicio de que el proceso continúe en virtud del impulso que le da el ministerio fiscal. En efecto, una vez iniciado el proceso, aunque se trate de un delito de acción privada (en cuyo caso la iniciación sólo puede ser hecha por la víctima), la ulterior renuncia o desistimiento no obsta a la continuación de la acción pública por el ministerio fiscal (ver nota 4). Pero si la víctima de un delito de acción privada ha hecho renuncia de la acción civil o ha hecho convenio sobre la reparación de los daños, no puede posteriormente iniciar la acción penal; de tal modo que su denuncia o querrela ulterior no podría dar pie a que el ministerio fiscal instara el proceso (ver nota 5). Distinta será la solución si se trata de un delito de acción pública, pues si bien la víctima no tiene ya derecho a intervenir en el proceso, basta que el hecho delictuoso haya sido puesto en conocimiento de los órganos jurisdiccionales, cualquiera sea el origen de la denuncia, para que el ministerio fiscal ponga en movimiento la acción pública.

1116/1604

1604. JURISDICCIÓN COMPETENTE PARA ENTENDER EN LA ACCIÓN DE DAÑOS.— El principio de la independencia de las acciones parecería imponer la separación de las jurisdicciones, con la consecuencia de que sólo los tribunales civiles podrían entender en las acciones de daños y perjuicios. Pero si bien se mira la cuestión, aquel principio no es incompatible con el reconocimiento de que los jueces del crimen tengan atribuciones para entender también en la acción civil: que ambas acciones sean independientes no se opone a que un mismo juez entienda en ellas. En nuestro país, la doctrina penalista pugnó insistentemente para que se reconociera a los jueces penales jurisdicción sobre la cuestión civil. En favor de esta solución se aducen importantes razones: todas las cuestiones, penales y civiles, emergentes de un hecho ilícito, se ventilan ante un mismo juez, con lo que se evita la posibilidad de que un hecho sea juzgado con criterios distintos; se suprimen los gastos propios de la diversidad de causa; se logra una mayor rapidez en beneficio de la víctima.

La tenaz insistencia de los penalistas cristalizó finalmente en la disposición del art. 29 Ver Texto , inc. 1º, del Código Penal, dictado en 1921, según el cual la sentencia condenatoria podrá ordenar la indemnización del daño material y moral causado a la víctima, a su familia o a un tercero, fijándose el monto prudencialmente por el juez en defecto de plena prueba. Era la consagración legislativa de que el juez penal podía entender en la acción civil.

Pero este sistema no carece de inconvenientes. Por lo pronto, el criterio con que el juez penal aprecia la culpa del autor de un hecho ilícito, es distinto del que tienen los jueces civiles; ya volveremos más adelante sobre este tema (nº 1617). Además, el proceso penal no ofrece a las partes todas las garantías y oportunidades que brinda el proceso civil, bien sea para producir una prueba cabal del daño o para demostrar la inexistencia de los pretendidos daños alegados por la víctima. En suma, la fijación del daño por los jueces penales sólo parece conveniente cuando se trata de la indemnización del daño moral, que no exige prueba y que siempre debe ser determinado prudencialmente por el juez. En la práctica de nuestros tribunales, no obstante la amplitud de las atribuciones concedidas a los jueces del crimen por el art. 29 Ver Texto , Código Penal, éstos sólo fijan la indemnización de los daños en los delitos contra el honor o contra la honestidad, en los que el rubro esencial es el daño moral; en los demás, es excepcional que el damnificado pida la fijación de los daños al juez penal.

1116/1605

1605.— El art. 29 Ver Texto , inc. 1º, Código Penal, planteó desde el primer momento algunos importantes problemas interpretativos.

El primero de ellos es si el juez penal puede ordenar de oficio el monto de la indemnización de daños o si, por el contrario, no puede hacerlo a menos que medie pedido de parte interesada. La jurisprudencia se inclina firmemente en el último sentido (ver nota 6). Esta solución aparece impuesta por el más elemental sentido común. No es posible fijar la indemnización sin que el interesado la pida y tenga oportunidad de probar el monto de los daños sufridos.

Otro problema derivado del art. 29 Ver Texto , es que este texto autoriza al juez penal a fijar la indemnización sufrida también por la familia de la víctima y los terceros. Esto llevaba de la mano a legitimar la participación de terceros damnificados en el proceso penal, con la consiguiente perturbación y prolongación de los procedimientos. El inconveniente era tan grave que los tribunales no tardaron en interpretar restrictivamente esta disposición, declarando que sólo puede pedir la indemnización de los daños la persona que tiene derecho a intervenir como querellante en el proceso; los miembros de la familia y los terceros damnificados indirectos deben plantear su reclamación ante la jurisdicción civil (ver nota 7) (véase nº 1596 bis).

1116/1606

1606.— En síntesis, el sistema legislativo actual, es el siguiente:

a) El juez penal puede fijar la indemnización de daños solamente en caso de que exista condena; por el contrario, si el procesado ha sido absuelto o sobreseído, si ha muerto durante el proceso o ha prescrito la acción, el juez penal no puede condenar a pagar indemnizaciones (ver nota 8).

b) La condena a pagar los daños y perjuicios sólo procede a pedido de la víctima.

c) El juez penal sólo puede entender en los daños sufridos por la víctima directa del delito y por quienes tienen derecho a intervenir como querellantes en el proceso, pero no en las acciones que intenten los damnificados indirectos.

d) Fijada la indemnización en el proceso penal, a pedido del interesado, no podrá éste intentar la prueba de daños mayores en juicio civil; aquella decisión hace cosa juzgada (ver nota 9), a menos que se trate de daños posteriores a la condena penal, en cuyo caso es viable la pretensión hecha valer en lo civil (ver nota 10). El procedimiento de ejecución de la sentencia penal debe tramitar ante ese fuero (ver nota 11).

e) Finalmente, supongamos que el juez penal haya rechazado el pedido de indemnización de la víctima. Si el procesado ha sido condenado, el rechazo de la acción de reparación sólo puede fundarse en que no se ha probado el daño; esa decisión hace cosa juzgada y ya no podría accionarse ante el fuero civil (ver nota 12). Pero si el juez penal no acogió la acción de daños porque el procesado fue absuelto o sobreseído, entonces la víctima puede acudir al fuero civil (ver nota 13). Esta solución se justifica porque la decisión del juez penal se funda en que, no habiendo condena, no puede fijar los daños; en cambio, el juez civil tiene atribuciones para reconocer la responsabilidad civil aunque no haya condena penal (véase nº 1617). En otras palabras: absuelto el procesado, el juez penal no puede juzgar acerca de la responsabilidad civil, por lo que su decisión no hace cosa juzgada con respecto a ella, ni puede impedir que el damnificado accione ante la justicia civil.

1116/1607

1607.— Queda todavía un punto por dilucidar. ¿Hasta qué momento del proceso penal es oportuno el pedido de daños y perjuicios? No cabe duda alguna que debe ser antes de la sentencia condenatoria (ver nota 14); después de dictada ésta, la víctima deberá acudir necesariamente a la jurisdicción civil. Y aunque el juez penal está autorizado a fijar prudencialmente el daño cierto cuyo monto no está probado, no puede dictar sentencia sin antes darle oportunidad al acusado de producir las pruebas que hicieren a la defensa de su derecho; de lo contrario, se violaría el principio constitucional que garantiza la defensa en juicio (ver nota 15). Sólo podría prescindirse de brindar al acusado la oportunidad de producir pruebas de descargo cuando se trata de daños que no son susceptibles de ser probados, como generalmente ocurre con el daño moral; pero aun en este caso juzgamos que es indispensable correr vista al acusado del pedido formulado por la víctima.

Se ha declarado que el pedido de embargo preventivo sobre los bienes del acusado, hecho por el querellante, no significa reclamar la fijación de los daños y perjuicios (ver nota 16), ni autoriza por tanto al tribunal a hacerlo.

1116/1608

1608. LA ACCIÓN CIVIL PENDIENTE EL PROCESO PENAL.— Dispone el art. 1101 Ver Texto que si la acción criminal hubiera precedido a la civil o fuere intentada pendiente ésta, no habrá condenación en el juicio civil antes de la condenación del acusado en el juicio criminal. Esta regla se explica porque, como ha de verse, la sentencia criminal tiene influencia sobre la civil; es pues, conveniente que la primera preceda a la segunda, para evitar discordancias y contradicciones en el juzgamiento de un mismo hecho. Claro está, que si cuando el juicio criminal se inicia ya existía sentencia definitiva en el proceso civil, esta sentencia queda firme por efecto de la autoridad de la cosa juzgada; sin que pueda influir en ella el resultado ulterior del juicio penal (art. 1106 Ver Texto ).



Algunos viejos fallos habían interpretado el art. 1101 Ver Texto en el sentido de que, intentada la acción criminal, debía suspenderse el proceso civil; pero la jurisprudencia no tardó en orientarse definitivamente en el sentido de que lo único que debía suspenderse era la sentencia; lo cual no obsta a que el proceso civil continúe hasta el momento de quedar los autos en estado de dictar sentencia (ver nota 17). No sólo ésta es la solución que mejor se adecua a la letra de la ley (que sólo habla de que no habrá condenación en el juicio civil), sino que es la más conveniente del punto de vista práctico, pues evita dilaciones injustificadas del procedimiento civil.

1116/1609

1609.— La suspensión debe ser decretada de oficio, cuando el juez civil toma conocimiento de la existencia del proceso penal (ver nota 18); ello debe ser así porque aquí no se trata solamente de la protección de intereses privados, sino que existe un interés público en evitar el escándalo jurídico que resulta de sentencias contradictorias. En consonancia con estos principios, se ha resuelto que es nula la sentencia civil dictada antes de que haya pronunciamiento firme en el proceso penal (ver nota 19), nulidad que puede ser decretada de oficio (ver nota 20).

1116/1610

1610.— El proceso penal pendiente obsta a que se dicte sentencia civil únicamente cuando ésta tiene carácter definitivo y no cuando es susceptible de revisión en un juicio ulterior. Por ello se ha declarado que en los interdictos de recobrar no debe suspenderse la sentencia, porque siempre quedaría a la parte vencida la posibilidad de discutir su derecho en el petitorio (ver nota 21); y que el art. 1101 Ver Texto no es aplicable al juicio ejecutivo, ya que siempre queda abierta la repetición en el ordinario (ver nota 22).

El proceso penal tampoco obsta a que se dicte sentencia en el juicio por accidente del trabajo (ver nota 23), pues en este caso la causa petendi es diferente, desde que no se funda en el hecho ilícito del patrón, sino en el riesgo profesional.

1116/1611

1611.— Después de establecer la regla de que el proceso penal obliga a suspender la sentencia en el juicio civil, el art. 1101 Ver Texto establece dos excepciones:

1) Si hubiere fallecido el acusado antes de ser juzgada la acción criminal, en cuyo caso la

acción civil puede ser intentada o continuada contra los herederos. En rigor, era innecesario hacer esta salvedad, porque la muerte del imputado extingue la acción penal, por lo que no hay ya proceso penal pendiente.

2) En caso de ausencia del acusado, en que la acción criminal no puede ser intentada o continuada. Sería muy injusto que la fuga del imputado impidiese al damnificado plantear su reclamo de daños y perjuicios.

1116/1612

1612.— El sobreseimiento provisional ¿obsta a que se dicte sentencia en el juicio civil? La respuesta afirmativa parece desprenderse de que el sobreseimiento provisorio no concluye definitivamente con el proceso penal, sino que lo deja pendiente. Pero tal solución resulta inadmisibles. El sobreseimiento provisional deja las cosas en el mismo estado en que se encontraban antes de iniciarse el proceso represivo, por lo cual la víctima está autorizada a accionar civilmente. Por otra parte, no se justificaría de modo alguno que el sobreseimiento provisorio paralizase la acción civil, siendo que no tienen ese efecto ni el sobreseimiento definitivo, ni la absolución del procesado (véase núms. 1617 y s.); de lo contrario, la situación de duda que ha inspirado el sobreseimiento provisorio vendría a beneficiar al imputado y a colocarlo en una situación más ventajosa que la que tiene la persona cuya inocencia ha quedado probada por los tribunales represivos. Se impone, por tanto, la conclusión de que el sobreseimiento provisorio autoriza a dictar sentencia en el juicio civil (ver nota 24).

1116/1613

1613.— De igual modo, es obvio que la prescripción de la acción penal, al poner fin a este proceso, permite dictar sentencia en el juicio civil (ver nota 25). Igual solución debe admitirse en caso de que el proceso penal haya concluido por amnistía o por oblación voluntaria de la multa (ver nota 26).

1116/1614

1614. INFLUENCIA DEL PROCESO PENAL EN LA SUSPENSIÓN DE LA PRESCRIPCIÓN DE LA ACCIÓN CIVIL.— ¿El proceso penal suspende el curso de la prescripción de la acción civil? La cuestión fue muy controvertida antes de la sanción de la ley 17711 por falta de una norma específica que decidiera el problema. Según una primera corriente jurisprudencial, el proceso penal interrumpía la prescripción de la acción civil siempre que la víctima hubiere actuado como querellante o denunciante (ver nota 27). De acuerdo a otros fallos, que podían considerarse predominantes, el proceso penal no

interrumpía la acción civil aunque la víctima hubiere actuado como querellante, si no había pedido la reparación de los daños en el juicio penal (ver nota 28), si bien algunos pronunciamientos dejaron a salvo el caso de que, aun no pidiendo la reparación de los daños, el querellante hubiera revelado a lo largo del proceso penal su claro propósito de reclamarla (ver nota 29).

La ley 17711 puso claridad en el sistema. Según el nuevo art. 3982 Ver Texto bis si la víctima de un acto ilícito hubiere deducido querrela criminal contra los responsables del hecho, su ejercicio suspende el término de prescripción de la acción civil, aunque en sede penal no hubiere pedido el resarcimiento de los daños. Cesa la suspensión por terminación del proceso penal o desistimiento de la querrela.

Conforme con el nuevo texto legal, es indispensable la querrela; no es suficiente la simple denuncia (ver nota 30), lo que se explica, pues sólo el querellante revela una actitud cierta de defender sus derechos activamente. No es indispensable que al querellar, se reclame la reparación de los daños. Y es lógico que así sea, porque sólo el juicio civil ofrece la posibilidad de probar acabadamente todos los perjuicios y es perfectamente legítima la aspiración de la víctima de valerse de todos los medios de prueba y de los recursos que ofrece ese proceso.

Debe destacarse que la querrela no interrumpe la prescripción, sino que sólo la suspende hasta la terminación del juicio penal (sea por sobreseimiento, absolución o condena) o hasta el desistimiento de la querrela. Hay que advertir que aunque haya desistimiento, normalmente el proceso penal seguirá su curso hasta la sentencia; no obstante ello, el desistimiento pone fin a la suspensión.

En algunos Códigos de procedimientos penales provinciales, no existe la querrela, pero la víctima puede intervenir en el proceso como “particular damnificado”. ¿Equivale esta figura jurídica a la querrela, a los fines del art. 3982 bis Ver Texto , Código Civil? La cuestión ha sido decidida en sentido afirmativo por la Cámara Civil y Comercial de Dolores (ver nota 31). Compartimos la doctrina del citado tribunal.

(nota 1) BIBLIOGRAFÍA ESPECIAL: SALAS, Vinculación entre la acción civil y la acción penal, en Estudios sobre la responsabilidad civil, p. 165, y J. A., 1945-II, p. 349; BUSTOS, Regulación del ejercicio de la acción civil en sede penal, Revista del Colegio de Abogados de La Plata, 1964, n° 12, p. 59; AVALLE, La acción civil, J. A., t. 17, sec. doct., p. 18; NÚÑEZ, Acción civil emergente del delito de derecho criminal, en Omeba, t. 1, p. 213.

Véase, asimismo, nota de jurisprudencia en L. L., t. 141, p. 713.

(nota 2) C. Crim. Cap., 5/10/1928, J. A., t. 28, p. 739; SALVAT, Hechos ilícitos, n° 2936 y su anotador ACUÑA ANZORENA, nota 15, c; COLOMBO, Culpa aquiliana, 3ª ed., t. 2, n° 246; MACHADO, t. 3, n° 382.

(nota 3) En este sentido: S. T. San Luis, 9/8/1941, J. A., 1942-I, J. A., 1942-I, p. 12; AGUIAR, t. 5, n° 114, 4.

(nota 4) Sup. Corte Buenos Aires, 3/8/1889, Ac. y Sent., serie 3, t. 4, p. 89 (cit. por ACUÑA ANZORENA, en SALVAT, Hechos ilícitos, n° 2936, nota 15, c; el autor comparte la doctrina del fallo).

(nota 5) En esta línea están el fallo y los autores citados en nota 2528; además, AGUIAR, t. 5, n° 114, 4.

(nota 6) C. Crim. Cap., 26/12/1923, J. A., t. 11, p. 1382; íd., 21/5/1937, J. A., t. 56, p. 611; Sup. Corte Buenos Aires, 26/2/1953, J. A., 1953-II, p. 101; C. Fed. Paraná, 7/4/1958, J. A., 1959-I, p. 55; C. Crim. Concepción del Uruguay, 30/11/1959, J. A., 1960-VI, p. 386; S. T. Santa Fe, 7/8/1957, Juris, t. 11, p. 191; S. T. Córdoba, 15/5/1959, B. J. C., t. 33, p. 517; C. Crim. Tucumán, 17/2/1954, L. L., t. 79, p. 448; C. Crim. Mendoza, 22/5/1941, L. L., t. 22, p. 859; etc. La doctrina también se inclina decididamente en este sentido: véase: ACUÑA ANZORENA, en SALVAT, Hechos ilícitos, núms. 2940, a, y s.; ANASTASI, nota en J. A., t. 37, p. 429; CAMMAROTA, t. 2, n° 554; AGUIAR, t. 5, n° 112; REZZÓNICO, t. 2, p. 1442; BUSTOS, en Revista del Colegio de Abogados de La Plata, 1964, n° 12, p. 71.

Algunos fallos se pronunciaron en sentido contrario, sosteniendo que el juez penal estaba autorizado a fijar de oficio la indemnización de los daños: C. Civil 1ª Cap., 20/7/1928, J. A., t. 27, p. 1169; Sup. Corte Buenos Aires, 25/6/1940, J. A., t. 73, p. 385; C. Apel. Rosario, 20/5/1940, J. A., t. 71, p. 500. SALAS apoya esta orientación (Estudios sobre la responsabilidad civil, p. 171, n° 16).

(nota 7) C. Crim. Cap., en pleno, 21/5/1926, J. A., t. 20, p. 491; C. Civil 2ª Cap., 17/6/1940, J. A., t. 71, p. 103; C. Civil 2ª Cap., 24/6/1941, L. L., t. 23, p. 221.

(nota 8) Véase jurisprudencia citada por SALAS, en Estudios sobre responsabilidad civil, p. 169, n° 11 y en J. A., 1945-II, p. 349. De acuerdo: SALVAT, Hechos ilícitos, n° 2940, y su anotador ACUÑA ANZORENA, nota 18, b; CAMMAROTA, Responsabilidad extracontractual, n° 554; MORELLO, en DE GÁSPERI, t. 4, n° 1765, b; REZZÓNICO, t. 2, p. 1443, nota 44; AVALLE, La acción civil, en J. A., t. 17, sec. doct., p. 23.

(nota 9) C. Civil Cap., Sala D, 17/7/1951, L. L., t. 63, p. 608; SALVAT, Hechos ilícitos, n° 2940; COLOMBO, Culpa aquiliana, 3ª ed., t. 2, n° 249.

(nota 10) Fallo citado en nota anterior.

(nota 11) SALVAT, Hechos ilícitos, n° 2940.

(nota 12) COLOMBO, Culpa aquiliana, 3ª ed., t. 2, n° 249.

(nota 13) COLOMBO, loc. cit. en nota anterior.

(nota 14) Sup. Corte Buenos Aires, 25/6/1940, J. A., t. 73, p. 405; SALAS, en Estudios sobre responsabilidad civil, p. 172, n° 17.

(nota 15) Sup. Corte Buenos Aires, fallo citado en nota anterior (véase especialmente el voto del doctor GONZÁLEZ ESCARRA).

(nota 16) Fallo citado en nota 2540.

(nota 17) C. S. N., 15/6/1949, L. L., t. 57, p. 449; C. Civil Cap., Sala B, 11/7/1962, E. D., t. 3, p. 186; C. Civil 1ª Cap., 30/12/1944, J. A., 1945-I, p. 482; C. Civil 2ª Cap., 3/8/1939, L. L., t. 15, p. 788; C. Com. Cap., 4/11/1941, J. A., 1942-I, p. 206; Sup. Corte Buenos Aires, 19/12/1950, J. A., 1951-II, p. 4; id., 22/10/1957, Ac. y Sent., 1957-V, p. 295; C. Fed. Rosario, 17/12/1948, L. L., t. 54, p. 716; S. T. San Luis, 22/11/1944, J. A., 1945-II, p. 38.

(nota 18) C. Civil Cap., Sala D, 11/11/1960, L. L., t. 101, p. 145, y J. A., 1961-I, p. 425.

(nota 19) C. Civil 1ª Cap., 13/6/1919, J. A., t. 3, p. 531; C. Apel. Rosario, 3/10/1947, R.S.F., t. 18, p. 71; S. T. San Luis, 23/11/1944, J. A., 1945-II, p. 38.

(nota 20) C. Apel. Azul, 12/4/1932, J. A., t. 37, p. 1582.

(nota 21) C. Civil Cap., Sala B, 30/12/1955, L. L., t. 81, p. 633; C. Civil 1ª Cap., 17/7/1941, J. A., 1942-I, p. 544.

(nota 22) C. Apel. Bahía Blanca, 12/5/1932, J. A., t. 38, p. 531. En contra: C. Apel.

Rosario, 16/8/1943, L. L., t. 31, p. 573.

(nota 23) C. Civil 1ª Cap., 26/11/1941, J. A., 1942-I, p. 24.

(nota 24) C. Civiles Cap., en pleno, 24/11/1924, J. A., t. 14, p. 857; C. Com. Cap., 28/5/1923, J. A., t. 10, p. 620; Sup. Corte Buenos Aires, 29/8/1947, J. A., 1947-III, p. 748. La doctrina es unánime; véase SALVAT, Hechos ilícitos, n° 2945; CAMMAROTA, Responsabilidad extracontractual, t. 2, n° 572; COLOMBO, Culpa aquiliana, 2ª ed., n° 253; AVALLE, La acción civil, en J. A., t. 17, sec. doct., p. 18, n° 5, c; NÚÑEZ, en Omeba, t. 1, p. 219.

(nota 25) C. Fed. Cap., 24/9/1945, J. A., 1946-I, p. 162; Sup. Corte Buenos Aires, 22/5/1956, L. L., t. 83, p. 48; S. T. Santa Fe, 18/12/1942, L. L., t. 29, p. 593; C. Apel. Rosario, 11/6/1937, L. L., t. 10, p. 381; C. Apel. Mendoza, 22/8/1935, L. L., t. 10, p. 313; C. Federal Resistencia, 2/6/1959, L. L., t. 98, p. 694, 4296-S. De acuerdo: SALVAT y AVALLE, op. y loc. cit. en nota anterior; MORELLO, en DE GÁSPERI, t. 4, n° 1784, a; COLOMBO, Culpa aquiliana, 3ª ed., t. 2, n° 253.

(nota 26) MORELLO, en DE GÁSPERI, t. 4, n° 1784, a; NÚÑEZ, t. 1, p. 219; AVALLE, J. A., t. 17, sec. doct., p. 28. Estos autores sostienen que también puede dictarse sentencia en el proceso civil cuando el juicio criminal ha concluido por perdón del ofendido en los delitos de acción privada o por casamiento con la víctima en los delitos contra la honestidad. A nuestro juicio, en estos casos quedan extinguidas ambas acciones. No se explicaría que el perdón dejara subsistente la acción civil ni mucho menos, que la esposa pudiera continuar contra su marido el juicio por daños y perjuicios.

(nota 27) C. Civil Cap., Sala F, 11/8/1964, J. A., 1964-V, p. 121; Sala B, 27/10/1954, L. L., t. 79, p. 661; C. Civil 1ª Cap., 17/4/1944, J. A., 1954-II, p. 151, con nota aprobatoria de MARTÍNEZ RUÍZ; íd., 16/4/1943, L. L., t. 30, p. 396.

(nota 28) C. Civil Cap., Sala B, 15/5/1955, L. L., t. 80, p. 572; C. Civil 1ª Cap., 13/9/1933, J. A., t. 43, p. 587; C. Com. Cap., 31/8/1938, L. L., t. 11, p. 1094; C. Fed. Cap., 26/4/1937, J. A., t. 58, p. 54; Sup. Corte Buenos Aires, 23/9/1958, J. A., 1959-V, p. 417 y L. L., t. 95, p. 607; C. Crim. Tucumán, 24/6/1960, J. A., 1962-III, p. 15, sum. 195; AGUIAR, Hechos y actos ilícitos, t. 5, núm. 15; MORELLO, en DE GÁSPERI, Obligaciones, t. 4, núm. 1766 bis; NÚÑEZ, en Omeba, t. 1, p. 221; COLOMBO, L. L., t. 67, p. 692.

(nota 29) C. Civil Cap., Sala A, 28/6/1963, Doct. Jud. n° 2024.

(nota 30) C. Civil Cap., Sala F, 3/7/1973, J. A., t. 22-1973, voz Prescripción, n° 12; C. Com. Cap., 4/12/1975, L. L., 1976-B, p. 148; C. C. y C. Dolores, 6/4/1976, J. A., 1976-III, p. 221, con nota aprobatoria de SALAS.

(nota 31) C. C. y C. Dolores, fallo citado en nota anterior. En desacuerdo: SALAS, anotador de ese fallo.

1116/10860

## B.— COSA JUZGADA

### 1.— Influencia de la sentencia criminal sobre la civil

1116/1615

1615. CONDENA CRIMINAL DEL PROCESADO.— Después de la condenación del acusado en el juicio criminal, no se podrá contestar en el juicio civil la existencia del hecho principal que constituya el delito, ni impugnar la culpa del condenado (art. 1102 Ver Texto ).

De acuerdo con el precepto transcrito, la sentencia condenatoria hace cosa juzgada respecto de dos cuestiones esenciales: a) la existencia del hecho principal que constituye el delito; lo que significa que si el juez penal ha considerado probado el robo, el daño a la persona o su propiedad, etcétera, este hecho no puede luego discutirse en sede civil; igualmente ocurre con la verificación de las circunstancias referentes al hecho principal, como lugar y tiempo en que se produjo, etcétera (ver nota 1); b) la culpa del condenado; por consiguiente, no podrá ya alegarse en lo civil la falta de culpa.

Pero si el autor del hecho ilícito no puede pretender que no fue culpable, en cambio nada se opone a que alegue y pruebe la culpa concurrente de la víctima. La jurisprudencia es, en este punto, uniforme (ver nota 2). Este derecho que se le reconoce, tiene para el condenado el mayor interés, puesto que si la culpa es concurrente, los daños no deberán ya ser soportados exclusivamente por el autor del hecho ilícito, sino que también la víctima cargará con parte de ellos, según la proporción que la sentencia fije.

La condena criminal del autor del hecho no sólo hace cosa juzgada respecto de él, sino también respecto de los terceros que responden por él, en virtud de lo dispuesto en el art. 1113 Ver Texto (ver nota 3). Es natural que así sea, porque la suya es una responsabilidad refleja, que depende de la del autor del hecho; si éste es culpable, ellos responden. Claro

está que ello no les impide alegar luego razones jurídicas o de hecho que eventualmente puedan excluir o limitar su responsabilidad (ver nota 4); así, por ejemplo, ellos podrían alegar y probar la culpa concurrente de la víctima.

1116/1616

1616.— Puede ocurrir que el juez penal, si bien condenando al procesado, admita que han existido circunstancias atenuantes en razón de la culpa concurrente de la víctima. Esta declaración ¿hace también cosa juzgada e impide al juez civil decidir que la culpa ha sido exclusiva del autor del hecho ilícito?

Es indudable que no. Si la absolución del imputado no impide al juez civil condenarlo a pagar daños y perjuicios como culpable del hecho, es obvio que, no ya un eximente de responsabilidad penal, sino una mera circunstancia atenuante, no puede obligar al juez civil. Además, el principio de la cosa juzgada sólo debe ser aplicado a las declaraciones de los jueces que son absolutamente imprescindibles para la justificación del pronunciamiento mismo, es decir, la causa necesaria de la condena o de la absolución; por ello, si la comprobación de la culpa del procesado justificaba una sentencia condenatoria, la referencia a la culpa de la víctima, aun cuando pudiera atenuar la pena, no obliga al juez civil (ver nota 5).

De igual modo, si en la sentencia criminal se alude incidentalmente a la culpa de un tercero, no hará esto cosa juzgada respecto de él, porque no ha sido condenado y porque no sería posible endilgarle una responsabilidad civil en base a una declaración incidental hecha en una sentencia recaída en un proceso en el que no ha sido oído (ver nota 6).

1116/1617

1617. ABSOLUCIÓN DEL PROCESADO (ver nota 7).— Dispone el art. 1103 Ver Texto que después de la absolución del acusado, no se podrá tampoco alegar en el juicio civil la existencia del hecho principal sobre el cual hubiese recaído la absolución.

Una primera lectura de este texto induce a pensar que absuelto el procesado, no puede ya declararse en el juicio civil su culpabilidad; y, en efecto, así lo resolvieron algunos tribunales (ver nota 8). Pero un examen más atento de la ley, pone en claro que no es ése el sentido de la disposición. Esta se limita a establecer que, absuelto el procesado, no se podrá ya alegar en el juicio civil la existencia del hecho principal sobre el que hubiere recaído la absolución. Así, por ejemplo, si el tribunal del crimen declara que no ha habido hurto porque la cosa pertenecía al acusado, no podrá luego en sede civil declarar que hubo hurto y, en consecuencia, condenar al demandado al pago de los daños consiguientes. Pero nada



se opone a que absuelto el condenado por falta de culpa, el tribunal civil lo encuentre culpable. Aquí no se trata de la existencia o inexistencia de un hecho, sino de la culpa del imputado en la producción de ese hecho. Sobre este problema de la culpa, el art. 1103 Ver Texto nada decide. Y por ello, la jurisprudencia es hoy pacífica en el sentido de que la absolución del autor del hecho no impide al tribunal civil reconocer su culpabilidad y condenarlo al pago de los daños (ver nota 9). Es razonable que así sea. Una cosa es la culpa penal (que los jueces de esta jurisdicción analizan con criterio riguroso, inclinándose, en caso de duda, en el sentido de que no la hubo: *in dubio pro reo*) y otra la culpa civil (que los jueces de este fuero analizan con criterio amplio, inclinándose, en caso de duda, por favorecer a la víctima) (ver nota 10).

1116/1618

1618.— Cabe preguntarse qué debe entenderse por hecho principal, materia en la que el pronunciamiento penal absolutorio hace cosa juzgada en lo civil. Debe tratarse, a nuestro juicio, de las circunstancias de hecho que han sido esenciales para la fundamentación de la sentencia absolutoria (ver nota 11); en cambio, la referencia a hechos que no han sido invocados sino de manera incidental y cuya existencia o inexistencia no influiría en la condena o absolución (aunque pueda influir como circunstancia agravante o atenuante) no hace cosa juzgada.

En consonancia con estos principios, se ha declarado que negada por los tribunales del crimen la intervención del acusado en el hecho que se investiga, ella no puede ser admitida en el juicio civil (ver nota 12); que si en el juicio criminal se estableció que las barreras estaban cerradas, no se puede decidir que estaban abiertas en el civil (ver nota 13); ni cabe alterar en el fuero civil lo decidido en lo criminal respecto de la autenticidad de un documento (ver nota 14); ni resolver que la posesión se perdió por despojo, si en la sentencia criminal se decidió que fue por abandono voluntario de la cosa (ver nota 15); ni anular un acto jurídico por el vicio de violencia, si en lo criminal se resolvió que no había mediado coacción alguna (ver nota 16). Esto significa que está vedado a los tribunales civiles aceptar como existentes hechos que según los tribunales represivos no han existido (ver nota 17).

Pero la absolución criminal, fundada en la comprobación del hecho principal en que se sustentaba la acusación, no impide la condena civil basada en un hecho distinto (ver nota 18). Así, por ejemplo, la absolución por el delito de incendio, no impide que prospere la acción civil si ésta no se basa en aquel delito, sino en la responsabilidad contractual derivada de haber omitido las diligencias necesarias para la custodia de los objetos guardados (ver nota 19).

1116/1619

1619.— Supongamos ahora que la sentencia absolutoria declara la inexistencia de daños. El principio es que esta declaración no influye sobre la responsabilidad civil, porque, por regla general, la existencia del daño es irrelevante en relación a la conducta delictiva; por ello, las referencias que la sentencia pueda contener respecto de la existencia del daño, son superfluas y al no constituir un fundamento necesario de la decisión, carecen de toda influencia sobre la acción civil (ver nota 20).

Pero la solución debe ser diferente en el supuesto de los delitos penales para cuya configuración es indispensable la existencia del daño. En este caso, la comprobación de la existencia del daño es el fundamento necesario de la sentencia absolutoria, y por ello dicha comprobación hace cosa juzgada en lo civil (ver nota 21).

Ahora bien: ¿cuáles son los delitos en los cuales el daño es un elemento constitutivo? Son todos aquellos cometidos contra particulares, sea en su persona o sus bienes, en los cuales la simple tentativa no esté castigada, pues si la ley reprime la tentativa, la falta del daño no justifica la absolución (ver nota 22). Pueden citarse, por ejemplo, todos los delitos culposos, en los cuales la falta de daño excluye la existencia del delito.

1116/1620

1620.— Supongamos ahora que, como suele ocurrir, el juez penal, al fundar su sentencia absolutoria, atribuya la culpa exclusiva del hecho sea a la víctima, sea a un tercero o declare que el hecho fue causado por un caso fortuito. Tal declaración no hace cosa juzgada porque no es esencial para el juzgamiento penal, ya que al juez le basta para fundar la absolución, comprobar la falta de vinculación entre el daño y la falta del imputado; la comprobación de que el daño está relacionado con otra causa resulta, en verdad, desprovista de interés (ver nota 23). Respecto de la culpa atribuida a un tercero, todavía puede agregarse el argumento de que sería inadmisibles atribuirle valor de cosa juzgada en perjuicio de quien no ha sido oído ni ha tenido oportunidad de defenderse.

1116/1621

1621. VALOR DEL SOBRESEIMIENTO DEFINITIVO.— El sobreseimiento definitivo decretado en el proceso penal, ¿es equivalente a la absolución del acusado? La cuestión ha dado lugar a pronunciamientos contradictorios, pero hoy la jurisprudencia parece definitivamente inclinada a negar toda posible equiparación entre el sobreseimiento y la absolución, de tal modo que el primero no impediría volver a juzgar en el fuero civil la existencia o inexistencia del hecho principal en que se basó el pronunciamiento (ver nota 24). En otras palabras, el sobreseimiento definitivo carece totalmente de influencia sobre la acción civil. Esta solución se funda en razones que nos parecen irrefutables. Hay, ante todo,

un fundamento de derecho positivo: el art. 1103 Ver Texto confiere valor de cosa juzgada respecto de la inexistencia del hecho principal solamente a la a bsolución, sin mencionar el sobreseimiento. Y esta solución se justifica plenamente porque la absolución se dicta después de un proceso en el que las partes han tenido oportunidad de alegar y probar todo lo que hace a la defensa de sus derechos, mientras que el sobreseimiento se decreta antes de que la causa llegue a plenario, lo que significa que el damnificado no ha tenido oportunidad de ejercer su derecho de defensa (ver nota 25). En esas condiciones, hacer valer contra él la sentencia dictada en el proceso penal violaría la prescripción constitucional que garantiza la defensa en juicio.

1116/1622

1622.— Si el sobreseimiento definitivo carece de todo efecto sobre la acción civil, con tanta mayor razón no lo tiene el sobreseimiento provisional (ver nota 26), ni el auto que decreta el archivo de las actuaciones por no existir mérito para la formación del proceso (ver nota 27) o por no haberse podido individualizar a los autores (ver nota 28).

(nota 1) De acuerdo: LLAMBÍAS, Límite de la cosa juzgada penal en materia de responsabilidad civil, E. D., t. 84, p. 771; MOSSET ITURRASPE, Responsabilidad por daños, t. 1, n° 297.

(nota 2) C. Civil Cap., Sala A, 7/5/1956, L. L., t. 82, p. 719; Sala C, 6/3/1957, L. L., t. 87, p. 10; Sala D, 5/6/1956, L. L., t. 85, p. 525; *id.*, 31/5/1977, E. D., t. 76, p. 421; *id.*, 2/7/1965, J. A., 1965-V, p. 250; Sala E, 3/12/1959, J. A., 1960-II, p. 731; L. L., t. 98, p. 731, 4624-S; Sala F, 14/4/1981, L. L., 1982-A, p. 450; C. Esp. C. y C. Cap., Sala I, 20/10/1978, E. D., t. 83, p. 156 y L. L. 1979-A, p. 409; C. Com. Cap., Sala B, 4/4/1956, L. L., t. 83, p. 361; C. Paz Cap., 2/12/1947, J. A., 1948-III, p. 4; C. Apel. 1ª La Plata, 26/8/1947, J. A., 1947-IV, p. 550; C. Apel. 2ª La Plata, 29/9/1944, J. A., 1945-I, p. 827; C. Apel. Mercedes, 9/4/1954-III, p. 358; S. T. Santa Fe, 25/6/1943, L. L., t. 31, p. 131; *id.*, 7/10/1958, *Juris*, t. 14, p. 63; C. Fed. Rosario, 10/8/1954, L. L., t. 77, p. 79; C. Fed. Mendoza, 24/2/1956, L. L. t. 85, p. 525; S. C. Tucumán, 11/3/1952, L. L., t. 67, p. 169; S. C. Salta, 5/4/1965, L. L., t. 119, p. 29; etc.

(nota 3) C. Civil Cap., Sala A, 7/5/1956, L. L., t. 82, p. 719; Sala B, 14/5/1951, J. A., 1951-III, p. 323; C. Civil 1ª Cap., 9/8/1946, G. F., t. 185, p. 454; C. Fed. Cap., 16/9/1957, L. L., t. 92, p. 565; C. Paz Cap., 2/12/1947, J. A., 1948-III, p. 4; C. Apel. 1ª La Plata, 26/8/1947, J. A., 1947-IV, p. 550; C. Apel. Santa Fe, 13/11/1953, *Juris*, t. 4, p. 194; C. Apel. Rosario, 11/4/1944, L. L., t. 34, p. 982.

(nota 4) C. Civil 2ª Cap., 17/6/1940, J. A., t. 71, p. 103; C. Fed. Cap., 16/10/1951, L. L., t.

65, p. 545; C. Apel. 1ª La Plata, 3/12/1946, J. A., 1947-I, p. 127.

(nota 5) Así lo dice ACUÑA ANZORENA, en SALVAT, Hechos ilícitos, nº 2952, nota 26, a, citando a GRIOLET (nota en Dalloz Periodique, 1893, I, p. 585) y a los MAZEAUD (t. 2, núms. 1766 y 1797).

(nota 6) ACUÑA ANZORENA, loc. cit., en nota anterior.

(nota 7) BIBLIOGRAFÍA ESPECIAL: SALAS, La sentencia criminal absolutoria y la acción civil, en Estudios sobre la responsabilidad civil, p. 183, y J. A., 1944-II, p. 479; ORGAZ, Valor de la absolución penal en el juicio civil de indemnización de daños, en Estudios de derecho civil, p. 259; SPOTA, Absolución en lo criminal y responsabilidad objetiva en lo civil, J. A., 1955-IV, p. 32.

(nota 8) Véase los fallos de la antigua C. Civil de la Cap., cit. por ACUÑA ANZORENA, en SALVAT, Hechos ilícitos, nº 2959, nota 27, c; además, C. Apel. Rosario, 18/5/1951, L. L., t. 63, p. 113.

(nota 9) C. S. N., 27/3/1942, J. A., 1942-II, p. 771; íd., 25/11/1960, J. A., 1961-II, p. 566; C. Civil Cap., en pleno, 2/4/1946, J. A., 1946-I, p. 803; C. Fed. Cap., 24/4/1946, J. A., 1946-II, p. 239; Sup. Corte Buenos Aires, 14/9/1954, J. A., 1955-II, p. 68; íd., 27/5/1981, E. D., t. 96, p. 323; C. Fed. Córdoba, 26/12/1950, J. A., 1951-II, p. 159; C. Fed. Rosario, 20/7/1953, J. A., 1954-I, p. 222; C. Apel. 2ª Santa Fe, 4/5/1951, Juris, t. 1, p. 40; C. Fed. Mendoza, 2/8/1943, J. A., 1943-II, p. 578.

(nota 10) De acuerdo: C. Civil Cap., Sala B, 4/11/1977, L. L., 1978-A, p. 518. Sobre la cuestión de la unidad o dualidad de la culpa penal y la culpa civil, véase nº 1308. ORGAZ dice: “Aunque penalistas y civilistas se pongan de acuerdo —y no siempre lo están— en que la culpa civil y la culpa penal son sustancialmente la misma, y aunque admitan, también, que una y otra se aprecian en la misma medida o grado, parece verdad que, prácticamente, los civilistas se muestran más exigentes que los penalistas en la apreciación de las circunstancias y de las causas de irresponsabilidad. No es una diferencia de conceptos, insistimos, sino de conducta ante el caso. La escena, los personajes y el drama son, seguramente, los mismos; pero en el drama penal el primer actor es el imputado, en el drama civil es la víctima. Esta inversión de los ‘roles’ influye, quiérase o no, en el juzgador: en caso de duda, ya se sabe, el juez del crimen no debe condenar (in dubio pro reo); el juez civil, al menos en principio, sí” (Estudios de derecho civil, p. 112). Pero el pensamiento de este autor no es claro; y lo dicho en el párrafo transcrito aparece contradicho, al menos parcialmente, con lo que sostiene en otro estudio contenido en el mismo volumen (véase ps. 259 y s).

(nota 11) C. Com. Cap., Sala B, 1/11/1979, L. L., 1980-A, p. 301; Sup. Corte Buenos Aires, 26/6/1979, J. A., 1980-I, p. 9.

(nota 12) C. Civil 1ª Cap., 5/11/1936, J. A., t. 56, p. 453; SALAS, en Estudios sobre la responsabilidad civil, p. 186; AVALLE, nota en J. A., t. 17, sec. doct., p. 35.

(nota 13) C. Fed. Cap., 3/5/1922, J. A., t. 8, p. 421.

(nota 14) C. Civil 1ª Cap., 7/10/1946, J. A., 1946-III, p. 252; C. Com. Cap., 16/11/1936, J. A., t. 56, p. 580.

(nota 15) C. Civil Cap., Sala D, 19/8/1954, L. L., t. 77, p. 243.

(nota 16) C. Paz Cap., 25/4/1945, J. A., 1945-III, p. 640.

(nota 17) LLAMBÍAS, Límites de la cosa juzgada penal en materia de responsabilidad civil, E. D., t. 84, p. 771.

(nota 18) C. Com. Cap., 11/9/1925, J. A., t. 17, p. 686; SALAS, en Estudios sobre la responsabilidad civil, p. 187.

(nota 19) C. Com. Cap., 11/9/1925, J. A., t. 17, p. 686.

(nota 20) SALAS, en Estudios sobre la responsabilidad civil, p. 185; MAZEAUD, t. 2, n° 1812.

(nota 21) SALAS, en Estudios sobre la responsabilidad civil, p. 185; MAZEAUD, t.2, n° 1813.

(nota 22) MAZEAUD, loc. cit. en nota anterior.

(nota 23) SALAS, en Estudios sobre la responsabilidad civil, p. 206; MAZEAUD, t. 2, n° 1840. La jurisprudencia no es muy firme, en sentido coincidente con lo que se sostiene en el texto; véase: C. Civil 1ª Cap., 8/2/1924, J. A., t. 12, p. 84; C. Civil 1ª Cap., 10/7/1935, J.

A., t. 51, p. 87; C. Civil 2ª Cap., 26/6/1933, J. A., t. 42, p. 840; C. Apel. 2ª La Plata, 5/4/1932, J. A., t. 37, p. 1572. En contra: C. Civil 1ª Cap., 6/11/1919, J. A., t. 3, p. 1002; C. Fed. Cap, 7/2/1930, J. A., t. 32, p. 603.

(nota 24) C.S.N., 25/11/1960, J. A., 1961-II, p. 566 (especialmente, voto del doctor BOFFI BOGGERO); C. Civiles Cap., en pleno, 2/4/1946, J. A., 1946-I, p. 803; C. Civil Cap., Sala A, 18/11/1957, L. L., t. 90, p. 483, y J. A., 1958-I, p. 267; Sala B, 12/12/1958, L. L., t. 94, p. 151, y J. A., 1959-I, p. 441; íd., 4/11/1977, L. L., 1978-A, p. 518; Sala C, 30/4/1952, L. L., t. 66, p. 734; Sala D, 7/2/1956, L. L., t. 82, p. 88 y J. A., 1956-II, p. 458; Sala E, 10/3/1960, L. L., t. 100, p. 782, 4968-S; Sala F, 30/6/1959, L. L., t. 95, p. 248; C. Fed. Cap., 25/2/1955, J. A., 1955-III, p. 56; C. Paz Cap., 2/12/1947, J. A., 1948-III, p. 4; Sup. Corte Buenos Aires, 29/4/1958, J. A., 1958-IV, p. 515; S. T. Santa Fe, 31/12/1956, Juris, t. 12, p. 9; C. Apel. Rosario, en pleno, 5/12/1957, L. L., t. 89, p. 265; C. Fed. Rosario, 20/7/1953, L. L., t. 71, p. 751; C. Apel. 1ª Córdoba, 15/7/1953, C. J., t. 6, p. 283; C. Apel. Córdoba, 10/7/1956, C. J., t. 10, p. 226; S. C. Tucumán, 14/7/1952, L. L., t. 70, p. 75; C. Fed. Resistencia, 3/9/1957, J. A., 1958-II, p. 121; C. Apel. Santiago del Estero, 29/4/1942, J. A., 1942-II, p. 694; S. T. San Luis, 20/7/1940, J. A., t. 73, p. 917.

En contra, sosteniendo que el sobreseimiento definitivo equivale en sus efectos a la absolución: Sup. Corte Buenos Aires, 20/3/1956, L. L., t. 82, p. 233; C. Apel. Rosario, 3/9/1946, L. L., t. 45, p. 117 (pero hay que advertir que, como surge de la reseña jurisprudencial anterior, ambos tribunales han modificado ulteriormente su jurisprudencia: C. Fed. Mendoza, 24/2/1956, L. L., t. 85, p. 525; C. Apel. Mendoza, 22/10/1940, J. A., t. 73, p. 589). LLAMBÍAS sostiene que si el sobreseimiento definitivo se ha fundado en no haber existido el hecho denunciado o no ser el procesado su autor, esa decisión hace cosa juzgada en el fuero civil; pero si se ha fundado en cualquier otro motivo, no hace cosa juzgada (nota en E. D., t. 84, p. 771, nº 17).

(nota 25) Véase el voto del doctor BOFFI BOGGERO, cit. en nota anterior.

(nota 26) Están en esta línea todos los fallos citados en nota 2578, que rechazan la asimilación del sobreseimiento definitivo a la absolución; pero en este caso no se conocen fallos discrepantes.

(nota 27) S. C. Mendoza, 12/5/1943, J. A., 1943-IV, p. 278.

(nota 28) C. Civil 2ª Cap., 26/11/1919, J. A., t. 3, p. 1028.  
1116/1623

2.— Influencia de la sentencia civil sobre la criminal

1623. EL PRINCIPIO; LAS CUESTIONES PREJUDICIALES (ver nota 1).— En principio, la sentencia dictada en el juicio civil no ejerce la menor influencia sobre la que recae en el proceso penal (art. 1105 Ver Texto ). Se explica que así sea, porque la acción penal tutela intereses públicos; la investigación del delito no puede depender de la suerte de una acción privada, como es la intentada ante la justicia civil. De lo contrario podría ocurrir que, sea por negligencia del damnificado o de sus letrados o por colusión de aquél con el autor del hecho, no se produzcan en el juicio civil las pruebas necesarias para obtener la condenación del demandado; sería inadmisibles que esa sentencia pudiera tener efectos de cosa juzgada sobre la acción criminal, privando a la sociedad de la posibilidad de perseguir al delincuente.

Claro está que aludimos solamente a la acción penal; pero la sentencia civil hace cosa juzgada en relación a la reparación del damnificado, de tal modo que rechazada la acción en lo civil, no podría reclamarse en lo penal la fijación de una reparación ni siquiera en el caso de que haya condena criminal. Y, por cierto, tampoco podría reclamarse una indemnización mayor sobre la base de nuevas pruebas que no se aportaron en lo civil.

1116/1624

1624.— Pero hay un supuesto excepcional en que el pronunciamiento criminal depende de cuestiones cuya decisión compete exclusivamente al fuero civil; en tal caso, no habrá condenación en el juicio criminal antes de que la sentencia civil pasare en autoridad de cosa juzgada (art. 1104 Ver Texto ).

Esta cuestión prejudicial es la que versa sobre la validez o nulidad de los matrimonios (art. 1104 Ver Texto , inc. 1º). Advertimos que en el segundo inciso de este artículo también se considera cuestión prejudicial la calificación de la quiebra de los comerciantes, pero en la ley de concursos 24522 , se ha suprimido la calificación de la quiebra por el juez comercial.

Es necesario observar que el art. 1104 Ver Texto , antes de enumerar las cuestiones prejudiciales, dice que ellas serán únicamente las siguientes; lo que significa que no puede haber otras que aquellas que surjan de un texto expreso de la ley (ver nota 2).

1116/1625

1625.— Supongamos ahora que un procesado por delito de bigamia plantee durante el curso de aquel proceso una acción de nulidad del primer matrimonio. ¿Está obligado el juez penal a paralizar el proceso a la espera de la decisión civil? Nos parece que, como principio, se impone la respuesta afirmativa, porque el art. 1104 Ver Texto , Código Civil, dispone clara y expresamente que la cuestión civil debe decidirse previamente. Sin

embargo, podría ocurrir que el propósito dilatorio del procesado fuera evidente; que la acción civil careciera prima facie de seriedad, no obstante lo cual, manejada por un letrado hábil, podría tener como efecto postergar por un tiempo casi indefinido la decisión del proceso penal. En estos casos de excepción, pensamos que el juez penal está autorizado a fallar el proceso sin esperar la decisión del pleito civil (ver nota 3).

Por ello mismo se ha declarado que no hay prejudicialidad en el proceso de bigamia por la sola circunstancia de que el procesado alegue en él la nulidad de uno de los matrimonios, sino que es indispensable la iniciación del juicio civil (ver nota 4). De lo contrario, no habría forma de condenar a los bigamos, a quienes les bastaría aducir aquella nulidad y abstenerse de iniciar la acción civil para hacer imposible el fallo penal.

1116/1626

1626.— Una última observación. El art. 1104 Ver Texto dice que no habrá condenación en el juicio criminal, antes que la sentencia civil hubiere pasado en cosa juzgada. Esto significa que, según el sistema del Código Civil, lo único que se suspende es la sentencia, pero el proceso penal puede iniciarse y seguirse hasta el momento mismo de dictar el fallo (ver nota 5).

Sin embargo, el art. 17 de Código Procesal Penal para la Capital establece que si la acción penal dependiera de cuestiones prejudiciales cuya decisión compete exclusivamente a otra jurisdicción no podrá iniciarse el juicio criminal antes de que haya sentencia ejecutoriada en la cuestión prejudicial. Este conflicto ha sido resuelto por la Cámara Criminal de la Capital confiriéndole preeminencia al Código Procesal (ver nota 6), por juzgar que ésta es una materia cuya regulación corresponde a la ley de forma. En efecto, mientras no se ponga en peligro el propósito que anima a la ley de fondo para evitar fallos contradictorios, la oportunidad de la iniciación y prosecución del proceso parece ser materia propia de la ley procesal.

En las provincias cuyos códigos procesales no contengan una norma análoga al art. 17 del Código Procesal Penal de la Capital, el art. 1104 Ver Texto , Código Civil, recupera todo su imperio: lo único que se suspende es la sentencia criminal.

3.— Caso de demencia

1116/1627



1627. PRINCIPIO DE LA INDEPENDENCIA DE LOS JUZGAMIENTOS.— Establece el art. 151 Ver Texto que la sentencia sobre demencia y su cesación, sólo hacen cosa juzgada en el juicio civil, para los efectos declarados en este Código; mas no en juicio criminal para excluir una imputación de delitos o dar lugar a condenaciones. Paralelamente, el art. 152 Ver Texto dispone que tampoco constituye cosa juzgada en el juicio civil, para los efectos de que se trata en los artículos precedentes, cualquier sentencia en un juicio criminal que no hubiere hecho lugar a la acusación por motivo de la demencia del acusado o que le hubiere condenado como si no fuese demente el procesado.

Como regla general, estas soluciones se justifican plenamente. Es natural que la declaración de demencia, hecha en el fuero civil, no impida al juez penal admitir la responsabilidad penal por un hecho posterior a la interdicción, por la muy simple razón de que el demente puede haber curado o encontrarse en un intervalo lúcido. Ni la sentencia civil que rechaza el pedido de interdicción, podría impedir que el juez penal decidiera que estaba demente cuando realizó el hecho que motivó el procesamiento. Y lo mismo puede decirse de la sentencia penal que juzga hechos distintos a los que dan origen a la acción civil de daños y perjuicios.

Pero la cuestión no resulta tan clara cuando se trata del juzgamiento de la responsabilidad penal y civil derivada de un mismo hecho, realizado por una persona que no está bajo interdicción civil. Ejemplo: una persona no declarada demente, hiere a otra. ¿Es admisible que el juez penal absuelva al imputado por considerarlo demente y el juez civil lo condene a pagar daños y perjuicios por estimarlo sano? ¿O, a la inversa, que el juez penal lo condene y el civil rechace la acción de daños por reputarlo demente?

Aquí la contradicción es patente y el principio de la independencia de juzgamientos no parece igualmente razonable. Con todo, creemos que conviene mantenerlo en las siguientes situaciones: a) absolución en lo penal y posterior condena en lo civil; estas sentencias deben considerarse compatibles porque se puede justificar una apreciación diferente del estado mental del autor del hecho, partiendo de que, en caso de duda, el juez penal debe inclinarse por admitir la causa de exoneración de responsabilidad (*in dubio pro reo*), en tanto que el juez civil debe inclinarse por la solución que permita reparar al damnificado; b) admisión de la acción civil (por haberse rechazado la defensa de insania) y posterior absolución criminal (por considerar probada la demencia); es posible, en efecto, que en el proceso civil, el demandado, por su misma insania, no haya producido las pruebas sobre su estado mental, motivando su condena; ello no podría ser obstáculo para que, estando en juego su responsabilidad penal, pueda investigarse y probarse la insania.

En cambio, el principio de la independencia de los juzgamientos no parece justificarse en las situaciones siguientes: a) condena en lo criminal y ulterior rechazo de la acción civil; b) rechazo de la acción civil y posterior condena criminal. Pensamos que la comprobación judicial de la demencia, hecha con referencia concreta al mismo hecho, debe hacer cosa juzgada, sea que dicha comprobación haya sido efectuada en el fuero civil o en el penal. Y

que la ulterior sentencia (penal o civil) no puede considerar que el autor del hecho ha obrado en su sano juicio, sin caer en el escándalo jurídico que la institución de la cosa juzgada se propone evitar.

Claro está que nuestro derecho positivo no permite estas distinciones, porque el principio de la independencia de los juzgamientos ha sido establecido con toda amplitud y sin admitir excepciones.

(nota 1) BIBLIOGRAFÍA ESPECIAL: ALSINA, Las cuestiones prejudiciales en el proceso civil, J. A., 1958-III, sec. doct., p. 148; LEVENE, Cuestiones prejudiciales, en Omeba, t. 5, p. 273.

(nota 2) La doctrina es unánime: COLOMBO, Culpa aquiliana, 2ª ed., nº 262; CAMMAROTA, Responsabilidad extracontractual, t. 2, p. 753; LAFAILLE, Obligaciones, t. 2, nº 1249.

(nota 3) En este sentido: C. Crim. Cap., 25/9/1942, J. A., 1942-IV, p. 523.

(nota 4) S. T. San Luis, 23/3/1946, J. A., 1946-I, p. 885.

(nota 5) De acuerdo: ACUÑA ANZORENA, en SALVAT, nº 2965, nota 28, ch.

(nota 6) C. Crim. Cap., 17/5/1921, J. A., t. 6, p. 506.

1116/10870

§ 3.— La reparación de los daños

1116/1628

1628. REMISIÓN.— Hemos tratado el problema de la reparación del daño en los núms. 136 y s., puesto que atañe no sólo a los hechos ilícitos, sino también al incumplimiento contractual. Sin embargo, hay algunas cuestiones propias de los hechos ilícitos, en las que conviene detenerse para hacer algunas precisiones y desarrollos. Es lo que haremos en los párrafos que siguen.

1116/10880

## A.— EL PRINCIPIO DE LA REPARACIÓN INTEGRAL

1116/1629

1629. SU SIGNIFICADO Y ALCANCE.— Nuestra jurisprudencia mantiene firmemente el principio de que, en materia de hechos ilícitos, la reparación debe ser integral (ver nota 1). El principio se aplica tanto a los delitos como a los cuasidelitos; no interesa tampoco que la culpa sea más o menos grave.

Esta solución parece contrariar el texto del art. 902 Ver Texto , según el cual cuanto mayor sea el deber de obrar con prudencia y pleno conocimiento de las cosas, mayor será la obligación que resulte de las consecuencias posibles de los hechos. En otras palabras, a mayor culpa, mayor responsabilidad. Pero hay que reconocer que en este punto, la doctrina del codificador fue vacilante. Si el precepto antes aludido adopta el criterio subjetivo según el cual la extensión de la responsabilidad varía según el grado de la culpa, otros establecen idénticas obligaciones para los delitos y cuasidelitos (arts. 1068 Ver Texto , 1069, 1077 Ver Texto , 1109 Ver Texto , etc.). Apoyados en estas normas, los tribunales han sentado firmemente el principio de la reparación integral. Es la solución lógica si se piensa que la indemnización no es una pena impuesta al autor del hecho ilícito, sino una reparación reconocida a quien se le ha causado el daño. Es decir, el problema de la reparación debe mirarse principalmente desde el ángulo de la víctima y secundariamente desde el del autor del hecho.

Sin embargo, en un sistema legal en el que la responsabilidad está sustancialmente fundada en la culpa, la gravedad de ésta no deja de influir en alguna medida, siquiera modesta, en la fijación de la indemnización. En otro lugar hemos explicado el mecanismo por el cual, pese al principio de la reparación integral, la gravedad de la culpa suele pesar en el ánimo de los jueces en la determinación de la suma que ha de reconocerse como indemnización (véase nº 94).

1116/1630

1630.— El principio de la reparación integral no significa que todos, absolutamente todos los daños derivados de un hecho ilícito hayan de indemnizarse. Ello sería extender el alcance de la responsabilidad más allá de lo razonable, porque las derivaciones causales de un hecho pueden ser infinitas. En nuestro derecho positivo, el autor de un hecho ilícito sólo responde de las consecuencias inmediatas (o sea, aquellas que ocurren según el curso ordinario de las cosas, arts. 901 Ver Texto y 903 Ver Texto ) y de las mediatas (o sea, aquellas que, usando la debida atención y conocimiento de las cosas, hubieran podido

preverse, art. 904 Ver Texto ). En cambio, las consecuencias casuales (que resultan de la conexión de un hecho con un acontecimiento distinto, que no puede preverse, art. 901 Ver Texto ) sólo son imputables al autor del hecho cuando debieron resultar según las miras que tuvo al ejecutar el hecho (art. 905 Ver Texto ).

Esta distinción entre consecuencias inmediatas, mediatas y casuales, es bastante arbitraria, porque se trata de categorías que no tienen límites claros y definidos. Desde el punto de vista de la técnica jurídica, parece preferible hablar de causación adecuada tal como lo hace el nuevo art. 906 Ver Texto . Se llama causa adecuada la que, según el curso ordinario de la vida y según la experiencia, puede ocasionar un daño (ver nota 2). Sólo en ese caso hay responsabilidad. Se trata, pues, de una pauta general de la que los jueces harán aplicación teniendo en cuenta las circunstancias del caso.

1116/1631

1631.— El principio de la reparación integral supone indemnizar el daño emergente y el lucro cesante (art. 1069 Ver Texto ); la necesidad de estimar los daños en el momento de la sentencia; la fijación de intereses sobre la indemnización (véase núms. 168 y 487 y s.); la reparación del daño futuro (nº 149). Respecto del daño eventual y de la chance, véase nº 150.

Quizá no sea inútil una precisión de los daños que se originan en los siguientes supuestos:

1116/1632

1632. a) Daños a las cosas.— Sea que se trate de su pérdida total o de su deterioro, es necesario tener en cuenta el valor objetivo de la cosa (ver nota 3); también es indemnizable el valor de afección (o sea el valor que la cosa tiene para su dueño en razón de sentimientos personales) advirtiendo que éste es un supuesto de daño moral, no patrimonial (ver nota 4).

Además del valor de la cosa, habrá de indemnizarse el perjuicio que la privación de la cosa importó para su dueño; naturalmente ese perjuicio habrá de ser probado, a menos que resulte evidente de la misma privación de la cosa. Así, por ejemplo, se ha declarado que para una persona que trabaja, la sola privación del uso del automóvil constituye un perjuicio indemnizable, cuyo monto debe ser fijado en forma equitativa por los jueces (ver nota 5).

Debe agregarse que si la cosa ha sido sustraída, debe ser restituida a su dueño, poseedor, etcétera (art. 1083 Ver Texto ), sin perjuicio de la reparación de los restantes daños.

1116/1633

1633. b) Fallecimiento de la víctima.— Ocurrido el fallecimiento de la víctima, tienen derecho a demandar los daños y perjuicios todos los afectados aunque sea indirectamente; sobre el tema, véase los núms. 1582 y s.

Además, los herederos tendrán derecho a reclamar todos los perjuicios patrimoniales que la víctima hubiera experimentado desde el momento del accidente hasta el de la muerte, por ejemplo, gastos de médicos y sanatorios, pérdidas por no haber podido trabajar, etcétera.

Finalmente, la persona que hubiere pagado los gastos de asistencia de la víctima y su funeral, tiene derecho a reclamarlos del culpable (art. 1084 Ver Texto ).

En cuanto al daño moral, véase núms. 170 y s.

1116/1634

1634. c) Lesiones.— El autor de hecho está obligado a indemnizar todo el daño emergente y lucro cesante: gastos de médicos y sanatorios (sobre si puede exigirse la reparación total del gasto hecho por la atención en un sanatorio de lujo, véase nº 1554), honorarios pagados al abogado que patrocinó a la víctima en la querrela criminal (véase nº 1557), ganancias frustradas como consecuencia de la imposibilidad, total o parcial, de trabajar y, en fin, el daño futuro derivado de una incapacidad permanente, sea total o parcial (véase nº 149). Con respecto al daño estético, véase nº 154 bis.

1116/1635

1635.— A veces el evento dañoso hace nacer en favor de la víctima ciertos beneficios. Sobre si esos beneficios han de compensarse con el daño, de tal modo que la víctima no puede pretender indemnización o sólo puede pretenderla reducida, véase núms. 157 y s. Se vincula también con este problema la cuestión de si los herederos que, a raíz de la muerte de una persona con motivo de un hecho ilícito, han recibido una herencia, pueden reclamar del autor una indemnización invocando el perjuicio que la muerte les ha producido; cuestión que hemos tratado en el nº 1586.

1116/1636

1636. INFLUENCIA DE LA FORTUNA DEL CULPABLE Y DE LA VÍCTIMA SOBRE EL MONTO DE LA INDEMNIZACIÓN (ver nota 6).— El principio en materia de resarcimiento de daños, ya lo hemos dicho, es el de la reparación integral. Pero los juristas y legisladores, en la búsqueda incesante de un derecho más humano, más sensible a la idea de equidad, se han preguntado si no es legítimo tener en cuenta la situación patrimonial del deudor para atenuar el monto de la reparación que en derecho estricto le correspondería satisfacer. Muchas legislaciones modernas han autorizado al juez a atenuar la responsabilidad teniendo en consideración la fortuna de las partes y la equidad. Con fórmulas más o menos amplias han aceptado esta idea los códigos civiles de Suiza, art. 44; Rusia, arts. 406 y 411; Portugal, art. 494; Perú, art. 1138; y muy restrictivamente, el Código de Alemania, art. 829, y el venezolano, art. 1187, que sólo admiten se pueda hacer jugar esta atenuación en el caso de daños causados por personas que carecen de discernimiento.

En nuestro derecho no había ninguna norma que permitiera atenuar la responsabilidad en estos casos; pero la aplicación ciega de los principios generales colocaba a los jueces ante situaciones de irritante injusticia. Y así fue que numerosos tribunales aceptaron el principio que cuando así lo imponía la equidad, podía atenuarse el monto de la indemnización en atención a la situación económica de las partes (ver nota 7). Lo cual no es sino un ejemplo más del admirable papel que han desempeñado nuestros jueces para adecuar el derecho a la conciencia jurídica y social de los nuevos tiempos.

Estas ideas han sido acogidas por la ley 17711 , que dispuso agregar al art. 1069 Ver Texto un párrafo que dice: Los jueces, al fijar las indemnizaciones por daños, podrán considerar la situación patrimonial del deudor, atenuándola si fuere equitativo; pero no será aplicable esta facultad si el daño fuere imputable a dolo del responsable.

1116/1637

1637.— Conviene deternernos en la nueva norma y analizar sus términos.

a) En primer lugar, queda claro que subsiste el principio sentado en el primer párrafo del mismo artículo según el cual la indemnización debe comprender todos los perjuicios efectivamente sufridos, incluido el lucro cesante. En otras palabras, según ya lo dijimos, subsiste el principio de la reparación integral.

b) La ley dice que el juez podrá hacer uso de su atribución de reducir la indemnización. ¿Qué significa esta palabra? ¿Que aun siendo equitativa la reducción puede, según su libre arbitrio, atenuar o no la indemnización? Evidentemente, no. Dadas las circunstancias previstas en este artículo, el juez debe reducir la indemnización. Con la palabra podrá se ha

querido significar que en este supuesto el juez se mueve con una gran flexibilidad de atribuciones para apreciar cuándo es equitativa la reducción y en cuánto es equitativo reducir la condena. Estamos en presencia de una norma no rígida sino flexible, que confiere al juez las más amplias atribuciones para decidir el caso según la equidad. Pero él debe siempre tener en cuenta que esta atribución tiene carácter excepcional y que sólo puede hacer uso de ella cuando el pago de la plena indemnización coloque al deudor en una situación económica crítica o muy penosa.

De igual modo, podrá negarse a atenuar la responsabilidad si el autor del hecho, aunque sin dolo, hubiera obrado con negligencia o culpa muy grave (ver nota 8). Como ocurriría, por ejemplo, si un automovilista, conduciendo a 100 kms. por hora en una calle de la ciudad, embiste e hiere a una persona.

c) ¿Qué significa atenuar la responsabilidad? La idea esencial es que el juez puede disminuir la indemnización que en derecho estricto corresponde a la víctima; pero también puede diferir el pago, estableciendo que la suma señalada en la sentencia se pague en cuotas periódicas (ver nota 9). También ésta es una forma de atenuar la responsabilidad, sin contar que quien puede lo más, puede lo menos. Si el juez está autorizado para reducir la indemnización, con cuánta mayor razón lo estará para diferir su pago.

d) La ley dice que el juez tendrá en cuenta la situación patrimonial del deudor; pero puesto que debe obrar sobre la base de equidad, es indudable que también debe tener en cuenta la del acreedor. Supongamos que un taxista, cuyo automóvil es su instrumento de trabajo y su único capital, embiste a un peatón de gran fortuna, hiriéndolo gravemente. Para pagar los gastos de sanatorio, el daño moral, el lucro cesante, tiene el autor del hecho que satisfacer una suma tan elevada que se ve obligado (quizá compulsivamente) a vender el taxi que es su única fuente de ingresos, con lo que su familia queda expuesta a la indigencia. Este es un ejemplo típico de aplicación de esta norma y en donde el juez debe usar con máxima amplitud su atribución de reducir la indemnización. Pero supongamos ahora que la víctima sea pobre y quede imposibilitada de trabajar, con lo cual él mismo y su familia se ven expuestos a caer en la indigencia. En ese caso, la equidad exige que la víctima sea íntegramente resarcida, no obstante que el pago de la indemnización pueda colocar al deudor en una situación crítica (ver nota 10). Pero ello no excluye la posibilidad de que el juez haga uso de su atribución de que la indemnización se pague en cuotas si así evita el desastre económico del deudor y no perjudica, al menos muy sensiblemente, al acreedor, que recibirá todo lo que en derecho estricto le corresponde, aunque con algunas demoras parciales.

e) Pero no podrá el juez atenuar en modo alguno la responsabilidad del autor del hecho, si éste obró con dolo. Porque quien comete un daño a desigmo, no merece la protección de la ley.

1116/1638

1638.— Un supuesto excepcional y delicado se presenta si los deudores son varios y solidarios, como puede ocurrir, por ejemplo, en el caso de un cuasidelito. ¿Puede el juez limitar la responsabilidad de uno y no del otro u otros? No cabe duda de la respuesta afirmativa (ver nota 11). En ese caso, el deudor beneficiado sólo responderá solidariamente hasta el momento que el juez ha fijado para su deuda. Y si otro de los deudores paga la totalidad sólo podrá exigir del beneficiado la parte proporcional a la deuda de éste. Por ejemplo: A y B son condenados solidariamente a pagar una indemnización cuyo monto se ha fijado en \$ 100.000; pero B ha sido beneficiado con una atenuación que limita su responsabilidad a \$ 25.000; A paga los \$ 100.000, pero sólo puede exigir de B una contribución del 50% de la deuda de éste, o sea \$ 25.000 (ver nota 12).

1116/1639

1639. FORMA DE LA REPARACIÓN.— El Código Civil sentaba como regla general el principio de que la reparación del daño debía hacerse en dinero: Toda reparación del daño, sea material o moral, causado por un delito, debe resolverse en una indemnización pecuniaria que fijará el juez, salvo el caso en que hubiere lugar a la restitución del objeto que hubiese hecho la materia del delito (art. 1083 Ver Texto ).

Por el contrario, la ley 17711 ha sentado como principio la reparación en especie, que, sin duda, es el modo más perfecto y pleno de resarcimiento, aunque como ya veremos no está exento de inconvenientes. El anterior art. 1083 Ver Texto ha sido sustituido por el siguiente: El resarcimiento de daños consistirá en la reposición de las cosas a su estado anterior, excepto si fuere imposible, en cuyo caso la indemnización se fijará en dinero. También podrá el damnificado optar por la indemnización en dinero.

Vale decir: el principio legal tiene dos excepciones: a) que la reparación en especie sea imposible; b) que el damnificado opte por la indemnización en dinero. Y, apresurémonos a decirlo, lo más frecuente será que el damnificado opte por esta forma de indemnización, que evita muchos problemas y que se caracteriza por su simplicidad. Supongamos que se trate del daño producido en un inmueble. El sistema de la reparación in natura obligaría a condenar al autor del hecho a rehacer materialmente lo que se ha destrozado; pero luego pueden sobrevenir inconvenientes derivados de la tardanza en cumplir o del cumplimiento deficiente, todo lo cual obligará a tramitar un nuevo pleito. De ahí, dice FISCHER, que aun en los casos en que la reparación en especie sea posible, quedará siempre como germen de nuevas discordias la duda de si se ha reparado o no íntegramente el daño y la posibilidad de que el deudor contumaz eluda la reparación o la haya demorado indefinidamente (ver nota 13). El sistema del resarcimiento en dinero concluye con todos estos problemas. La víctima recibe el dinero necesario para hacer la reparación y la hará según su conveniencia. Otras veces, el sistema del resarcimiento in natura, aplicado rígidamente, agravaría los daños.



Supongamos un accidente de tránsito; si dañado el automóvil el propietario tuviera que esperar todo el trámite del juicio para hacerlo reparar por el culpable, se vería privado de su vehículo por años. El sistema de la reparación en dinero resuelve todo expeditivamente; el dueño manda reparar el vehículo y luego reclama el pago de la suma de dinero que le importó la reparación.

Es por todo ello que si bien la ley admite como principio el de la reparación integral, por ser sin duda el más perfecto, deja librado al criterio del acreedor reclamar la reparación en especie o en dinero.

El sistema de la reparación en especie fue propiciado por el Tercer Congreso Nacional de Derecho Civil, cuya fórmula admitía el resarcimiento en dinero no sólo en las hipótesis previstas en el art. 1083 Ver Texto (imposibilidad de cumplir en especie y opción por el acreedor de la reparación en dinero) sino también en el supuesto de que el juez considerase que se agrava innecesariamente la situación del deudor. La comisión que proyectó la ley 17711 no creyó indispensable prever esta hipótesis, puesto que al mismo resultado se puede llegar por aplicación de la teoría del abuso del derecho (ver nota 14). Y aunque esta conclusión nos parece clara, no cabe duda de que técnicamente hubiera sido preferible explicitar en el texto del art. 1083 Ver Texto este supuesto de agravación innecesaria de la situación del deudor.

1116/1640

1640.— La reparación en dinero puede hacerse de dos maneras: bien sea disponiendo la entrega de un capital, bien sea ordenando el pago de una renta. A primera vista esta última solución parece preferible en los casos en que el daño consiste en lesiones físicas que han dejado una incapacidad permanente o en la privación de un derecho a alimentos o renta vitalicia (como ocurriría si a consecuencia del hecho ilícito muere la persona obligada a pagarlos). Y efectivamente, algunas leyes extranjeras permiten al juez ordenar en estos casos el pago de una renta vitalicia en resguardo de cuyo cumplimiento puede obligarse al deudor a ofrecer garantías (Cód. Civil alemán, art. 843; italiano, art. 2057; suizo, art. 43). Esta solución, empero, no deja de tener sus inconvenientes, porque a la víctima suele resultarle más provechoso recibir de una vez su capital íntegro que estar ligada indefinidamente al culpable por la obligación del pago de una renta. Sin contar con que, en épocas de inflación, habría que reconocer un derecho al reajuste periódico de la renta, lo que daría lugar a nuevos pleitos.

En nuestro derecho positivo, nada se opone a que los jueces fijen, en concepto de indemnización, el pago de una renta; más aún, el art. 1084 Ver Texto parece autorizar expresamente esa solución al disponer que queda librada a la prudencia de los jueces la forma de hacer efectiva la indemnización derivada de la muerte de una persona. Pero lo cierto es que en nuestra práctica judicial, esta forma de indemnización está desterrada (ver

nota 15). Los jueces fijan siempre una indemnización global, exigible en forma inmediata. Pensamos, sin embargo, que la jurisprudencia debería ser algo más dúctil en la solución de este problema; la fijación de una renta vitalicia significará muchas veces una reparación más perfecta y pondrá a la víctima a cubierto de su propia imprevisión. Claro está que esta solución debe ser necesariamente complementada con el reconocimiento del derecho que tiene la víctima a adoptar medidas cautelares en garantía de su crédito; de lo contrario, el pago de la renta vitalicia quedaría librado, en la mayor parte de los casos, a la buena voluntad del deudor, a quien le bastaría transferir simuladamente sus bienes para liberarse de su obligación (ver nota 16).

(nota 1) C. S. N., 30/12/1959, Fallos, t. 245, p. 556; C. Civil Cap., Sala A, 22/3/1962, Doct. Jud., n° 1630; Sala B, 15/10/1958, causa 44.268 (inérita); íd., 3/6/1963, E. D., t. 5, p. 214; Sala C, 27/9/1962, E. D., t. 4, p. 863; íd., 17/11/1961, L. L., t. 105, p. 171; Sala D, 5/7/1963, J. A., 1963-IV, p. 523; Sala E, 30/4/1963, E. D., t. 5, 467; íd., 2/8/1963, E. D., t. 5, p. 191; íd., 26/7/1963, L. L., t. 113, p. 58; Sala F, 5/12/1963, L. L., t. 115, p. 817, 10.586-S; íd., 4/6/1964, L. L., t. 117, p. 413; íd., 27/5/1965, causa 105.113, Doct. Jud., n° 2588, sum. 3262.

(nota 2) La teoría de la causación adecuada ha tenido origen en el derecho germánico (véase ENNECCERUS-LEHMANN, t. 2, vol. 1, § 11, y jurisprudencia citada en notas 7 y 8; LARENZ, Obligaciones, t. 1, § 14, ps. 196 y s.; VON TUHR, Obligaciones, t. 1, § 12). Entre nosotros lo propició el Tercer Congreso Nacional de Derecho Civil, reunido en Córdoba, en 1961; véase, además, ORGAZ, El daño resarcible, 2ª ed., ps. 69 y s.; PUIG BRUTAU, Fundamentos de derecho civil, t. 1, vol. 2, p. 457.

(nota 3) Algunos autores distinguen entre el valor objetivo y el valor de uso, o sea el valor que realmente tenían esas cosas para su dueño. Este valor de uso, dice ORGAZ, coincide a menudo con el de cambio (u objetivo), pero más frecuentemente es superior a éste, en razón de las circunstancias patrimoniales del damnificado; por ejemplo, no es en principio igual el daño que sufre una persona por la destrucción de un automóvil, si se trata de un fabricante o vendedor de automóviles o de un empresario de transportes; el daño a cosas que eran improductivas para el poseedor no es de la misma magnitud que si ellas constituían elementos de trabajo de un establecimiento. Es este valor de uso el que hay que tener en cuenta al fijar la indemnización (ORGAZ, El daño resarcible, 2ª ed., n° 37, a; en sentido coincidente cita a DE CUPIS, Il danno, p. 172; FISCHER, Los daños civiles y su reparación, ps. 28 y s.).

Nos parece que en esta tesis hay un exceso de sutileza y, en el fondo, un concepto erróneo. El valor de la cosa es siempre el mismo; lo que pasa es que a algunas personas la desaparición de ella no le significa otro perjuicio patrimonial que el derivado de esa pérdida en sí misma, de tal modo que, satisfecho su valor, queda plenamente reparado. Tal es el caso del fabricante o vendedor de automóviles. En cambio, a otras personas, la desaparición de la cosa significa, además de la pérdida de su valor, otros perjuicios, tales como tener que arrendar otras cosas pagando el alquiler consiguiente, o bien la disminución de la ganancia

como consecuencia de haberse desarticulado la producción, etc. En estos casos, el damnificado tendrá derecho a que se le indemnicen todos estos perjuicios, que son independientes del valor de la cosa en sí misma.

(nota 4) De acuerdo: ORGAZ, El daño resarcible, 2ª ed., n° 37, p. 143, nota 11.

(nota 5) C. Civil Cap., Sala E, 20/3/1963, causa 85.393 (inédita).

(nota 6) BIBLIOGRAFÍA ESPECIAL: MASNATTA, Responsabilidad y riqueza, J. A., 1954-III, sec. doct., p. 8; SALAS, Indemnización debida a la víctima de un hecho ilícito; influencia de la situación económica del responsable, en Estudios sobre la responsabilidad civil, p. 67, y Revista del Colegio de Abogados de Buenos Aires, t. 20, enero-febrero 1942, p. 3.

(nota 7) C. Civil Cap., Sala A, 30/12/1957, L. L., t. 91, p. 474; Sala F, 12/6/1962, E. D., t. 3, p. 464, y L. L., t. 108, p. 104; C. Civil 1ª Cap., 25/11/1935, J. A., t. 52, p. 459; íd., 23/12/1936, J. A., t. 57, p. 161; C. Civil 2ª Cap., 9/3/1939, L. L., t. 14, p. 594; S. T. Santa Fe, 18/12/1942, L. L., t. 29, p. 593; etc.

(nota 8) RAFFO BENEGAS y SASSOT, Atenuación de la indemnización en el supuesto de culpa, J. A., Doctrina, 1971, p. 813.

(nota 9) De acuerdo: C. Apel. Mercedes, 16/11/1979, L. L., 1980-A, p. 221; LLAMBÍAS, La reforma, p. 236; COLOMBO, Culpa aquiliana, n° 275.

(nota 10) De acuerdo: LLAMBÍAS, La reforma, p. 237, quien, sin embargo, nos parece que sostiene una posición excesiva al opinar que en ese caso no cabe ninguna atenuación; en el texto hemos indicado el pago en cuotas como una atenuación posible aun en esta hipótesis.

(nota 11) RAFFO BENEGAS y SASSOT, Atenuación de la indemnización en el supuesto de culpa, J. A., Doctrina, 1971, p. 813.

(nota 12) RAFFO BENEGAS y SASSOT, op. cit. en nota anterior.

(nota 13) FISCHER, Los daños civiles y su reparación, Madrid, 1928, ps. 132 y s. La cuestión de si era preferible el sistema germánico de la reparación en especie o el románico

de la reparación en dinero, dio lugar a una vivaz polémica entre ORGAZ y SOLER con motivo de que en el proyecto de Código Penal de que fue autor SOLER, se adoptó el sistema germánico. Véase ORGAZ, Las cuestiones civiles en la reforma penal, J. A., 1960-VI, sec. doct., p. 66, y De nuevo sobre las cuestiones civiles en la reforma penal, J. A., 1962-III, sec. doct., p. 70, y SOLER, La reparación de perjuicios en el Proyecto de Código Penal, J. A., 1961-II, sec. doct., p. 32. En la polémica terció DASSEN, El artículo 68 del Anteproyecto de Código Penal de Sebastián Soler, J. A., 1960-IV, sec. doct., p. 109, apoyando la proyectada reforma.

(nota 14) De acuerdo: LLAMBÍAS, La reforma, p. 249.

(nota 15) Sólo en contadísimos casos se ha admitido la posibilidad de fijar una renta vitalicia; véase: C. Civil 2ª Cap., 4/12/1942, L. L., t. 29, p. 267 en que se reconoció la imposibilidad de admitir ese modo de indemnización, pero en definitiva se fijó una suma global; S. T. Santa Fe, 5/10/1945, L. L., t. 40, p. 926.

(nota 16) ORGAZ dice que nuestra ley no autoriza a adoptar estas medidas cautelares (El daño resarcible, 2ª ed., nº 38); pero, a nuestro juicio, ellas son una consecuencia necesaria del sistema que permite la fijación de una renta, porque de lo contrario, como decimos en el texto, ésta se convertiría en un derecho ilusorio.

1116/10890

## B.— INDEMNIZACIÓN FIJADA LEGALMENTE

1116/1641

1641. SUPUESTO DE INDEMNIZACIÓN TARIFADA.— Algunas veces la ley establece el monto en que debe fijarse la indemnización de cada daño, conforme a una tarifa regida. Tal es lo que ocurre, por ejemplo, en los accidentes del trabajo. Otras veces, se establecen máximos legales, que no pueden ser excedidos; las facultades de apreciación de los jueces sólo pueden ejercerse en tanto no se excedan esos límites; así sucede en los daños derivados de la aeronavegación.

Hay que advertir, sin embargo, que en el primer caso la responsabilidad del patrón deriva de un contrato y no de un hecho ilícito; pues si el obrero accidentado intenta la acción civil derivada del hecho ilícito, el monto de la indemnización no tiene límite legal, rigiéndose por el principio de la reparación integral.

En cambio, en el segundo caso, el límite legal rige para cualquier acción derivada del daño,

sea que se invoque el contrato, sea que se la funde en el hecho ilícito. 1116/10900

## CAPÍTULO XII - RESPONSABILIDADES ESPECIALES

1116/10910

I

1116/10920

§ 1.— Responsabilidad de las personas jurídicas y del Estado

1116/1642

1642. PERSONAS JURÍDICAS: REMISIÓN.— Hemos tratado este tema en nuestra Parte General, t. 1, núms. 694 y s., adonde remitimos.

1642-1. BREVES NOCIONES ACERCA DE LA RESPONSABILIDAD DEL ESTADO.— Este es un tema de los más complejos del derecho moderno, pero como se trata de una cuestión de derecho público y no civil, nos limitaremos a unas breves nociones generales y a exponer cuáles son las soluciones admitidas en nuestro derecho.

Empezaremos por distinguir entre los actos lícitos y los ilícitos del Estado. Va de suyo que cuando hablamos de tales actos, nos referimos a los otorgados o cometidos por sus funcionarios, puesto que ellos son sus órganos de gobierno. Empezaremos por los ilícitos que suscitan menos dificultades.

1642-2. a) Responsabilidad por actos ilícitos.— Es solución indiscutida que el Estado responde por los daños ocasionados por los actos ilícitos de sus funcionarios, trátense de hechos dolosos o culposos. Es asimismo indudable que pesa sobre él la responsabilidad objetiva nacida del art. 1113 Ver Texto por el vicio o riesgo de la cosa. Como ejemplos de estas distintas hipótesis puede mencionarse que el Estado responde por los daños ocasionados a los particulares por los informes falsos del Registro de la Propiedad (ver nota 1); como ocurre, por ejemplo, cuando un particular adquiere un inmueble confiado en el informe del Registro en el sentido de que se encuentra libre de todo gravamen y luego

resulta que está gravado con una hipoteca inscrita y no mencionada en dicho informe; o bien cuando un agente de policía, persiguiendo a un delincuente, dispara un balazo que hiere a un transeúnte (ver nota 2), o se escapa un tiro inadvertidamente y mata a un tercero (ver nota 3)

1642-3. b) Responsabilidad por actos lícitos (ver nota 4).— Como principio, parece obvio que en tanto los actos de los funcionarios del Estado sean lícitos, no puede haber responsabilidad. Pero muchas veces, la Administración Pública realiza actos que persiguen un beneficio social y son indiscutiblemente lícitos, pero hieren intereses particulares. Caso típico es una expropiación hecha en interés público, pero que perjudica al expropiado al privarlo de su propiedad; obviamente, la indemnización es procedente (art. 17 Ver Texto , Const. Nac.). Otro ejemplo es el de la inundación de campos para la construcción de diques o bien las obras para desviar las aguas que amenazan una población, desviación que provoca la inundación de campos con el consiguiente perjuicio de los propietarios (ver nota 5). Estas construcciones son plenamente lícitas porque las hace el Estado en cumplimiento de sus deberes sociales. Se sacrifica el interés individual al social, pero tanto el respeto del derecho de propiedad como la justicia, exigen indemnizar a los dañados.

Pero si en estos casos de obrar lícito, es claro el deber de indemnizar, hay otros en que dicho deber no resulta tan evidente, o bien no existe. Supongamos la supresión de un tramo de ferrocarril (por no ser ya rentable) que perjudica a pobladores asentados sobre su recorrido y que ahora se ven perjudicados por la falta de transporte; o bien el cambio de recorrido de una ruta, que afecta a una estación de servicio que estaba asentada a su vera; o bien un cambio de política económica que beneficia a un sector de la población y perjudica a otro. Parece claro que en estos casos no hay lugar a reparación, porque de lo contrario, la Administración Pública podría quedar prácticamente paralizada en su esfuerzo de promover el bienestar general ante el peligro de que cualquier medida de administración pueda generar demandas de daños que el erario no está en condiciones de afrontar y que no aparecen justas.

En qué casos corresponde reparar o no reparar el daño ocasionado por los actos lícitos del Estado es muchas veces una cuestión de prudencia a decidir por los jueces.

1642-4. c) Prisión preventiva seguida de absolución (ver nota 6).— Suele ocurrir que en una causa penal se dicte la prisión preventiva del encausado y que luego, en la sentencia definitiva se lo absuelva. ¿Es responsable el Estado por los daños patrimoniales y morales sufridos por quien, en definitiva, fue víctima de un error judicial?

La cuestión inquieta a legisladores y juristas nacionales y extranjeros; pero nuestra Corte Suprema ha mantenido firmemente el principio de la irresponsabilidad del Estado, fundada en que así lo impone una razón de seguridad social, de tal modo que mientras se esté en presencia de una medida tomada dentro de un proceso judicial regular, los damnificados

deben soportar el daño, que es un costo inevitable de una adecuada administración de justicia (ver nota 7).

Parece razonable mantener como principio, la doctrina de nuestra Corte. Pero suele ocurrir que, por distintas razones, la prisión preventiva se prolonga por largo tiempo, a veces años. En estos casos, negar el derecho a la reparación repugna a la idea de justicia.

(nota 1) C. S. N., 4/5/1995, causa M. 137-XXIII.

(nota 2) C. S. N., 7/2/1995, L. L., 1995-D, p. 88, con nota de BUSTAMANTE ALSINA.

(nota 3) C. S. N., 27/9/1994, L. L., fallo n° 94.500.

(nota 4) Sobre este tema, véase: MARIENHOFF, Responsabilidad extracontractual del Estado por las consecuencias dañosas de su actividad lícita, L. L., 1993-C, p. 912; ANDORNO, en Responsabilidad por daños, en Estudios en homenaje a Jorge Bustamante Alsina; BUSTAMANTE ALSINA, Teoría general de la responsabilidad civil, 9ª ed., 1325; MOSSET ITURRASPE, Responsabilidad por daños, Parte especial, t. II-B, n° 257.

(nota 5) C. S. N., 8/10/1995, in re “Terrero c/ Pcia. de Buenos Aires” Ver Texto ; íd., “Gómez Alzaga c/ Pcia. de Buenos Aires”, causas G.128 y G.276.

(nota 6) Véase KEMELMAJER DE CARLUCCI, Responsabilidad del Estado por errores judiciales; íd., Reparación de los daños ocasionados por la prisión preventiva, (con excelente estudio de la doctrina y la legislación comparada); BUSTAMANTE ALSINA, nota al fallo de la C. S. N., L. L., 1995-D, p. 88.

(nota 7) C. S. N., fallo citado en nota anterior.

1116/10930

§ 2.— Responsabilidad de los funcionarios públicos

1116/1643

1643. DIFERENTES RESPONSABILIDADES QUE PESAN SOBRE UN FUNCIONARIO PÚBLICO.— La responsabilidad de los funcionarios públicos es múltiple. Tienen, ante todo, una responsabilidad política, en cuya virtud pueden ser sometidos a juicio político si no cumplieren adecuadamente con la confianza pública depositada en ellos, con el mandato popular que les fue conferido, si se apartasen del cumplimiento de la Constitución Nacional y las leyes; una responsabilidad administrativa, que surge del incumplimiento de los deberes específicos de su función; una responsabilidad penal, derivada de delitos tales como el cohecho, el prevaricato, el abuso de autoridad, la malversación de caudales públicos, las negociaciones incompatibles con el ejercicio de la función pública, las exacciones ilegales, la denegación y retardo de justicia, etcétera; y, finalmente, una responsabilidad civil, de la cual nos ocuparemos en los párrafos que siguen.

1116/1644

1644. RESPONSABILIDAD CIVIL DE LOS FUNCIONARIOS PÚBLICOS.— El art. 1112 Ver Texto , Código Civil, dispone que 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, son comprendidos en las disposiciones de este título, vale decir, originan la obligación de indemnizar todo daño que por su culpa o negligencia se origine a otra persona (art. 1109 Ver Texto ).

Por funcionario público, en el sentido de esta disposición legal, debe entenderse toda persona que desempeñe una función pública, cualquiera sea su jerarquía (ver nota 1). No se justificaría aquí una distinción entre altos funcionarios y empleados u obreros, puesto que el fundamento de la responsabilidad es el cumplimiento regular de las funciones, supuesto que se puede dar a cualquier nivel. Una sola condición es exigible: que la función esté reglada o reglamentada, pues de lo contrario no podría hablarse de incumplimiento de las obligaciones legales que les están impuestas, como dice la ley (ver nota 2).

1116/1645

1645.— Debe tratarse del cumplimiento irregular de las obligaciones legales. No lo hay si el funcionario se ha ajustado a lo que disponen las leyes y reglamentos, aunque más tarde esas leyes se hayan declarado inconstitucionales. Así, por ejemplo, el funcionario de la Dirección Impositiva que ha cobrado un impuesto, luego declarado inconstitucional, no es responsable del daño que pueda haber ocasionado al contribuyente (ver nota 3).

1116/1646

1646.— El cumplimiento irregular puede consistir en un hecho o una omisión (art. 1112



Ver Texto ). No es indispensable que haya dolo, es decir, incumplimiento deliberado. Basta la simple culpa o negligencia para desencadenar la responsabilidad, conforme a los principios generales de la responsabilidad aquiliana.

El funcionario no podrá excusar su responsabilidad alegando ignorancia de sus obligaciones, desde que el error de derecho o la ignorancia de la ley en ningún caso excusa la responsabilidad por los actos ilícitos (art. 923 Ver Texto ).

1116/1647

1647.— Interesa distinguir entre los actos ilícitos que el funcionario realiza en cumplimiento de sus funciones y los cometidos con motivo o durante el servicio, pero que son extraños a él. En el primer caso, responde como funcionario público; en el segundo, como simple particular. La distinción tiene interés porque en el primer supuesto, a la responsabilidad del funcionario se superpone la del Estado, no así en el segundo, en el que sólo responde el autor del hecho ilícito.

1116/1648

1648.— Finalmente, es necesario distinguir entre dos categorías de funcionarios: aquellos que sólo pueden ser removidos de sus cargos por juicio político u otro procedimiento similar y los restantes funcionarios y empleados. En cuanto a los primeros, no es posible intentar contra ellos la acción por daños y perjuicios, si previamente no han cesado en sus cargos, sea por haber sido removidos conforme al procedimiento legal, sea por haber renunciado o terminado sus funciones (ver nota 4).

1116/1649

1649.— La circunstancia de que el empleado o funcionario haya obrado en cumplimiento de órdenes superiores, no excusa, en principio, su responsabilidad, pues cuando dichas órdenes han sido dadas en violación de la ley, no obligan al subordinado. Pero este principio no recibe aplicación en el supuesto de empleados dependientes, desprovistos de facultades para apreciar la legitimidad de las órdenes recibidas (ver nota 5).

1116/1650

1650. RESPONSABILIDAD DE LOS JUECES.— En su carácter de funcionarios públicos, también los jueces están comprendidos en la responsabilidad que hemos estudiado en los

párrafos anteriores. Pero los perjuicios producidos a particulares por su actuación irregular o contraria a la ley, presentan algunos problemas que es preciso considerar.

El primero y quizá más delicado, es la eventual responsabilidad que puede derivar de una aplicación errónea de la ley. Ante todo, debemos decir que este problema no se presenta frente a una sentencia definitiva, es decir, frente a una sentencia dictada por un tribunal de cuyo pronunciamiento no cabe ya recurso de apelación. Ningún litigante podría aducir, más tarde, que el tribunal hizo una errónea aplicación de la ley, para reclamar de los jueces que firmaron la sentencia una indemnización de los daños sufridos. Y ello por una razón muy simple: la ley es lo que los jueces dicen que es (ver nota 6). De tal modo que, declarado por sentencia definitiva que la ley dispone tal cosa, no puede luego pretenderse que esa interpretación es errónea y que en realidad dispone algo distinto. Sólo cabe exceptuar el supuesto de que se demostrara que el tribunal ha obrado maliciosamente o que ha mediado cohecho, en cuyo caso, la acción de daños es, desde luego, procedente.

Pero puede darse el caso de que el daño haya derivado de la sentencia de un juez inferior (en base a la cual, por ejemplo, se ha decretado el embargo que ha resultado perjudicial), que luego ha sido revocada por el tribunal superior. La revocación demuestra que el derecho ha sido mal aplicado, lo que parecería indicar la viabilidad de una acción de daños. Empero, la improcedencia de tal acción, no mediando malicia del juez, es evidente. La solución de los litigios, la valoración de la prueba, la interpretación de la ley, son todas materias opinables. No se podría hacer responsables a los magistrados de una decisión razonablemente fundada (aunque el superior en definitiva la haya considerado errónea y, por ello, revocado) sin grave daño para la serenidad de las decisiones y la independencia de juicio de los magistrados (ver nota 7).

En suma, la responsabilidad de los jueces debe reposar sobre las siguientes bases: a) ellos son responsables si se trata de actos irregulares hechos con malicia; b) por el contrario, si se trata de simples errores subsanables por los recursos que la ley establece, dichos errores deben ser remediados por esa vía; cuando ésta no ha sido intentada, ello significa que el que se dice damnificado ha consentido la resolución que lo agravia y no tiene de qué quejarse; si lo ha intentado infructuosamente, porque el superior ha confirmado la resolución o sentencia impugnada, esto quiere decir que no hay en ella error desde el punto de vista legal (ver nota 8).

1116/1651

1651.— Cabe agregar que según el art. 273 Ver Texto del Código Penal, será reprimido con inhabilitación absoluta de uno a cuatro años el juez que se negare a juzgar so pretexto de oscuridad, insuficiencia o silencio de la ley, y el que retardare maliciosamente la administración de justicia después de requerido por las partes y de vencidos los términos legales. Obvio resulta decir que, condenado el magistrado, será también responsable por la

indemnización de los perjuicios sufridos por el litigante.

1116/1652

1652.— Finalmente, hay que recordar que tanto la acción penal como la civil sólo pueden intentarse después que el magistrado haya cesado en sus funciones por un motivo legal (juicio político o renuncia) de acuerdo a lo que se dijo en el n° 1648.

(nota 1) De acuerdo: AGUIAR, t. 2, n° 65; ACUÑA ANZORENA, en SALVAT, Hechos ilícitos, n° 2975, nota 3, b; COLOMBO, Culpa aquiliana, 3ª ed., t. 1, n° 97.

(nota 2) AGUIAR y COLOMBO, loc. cit. en nota anterior; ACUÑA ANZORENA, en SALVAT, Hechos ilícitos, n° 2975, nota 5ª.

(nota 3) SALVAT, Hechos ilícitos, n° 2977.

(nota 4) C. S. N., 6/9/1910, Fallos, t. 113, p. 317; íd., 17/4/1913, Fallos, t. 116, p. 409; C. Apel. Departamento del Centro, Buenos Aires, 27/12/1918, J. A., t. 2, p. 977; S. T. Córdoba, resolución del 14/10/1925, cit. por AGUIAR, t. 2, n° 70, p. 464, en nota. De acuerdo: SALVAT, Hechos ilícitos, n° 2980. En contra: AGUIAR, t. 2, n° 71, autor que sostiene que la responsabilidad de todos los funcionarios, cualquiera sea su jerarquía, es inmediata, de tal modo que aun aquellos cuya estabilidad está garantizada por el requisito del juicio político para su remoción, pueden ser demandados por indemnización de daños.

(nota 5) SALVAT, Hechos ilícitos, n° 2978; COLOMBO, Culpa aquiliana, 3ª ed., t. 1, n° 97.

(nota 6) COOLEY, Principios generales de derecho constitucional en los Estados Unidos, trad. esp., Buenos Aires, 1898, p. 136.

(nota 7) ENNECCERUS-LEHMANN, Obligaciones, vol. 2, § 234, I.

(nota 8) De acuerdo: SALVAT, Hechos ilícitos, n° 2979; AGUIAR, t. 2, n° 72; COLOMBO, Culpa aquiliana, 3ª ed., n° 99.

1116/10940

### § 3.— Responsabilidades profesionales

1116/1653

1653. EL PROBLEMA DE LA RESPONSABILIDAD PROFESIONAL.— Toda persona que asume la obligación de prestar un servicio o realizar una obra por encargo o por cuenta de otra, asume responsabilidades inherentes a la obligación contraída; pero en el caso de que el obligado sea un profesional con título de capacitación superior, dicha responsabilidad adquiere un matiz especial. La importancia y la delicadeza de las tareas que asume, la circunstancia de que obra en virtud de un título oficial que es, en cierta forma, un aval de su aptitud profesional, le dan a su actuación un significado especial. Y cabe preguntarse si su responsabilidad puede ser apreciada a la luz de los principios que rigen los contratos o si debe ser juzgada conforme con las reglas de los hechos ilícitos.

Aunque frecuentemente este problema de la naturaleza de la responsabilidad profesional ha sido tratado en conjunto, como si fuera un tema único cuyas soluciones fueran aplicables a cualquier profesión, pensamos, por nuestra parte, que se trata de una cuestión extremadamente compleja, que no se presta a una solución uniforme y que debe ser resuelta considerando cada profesión en particular. Sólo así se evita la tentación de formular sistemas generales, que pueden tener una gran armonía arquitectónica, pero que seguramente no se ajustarán a la naturaleza plástica y multiforme de las distintas actividades profesionales que se pretende encuadrar en fórmulas uniformes.

1116/10950

A.— RESPONSABILIDAD DE LOS MÉDICOS (ver nota 1)

1116/1654

1654. NATURALEZA DE ESTA RESPONSABILIDAD.— Puede considerarse predominante la teoría según la cual la responsabilidad de los médicos es esencialmente de carácter contractual (ver nota 2). Quedarían excluidos de este supuesto los siguientes casos: a) que los servicios del médico hayan sido requeridos por un tercero (pariente o amigo que solicita la asistencia de un enfermo grave o en estado de inconsciencia); b) que ellos hayan sido prestados espontáneamente, sin consentimiento del enfermo, como ocurre, por ejemplo, si un médico asiste a la víctima de un accidente de tránsito que ha quedado inconsciente sobre el pavimento; c) que los servicios se hayan prestado en contra de la voluntad del enfermo, como ocurre en el supuesto del suicida que recibe auxilio médico; d) que la relación contractual esté establecida entre el médico y un tercero (sanatorio, hospital,

empresa patronal, etc.) del cual el primero recibe una retribución para la atención gratuita de ciertos enfermos. En estos casos, según algunos autores, habría responsabilidad por los hechos ilícitos (ver nota 3); según otros, habría todavía que distinguir los supuestos señalados con las letras a) y b), en los cuales habría la responsabilidad propia de la gestión de negocios (ver nota 4).

Pensamos que aceptar estas teorías significa juzgar a la luz de distintos conceptos y distintas reglas jurídicas, una responsabilidad idéntica. La que pesa sobre el médico que atiende a un enfermo en su consultorio o lo opera con su consentimiento, no difiere en absoluto de la que tiene el profesional que atiende al obrero de una compañía o que opera de urgencia a un accidentado que se encuentra en estado de inconsciencia. A ningún médico se le ocurriría que, en estos distintos supuestos, su deber de diligencia sea diferente; y seguramente será el primer sorprendido si se le dijera que sus obligaciones difieren en aquellas hipótesis. No podemos aceptar un sistema que no refleja la realidad, ni responde a ninguna razón de conveniencia. En todos estos casos, la responsabilidad del médico es y debe ser la misma. No surge ella de la celebración de un contrato, sino de las obligaciones que impone el ejercicio de la medicina, haya o no contrato. En otras palabras, es una responsabilidad profesional extracontractual (ver nota 5). Por excepción, puede admitirse que tienen carácter contractual los compromisos que el médico haya asumido y a los que no estaba obligado según la ética profesional; por ejemplo, si se compromete a acompañar a un paciente en un viaje a Europa y luego se niega a cumplir. Aunque de ello no resulte ningún daño a su salud, el paciente podría reclamarle los perjuicios derivados de haber tenido que consultar a médicos europeos más caros, de haber tenido que postergar el viaje para encontrar otro facultativo que lo acompañase, etcétera.

El problema de la naturaleza de la responsabilidad médica tiene interés desde dos puntos de vista: a) en orden a la extensión de la responsabilidad, ya que la contractual es más limitada que la que deriva de un hecho ilícito; en el primer caso sólo se responde de las consecuencias directas, en tanto que en el segundo también se responde por las mediatas; b) en orden a la prescripción, pues si se acepta que la responsabilidad deriva del contrato, se aplica el término común del art. 4023 Ver Texto , en tanto que si se admite su carácter extracontractual, la acción prescribe a los dos años (art. 4037 Ver Texto ). Es éste un argumento más en favor de la tesis que propugnamos; es bueno evitar que los médicos estén expuestos a acciones por reparación de daños intentadas después de largos años (ver nota 6).

1116/1655

1655-1656. REMISIÓN.— No obstante que pensamos que la responsabilidad de los médicos es extracontractual, por lo cual todos los delicados problemas que derivan de ella deberían ser tratados en este lugar, predomina largamente en nuestra doctrina y jurisprudencia la tesis de que es contractual, razón por la cual nos ocupamos de ella en nuestro Tratado de Derecho Civil, Contratos, t. 2, núms. 1046 y siguientes.

(nota 1) BIBLIOGRAFÍA ESPECIAL: SALVAT, Responsabilidad civil de los médicos, L. L., t. 8, sec. doct., p. 9; COLOMBO, En torno a la responsabilidad civil de los médicos, L. L., t. 36, p. 794; HALPERIN, Responsabilidad de los médicos, J. A., t. 75, sec. doct., p. 56; ACUÑA ANZORENA, Naturaleza de la responsabilidad médica y término de prescripción de la acción resarcitoria, J. A., t. 74, p. 525; ALSINA ATIENZA, La carga de la prueba en la responsabilidad del médico, J. A., 1958-III, p. 587; nota de jurisprudencia francesa en J. A., t. 51, p. 887.

(nota 2) C. Civil Cap., Sala C, 17/6/1964, L. L., t. 115, p. 105; SALVAT, Responsabilidad civil de los médicos, L. L., t. 8, sec. doct., p. 9; COLOMBO, Culpa aquiliana, 3º ed., t. 1, nº 91; ACUÑA ANZORENA, nota en J. A., t. 74, p. 525; ALSINA ATIENZA, nota en J. A., 1958-III, p. 587; AGUIAR, t. 2, núms. 62 y s.; LALOU, La responsabilité civile, nº 170; MAZEAUD, t. 1, núms. 148 y 508.

(nota 3) COLOMBO, loc. cit. en nota anterior y nota en L. L., t. 36, p. 794; ACUÑA ANZORENA, loc. cit. en nota anterior; ALSINA ATIENZA, loc. cit. en nota anterior; MAZEN, Essai sur la responsabilité des medecins, ps. 55 y s.; DEMOLOMBE, t. 31, p. 542.

(nota 4) AGUIAR, t. 2, nº 62 bis.

(nota 5) La jurisprudencia francesa ha aplicado siempre las normas relativas a la responsabilidad nacida de hechos ilícitos (véase la citada en J. A., t. 51, p. 887; y por MAZEAUD, t. 1, núms. 508 y s.); en sentido concordante: NAST, nota en Fallos, 1932.2.5; PEYTEL, nota en Gaz. Pal., 1940.2, chron., p. 48; RÍOS, nota en J. A., t. 5, p. 571; GABBA, Nove questioni di diritto civile, t. 1, ps. 239 y s.

(nota 6) En contra, sosteniendo que la prescripción es decenal: ACUÑA ANZORENA, nota en J. A., t. 74, p. 525.

1116/10960

## B.— RESPONSABILIDAD DE ABOGADOS Y PROCURADORES

1116/1657

1657. NATURALEZA JURÍDICA.— La responsabilidad de los abogados y procuradores respecto de su cliente, es siempre contractual (ver nota 1), sea que se trate de actuación dentro del litigio o de consultas o asesoramientos extrajudiciales.

En cuanto a los daños que de su actuación puedan resultar a terceros, su responsabilidad tiene carácter extracontractual. Así ocurre, por ejemplo, si el apoderado letrado ha obtenido un embargo manifiestamente improcedente contra la otra parte, sobre la base de elementos probatorios falsos, y el embargo hubiera producido un daño.

1116/1658

1658. CULPA DE LA QUE RESPONDEN.— El abogado que asume la dirección de un pleito, no compromete una obligación de resultado sino de medio: poner toda su ciencia y diligencia en la defensa de su cliente. No garantiza el resultado del pleito. Y es lógico que así sea, porque todo litigio envuelve cuestiones opinables, tanto de hecho como de derecho, de tal modo que, salvo casos de excepción, ningún letrado puede garantizar el resultado. Por consiguiente, la responsabilidad del abogado no queda comprometida por la pérdida del pleito, a menos que haya incurrido en alguna negligencia grave, tal como no haber interpuesto los recursos legales contra la resolución perjudicial a los intereses de su cliente, dejar perimir la instancia, no ofrecer o no producir la prueba en momento oportuno, incurrir en una grave y palmaria ignorancia de la ley, etcétera.

Tampoco responde de un consejo que luego se demuestra erróneo (por resultar que el cliente pudo seguir otro camino más ventajoso a sus intereses o porque se perdió el pleito que se aconsejó seguir); pues ya se ha dicho que el derecho no es una ciencia matemática, sino que es una materia opinable. Pero habrá responsabilidad si el consejo revela una gruesa ignorancia o ligereza inexcusable en la apreciación del problema jurídico (ver nota 2).

1116/1659

1659.— Demostrado que el abogado o procurador ha incurrido en grave negligencia, ¿cómo se calculan los daños? El problema es delicado, pues nadie puede tener la seguridad que, de haber procedido con diligencia, el resultado del pleito hubiera sido otro. En definitiva no se trata de un daño cierto, sino de la pérdida de una chance. Hemos tratado el problema en otro lugar, adonde remitimos (supra, n° 151).

(nota 1) COLOMBO, Culpa aquiliana, 3ª ed., t. 1, n° 94; AGUIAR, t. 2, n° 62 bis, 1; MORELLO, en DE GÁSPERI, Obligaciones, t. 4, n° 1873, b; SALVAT, Hechos ilícitos, n°

2990.

(nota 2) De acuerdo en todo lo dicho en este párrafo: C. Civil Cap., Sala F, 27/12/1959, J. A., 1960-II, p. 29, y L. L., t. 98, p. 616; MORELLO, en DE GÁSPERI, Obligaciones, t. 4, nº 1873, b; ACUÑA ANZORENA, en SALVAT, Hechos ilícitos, nº 2990, nota 14, a.

1116/10970

### C.— RESPONSABILIDAD DE LOS ESCRIBANOS

1116/1660

1660. NATURALEZA JURÍDICA.— Los escribanos tienen una responsabilidad administrativa, por incumplimiento de las obligaciones que las leyes fiscales ponen a su cargo (art. 29 Ver Texto , ley 12990); una responsabilidad penal si asentaran una falsedad, violaran un secreto profesional, etcétera, contribuyendo al engaño del cliente (art. 31 Ver Texto , ley 12990); una responsabilidad profesional, si no guardaran las reglas de la ética notarial, en cuanto esas transgresiones afectan la institución del notariado, los servicios que le son propios o el decoro del cuerpo (art. 32 Ver Texto , ley 12990); tienen, en fin, una responsabilidad civil por los daños y perjuicios ocasionados a sus clientes o a terceros, por incumplimiento de sus obligaciones (art. 13 Ver Texto , ley 12990). Esta última es la que ahora nos interesa.

Hemos dicho en otro lugar (Tratado de Derecho Civil, Parte General, t. 2, nº 1002) que el escribano es un funcionario público. Le alcanza, pues, lo dispuesto en el art. 1112 Ver Texto (véase núms. 1644 y s.). Es obvio así, que su responsabilidad tiene carácter extracontractual (ver nota 1), la que puede ser hecha efectiva no sólo por el cliente, sino por los terceros que pueden sufrir perjuicio como consecuencia de una actuación negligente o dolosa del escribano.

En cuanto al cliente, hay que admitir que tiene además de la acción cuasidelictual, otra de carácter contractual (ver nota 2); la admisión de esta doble acción puede tener gran importancia práctica, sobre todo en orden a la prescripción, ya que la derivada del hecho ilícito prescribe a los dos años (art. 4037 Ver Texto ), en tanto que la contractual prescribe a los diez años (art. 4023 Ver Texto ).

(nota 1) De acuerdo: MORELLO, en DE GÁSPERI, Obligaciones, t. 3, nº 1873, b; SPOTA, t. 1, vol. 37, nº 2118; SALVAT, Hechos ilícitos, nº 2983, y su anotador ACUÑA ANZORENA; AGUIAR, t. 2, nº 63 bis; DÍAZ DE GUIJARRO, nota en J. A., t. 31, p. 239.



(nota 2) De acuerdo: SPOTA y MORELLO, loc. cit. en nota anterior.

1116/10980

#### D.— RESPONSABILIDAD DE LOS INGENIEROS, ARQUITECTOS Y CONSTRUCTORES

1116/1661

1661. NATURALEZA JURÍDICA; REMISIÓN.— En las relaciones entre el cliente y el ingeniero, arquitecto o constructor, la responsabilidad de éstos deriva del contrato de locación de obra acordado entre las partes; sobre el punto, remitimos a lo que decimos en Tratado de Derecho Civil, Contratos, t. 2, núms. 1116 y s.

Respecto de terceros que sufran un daño como consecuencia de la negligencia, impericia o dolo de estos profesionales (daños a las propiedades linderas, lesiones causadas a los transeúntes como consecuencia del derrumbamiento o la caída de materiales, herramientas, etc.), la responsabilidad es extracontractual (véase Tratado de Derecho Civil, Contratos, t. 2, n° 1176).

1116/10990

§ 4.— Responsabilidad deportiva (ver nota 1)

1116/1662

1662. IMPORTANCIA DEL TEMA.— La notable afición del hombre moderno por el deporte, ha hecho decir a un autor que éste constituye uno de los signos característicos de nuestro tiempo, al lado de la máquina y de la desintegración atómica (ver nota 2). Lo cierto es que el deporte como juego, como profesión, como espectáculo, forma parte importante de la vida contemporánea. Una de las características de esta actividad son los riesgos que genera, que son frecuentísimos. ¿Hay responsabilidad como consecuencia de los daños ocasionados por actos deportivos? Si la hay, ¿cuál es su naturaleza? Son éstos los temas que hemos de considerar en los párrafos que siguen.

1116/1663

1663. DISTINTOS SUPUESTOS A CONSIDERAR.— El problema de la responsabilidad por accidentes deportivos, debe considerarse en relación a cuatro hipótesis que es preciso estudiar separadamente: a) en las relaciones entre los deportistas que participan en el juego; b) en las relaciones entre los deportistas y los espectadores o terceros; c) en las relaciones entre las empresas organizadoras del espectáculo y los deportistas; d) finalmente, en las relaciones entre la empresa y los espectadores.

1116/1664

1664. a) Relaciones entre los deportistas participantes del juego.— El primer problema a considerar es si los deportistas son responsables de los daños ocasionados a los otros participantes del juego. Algunos autores opinan que estos daños deben juzgarse con el mismo criterio que cualquier otro; vale decir, todo daño ocasionado por culpa o negligencia debe dar lugar a la indemnización y aun a la condenación penal si existieren lesiones o muerte (ver nota 3). Pero este punto de vista puede considerarse superado en nuestros días. Hay un consenso general acerca de la legitimidad del deporte; y más aún, que debe estimulárselo, porque no obstante sus ocasionales riesgos, es saludable tanto desde el punto de vista físico como moral. Hasta el mismo deporte-espectáculo se juzga conveniente, puesto que aleja a las masas de otras aficiones menos saludables (como, por ejemplo, las carreras de caballos). Esta valoración moral y legal del deporte no es compatible con la incriminación de responsabilidad civil o penal por el acto deportivo que se ajusta a las reglas del juego. Como argumento coadyuvante para afirmar esa irresponsabilidad, cabe notar que los deportistas se exponen voluntariamente al riesgo y que esa actividad está permitida, tutelada y estimulada por el Estado.

Esto significa, dice BONASI BENUCCI, que los normales principios de prudencia y diligencia a los que se refiere la valoración de la culpa, deben sufrir adecuadas atenuaciones con respecto al ejercicio de ciertos deportes peligrosos (ver nota 4).

Es necesario, pues, afirmar el principio de que los deportistas no son responsables de los daños ocasionados a los competidores mientras se hayan respetado las reglas del juego (ver nota 5); en cambio, si ellas se han violado, el principio debe ser la responsabilidad del autor del hecho, a menos que demuestre que su acto fue involuntario e inevitable, tal como ocurría si en un match de box se da un golpe prohibido sin culpa, sea por el ardor del combate o como consecuencia de un movimiento defensivo del adversario (ver nota 6). Pero es necesario tener presente que la violación de las normas de juego que dan origen a responsabilidad son solamente aquellas que tienen en mira la seguridad de los deportistas y no las que hacen al juego en sí mismo (ver nota 7). Un ejemplo ilustrará esta diferencia: en el fútbol está prohibido jugar la pelota con la mano; supongamos que ante la inminencia de un gol, uno de los jugadores pretende atajar la pelota con la mano, pero no hace sino desviar su trayectoria de tal modo que da en el rostro de otro jugador y le fractura la nariz. Se trata de una contingencia inculpable del punto de vista de la responsabilidad civil. En

sentido concordante, se ha declarado que una infracción a la reglamentación del juego que afecte la validez de la jugada, no es de por sí un hecho ilícito que haga surgir la responsabilidad del jugador, salvo que el daño se ocasione con dolo o con notoria imprudencia o torpeza (ver nota 8).

Pero es necesario tener presente que ni siquiera el respeto de las leyes del juego exime de responsabilidad, cuando la acción que ha provocado el daño ha sido evidentemente dolosa o gravemente culposa; como ocurriría si un boxeador sigue castigando a otro que está desmayado pero todavía de pie sostenido por las cuerdas (ver nota 9).

1116/1665

1665.— ¿Cuál es la naturaleza de esta responsabilidad? Si se trata de una competencia deportiva entre aficionados, no cabe duda de que estamos en presencia de una responsabilidad extracontractual, porque quienes se ponen de acuerdo para jugar un partido, no celebran un contrato, desde que ese acto carece de un fin jurídico (ver nota 10).

Distinta es la solución en el deporte profesional. La concertación de un match de box, por ejemplo, es evidentemente un contrato; por consiguiente, la responsabilidad por daños será contractual, a menos que medie una conducta gravemente culposa o dolosa, en cuyo caso creemos que la víctima dispone de dos acciones, a su elección: una contractual y otra extracontractual. Las cláusulas de irresponsabilidad contenidas en los contratos de boxeo, deben reputarse inoperantes. Mientras los daños sean la consecuencia de los riesgos normales del deporte, no hay responsabilidad, se hayan pactado o no tales cláusulas; y si la conducta del boxeador ha sido antirreglamentaria, dolosa o gravemente culpable, será responsable no obstante cualquier pacto en contrario, pues no puede reconocerse validez a una cláusula que excuse la responsabilidad de un delito (ver nota 11).

Cuando el contrato se concierta entre los clubes a los cuales pertenecen los jugadores (caso del fútbol profesional), la responsabilidad de los jugadores por sus hechos dañosos debe reputarse extracontractual, puesto que ellos no contratan.

1116/1666

1666. b) Relaciones entre los deportistas y los espectadores o terceros.— Supongamos ahora que el daño haya sido sufrido por un espectador, como ocurriría si el automóvil que está compitiendo sale de la pista y embiste al público. Pensamos que no hay responsabilidad del automovilista, porque el hecho es una contingencia propia del deporte que practica; ello sin perjuicio de la responsabilidad del empresario (véase nº 1668) (ver nota 12). Tanto más exento de responsabilidad estará el automovilista si el accidente ha

ocurrido por culpa de terceros, como sucede si por eludir a un espectador que cruza imprudentemente la pista se embiste al público (ver nota 13).

También pueden surgir daños a bienes de terceros; por ejemplo, un automóvil sale de la carretera y embiste una propiedad particular, ocasionándole daños. En tal supuesto, los riesgos propios del automovilismo no tienen porqué pesar sobre un tercero ajeno a la competencia; el conductor debe reputarse culpable conforme a los principios comunes de la responsabilidad aquiliana (ver nota 14).

1116/1667

1667. c) Relaciones entre la empresa organizadora y los deportistas.— La empresa organizadora del espectáculo ¿responde por los daños ocasionados por un deportista a otro? Es necesario decir que el problema sólo se plantea en los supuestos en que hay responsabilidad del jugador que ha cometido el daño; si no la hubiera de su parte, tampoco puede haber responsabilidad refleja de la empresa (ver nota 15). Pero si el hecho es inculparable al jugador, la responsabilidad de la empresa organizadora debe resolverse sobre las siguientes bases: si entre la empresa y los deportistas no hay relación de dependencia (caso del match-maker en el boxeo), no existe responsabilidad; pero si existe aquella relación de dependencia (como ocurre entre los jugadores de fútbol y los clubes), hay responsabilidad (ver nota 16). En este caso, la responsabilidad es aquiliana, desde que no media ningún vínculo contractual entre el club y el jugador lesionado.

Queda todavía por considerar el caso de que el lesionado sea el jugador dependiente del club o empresa. ¿Responde ésta? La solución depende, naturalmente, del contrato; generalmente, la indemnización asume la forma de que los sueldos siguen corriendo no obstante la inactividad forzada del herido. Pero si nada se hubiera estipulado, nos inclinamos a considerar que no hay responsabilidad del club, porque el jugador actúa asumiendo el riesgo (ver nota 17).

¿Responde la empresa o club por los daños sufridos por una cosa riesgosa, por ejemplo, una pileta de natación, el avión de un aeroclub? La Sala B de la Cámara Civil de la Capital ha resuelto, con razón, que no responde. En estos casos deja de ser aplicable la teoría del riesgo porque el deportista ha asumido voluntariamente ese riesgo. Por tanto no hay responsabilidad para el club si el deportista se ahoga en la pileta como consecuencia de un síncope (ver nota 18) o el piloto del avión muere en un mal aterrizaje.

1116/1668

1668. d) Relaciones entre la empresa y los espectadores o terceros.— Cuando la empresa ha

celebrado con los espectadores un contrato de espectáculo público, debe considerarse implícita en él la cláusula de seguridad en favor del espectador; en consecuencia, es responsable por no haber tomado todas las medidas necesarias para evitar riesgos a los que presencian la competencia (ver nota 19). Conforme con estas ideas, la ley 23184 dispone en su art. 33 que las entidades o asociaciones participantes en un espectáculo deportivo son solidariamente responsables civiles de los daños sufridos por los espectadores en los estadios y durante su desarrollo, si no ha mediado culpa por parte del damnificado (ver nota 20).

Se trata de una responsabilidad objetiva; la empresa no puede alegar su falta de culpa ni la culpa de un tercero por el cual no tiene obligación de responder; la única eximente es la culpa de la propia víctima. Es una solución razonable porque como ya lo dijimos, la empresa de espectáculo deportivo asume un deber de seguridad.

Adviértase que la ley se limita a establecer una responsabilidad civil, excluyendo, por tanto, la penal.

No importa tampoco que la empresa haya permitido el acceso gratuito a las instalaciones; la norma no distingue entre espectáculos gratuitos u onerosos (ver nota 21).

Distinta debe ser la solución si el daño se ha producido fuera de las instalaciones y de la posibilidad de control de la entidad organizadora. Supongamos que en una carrera automovilística el público se haya apostado a lo largo del camino: la empresa no sería responsable por un accidente a consecuencia del cual uno de los automóviles se haya desviado de la ruta, embistiendo a los espectadores. Son éstos los que con su conducta culpable (pues los riesgos de tales competencias son conocidos) han hecho posible el accidente.

La empresa organizadora responde, desde luego, por la caída de las tribunas bajo el peso de la multitud (ver nota 22); esa responsabilidad es contractual, pues resulta de la obligación de seguridad que es inherente al contrato de espectáculo público; y extracontractual, porque resulta de aplicación al caso el art. 1113 Ver Texto . Esto significa que el lesionado puede optar entre las dos acciones.

(nota 1) BIBLIOGRAFÍA ESPECIAL: BREBBIA, La responsabilidad en los accidentes deportivos, Buenos Aires, 1962; SPOTA, Responsabilidad por accidentes deportivos, J. A., 1942-II, p. 936; ORGAZ, Lesiones deportivas, L. L., t. 151, p. 1055; LLAMBÍAS, Responsabilidad civil proveniente de accidentes deportivos, E. D., t. 47, p. 947.

(nota 2) BREBBIA, La responsabilidad en los accidentes deportivos, n° 1.

(nota 3) En este sentido: MESSINEO, t. 6, § 169, n° 37. Este autor admite, sin embargo, que el consentimiento de la víctima sirve de elemento de atenuación del resarcimiento. Responde a este criterio la sentencia de la C. Apel. Mercedes, que condenó a un boxeador por homicidio por imprudencia (5/12/1926, J. A., t. 29, p. 2).

(nota 4) BONASI BENUCCI, La responsabilidad civil, n° 107.

(nota 5) En este sentido: C. Fed. La Plata, 26/12/1937, J. A., t. 57, p. 352; C. Fed. Tucumán, 15/2/1938, L. L., t. 10, p. 813; BREBBIA, La responsabilidad en los accidentes deportivos, n° 7; MORELLO, en DE GÁSPERI, Obligaciones, t. 4, n° 1856, b.

(nota 6) En sentido coincidente, ORGAZ, Lesiones deportivas, L. L., t. 151, p. 1055.

(nota 7) En consecuencia con este criterio la C. Crim. Cap. condenó por homicidio culposo a un esgrimista que mató a otro en un asalto de florete en el cual no se habían puesto la careta protectora (14/11/1941, Revista Penal y Penitenciaria, oct-dic. 1941, cit. por BREBBIA, La responsabilidad en los accidentes deportivos, n° 10).

(nota 8) C. Civil Cap., Sala G, 24/4/1988, L. L., fallo n° 88.325.

(nota 9) Aludimos a un caso histórico. En la disputa por un campeonato mundial, el campeón Paret quedó desmayado enredado entre las cuerdas; allí recibió un castigo brutal del desafiante, Griffith. Las cámaras de televisión reprodujeron con prolijidad alucinante aquel castigo despiadado propinado a un hombre inerte, que pocas horas después falleció. No sabemos si el hecho llegó a los tribunales y motivó o no alguna condena civil; pero la responsabilidad de Griffith estaba fuera de duda para quien pudo presenciar directamente o a través de la televisión aquel dramático espectáculo.

(nota 10) BREBBIA, La responsabilidad en los accidentes deportivos n° 9; MORELLO, en DE GÁSPERI, Obligaciones, t. 4, n° 1856, b. LLAMBÍAS, sostiene que es una responsabilidad contractual, E. D., t. 47, p. 948, II.

(nota 11) De acuerdo: MAJADA, Naturaleza jurídica del contrato deportivo, p. 92.

(nota 12) De acuerdo: LLAMBÍAS, E. D., t. 47, p. 949, nota 11.

(nota 13) C. Civil 1ª Cap., 6/5/1942, J. A., 1942-II, p. 936, con nota de SPOTA; LLAMBÍAS, E. D., t. 47, p. 949, III.

(nota 14) En contra: LLAMBÍAS, E. D., t. 47, p. 949, nota 11.

(nota 15) BREBBIA, La responsabilidad en los accidentes deportivos, nº 13. Véase en sentido concordante, C. Civil 2ª Cap., 14/6/1937, L. L., t. 6, p. 998.

(nota 16) Juzgado Civil de la Cap., 5/11/1955, J. A., 1956-III, p. 372; BREBBIA, La responsabilidad en los accidentes deportivos, nº 13. Véase jurisprudencia citada en nota 2146.

(nota 17) BREBBIA, La responsabilidad en los accidentes deportivos, nº 14. En contra: SPOTA, nota en J. A., 1942-II, p. 939, nº 5.

(nota 18) C. Civil Cap., Sala B, 23/2/1976, J. A., 1977-II, p. 294, con nota de MOSSET ITURRASPE.

(nota 19) C. Civil Cap., Sala B, 22/7/1969, L. L., t. 137, p. 309; Sala D, 19/10/1956, L. L., t. 86, p. 44, y J. A., 1957-II, p. 334; Sala E, 29/10/1959, J. A., 1960-I, p. 647; C. Civil 2ª Cap., 13/9/1941, L. L., t. 24, p. 645; BREBBIA, La responsabilidad en los accidentes deportivos, nº 12; SPOTA, nota en J. A., 1942-II, p. 939, nº 5; COLOMBO, Culpa aquiliana, 3ª ed., nº 100 bis.; LLAMBÍAS, nota en E. D., t. 47, p. 950, nº IV.

(nota 20) Discutida la constitucionalidad de esta norma, la C. S. N. la declaró constitucional: 24/3/1994, E. D., fallo nº 45.871 y L. L., fallo nº 92.553.

(nota 21) De acuerdo: COLOMBO, Culpa aquiliana, 3ª ed., nº 100 bis; LLAMBÍAS, nota en E. D., t. 47, p. 950, nº IV.

(nota 22) C. Civil Cap., Sala C, 21/5/1965, L. L., t. 119, p. 544 y E. D., t. 47, p. 785; Sala E, 29/10/1959, J. A., 1960-I, p. 647; íd., 2/11/1959, L. L., t. 98, p. 122; C. Civil 2ª Cap., 13/9/1941, J. A., t. 76, p. 244.

## § 5.— Responsabilidad por accidentes del trabajo

1116/1669

1669. DOCTRINA DEL RIESGO PROFESIONAL.— El tema de los accidentes del trabajo es propio del Derecho Laboral y extraño, por lo tanto, a nuestro estudio. Aquí sólo nos interesa puntualizar cuál es la naturaleza y fundamento de la responsabilidad del patrón por estos accidentes.

Antiguamente, este problema jurídico se resolvía sobre la base del derecho común; es decir, el obrero que pretendía que el patrón lo indemnizara, debía probar la culpa de aquél o que el daño había sido hecho por un dependiente suyo o, en fin, que lo había provocado una cosa de propiedad del patrón; la culpa del obrero, aunque fuera leve, excluía la responsabilidad patronal. La solución era injusta, porque lo cierto es que la vecindad de la máquina, el acostumbramiento con el peligro, originan un aflojamiento de las precauciones que normalmente suelen adoptarse. En otras palabras, los accidentes son la consecuencia natural de una actividad peligrosa. Y es lógico, por lo tanto, que cargue con ese riesgo, no el obrero, sino el patrón que lo ha creado con su industria y que se beneficia con esa actividad peligrosa.

La doctrina del riesgo profesional fue incorporada en nuestro país por la ley 9688 , dictada en 1915. Luego de algunas reformas parciales introducidas por leyes posteriores, la ley 24557 dictada en 1995, ha venido a modernizar todo el sistema tuitivo de los trabajadores. De acuerdo con ella, basta para hacer lugar a la indemnización, que el daño se haya producido por el hecho o en ocasión del trabajo o en el trayecto entre el domicilio del trabajador y el lugar del trabajo, siempre y cuando el damnificado no hubiere alterado dicho trayecto por causas ajenas al trabajo (art. 6° Ver Texto , inc. 1°).

Basta, pues, con que el accidente haya ocurrido en el lugar de trabajo o in itinere, para desencadenar la responsabilidad del patrón. No es necesario probar su culpa, ni que el daño fue hecho por un empleado suyo o con una cosa de la cual se servía o era de su propiedad. Es suficiente la prueba del daño ocurrido en dichas circunstancias.

El patrón sólo deja de ser responsable:

a) Cuando el accidente hubiera sido intencionalmente provocado por la víctima (art. 6° Ver Texto , ley 24557), como ocurriría si el obrero, en un acto de sabotaje, pretende destruir una máquina que estalla y lo hiere.



b) Cuando se haya originado en una fuerza mayor extraña al trabajo (art. 6° Ver Texto , ley 24557); si, por el contrario, se trata de una fuerza mayor inherente al trabajo, hay responsabilidad. Así, por ejemplo, el patrón está exento de responsabilidad si el daño se produce como consecuencia de un terremoto, una inundación, etcétera. Pero si un rayo (que es un acontecimiento imprevisible e invencible) cae sobre el cable en el cual está trabajando un obrero y transmite la descarga eléctrica, matándolo, se trata de una fuerza mayor inherente al trabajo y, por lo tanto, indemnizable.

1116/1670

1670.— En caso de que del accidente resulte una incapacidad total y permanente, el damnificado tendrá derecho a recibir las prestaciones que por retiro definitivo por invalidez establezca el régimen previsional al que estuviera afiliado; y además, recibirá un capital que equivaldrá a 43 veces el valor mensual del ingreso base, multiplicado por un coeficiente que resultará de dividir el número 65 por la edad del damnificado a la fecha del hecho invalidante, cuyo monto no puede exceder de \$ 55.000 (art. 15 Ver Texto , inc. 2°).

En caso de muerte del trabajador, los derecho-habientes tendrán derecho a la pensión por fallecimiento prevista en el régimen previsional al que estuviere afiliado el damnificado y a la prestación prevista en el art. 15 Ver Texto , inc. 2°.

Es necesario añadir que el trabajador o sus derecho-habientes pueden optar por la indemnización prevista en la ley 24557 o bien por la acción civil prevista en el art. 1113 Ver Texto del Código Civil. Pero indemnizada la víctima conforme a las disposiciones de la ley 24557, se extingue su derecho a toda otra indemnización, salvo que el daño haya sido ocasionado dolosamente por el empleador (art. 38 Ver Texto ).

1116/11010

§ 6.— Responsabilidad derivada de la aeronavegación

1116/1671

1671. NATURALEZA DE LA RESPONSABILIDAD.— Hemos dicho en otro lugar (núms. 1561 y s.) que el contrato de transporte impone una obligación de resultado: conducir sanas y salvas las personas y las mercaderías a destino. Esta obligación resulta particularmente justa en el transporte aéreo, porque la peligrosidad del medio empleado exige que el transportador adopte todas las precauciones del caso para evitar accidentes y porque es equitativo que quien se beneficia con el negocio de transporte asuma sus riesgos. Pero la

aeronavegación no sólo crea riesgos para las personas y cosas que viajan en la aeronave, sino también para las otras que se encuentran sobre la superficie, como consecuencia de la caída de un objeto desde la nave o de la caída de ella misma. Todo esto ha contribuido a la formación de una conciencia univerval en el sentido de que la responsabilidad por accidentes aéreos no puede fundarse en los principios ordinarios según los cuales es indispensable probar la culpa del imputado como responsable. En nuestro derecho interno, el problema ha sido abordado por el Código Aeronáutico (ley 17285 ), y para el transporte internacional rige la Convención de Varsovia de 1929 (ratificada por la ley 14111 ). Los principios esenciales en que se basa la responsabilidad conforme a estos cuerpos de leyes, son los siguientes: a) se presume la responsabilidad de todo transportador aéreo por los daños causados a las personas o cosas transportadas u ocasionados en la superficie; b) como compensación a esta presunción de culpa, se limita el monto de la responsabilidad.

En 1967 se dictó un nuevo Código Aeronáutico, la ley 17285 , que vino a sustituir la anterior, 14307, dictada en 1954. En materia de responsabilidad, la nueva ley mantiene casi invariables las soluciones de la anterior, salvo en lo que atañe a los topes fijados para la indemnización, que se elevan considerablemente.

En los párrafos que siguen desarrollaremos el sistema de nuestra legislación, bien entendido que lo haremos ciñéndonos a una breve exégesis de los textos, ya que su estudio es materia propia del Derecho de la Navegación.

1116/11020

#### A.— RESPONSABILIDAD EN EL TRANSPORTE ONEROSO

1116/1672

1672. PRINCIPIOS QUE RIGEN LA RESPONSABILIDAD EN EL TRANSPORTE AÉREO.— El transportador es responsable por los daños sufridos por las personas, cuando el accidente se ha producido a bordo de las aeronaves o durante las operaciones de embarco o desembarco (art. 139 , ley 17285); responde también por los daños sufridos en las cosas transportadas, desde el momento en que los equipajes o mercancías quedan al cuidado del transportador, ya sea en los aeródromos o a bordo o en un lugar cualquiera, fuera de los aeródromos (art. 140 , ley 17285). Basta, pues, el hecho del daño sufrido durante el transporte para desencadenar la responsabilidad del transportador. Pero esta solución no es rígida y el transportador puede excusar su responsabilidad probando alguna de las siguientes circunstancias eximentes.

a) Que el transportador o las personas que están bajo su dependencia han adoptado las medidas necesarias para evitar el daño o demuestren que les ha sido imposible tomarlas (art. 142 , ley 17285).

b) Si la persona damnificada hubiera causada el daño o contribuido a causarlo, los tribunales podrán eliminar o atenuar la responsabilidad del transportador (art. 143 , ley 17285). Es decir, si media culpa concurrente, se aplicarán los principios generales.

c) La ley no ha previsto el supuesto de fuerza mayor; pero no cabe duda que exime de responsabilidad al transportador, porque está exento de ella en caso de que le haya sido imposible tomar medidas para evitar el daño (art. 142 ), y fuerza mayor es precisamente el acontecimiento que no puede preverse o que previsto no puede evitarse.

La más frecuente y típica fuerza mayor en la navegación aérea, son las tormentas eléctricas. Ahora bien: ¿eximen ellas de responsabilidad al transportador? Es necesario tener presente que en la actualidad el perfeccionamiento de los servicios meteorológicos y la eficiencia de los medios de comunicación, permiten informarse normalmente de la proximidad de una tormenta. Por regla general, no podrá aducirse la fuerza mayor, porque ésta supone un evento imprevisible, y ya hemos dicho que las tormentas habitualmente pueden preverse.

1116/1673

1673. RESPONSABILIDAD POR RETRASO.— El transportador responde por el retraso en el transporte de viajeros, equipajes o mercaderías (art. 141 , ley 17285). Naturalmente, no habrá responsabilidad si el retraso se ha producido por una causa de fuerza mayor, como podría ser un persistente temporal.

1116/1674

1674. LIMITACIÓN DE LA RESPONSABILIDAD.— En esta materia, las leyes 17285 y 22390 han introducido reformas notables sobre los montos de la ley anterior, 14307 . Esta última establecía un límite máximo de ochenta mil pesos moneda nacional por daños ocasionados a cada persona y de ciento cincuenta por kilogramo de peso bruto (con un tope de tres mil pesos moneda nacional por persona) en los daños a equipajes o mercaderías. Estos límites resultaban en 1967 completamente insuficientes y fueron objeto de un drástico aumento. Para evitar el riesgo de que la inflación convierta nuevamente en insuficientes los nuevos topes, la ley ha tomado como base el argentino oro, moneda que no se deprecia.

El art. 144 limita la responsabilidad por persona a mil argentinos oro, pero si del hecho

resultaren lesiones o la muerte del transportado, el límite se eleva a dos mil argentinos oro (art. 160 , ley 22390). Esta suma es aproximadamente equivalente a los límites admitidos en la legislación comparada sobre aeronavegación y muy superior a la que generalmente fijan a los tribunales ordinarios por la muerte de una persona, en los caso de responsabilidad civil en que no hay limitación alguna. Esto, a la par que prueba la falta de realismo con que nuestros jueces aprecian tales daños, significa que en la práctica los topes son tan altos que no van a funcionar como tales, pues seguramente se fijarán indemnizaciones considerablemente menores, a menos que los jueces interpreten tales topes como una directiva legal y se sientan así más inclinados a apreciar el problema con criterio más amplio y realista.

En cuanto al transporte de mercaderías y equipajes, la responsabilidad del transportador queda limitada a dos argentinos oro por kilogramo de peso bruto, salvo declaración de un valor especial hecha en el momento de la entrega y pago de la tasa suplementaria que se fijare; en tal caso, el transportador está obligado a pagar la cantidad declarada, a menos que pruebe que es menor el valor de la mercadería o equipaje o que dicha cantidad es superior al interés real del expedidor en la entrega (art. 145 ).

En cuanto a los objetos cuya guarda conserva el pasajero, la responsabilidad queda limitada hasta una suma equivalente a cuarenta argentinos oro en total (art. citado).

1116/1675

1675. CASO DE ECHAZÓN.— La pérdida sufrida en caso de echazón, así como la resultante de cualquier otro daño o gasto extraordinario producido intencional y razonablemente por orden del comandante de la aeronave durante el vuelo, para conjurar los efectos de un peligro inminente o atenuar sus consecuencias para la seguridad de la aeronave, personas o cosas, constituirá una avería común y será soportada por la aeronave, el flete, la carga y el equipaje registrado, en relación al resultado útil obtenido y en proporción al valor de las cosas salvadas (art. 154 ). Es justo que la pérdida se soporte entre aquellos a los que la echazón contribuyó a salvar, incluido naturalmente el dueño de la mercadería arrojada o dañada, que también debe contribuir proporcionalmente.

1116/1676

1676. CLÁUSULA DE EXONERACIÓN.— Toda cláusula que tienda a eximir al transportador de su responsabilidad o a fijar un límite inferior al señalado por la ley, es nula, pero la nulidad de tales cláusulas no entraña la del contrato (art. 146 , ley 17285). Es una disposición lógica, porque las condiciones del contrato de transporte aéreo las fija íntegramente la compañía; el pasajero o dueño de las mercaderías no hace sino adherir a las condiciones que se le ofrecen, de tal modo que si la cláusula de exención de la

responsabilidad fuera válida, todos los contratos de transporte la incluirían.

En cambio, son válidas las cláusulas contractuales que fijan un límite mayor (art. citado).

1116/1677

1677. CASO DE DOLO.— En caso de daño provocado por dolo del transportador o de una persona dependiente que actúe en ejercicio de sus funciones, no hay eximentes de responsabilidad ni tampoco tienen aplicación las limitaciones al monto de la reparación, que será integral (art. 147 , ley 17285). En la Convención de Varsovia, que sirvió de fuente a esta disposición, se atribuye esta consecuencia al dolo y a la culpa que, según la ley del tribunal competente, sea considerada como equivalente al dolo (art. 25 ). Como se ve, la ley nacional no tiene referencia expresa a esta culpa grave; pero los tribunales argentinos parecen inclinados a asimilar la culpa grave al dolo, de tal modo que en cualquiera de estos dos supuestos, la limitación de la responsabilidad queda eliminada (ver nota 1).

1116/1678

1678. PLAZO DE CADUCIDAD PARA EL RECLAMO.— En caso de avería, el destinatario debe dirigir al transportador su protesta dentro de un plazo de tres días para los equipajes y de diez días para las mercancías, a contar desde la fecha de la entrega. En caso de pérdida, destrucción o retardo, la protesta deberá ser hecha dentro de los diez días siguientes a la fecha en que el equipaje o la mercancía debieron ser puestos a disposición del destinatario. La falta de protesta en los plazos previstos hace inadmisibile toda acción contra el transportador, salvo el caso de fraude de éste (art. 149 , ley 17285).

Todo ello sin perjuicio de que la recepción de equipajes y mercaderías sin protestas por el destinatario, hace presumir que fueron entregadas en buen estado, y conforme al título del transporte, salvo prueba en contrario (art. 148 ).

(nota 1) Así lo resolvió la C. Civil Cap., Sala C, 28/2/1963, L. L., t. 110, p. 151; y tal fue la solución sostenida por el autor de esta obra en su voto en el fallo de la C. Civil Cap., Sala A, 6/3/1964, L. L., t. 115, p. 595 (el doctor LLAMBÍAS adhirió, aunque por otras razones, a la solución de que en el caso no jugaba la limitación de la responsabilidad).

1116/11030

B.— RESPONSABILIDAD POR DAÑOS OCASIONADOS EN LA SUPERFICIE

1116/1679

1679. NATURALEZA DE LA RESPONSABILIDAD.— Los daños causados por una aeronave o por una persona o un objeto que caiga de ella o por un ruido anormal que ella produzca, dan derecho a la reparación por el solo hecho de que se demuestre que provienen de una u otra circunstancia (art. 155 ). Lo establecido en este párrafo regirá desde el momento en que la aeronave aplique la fuerza motriz para despegar hasta que termine el recorrido de aterrizaje (art. 156 ).

Como se señala en la nota a estos artículos, se adopta el principio de la responsabilidad objetiva seguido por la Convención de Roma. Basta establecer la conexión entre el hecho y el daño, sin necesidad de probar culpa.

1116/1680

1680. PERSONAS RESPONSABLES.— La responsabilidad en este caso incumbe al explotador de la aeronave, no al propietario (art. 157 ). En el caso de que la aeronave haya sido utilizada sin consentimiento del explotador, responde del daño causado el que la usa; pero si el explotador no ha tomado las medidas adecuadas para evitar el uso ilegítimo de su aeronave, responde solidariamente con el causante del daño (art. 158 , ley 17285).

1116/1681

1681. LIMITACIÓN DE LA RESPONSABILIDAD.— El explotador es responsable por cada accidente, hasta el límite de la suma equivalente en peso al número de argentinos oro que resulta de la escala siguiente, de acuerdo a la cotización que éstos tengan en el momento de ocurrir el hecho generador de la responsabilidad: 1º) 2.000 argentinos oro para aeronaves cuyo peso no exceda de mil kilogramo; 2º) 2.000 argentinos oro más 1 1/2 argentino oro por cada kilogramo que exceda de los mil, para aeronaves que pesen más de mil y no excedan de seis mil kilogramos; 3º) 10.400 argentinos oro más 1 argentino oro por cada kilogramo que exceda de los seis mil, para aeronaves que pesen más de mil y no excedan de seis mil kilogramos; 4º) 25.000 argentinos oro más 1/2 argentino oro por cada kilogramo que exceda de los veinte mil, para aeronaves que pesen más de veinte mil y no excedan de cincuenta mil kilogramos; 5º) 43.600 argentinos oro más 0,37 de argentino oro por cada kilogramo que exceda de los cincuenta mil, para aeronaves que pesen más de cincuenta mil kilogramos. La indemnización en caso de muerte o lesiones no excederá de 2.000 argentinos oro por persona fallecida o lesionada.

En caso de concurrencia de daños a personas y bienes, la mitad de la cantidad a distribuir se destinará preferentemente a indemnizar los daños causados a las personas. El remanente de la cantidad total a distribuir se prorrateará entre las indemnizaciones relativas a daños a los bienes y a la parte no cubierta de las demás indemnizaciones.

A los fines de este artículo, peso significa el peso máximo autorizado por el certificado de aeronavegabilidad de la aeronave (art. 160 , ley 17285).

1116/1682

1682. CULPA CONCURRENTENTE.— La responsabilidad por daños a terceros puede ser eliminada o disminuida en el caso de que la persona que los ha sufrido los hubiere causado o contribuido a causarlos (art. 159 , ley 17285).

1116/1683

1683. CASO DE DOLO.— Las limitaciones a la responsabilidad del explotador dejan de operar si el daño proviene de su dolo o del dolo de personas bajo su dependencia actuando en ejercicio de sus funciones (art. 162 , ley 17285).

1116/11040

#### C.— RESPONSABILIDAD EN EL TRANSPORTE GRATUITO

1116/1684

1684. LIMITACIÓN DE LA RESPONSABILIDAD.— En caso de transporte gratuito que no se realice en un servicio de transporte aéreo, la responsabilidad del transportador está limitada a la suma de trescientos argentinos oro (art. 163 , ley 17285). Como surge claramente del texto legal, la disposición no rige para las empresas de transporte público. En la nota al artículo similar de la ley anterior, se decía, explicando esta solución, que en el caso de las empresas de servicio público, la gratuidad del transporte es en general aparente (como ocurre, agregamos por nuestra parte, con el equipaje libre de cargo, que sólo aparentemente es gratuito, porque ése es uno de los incentivos que ofrece la empresa para viajar por ella). La situación del particular es distinta: no comercia, y como la persona transportada conoce y se somete voluntariamente a los riesgos que puede importar una actividad que no ha evolucionado aún como los otros medios de transporte, se autoriza la limitación de responsabilidad.

Más aún: el transportador gratuito puede eximirse de la responsabilidad por convenio especial y expreso con los pasajeros (art. 163 , ley 17285), lo que no puede hacer válidamente el transportador que percibe retribución.

1116/1685

1685.— Respecto del transportador gratuito, juegan las mismas causas de exclusión de la responsabilidad que en el supuesto de transporte oneroso (art. 164 ).

1116/11050

#### D.— DAÑOS PRODUCIDOS EN ABORDAJE

1116/1686

1686. CONCEPTO DE ABORDAJE.— Se entiende por abordaje aéreo toda colisión entre dos o más aeronaves en movimiento. Los daños producidos por una aeronave en vuelo a otra aeronave en vuelo también, o a las personas o bienes a bordo, aunque no haya colisión, se consideran como provenientes de una abordaje (art. 165 , ley 17285).

1116/1687

1687. RESPONSABLES.— Si el abordaje es causado por culpa de una de las aeronaves, la responsabilidad por los daños es a cargo de su explotador, a menos que pruebe que él y sus dependientes han tomado todas las medidas necesarias para evitar el daño o que les fue imposible tomarlas (art. 166 ). De cualquier modo, la responsabilidad está limitada en la forma prevista en los arts. 144 , 145 y 163 , salvo, claro está, que se pruebe el dolo del explotador o de sus dependientes, en cuyo caso no rige ninguna limitación (arts. 166 y 169 ).

Si en el abordaje hay concurrencia de culpas, la responsabilidad de los explotadores de cada una de las aeronaves por los daños a las mismas aeronaves, a las personas y a los bienes a bordo, es proporcional a la gravedad de la falta. Si no pudiera determinarse la gravedad de la falta, la responsabilidad corresponderá por partes iguales (art. 167 , ley 17285). Este artículo consagra la solución que cuadra en materia de culpa concurrente; obedece a principios de justicia y equidad. La responsabilidad se establece en proporción a la gravedad de la falta y no de los daños, a fin de mantener el principio de la imputabilidad moral.



1116/1688

1688-1689. SOLIDARIDAD DE LA RESPONSABILIDAD.— La responsabilidad de los coautores de una colisión culpable, es solidaria, sin perjuicio del derecho del que ha abonado una suma mayor de la que le corresponde, a repetir contra el coautor del daño (art. 168 , ley 17285).

1116/1690

1690. DAÑOS CAUSADOS A TERCEROS EN LA SUPERFICIE EN CASO DE ABORDAJE.— En este caso, los explotadores de ambas aeronaves responden de los daños producidos, en las mismas condiciones y bajo las mismas limitaciones de los daños hechos en la superficie por una aeronave; la responsabilidad es solidaria (art. 170 , ley 17285).

Aun en el caso de que una de las aeronaves sea inocente, su explotador estará obligado a pagar la suma reclamada por la víctima en virtud de la expresada solidaridad y sin perjuicio de su derecho de repetir del culpable la suma pagada (art. 171 ).

En caso de que la culpa sea concurrente, la aeronave que haya pagado más de lo que corresponde, puede repetir de la otra el exceso de lo que hubiera debido pagar (artículo citado).

El explotador demandado por reparación del daño causado por el abordaje debe, dentro del término de seis meses, hacerlo saber al explotador contra el cual pretende ejercer el derecho de repetición, bajo sanción de caducidad (art. 173 , ley 17285).

1116/1691

1691.— Debe agregarse que los explotadores de las aeronaves son responsables de los daños ocasionados en la superficie aunque el abordaje se haya producido por una causa de fuerza mayor (art. 172 , ley 17285).

1116/11060

II. ENRIQUECIMIENTO SIN CAUSA (ver nota 1)

1116/1692

1692. CONCEPTO.— Los desplazamientos patrimoniales, el traspaso de bienes de una persona a otra, deben tener una justificación jurídica, una razón de ser, una causa. Resulta contrario a la equidad que una persona pueda enriquecerse a costa del empobrecimiento de otra, sin ningún motivo legítimo. Cuando ello ocurre, la ley confiere al empobrecido una acción de restitución llamada de enriquecimiento sin causa (o in rem verso), en defensa de su patrimonio que ha sufrido un desmedro injusto.

1116/1693

1693. ANTECEDENTES HISTÓRICOS Y LEGISLACIÓN COMPARADA.— Tan repugnante resulta al sentimiento de justicia y a la lógica la posibilidad de que alguien pueda enriquecerse a costa del perjuicio de otro, sin causa legítima, que no es extraño que la acción tenga una vieja tradición jurídica. En el derecho romano, el principio aparece consagrado ya en un texto del jurisconsulto Pomponio: *Jure naturae aequum est neminem cum alterius detrimento et injurie fieri locupletiores* (ver nota 2) (por derecho natural es equitativo que nadie se haga más rico con detrimento e injuria de otro). En aquel derecho se reconocieron diversas *condictio* y otras acciones, particularmente la *in rem verso*, para obligar al enriquecido a restituir. El principio fue adoptado por las Partidas: Ninguno non deue enriqueszer tortizeramente con el daño de otro (Partida 7, tít. 34, ley 17).

En el derecho moderno, el principio de que nadie puede enriquecerse sin causa a costa de otro es universal. Algunas legislaciones lo han consagrado en forma expresa (Cód. Civil alemán, arts. 812 y s.; suizo, arts. 62 y s.; italiano, arts. 2041 y s.; mexicano, arts. 1882 y s.; venezolano, art. 1184; chileno, art. 179; soviético, art. 309); otras, sin consagrarlo expresamente han hecho numerosas aplicaciones de él, de tal modo que debe admitirse que tiene el carácter de un principio general, aplicable también a los casos no previstos. Esta es la técnica legislativa del Código Civil francés.

1116/1694

1694. LA CUESTIÓN EN EL CÓDIGO CIVIL ARGENTINO.— VÉLEZ SANSFIELD, siguiendo la técnica, por cierto deficiente, del Código francés, no creyó necesario sentar el principio general de que nadie puede enriquecerse a costa de otro; pero es obvio que la institución ha tenido acogida en el Código, en el cual se hacen numerosas aplicaciones particulares del principio. Estas aplicaciones obedecen a una teoría general sobre el punto, que el codificador enunció en la nota al art. 784 Ver Texto, en la cual dice que “el principio de equidad, que siempre es principio en nuestro derecho civil, no permite enriquecerse con lo ajeno”.

Las principales aplicaciones son las siguientes: a) el que paga sin causa o por una causa ilícita, es decir, el que paga lo que no debe, tiene derecho a demandar la restitución de lo pagado (arts. 784 Ver Texto y s.); igual fundamentación tiene el principio de que no hay obligación sin causa (art. 499 Ver Texto ); b) el dueño del negocio tiene obligación de pagar al gestor los gastos realizados hasta la concurrencia de las ventajas que obtuvo (arts. 2301 Ver Texto y 2302), pues de lo contrario mediaría un enriquecimiento sin causa; c) aunque el pago hecho a un incapaz es normalmente nulo y sin efectos (arts. 739 Ver Texto , 1041 Ver Texto y 1042), valdrá en tanto hubiere resultado beneficioso para el incapaz (arts. 734 Ver Texto y 1165 Ver Texto ); d) en materia de empleo útil, el art. 2306 Ver Texto autoriza a quien incurrió en gastos a demandarlos a aquel en cuya utilidad se convirtieron; esta solución es particularmente importante en materia de gastos hechos en mejoras necesarias o útiles (arts. 589 Ver Texto , 2441 Ver Texto y 2459 Ver Texto ); e) en materia de especificación, si el que transformó la cosa es de mala fe y el dueño de ella aceptase tomarla en su nueva forma, deberá pagar al transformador el mayor valor que la cosa hubiese tomado (art. 2569 Ver Texto ); f) en caso de accesión, el dueño del terreno tendrá derecho a hacer suyas las obras o plantaciones, indemnizando al autor de aquellas de buena fe (art. 2588 Ver Texto ); etcétera.

Sobre la base de estos preceptos, la doctrina y la jurisprudencia han elaborado una teoría general del enriquecimiento sin causa, concediendo la acción de restitución en todos los casos (estén o no previstos en el Código), en que lo haya, estando reunidas las condiciones que se verán más adelante (núms. 1696 y s.).

1116/1695

1695. NATURALEZA Y FUNDAMENTO DE LA ACCIÓN.— ¿Cuál es la naturaleza y fundamento jurídico de la acción derivada del enriquecimiento sin causa? Numerosas son las opiniones vertidas sobre esta cuestión; destacaremos sólo las que han tenido mayor eco:

a) Para algunos, el fundamento del enriquecimiento sin causa es el hecho ilícito en que incurriría el enriquecido, al pretender quedarse con un bien a costa de otro y sin un motivo legítimo que justifique el traspaso (ver nota 3). La idea no se sostiene, porque para cometer un hecho ilícito es necesario tener voluntad y, por consiguiente, no tienen capacidad para cometerlo los menores de 10 años, los dementes y los que por cualquier accidente estén privados del uso de razón (art. 921 Ver Texto ); en tanto que la acción por enriquecimiento sin causa es independiente de la voluntad y procede contra cualquier incapaz (véase nº 1703). Por lo demás, en los hechos ilícitos la reparación es integral, en tanto que la reparación en el enriquecimiento sin causa está rigurosamente limitada al enriquecimiento (o al empobrecimiento, si éste es menor).

b) Para otros habría una gestión de negocios impropia o anormal (ver nota 4); pero no hay tal, porque lo característico de la gestión de negocios es la intención de administrar los negocios de otro, intención que no existe en la mayor parte de los casos en el enriquecimiento sin causa; sin contar con que el gestor puede repetir del dueño del negocio todos los gastos que la gestión le hubiere ocasionado, con sus intereses, en tanto que la acción in rem verso está limitada al monto del enriquecimiento.

c) Se ha sostenido también que el fundamento de la acción es el provecho creado. Sería ésta una idea paralela a la del riesgo creado: así como una persona debe responder por sus actividades o por las cosas peligrosas que son de su propiedad, cuando con unas u otras se ocasiona un daño, de la misma manera es lógico reconocer un provecho. Esta segunda proposición, sería la contrapartida y el complemento exacto de la primera: quien crea el riesgo debe soportarlo; quien crea el beneficio, debe aprovecharse de él (ver nota 5). La teoría parece más brillante que sólida. Pone con exceso el acento en el enriquecimiento; en tanto que lo medular de esta acción es el empobrecimiento. La acción nace porque alguien se ha empobrecido y para evitar ese empobrecimiento injusto. La teoría que combatimos llevaría a la conclusión de que la acción de reparación debería alcanzar a todo el enriquecimiento (puesto que ha sido creado por otro) aunque excediera el empobrecimiento del actor, lo que contraría la solución clásica en esta materia.

d) A nuestro juicio, todas estas teorías pagan tributo a la tendencia, tan acentuada en los juristas, a asimilar las instituciones atípicas a otras ya conocidas. Tal asimilación sólo tendría sentido si se tratara de aplicarles todo el régimen legal de éstas; pero desde que tienen un régimen propio, toda pretendida identificación carece de sentido. El enriquecimiento sin causa es el enriquecimiento sin causa y nada más que eso. Y para fundarlo basta y sobra con recurrir a la equidad: resulta repugnante a la justicia conmutativa que alguien pueda enriquecerse a costa de otro, sin motivo legítimo alguno; ello vulneraría el principio que exige dar a cada uno lo suyo. Esta opinión fue sostenida por VÉLEZ en la nota al art. 784 Ver Texto y es la corriente en la doctrina (ver nota 6).

1116/1696

1696. CONDICIONES PARA QUE PROCEDA LA ACCIÓN DE RESTITUCIÓN.— Para que proceda la acción de restitución, es preciso que se encuentren reunidos los siguientes requisitos: a) un enriquecimiento del demandado; b) un empobrecimiento del actor; c) una relación de causalidad entre el enriquecimiento y el empobrecimiento; d) la falta de una causa lícita que justifique ese enriquecimiento. Si sobre estos requisitos hay unanimidad en la doctrina y la jurisprudencia (ver nota 7), en cambio hay vacilaciones doctrinarias en torno a otros dos requisitos, también exigidos por la jurisprudencia: 1) que el demandante carezca de otra acción; 2) que haya actuado de buena fe. Nos ocuparemos de todos ellos en los números que siguen.

1697. a) Enriquecimiento del demandado.— Por enriquecimiento debe entenderse cualquier beneficio patrimonial originado sea en una adquisición de bienes nuevos (por ejemplo, la entrega de una suma de dinero), sea en el aumento del valor de bienes preexistentes (por ejemplo, la construcción de una obra en un inmueble), sea en la extinción de una deuda o en el ahorro de un gasto (por ejemplo, el pago de una deuda a un tercero, la realización de una mejora, el empleo útil, etc.) (ver nota 8). También cabe dentro de este concepto la prestación de un servicio; puesto que éste produce un beneficio, sea que se mire el problema como un verdadero enriquecimiento o como el ahorro del gasto que el demandado hubiera debido realizar contratando otros servicios análogos (ver nota 9).

Se admite, generalmente, que debe tratarse de un enriquecimiento actual; es decir, no debe computarse el enriquecimiento a la fecha en que se hizo el gasto, sino al momento de iniciarse la demanda (ver nota 10). Pero este requisito debe ser rectamente entendido y no podrá pretenderse el rechazo de la demanda en razón de que no existe actualmente el valor en el patrimonio del demandado en los siguientes casos: 1) si el enriquecimiento ha consistido en la entrega de una suma de dinero o de cosas fungibles, porque en ese caso el enriquecido ha tenido la libertad de conservarlas o emplearlas a su antojo, y si las ha gastado no es justo que ello redunde en perjuicio del empobrecido (ver nota 11); 2) si el enriquecimiento ha consistido en la prestación de un servicio, porque el servicio significa la incorporación de un valor definitivo al patrimonio del enriquecido, valor que no es susceptible de ser gastado o consumido; 3) si el enriquecimiento ha consistido en la liberación de una deuda (ver nota 12), porque en tal caso también la liberación importa la incorporación de un valor definitivo al patrimonio del liberado; 4) si el enriquecimiento hubiera sido hecho desaparecer por el demandado con fraude, sea antes o después de la demanda, porque no sería posible premiar una acción fraudulenta, concediéndole al que ha procedido de esta manera, una excepción que paralice la demanda del empobrecido (ver nota 13). Cuando se afirma, pues, que el enriquecimiento debe ser actual, se quiere significar que no da lugar a esta acción un aumento de bienes o valores que ha desaparecido a la época de la demanda, sin que el demandado hubiera aprovechado del enriquecimiento.

Esta idea de que es innecesaria la existencia concreta y actual del enriquecimiento, está presente incluso en el art. 1165 Ver Texto , no obstante establecerse en él un régimen excepcionalmente favorable al enriquecido incapaz. Dispone que el pago hecho a un incapaz en virtud de un contrato nulo, no dará lugar a restitución a menos que exista lo que se dio, o redundare en provecho manifiesto de la parte incapaz. Es decir, basta que haya redundado en provecho del incapaz, aunque ya no exista lo que se dio, para justificar la acción del enriquecimiento sin causa. Esta solución puede generalizarse a todo supuesto de enriquecimiento de un incapaz. Pero tratándose de personas capaces, no es indispensable que se pruebe que el enriquecimiento, ya desaparecido, haya redundado en su beneficio manifiesto. Puede ocurrir que lo haya dilapidado o gastado irrazonablemente, y no por ello el empobrecido pierde su acción. Para que se produzca este efecto es necesario, repetimos, que el enriquecimiento haya desaparecido sin culpa del enriquecido y sin que éste haya

aprovechado de él.

Tampoco da lugar a la acción un enriquecimiento futuro (ver nota 14), o una simple esperanza (ver nota 15).

1116/1698

1698. b) Empobrecimiento del demandante.— En lo que atañe a la institución que nos ocupa, empobrecimiento significa toda disminución del patrimonio, sea por pérdida efectiva de bienes (pago indebido, pago por otro, gastos hechos en mejoras) o por pérdida de trabajos o tiempo (ver nota 16). Sin empobrecimiento, la acción in rem verso no es procedente (ver nota 17).

1116/1699

1699. c) Relación de causalidad entre el enriquecimiento y el empobrecimiento.— Va de suyo que entre el enriquecimiento y el empobrecimiento debe haber una relación de causalidad, vale decir, el uno debe ser el efecto del otro. Sin esa correlatividad no tendría fundamento la acción de quien alega un desmedro de su patrimonio.

No es indispensable que el traspaso de los valores sea directo del patrimonio del empobrecido al del enriquecido; la acción procede aun cuando los bienes hayan pasado por el patrimonio de un tercero, siempre que resulte claro que, en definitiva, el enriquecimiento ha sido el producto exclusivo del empobrecimiento de otra persona (ver nota 18).

1116/1700

1700. d) Falta de causa lícita que justifique el enriquecimiento.— Si el enriquecimiento está legalmente justificado, nadie tiene la obligación de devolver lo que ganó por un título legítimo. Cuando se habla de causa en nuestro caso, se alude al título, el acto o hecho jurídico (contrato, gestión de negocio, hechos ilícitos, etc.) que justifique la adquisición de un valor (ver nota 19).

1116/1701

1701. e) Falta de otra acción.— En nuestra jurisprudencia predomina sin vacilaciones la

teoría de que la acción por enriquecimiento sin causa sólo procede subsidiariamente, es decir, para el caso de que el ordenamiento legal no haya previsto otra acción específica para fundar el reclamo del actor (ver nota 20). Esta teoría se funda en que cuando la ley ha regulado de cierta manera el modo de actuar en justicia para la protección de los derechos, no es posible usar otra vía que altere la regulación legal. El problema es particularmente importante en lo que atañe a la prescripción, pues, como ya hemos de verlo, la acción in rem verso prescribe a los diez años, en tanto que otras muchas lo hacen en períodos más breves; si se pudiera utilizar la acción de enriquecimiento cuando ha prescrito la específicamente regulada por la ley, se estaría burlando el sistema legal (ver nota 21).

Pero en la doctrina moderna hay un poderoso movimiento en el sentido de revisar este criterio. Se sostiene que ninguna disposición legal excluye la acción in rem verso en el caso de que el actor tenga otra a su disposición; que no existe lógica en negar al empobrecido la elección del medio jurídico por el cual ha de hacer valer sus derechos (ver nota 22). En cuanto al argumento fundado en la prescripción, hay que notar que existe una gran diferencia entre la acción común, que tiende a la reparación de todos los daños sufridos, y la acción in rem verso, que está limitada por el enriquecimiento.

A todos estos argumentos lógicos todavía puede añadirse otro fundado en la autoridad del derecho romano: la actio in rem verso no tenía carácter subsidiario (ver nota 23).

Planteada en estos términos, debe admitirse que la cuestión es de muy difícil solución. Pero hay que notar que el argumento fundado en la prescripción no queda desvirtuado. Puede ocurrir, en efecto, que un abogado o un médico hayan dejado transcurrir el plazo para ejercer su acción por cobro de honorarios profesionales; no resulta admisible que luego puedan intentar dicho cobro fundados en la acción por enriquecimiento sin causa.

Aunque algunas veces conduce a consecuencias injustas, hay que reconocer al sistema de nuestra jurisprudencia el mérito de que pone orden en las relaciones patrimoniales de las personas y obliga al empobrecido a actuar por las vías y en el tiempo querido por la ley. Y todavía puede agregarse en su apoyo que quien es culpable de no haber obrado por las vías legales y con la debida diligencia, no tiene motivo de queja si luego se le niega la acción in rem verso.

1116/1702

1702. f) Falta de culpa en el empobrecido.— Es improcedente la acción de repetición si ha mediado culpa (ver nota 24) o mala fe (ver nota 25) del empobrecido. Por aplicación de esta idea, se ha resuelto que quien tiene abandonado un inmueble, ignorando su ocupación ostensible por un tercero, carece de acción para obtener la repetición del beneficio obtenido por los ocupantes con la explotación gratuita de aquél (ver nota 26).

Una aplicación de este criterio puede encontrarse en el art. 2588 Ver Texto , según el cual el que de buena fe edificare, sembrare o plantare en terreno ajeno, tiene derecho a que se le indemnice por el dueño el valor de lo que hubiere edificado, sembrado o plantado; lo que significa que quien ha procedido de mala fe no puede invocar el amparo legal. Sin embargo, otras disposiciones aplican un criterio distinto, pues el poseedor, aun de mala fe, puede repetir las mejoras necesarias o útiles (arts. 2440 Ver Texto y 2441) (ver nota 27); y el transformador de mala fe tiene derecho a que el dueño de la materia le pague el mayor valor que ella hubiere tomado (art. 2569 Ver Texto ).

1116/1703

1703.— En cambio, no es requisito de la acción in rem verso que el enriquecimiento o el empobrecimiento se hayan producido por actos voluntarios. El art. 907 Ver Texto es expreso en cuanto confiere la acción aun cuando el daño fuera la consecuencia de actos involuntarios; y concordantemente con esta doctrina, el art. 1165 Ver Texto brinda la acción de enriquecimiento aun contra incapaces. En otras palabras: la falta de capacidad del enriquecido no es obstáculo para que proceda contra él la acción; la falta de capacidad del empobrecido para hacer el acto del cual resultó el provecho para otro, no le impide el ejercicio de la acción (ver nota 28).

1116/1704

1704. EFECTOS; LÍMITES DE LA REPARACIÓN.— Producido el enriquecimiento sin causa, nace en favor del empobrecido una acción de reparación. Esa reparación tiene dos topes, que no puede pasar: a) en primer lugar, no puede exceder del enriquecimiento; más allá sería injusta y carecería de fundamento; b) en segundo lugar, no debe exceder del empobrecimiento, pues en lo que lo excediera, la pretensión carecería de un interés legítimo y el empobrecido vendría a resultar enriquecido sin causa. Si, pues, hay un enriquecimiento mayor que el empobrecimiento o viceversa, el límite de la reparación estará dado siempre por la cantidad menor (ver nota 29).

1116/1705

1705.— Para fijar el monto de la reparación, sólo se toman en cuenta los valores objetivos, pero no los de simple afección (ver nota 30).

1116/1706



1706. PRESCRIPCIÓN.— La acción in rem verso carece de plazo especial; en consecuencia, prescribe por diez años, conforme con la regla general del art. 4023 Ver Texto (ver nota 31).

(nota 1) BIBLIOGRAFÍA ESPECIAL: Es especialmente importante la tesis de LINLAUD, El enriquecimiento sin causa, Buenos Aires, 1948; además: DÍAZ BIALET, El enriquecimiento sin causa en el derecho romano, Córdoba, 1942; GARRIGA, El enriquecimiento sin causa, sus caracteres y efectos, J. A., 1949-IV, p. 679; MOYANO, Enriquecimiento sin causa, J. A., t. 44, p. 838; NEPPI, El concepto de causa en el enriquecimiento injustificado, L. L. t. 50, p. 850; GORE, L'enrichissement aux dépens d'autrui, París, 1949; GEROTA, La théorie de l'enrichissement sans cause dans le Code Civil allemand, París, 1925; ALMOSNINO, Le caractère subsidiaire de l'action de in rem verso, París, 1931; RIPERT y TESSEIRE, Essai d'une théorie de l'enrichissement sans cause en droit civil français, Revue Trimestrielle de Droit Civil, 1904, ps, 727 y s.; NÚÑEZ LAGOS, El enriquecimiento sin causa en el derecho español, Madrid, 1934.

(nota 2) Digesto, lib. 50, tít. 17, ley 206.

(nota 3) PLANIOL, Traité élémentaire, 8ª ed., núms. 932 y s. En la nueva versión del famoso Traité élémentaire, hecha por RIPERT y BOULANGER, se insiste en que el enriquecimiento tiene carácter ilícito, pero la ilicitud no consistiría ya en retener el importe del enriquecimiento, sino en la injusticia de enriquecerse a costa de otro (3ª ed., t. 2, nº 1262).

(nota 4) DEMOLOMBE, t. 31, nº 48; LAURENT, t. 20, nº 333; LAROMBIERE, 2ª ed., t. 7, p. 448.

(nota 5) RIPERT y TESSEIRE, Essai d'une théorie de l'enrichissement sans cause en droit civil français, Revue Trimestrielle, 1904, t. 3, ps. 755 y s.

(nota 6) SALVAT, Hechos ilícitos, nº 3014; LINLAUD, El enriquecimiento sin causa, nº 84; AUBRY y RAU, § 578; BAUDRY LACANTINERIE y BARDE, t. 4, nº 2849, II; COLIN-CAPITANT-JULLIOT DE LA MORANDIÈRE, t. 2, nº 409; JOSSERAND, t. 2, vol. 1, nº 560; etc.

(nota 7) Citaremos sólo algunos fallos en que expresamente se han exigido estos requisitos: C.S.N., 30/9/1942, L. L., t. 28, p. 385; C. Civil Cap., Sala A, 18/2/1960, J. A., 1960-II, p. 516; C. Civil Cap., Sala C, 20/10/1953, L. L., t. 73, p. 620; íd., 10/8/1952, L. L., t. 68, p. 379; Sup. Corte Buenos Aires, 6/4/1954, L. L., t. 75, p. 485, y J. A., 1954-III, p.

145; S. T. Santa Fe, 19/12/1947, R. S. F., t. 16, p. 6; C. 4ª Apel. Córdoba, 8/10/1954, C.J., t. 8, p. 267; C. Fed. Mendoza, 25/4/1958, L. L., t. 94, p. 123; etc.

(nota 8) En este sentido algunos fallos han declarado que basta con que el enriquecimiento se traduzca en una ventaja susceptible de apreciación pecuniaria: C. Apel. 2ª La Plata, 11/9/1945, L. L., t. 40, p. 201; C. Apel. Mendoza, 30/4/1940, L. L., t. 18, p. 1103. En sentido concordante a todo lo que se afirma en este párrafo, LINLAUD, El enriquecimiento sin causa, núms. 58 y s.; MOYANO, nota en J. A., t. 44, p. 838; REZZÓNICO, Obligaciones, 9ª ed., p. 1572; GORÉ, L'enrichissement aux dépens d'autrui, núms. 57 y s.; PLANIOL-RIPERT-ESMEIN, t. 7, nº 753; JOSSERAND, t. 2, vol. 1, núms. 569 y s.

(nota 9) En este sentido: C.S.N., 1/9/1942, L. L., t. 28, p. 385; C. Civil 2ª Cap., 2/3/1948, J. A., 1948-II, p. 83; C. Apel. 2ª La Plata, 8/8/1944, L. L., t. 35, p. 806; GARRIGA, nota en J. A., 1949-IV, p. 679, nº VI; PLANIOL-RIPERT-ESMEIN, t. 7, nº 754; LINLAUD, El enriquecimiento sin causa, nº 62; SPOTA, nota en J. A., t. 49, p. 487.

(nota 10) LINLAUD, El enriquecimiento sin causa, nº 66; REZZÓNICO, Obligaciones, 9ª ed., p. 1578, nota 182; SEGOVIA, t. 1, p. 665, nota 44; PLANIOL-RIPERT-ESMEIN, t. 7, nº 753; BAUDRY LACANTINERIE y BARDE, t. 4, nº 2849, XXVI; GORÉ, L'enrichissement aux dépens d'autrui, núms. 63 y s.; MESSINEO, t. 6, § 168, nº 24, e.

(nota 11) PLANIOL-RIPERT-ESMEIN, loc. cit., en nota anterior; DEMOGUE, t. 3, nº 171; RIPERT y TESSEIRE, Essai d'une théorie de l'enrichissement sans cause, Revue Trimestrielle, 1904, p. 786.

(nota 12) PLANIOL-RIPERT-ESMEIN, t. 7, nº 753.

(nota 13) LINLAUD, El enriquecimiento sin causa, nº 98; PLANIOL-RIPERT-ESMEIN, t. 7, nº 753, p. 56, nota 2.

(nota 14) GORE, L'enrichissement aux dépens d'autrui, núms. 63 y s.

(nota 15) LINLAUD, El enriquecimiento sin causa, nº 66; DEMOGUE, t. 3, p. 226.

(nota 16) Véase jurisprudencia citada en notas 2648 y 2649.

(nota 17) C. Civil Cap., Sala C, 26/12/1974, L. L., 1975-B, p. 327.

(nota 18) PLANIOL-RIPERT-ESMEIN, t. 7, n° 755; JOSSERAND, t. 2, vol. 1, n° 570; comp.: BAUDRY LACANTINERIE y BARDE, t. 4, n° 2849-XX; COLIN-CAPITANT-JULLIOT DE LA MORANDIÈRE, t. 2, n° 413.

(nota 19) De acuerdo en que éste es el significado de la palabra “causa”: SALVAT, Hechos ilícitos, n° 3020; PLANIOL-RIPERT-ESMEIN, t. 7, n° 761; JOSSERAND, t. 2, n° 572; MESSINEO, t. 6, § 168, n° 24, d.

(nota 20) C. Civil Cap., Sala A, 18/2/1960, J. A., 1960-II, p. 516; *id.*, 9/2/1977, E. D., t. 73, p. 650; Sala B, 9/3/1953, causa 9779; Sala C, 20/10/1953, L. L., t. 73, p. 620; *id.*, 31/8/1953, J. A., 1953-IV, p. 271; Sala D, 31/10/1951, J. A., 1952-I, p. 179; Sala F, 28/12/1962, E. D., t. 6, p. 344; C. Com. Cap., Sala A, 7/9/1955, L. L., t. 80, p. 439; Sup. Corte Buenos Aires, 6/4/1954, L. L., t. 75, p. 485; *id.*, 16/9/1941, J. A., t. 76, p. 362; C. Apel. Mercedes, 30/4/1935, J. A., t. 50, p. 342; S. C. Mendoza, 19/10/1959, L. L., t. 98, p. 574; S. T. Entre Rios, 26/3/1949, L. L., t. 56, p. 392, y J. A., 1949-IV, p. 680. En sentido concordante: SALVAT, Hechos ilícitos, n° 3023; GARRIGA, nota en J. A., 1949-IV, p. 679; SEGOVIA, t. 1, p. 665; MOYANO, nota en J. A., t. 44, p. 844, n° 27; DEMOGUE, t. 3, n° 175; JOSSERAND, t. 2, n° 574; DE PAGE, t. 3, p. 31; AUBRY y RAU, 5ª ed., t. 5, § 578; GORÉ, L'enrichissement aux dépens d'autrui, núms. 157 y s.; COLIN-CAPITANT-JULLIOT DE LA MORANDIÈRE, t. 2, n° 414. Es también la solución del Código Civil italiano, art. 2042.

(nota 21) En este sentido, fallo de la C. Civil Cap., Sala B, 9/3/1953, causa 9779.

(nota 22) En este sentido: LINLAUD, El enriquecimiento sin causa, núms. 79 y s.; PLANIOL-RIPERT-ESMEIN, t. 7, n° 764; COLIN-CAPITANT, 9ª ed., t. 2, p. 232; MAURY, Essai sur le rôle de la notion d'équivalence, p. 259; ALMOSNINO, Le caractère subsidiaire de l'action de in rem verso, París, 1931. Es ésta la teoría predominante en la doctrina alemana: COSACK, PLANCH, ENNECCERUS, DERNBURG, GIERKE, PLESSSEN, cit. por GEROTA, La théorie de l'enrichissement sans cause dans le Code Civil allemand, p. 216.

(nota 23) DÍAZ BIALET, El enriquecimiento sin causa en el derecho romano, p. 70.

(nota 24) C. Paz Cap., Sala II, 14/11/1941, J. A., 1942-I, p. 317; Sup. Corte Buenos Aires, 27/8/1947, L. L., t. 47, p. 850, y J. A., 1947-IV, p. 39; Sup. Trib. Santa Fe, 19/12/1947, R. S. F., t. 18, p. 6; C. Apel. 1ª Rosario, 2/9/1955, Juris. t. 8, p. 204. Es también la solución de la jurisprudencia francesa: véase la citada por COLIN-CAPITANT-JULLIOT DE LA

MORANDIÈRE, t. 2, n° 411. De acuerdo: LINLAUD, El enriquecimiento sin causa, n° 86.

(nota 25) C. Civil Cap., Sala C, 26/11/1953, L. L., t. 74, p. 184.

(nota 26) C. Apel. 1ª Rosario, 2/9/1955, Juris, t. 8, p. 204.

(nota 27) Sostienen que la falta o culpa del empobrecido no impide el ejercicio de la acción de enriquecimiento sin causa: SAVATIER y LOUBERTS, cit. por GORE, L'enrichissement aux dépens d'autrui, n° 159.

(nota 28) Véase en sentido concordante: SEGOVIA, t. 1, p. 665, nota 44; LINLAUD, El enriquecimiento sin causa, n° 84; PLANIOL-RIPERT-ESMEIN, t. 7, n° 752, in fine; DEMOGUE, t. 3, n° 169.

(nota 29) C. Civil Cap., Sala C, 20/10/1953, L. L., t. 73, p. 620; S. T. Paraná, 26/3/1949, L. L., t. 56, p. 392, y J. A., 1949-IV, p. 680; REZZÓNICO, Obligaciones, 9ª ed., p. 1579; GARRIGA, nota en J. A., 1949-IV, p. 679, n° X; SALVAT, Hechos ilícitos, n° 3025; LINLAUD, El enriquecimiento sin causa, n° 94; BAUDRY LACANTINERIE y BARDE, t. 4, n° 2849, XXV; PLANIOL-RIPERT-ESMEIN, t. 7, p. 765; DEMOGUE, t. 3, p. 170; JOSSERAND, t. 2, n° 576; COLIN-CAPITANT-JULLIOT DE LA MORANDIÈRE, t. 2, n° 415.

(nota 30) LINLAUD, El enriquecimiento sin causa, n° 95.

(nota 31) C. Civil Cap., Sala C, 20/10/1953, L. L., t. 73, p. 620; C. Civil 1ª Cap., 13/11/1945, J. A., 1946-I, p. 440; LINLAUD, El enriquecimiento sin causa, n° 102; REZZÓNICO, Obligaciones, 9ª ed., p. 1580.